ALGEMENE PRACTISCHE RECHTSVERZAMELING

GENEESKUNDE
Recht en medisch handelen

Herman NYS
Gewoon docent medisch recht
aan de Katholieke Universiteit te Leuven

1991

story scientia

E.Story-Scientia

In deze verhandeling is de stof bijgehouden tot 1 december 1990.

KUL 328099

© 1991, E. Story-Scientia, Jamblinne de Meuxplein 34-35, 1040 Brussel
Tel. 11.68.68 (geen zonenummer)
ISBN 90 6439 734 1
D/1991/0009/63

No part of this book may be reproduced in any form by print, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotocopie, microfilm of op welke wijze ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

INHOUD

		Blz.
INHOUD		V
AFKORTINGEN EN CITEERWIJZEN		XXI
LITERATUURLIJST		XXIII
		Nr.
Titel I	**UITOEFENING VAN DE GENEESKUNDE**	1- 94
Hfdst.I	WETTIGE UITOEFENING VAN DE GENEESKUNDE	1- 29
Afd.I	*KORT HISTORISCH OVERZICHT*	1-4
Afd.II	*GENEESKUNDE EN GENEESKUNST*	5
Afd.III	*WETTELIJK MONOPOLIE VAN ARTSEN*	6-9
	§ 1. Terminologie	6
	§ 2. Algemeen en uitsluitend karakter van het monopolie	7-9
Afd.IV	*VOORWAARDEN TOT UITOEFENING VAN DE GENEESKUNDE*	10-23
	§ 1. Wettelijk diploma	10-14
	A. Oorsprong van het diplomavereiste	10
	B. Wettelijk karakter van het diploma	11
	C. Wettelijke vrijstelling van het diploma	12
	D. Gelijkstelling op grond van gelijkwaardigheid	13-14
	§ 2. Visum	15-23
	A. Oorsprong en belang van de visumplicht	15
	B. Visumplicht bij verplaatsing van vestiging en bij meerdere vestigingsplaatsen	16
	C. Vrijstelling van de visumplicht	17
	D. Intrekking van het visum	18-20
	E. Voorwaardelijk behoud van het visum	21
	§ 3. Inschrijving op de lijst van de orde der geneesheren	22-23
Afd.V	*ERKENNING VAN HUISARTSEN EN MEDISCHE SPECIALISTEN*	24-29
	§ 1. Wettelijke basis	24-25
	§ 2. Regels voor erkenning	26-28
	§ 3. Overige erkenningen en specialisaties	29
Hfdst.II	ONWETTIGE UITOEFENING VAN DE GENEESKUNDE	30-94
Afd.I	*DELICTOMSCHRIJVING*	30
Afd.II	*HANDELING OF HANDELINGEN BEHOREND TOT DE GENEESKUNDE*	31-79
	§ 1. Algemene beschouwingen	31-34
	§ 2. Specifieke handelingen behorend tot de geneeskunde	35-79
	A. Preventieve geneeskunde of het voorkomen van ziekten	35-43
	B. Zelfzorg en mantelzorg	44-48
	C. Stellen van een diagnose	49-52
	D. Onderzoeken van de gezondheidstoestand en het opsporen van ziekte en gebrek	53-65
	1. Algemene beschouwingen	53
	2. Nemen van bloed. Venapuncties	54-58

		Nr.
	3. Maken van een radiografie	59-60
	4. Gebruiken van meettoestellen	61-65
	a) Bloeddrukmeter en andere eenvoudige meettoestellen	61-62
	b) Oogonderzoek en meten van oogafwijkingen door opticien	63-64
	c) Gebruiken van een onderzoeksapparaat	65
	E. Behandelen van een pathologische toestand	66-79
	1. Plaatsen van een prothese(contactlens) door een opticien	66-67
	2. Plaatsen van een tandprothese	68-69
	3. Psychoanalyse. Psychotherapie. Groepstherapie	70-73
	4. Acupunctuur	74-75
	5. Chiropraxie. Osteopathie. Manuele therapie. Massage	76
	6. Geschreven aanbevelingen en raadgevingen. Gezondheidsvoorlichting en -opvoeding	77-79
Afd.III	*ONBEVOEGDE PERSOON*	80
Afd.IV	*OP GEWOONLIJKE WIJZE*	81-89
	§ 1. Begrip "gewoonlijk"	81-84
	§ 2. Uitzonderingen	85-89
	A. Herhaling	85
	B. Reclame	86
	C. Doen geloven dat men bevoegd is (titelmisbruik)	87-89
Afd.V	*SANCTIONERING VAN ONWETTIGE UITOEFENING*	90-94
	§ 1. Strafsancties	90
	§ 2. Schadevergoeding (burgerlijke partijstelling)	91-94
	A. Orde der geneesheren	92
	B. Erkende beroepsverenigingen	93
	C. Andere beroepsverenigingen	94
Titel II	**ORDE DER GENEESHEREN**	95-261
Hfdst.I	KORTE HISTORISCHE SCHETS EN ALGEMEEN KADER	95-98
Afd.I	*KORTE HISTORISCHE SCHETS : DE WET VAN 25 JULI 1938*	95
Afd.II	*ALGEMEEN KADER*	96-98
	§ 1. K.B. nr. 79 van 10 november 1967	96-97
	§ 2. Vooruitblik	98
Hfdst.II	INSCHRIJVING OP DE LIJST	99-130
Afd.I	*VERPLICHTE INSCHRIJVING*	99
Afd.II	*UITZONDERINGEN OP DE VERPLICHTE INSCHRIJVING*	100-105
	§ 1. E.G. onderdanen	100-101
	§ 2. Artsen in overheidsdienst	102
	§ 3. Legerartsen	103
	§ 4. Enige bijzondere categorieën	104-105
	1. Medische specialisten in de stomatologie	104
	2. Artsen tewerkgesteld in de farmaceutische industrie	105
Afd.III	*VERPLICHTE INSCHRIJVING EN VRIJHEID VAN VERENIGING*	106-109
Afd.IV	*NADERE BESPREKING VAN DE INSCHRIJVING OP DE LIJST*	110-130
	§ 1. Plaats van inschrijving	111
	§ 2. Weigering of uitstel van inschrijving op de lijst	112-117
	§ 3. Beroep tegen weigering of uitstel van inschrijving	118-119
	§ 4. Herinschrijving op de lijst na schrapping	120-121

		Nr.
	§ 5. Weglating van de lijst	122-129
	§ 6. Behoud van de inschrijving onder beperkingen	130
Hfdst.III	GEZAG EN RECHTSMACHT VAN DE ORDE	131-230
Afd.I	*ALGEMEEN*	131-132
Afd.II	*TOEZICHT OP DE NALEVING VAN DE REGELS VAN DE MEDISCHE PLICHTENLEER*	133-230
	§ 1. Algemene omschrijving van de tuchtrechtelijke opdracht	133-138
	§ 2. Nadere omschrijving van de tuchtrechtelijke opdracht	139-155
	A. Code van medische plichtenleer	140-147
	B. Wettelijk omschreven tuchtmisdrijven	148-149
	C. Normerende bevoegdheid van de provinciale raden	150
	D. Precedent werking van tuchtrechtelijke beslissingen (Gevestigde rechtspraak)	151-152
	E. Adviezen van provinciale raden en Nationale Raad	153-155
	1. Adviezen van provinciale raden	153
	2. Adviezen van de Nationale Raad	154-155
	§ 3. Beperkingen aan de beoordelingsvrijheid van de provinciale raden	156-161
	A. Verbod van inmenging in bepaalde aangelegenheden	156-160
	B. Motiveringsverplichting	161
	§ 4. Tuchtsancties	162-168
	A. Mogelijke tuchtsancties	162-166
	B. Gevolgen van een tuchtsanctie	167-168
	1. T.a.v. het kiesrecht voor de raden de orde	167
	2. T.a.v. het recht de geneeskunde uit te oefenen	168
	§ 5. Tuchtprocedure en art. 6 E.V.R.M.	169-198
	A. Toepasselijkheid van art. 6 E.V.R.M. in tuchtprocedures	169-170
	B. Openbare behandeling van de zaak	171-178
	1. Afstand van de openbaarheid	173-175
	2. Uitzonderingen op de openbaarheid	176-178
	C. Behandeling binnen een redelijke termijn	179-182
	D. Eerlijke behandeling van de zaak	183-184
	E. Onafhankelijke en onpartijdige behandeling	185-198
	1. Provinciale raden van de orde	185-189
	2. Raden van beroep	190-193
	3. Onttrekking wegens gewettigde twijfel aan de onpartijdigheid	194-196
	4. Wraking van een lid van een raad	197-198
	§ 6. Procedure en rechtsmiddelen	199-214
	A. Optreden van een provinciale raad in tuchtzaken	199-201
	B. Onderzoek	202-203
	C. Verschijning voor de provinciale raad	204-205
	D. Rechtspleging en beslissing	206-208
	E. Betekening van de beslissing	209
	F. Hoger beroep	210-212
	1. Instellen van hoger beroep	210
	2. Behandeling van het hoger beroep	211
	3. Beslissing in hoger beroep	212
	G. Verzet	213
	H. Voorziening in cassatie	214
	§ 7. Kennisgeving van tuchtrechtelijke beslissingen	215-219
	§ 8. Verhouding strafvordering tot tuchtvordering en het gezag van gewijsde	220-224
	§ 9. Preventief toezicht	225-229

		Nr.
Hfdst.IV	ORGANEN VAN DE ORDE DER GENEESHEREN EN HUN BEVOEGDHEDEN	230-261
Afd.I	*PROVINCIALE RADEN*	230-246
	§ 1. Samenstelling	230
	§ 2. Bevoegdheden	231-245
	A. Opmaken van de lijst	231
	B. Adviseren over vragen van medische plichtenleer	232
	C. Kennisgeven van daden van onwettige uitoefening van de geneeskunde	233
	D. Arbitrage inzake honorariumbetwistingen	234-236
	E. Adviseren inzake honorariumbetwistingen	237-240
	F. Bepalen van de bijdrage	241-244
	G. Reglement van orde	245
	§ 3. Territoriale bevoegdheid van de provinciale raden	246
Afd.II	*RADEN VAN BEROEP*	247-253
	§ 1. Samenstelling	247
	§ 2. Bevoegdheden	248-253
	A. Hoger beroep	248
	B. Betwistingen inzake verkiezingen	249
	C. Vervallenverklaringen van verkozen leden	250
	D. Laattijdige beslissingen van provinciale raden	251
	E. Betwistingen omtrent de woonplaats	252
	F. Reglement van orde	253
Afd.III	*NATIONALE RAAD*	254-261
	§ 1. Samenstelling van de Nationale Raad	254
	§ 2. Afdelingen van de Nationale Raad	255-257
	§ 3. Bevoegdheden	258-261
Titel III	**RECHTSVERHOUDINGEN TUSSEN ARTS EN PATIENT**	262-350
Hfdst.I	RECHTEN EN PLICHTEN VAN ARTS EN PATIENT	262-328
Afd.I	*GEEN OMVATTENDE WETTELIJKE REGELING*	262-263
Afd.II	*HULPVERLENINGSPLICHT*	264-288
	§ 1. Wet Uitoefening Geneeskunst	265-273
	§ 2. Art. 422*bis* en 422*ter* Sw.	274-284
	A. Art. 422*bis* Sw.	274-283
	1. Toepasbaarheid op artsen	275-277
	2. Constitutieve bestanddelen van art. 422bis	278-283
	a) Groot gevaar	278
	b) Kennis van het groot gevaar	279
	c) Weigering hulp te verlenen of te verschaffen	280-282
	d) Geen ernstig gevaar voor zichzelf of voor anderen	283
	B. Art. 422*ter* Sw.	284
	§ 3. Wet Dringende Medische Hulpverlening	285-288
Afd.III	*RESPECT VOOR DE PRIVACY VAN DE PATIENT*	289-299
	§ 1. Algemene beschouwing	289
	§ 2. Privacybescherming en de verwerking van medische (persoons)gegevens	290-299
	1. Bepalingen die specifiek gelden voor de verwerking van medische persoonsgegevens	291-297

		Nr.
	a) Verbod van verwerking	291
	b) Eerste uitzondering : bijzondere schriftelijke toestemming	292
	c) Tweede uitzondering : verwerking door een arts	293-294
	d) Bijzondere waarborgen bij de verwerking van medische persoonsgegevens	295-296
	e) Recht om mededeling te krijgen van opgenomen gegevens	297
	2. Weerslag van de algemene bepalingen van het ontwerp op de verwerking van medische persoonsgegevens	298-299
	a) Toepasselijkheid van het ontwerp op bestanden van medische dossiers	298
	b) Rechten van de geregistreerde	299
Afd.IV	*INFORMATIE EN TOESTEMMING*	300-326
	§ 1. Informed consent	300
	§ 2. Recht op informatie	301-311
	A. Grondslag van het recht op informatie	301-304
	B. Inhoud van de informatieplicht	305-307
	C. Therapeutische exceptie	308
	D. Sanctie van de informatieplicht	309
	E. Vormaspecten van de informatieplicht	310
	F. Recht-om-niet-te-weten	311
	§ 3. Recht op toestemming	312-326
	A. Grondslag van het recht op toestemming	312-314
	B. Veronderstelde toestemming	315-317
	C. Draagwijdte van de toestemming	318-319
	D. Sanctie van het toestemmingsvereiste	320-325
	E. Vormelijke aspecten verbonden aan het recht op toestemming	326
Afd.V	*VERPLICHTINGEN VAN PATIENTEN*	327-328
Hfdst.II	OVEREENKOMST TOT VERRICHTEN VAN MEDISCHE HANDELINGEN	329-341
Afd.I	*CONTRACTUELE AARD VAN DE RELATIE TUSSEN ARTS EN PATIENT*	329-331
Afd.II	*OVEREENKOMST TOT VERRICHTEN VAN MEDISCHE HANDELINGEN TUSSEN ZIEKENHUIS EN PATIENT*	332-336
Afd.III	*AFWEZIGHEID VAN EEN CONTRACTUELE VERHOUDING*	337-341
Hfdst.III	AANSPRAKELIJKHEID VAN DE ARTS	342-350
Titel IV	**ARTS BIJ ZWANGERSCHAP EN GEBOORTE**	351-519
Hfdst.I	MEDISCHE TUSSENKOMST VOOR EN BIJ ZWANGERSCHAP	351-473
Afd.I	*VOORKOMEN VAN ONGEWENSTE ZWANGERSCHAP*	351-363
	§ 1. Niet-heelkundige anticonceptie	351-353
	A. Juridisch statuut van anticonceptieve middelen	351
	B. Voorschrijven van anticonceptieve middelen	352-353
	§ 2. Heelkundige anticonceptie of sterilisatie	354-363
	A. Geoorloofdheid van sterilisatie	354
	B. Aansprakelijkheid bij geboorte van een kind na sterilisatie	355-359
	1. Onvruchtbaarheid : resultaat of inspanning	355-356
	2. Informatie over mogelijke vruchtbaarheid	357-358

		Nr.
	3. Zwangerschap en geboorte van een kind als schade	359
	C. Heelkundige anticonceptie bij minderjarigen	360
	D. Heelkundige anticonceptie bij mentaal gehandicapten	361-363
Afd.II	*MEDISCH BEGELEIDE BEVRUCHTING*	364-379
	§ 1. Geoorloofd karakter van de medisch begeleide bevruchting	364-368
	§ 2. Gebruik van gameten afkomstig van een donor	369-377
	§ 3. Draagmoederschap	378-379
Afd.III	*PRENATALE DIAGNOSTIEK EN ADVISERING*	380-388
	§ 1. Prenatale diagnostiek	380-384
	§ 2. Prenatale advisering	385-388
Afd.IV	*BEEINDIGING VAN EEN ZWANGERSCHAP DOOR EEN ARTS*	389-473
	§ 1. Overzicht van de wettelijke regels inzake zwangerschapsafbreking	389-395
	§ 2. Kort historisch overzicht van de strafwetgeving inzake zwangerschapsafbreking	396-411
	A. Van 1867 tot de oprichting van de Staatscommissie voor ethische problemen	398
	B. Moratorium (1974-1980)	399-406
	1. "Staatscommissie voor de ethische problemen"	400
	2. Opschorting van de behandeling van strafdossiers (moratorium)	401
	3. Houding van de orde der geneesheren	402
	4. Parlementaire initiatieven	403
	5. Wetswijzigingen in de buurlanden	404-406
	C. Van 1981 tot de Wet van 3 april 1990	407-411
	1. Einde van het moratorium	408
	2. Decreet van 10 juli 1984 van de Franse Gemeenschapsraad	409
	3. Houding van de raden van de orde der geneesheren	410
	4. Parlementaire initiatieven	411
	§ 3. Zwangerschapsafbreking door een arts (art. 350 Sw.)	412-473
	A. Terminologie	412-414
	B. Bestanddelen van het misdrijf vruchtafdrijving	415-423
	1. Kunstmatige beëindiging van een zwangerschap	416
	2. Opzettelijke beëindiging	417
	3. Vernietiging van de vrucht	418-419
	4. Niet levensvatbare embryo of foetus	420-422
	5. Causaal verband	423
	C. Niet strafbare beëindiging van een zwangerschap (art. 350, tweede lid Sw.)	424-454
	1. Noodsituatie	425-433
	a) Betekenis en draagwijdte van noodsituatie	425-428
	b) Beoordeling van de noodsituatie	429-433
	2. Vaste wil en verzoek de zwangerschap af te breken	434-436
	3. Tussenkomst van een arts	437-443
	4. Plaats van uitvoering	444-445
	5. Verplichte opvang en voorlichting Facultatieve hulp en raad	446-448
	6. Tijdstip van uitvoering	449
	7. Zwangerschapsafbreking na verloop van 12 weken	450-454
	a) Ernstig gevaar voor de gezondheid van de vrouw	451
	b) Uiterst zware, ongeneeslijke kwaal bij de foetus	452
	c) Medewerking en advies van een tweede arts	453
	d) Levensvatbaarheid als uiterste grens	454
	D. Strafbare handelingen van een arts bij zwangerschapsafbreking	455-457

		Nr.
	1. Zwangerschapsafbreking bij een niet toestemmende vrouw	455
	2. Zwangerschapsafbreking bij een toestemmende vrouw	456
	3. Reclame door een arts rond zwangerschapsafbreking	457
	E. Strafbaarheid van de toestemmende vrouw	458-463
	F. Registratie- en rapporteringsverplichtingen	464-472
	1. Registratieverplichting in hoofde van de arts	464-468
	2. Rapporteringsverplichting in hoofde van de instelling voor gezondheidszorg	469-470
	3. Bescherming van de privacy	471-472
	G. Aansprakelijkheid van de arts wegens mislukte zwangerschapsafbreking	473
Hfdst.II	MEDISCHE TUSSENKOMST BIJ DE GEBOORTE	474-499
Afd.I.	*OPZETTELIJKE LEVENSBEEINDIGING TIJDENS DE BEVALLING*	474-482
Afd.II	*ONOPZETTELIJKE LEVENSBEEINDIGING TIJDENS DE BEVALLING*	483- 485
Afd.III	*WETTELIJKE HULPVERLENINGSPLICHT TIJDENS DE BEVALLING*	486-489
Afd.IV	*ONOPZETTELIJKE LEVENSBEEINDIGING VOOR DE BEVALLING (ONOPZETTELIJKE ZWANGERSCHAPSAFBREKING)*	490-496
Afd.V	*PLICHTEN VAN DE ARTS TEGENOVER MOEDER EN KIND TIJDENS DE BEVALLING*	497-499
Hfdst.III	ARTS EN PASGEBOREN LEVEN	500-519
Afd.I	*OPZETTELIJKE EN ONOPZETTELIJKE LEVENSBEEINDIGING VAN PASGEBOREN LEVEN EN DE HULPVERLENINGSPLICHT*	500-502
Afd.II	*AANGIFTE VAN DE GEBOORTE*	503-509
	§ 1. Kennisgeving van bevalling. Aangifte van geboorte	503-505
	§ 2. Aflevering van de geboorteverklaring	506-507
	§ 3. Aangifte van een doodgeboren kind	508-509
Afd.III	*VASTSTELLING EN WIJZIGING VAN HET GESLACHT (INTERSEKSUALITEIT; TRANSSEKSUALITEIT)*	510-519
	§ 1. Vaststelling van het geslacht	510-515
	§ 2. Wijziging of aanpassing van het geslacht	516-519
Titel V	**ARTS EN MINDERJARIGE PATIENT**	520- 553
Hfdst.I	WETTELIJKE BEPALINGEN	520-540
Afd.I	*BURGERLIJK WETBOEK*	520
Afd.II	*BIJZONDERE BEPALINGEN*	521-523
Afd.III	*ORGAANTRANSPLANTATIEWET*	524-539
	§ 1. Wegneming van organen bij levende meerderjarigen tussen 18 en 21 jaar	525-526
	§ 2. Levende minderjarigen	527-536
	§ 3. Overleden minderjarigen	537-539
Afd.IV	*LEEFTIJD EN OORDEEL DES ONDERSCHEIDS*	540
Hfdst.II	RECHTSLEER EN MEDISCH HANDELEN BIJ MINDERJARIGEN	541-553
Afd.I	*PRINCIPIELE ONBEKWAAMHEID EN RELATIEVE BEKWAAMHEID*	541-543

		Nr.
Afd.II	*TOESTEMMING VOOR MEDISCH OPTREDEN JEGENS MINDERJARIGEN*	544-549
Afd.III	*WEIGERING VAN MEDISCH HANDELEN*	550-553
	§ 1. Ouders of wettelijke vertegenwoordiger weigeren een ingreep	550-551
	§ 2. Minderjarige weigert een ingreep	552-553
Titel VI	**ARTS EN PSYCHIATRISCHE PATIENT**	554-680
Hfdst.I	BESCHERMINGSMAATREGELEN JEGENS EEN GEESTESZIEKE	554-666
Afd.I	*GEDWONGEN OPNAME IN EEN PSYCHIATRISCHE DIENST*	554-650
	§ 1. Wettelijk kader	554-556
	§ 2. Indicaties voor gedwongen opname	557-570
	A. Beginsel van de subsidiariteit	558-559
	B. Geestesziekte	560-562
	C. Toestand van de zieke	563-564
	D. Ernstig gevaar voor eigen gezondheid en veiligheid	565-566
	E. Ernstige bedreiging voor andermans leven of integriteit	567-570
	§ 3. Opneming ter observatie	571-626
	A. Procedure leidend tot opneming ter observatie	572-617
	1. Algemene bepalingen (niet spoedeisende opneming)	573-609
	a) Verzoekschrift	573-575
	b) Omstandig geneeskundig verslag	576-594
	c) Kennisgeving aan de zieke	595
	d) Bijstand van de zieke tijdens de procedure	596
	e) Bezoek aan de zieke door de vrederechter	597-598
	f) Behandeling van het verzoekschrift	599
	g) Uitspraak door de vrederechter	600-602
	h) Betekening van de beslissing	603
	i) Beroep en verzet tegen de beslissing van de vrederechter	604-608
	j) Cassatieberoep	609
	2. Opneming in een spoedeisend geval	610-617
	a) Ambtshalve optreden door de Procureur des Konings of op schriftelijk verzoek	610
	b) Medisch advies of medisch verslag	611-612
	c) Kennisgeving van de beslissing	613
	d) Procedure voor de vrederechter	614-617
	B. Aanvang, duur, einde en modaliteiten van de opneming ter observatie	618-626
	1. Aanvang	618-621
	2. Registratie	622
	3. Duur en einde van de observatie	623-624
	4. Modaliteiten van de opneming ter observatie	625-626
	§ 4. Verder verblijf	627-650
	A. Procedure	627-629
	1. Bevestiging van noodzaak van verder verblijf	627
	2. Beslissing van de vrederechter	628-629
	B. Duur, verlenging, modaliteiten en einde van het verder verblijf	630-650
	1. Duur en verlenging	630
	2. Modaliteiten	631-639
	a) Verblijf buiten de dienst	631
	b) Nazorg	632-636
	c) Overbrenging naar een andere dienst	637-639
	3. Einde van het verder verblijf	640-646
	4. Herziening van het verder verblijf	647-650

		Nr.
Afd. II	*VERPLEGING IN EEN GEZIN*	651-661
	§ 1. Wettelijk kader	651-652
	§ 2. Procedure leidend tot verpleging in een gezin	653-657
	A. Observatieperiode	654-656
	B. Verder verblijf	657
	§ 3. Modaliteiten van de verpleging in het gezin	658-660
	§ 4. Opheffing of herziening van de verpleging in het gezin	661
Afd.III	*JURIDISCHE EN MEDISCHE BIJSTAND VAN DE ZIEKE. TOEZICHT OP DE NALEVING VAN DE WET*	662-666
	§ 1. Juridische en medische bijstand	662-664
	A. Klachtrecht. Recht op briefwisseling	662
	B. Recht op bezoek door vrij gekozen raadsman	663
	C. Recht op onrechtstreekse inzage van het register en het medisch dossier	664
	§ 2. Toezicht op de naleving van de wet	665-666
Hfdst.II	MEDISCHE BEHANDELING VAN DE GEESTESZIEKE	667-680
Afd.I	*WETTELIJKE REGELING*	667-670
Afd.II	*JURIDISCHE GRONDSLAG VOOR DE BEHANDELING VAN EEN OPGENOMEN GEESTESZIEKE*	671-676
	§ 1. Handelingsbekwaamheid	672
	§ 2. Beslissingsbekwaamheid	673
	§ 3. Geen vrije keuze van ziekenhuis of arts	674
	§ 4. Behandeling zonder toestemming	675-676
Afd.III	*AANSPRAKELIJKHEID JEGENS GEESTESZIEKEN*	677-680
Titel VII	**ARTS EN STERVENDE EN OVERLEDEN PATIENT**	681-799
Hfdst.I	ARTS EN STERVENDE PATIENT	681-732
Afd.I	*VERMIJDEN VAN PIJN EN LIJDEN*	683-706
	§ 1. Staken of nalaten van een medisch zinloze behandeling	683-700
	A. Terminologie en definities	684-688
	1. Orthothanasie	684
	2. Passieve euthanasie	685-686
	3. Therapeutische verbetenheid	687-688
	B. Juridische beoordeling	689-696
	1. Art. 401*bis* Sw. en 420*bis* Sw.	691-694
	2. Art. 422*bis* Sw.	695-696
	C. Verzoek van de patiënt	697-700
	§ 2. Pijnbestrijding en levensverkortend handelen	701-706
	A. Terminologie	701
	B. Juridische beoordeling	702-706
Afd.II	*OPZETTELIJK LEVENSVERKORTEND HANDELEN DOOR EEN ARTS*	707-731
	§ 1. "Doden op verzoek" door een arts (euthanasie)	707-711
	A. Belang van het verzoek bij opzettelijk levensverkortend handelen	707-709
	B. Onderscheid tussen handelen en nalaten	710-711
	§ 2. Hulp van een arts bij zelfmoord	712-731
	A. Zelfmoord en zelfdoding	712
	B. Strafbaarheid van (medische) hulp bij zelfmoord	713-724

		Nr.
	C. Aansprakelijkheid wegens zelfmoord van een psychiatrische patiënt	725-730
	D. Hulp van een arts bij het uitvoeren van de doodstraf	731
Afd.III	*BEINVLOEDEN VAN DE STERVENDE PATIENT (CAPTATIE)*	732
Hfdst.II	ARTS EN OVERLEDEN PATIENT	733-799
Afd.I	*VERPLICHTINGEN BIJ HET OVERLIJDEN VAN EEN PATIENT*	733-747
	§ 1. Verplichtingen in het kader van de jaarlijkse statistiek der doodsoorzaken	733
	§ 2. Aangifte van overlijden	734
	§ 3. Vaststelling van overlijden	735-745
	A. Vaststelling door een arts	735-737
	B. Vaststelling van overlijden	738-745
	1. Definitie van de dood	739
	2. Criteria voor de dood	740-741
	3. Methoden voor het vaststellen van overlijden (doodsdiagnose)	742-743
	4. Waarborgen bij het vaststellen van het overlijden	744
	5. Bekrachtiging van het overlijden	745
	§ 4. Verplichtingen van de arts bij het vaststellen van een niet natuurlijke doodsoorzaak	746-747
Afd.II	*VERRICHTEN VAN EEN AUTOPSIE OF LIJKSCHOUWING*	748-766
	§ 1. Definitie en soorten van autopsie	748-749
	§ 2. Toelaatbaarheid van de autopsie in het algemeen	750-752
	§ 3. Autopsie als onderzoeksmaatregel in strafzaken	753
	§ 4. Autopsie als bewijsmaatregel in burgerlijke zaken	754-757
	§ 5. Medisch-wetenschappelijke autopsie	758-765
	A. Toestemming	759-764
	B. Natuurlijke doodsoorzaak	765
	§ 6. Autopsie om andere redenen	766
Afd.III	*WEGNEMING VAN ORGANEN EN WEEFSELS BIJ OVERLEDEN PERSONEN*	767-799
	§ 1. In het kader van de Orgaantransplantatiewet	767-797
	A. Algemene voorwaarden	767-773
	1. Wegneming met het oog op de transplantatie voor therapeutische doeleinden	767
	2. Geen embryo's of voortplantingsmateriaal	768
	3. Wegneming met het oog op bereiding van therapeutische middelen	769
	4. Wegneming door een arts in een ziekenhuis	770
	5. Verbod van winstoogmerk bij afstand	771
	6. Respect voor het lijk	772
	7. Geheimhouding identiteit	773
	B. Specifieke voorwaarden in hoofde van de overleden persoon	774-797
	1. Overledene is in het bevolkingsregister of sedert meer dan zes maanden in het vreemdelingenregister ingeschreven	774-795
	a) Vaststelling van het overlijden	775
	b) Geen verzet tegen de wegneming	776-785
	c) Verplichtingen in hoofde van de arts die organen wenst weg te nemen	786-790
	d) Uitdrukkelijke toestemming tot wegneming	791-795

		Nr.
	2. Overledene is niet in het bevolkingsregister ingeschreven of nog geen zes maanden in het vreemdelingenregister	796-797
	§ 2. Buiten het kader van de Orgaantransplantatiewet	798-799
Titel VIII	**EXPERIMENTEN EN ORGAANWEGNEMINGEN**	800-896
Hfdst.I	MEDISCHE EXPERIMENTEN WAARIN MENSEN BETROKKEN ZIJN	800-857
Afd.I	*AFBAKENING VAN MEDISCH EXPERIMENT TEGENOVER MEDISCH HANDELEN*	800-806
Afd.II	*MEDISCH EXPERIMENT IN DE BELGISCHE RECHTSLEER*	807-809
Afd.III	*WETTELIJKE REGELS IN VERBAND MET MEDISCHE EXPERIMENTEN*	810-814
Afd.IV	*EISEN GESTELD AAN MEDISCHE EXPERIMENTEN MET MENSEN*	815-848
	§ 1. Nationale en internationale documenten	815
	§ 2. Bespreking van de eisen gesteld aan medische experimenten	816-848
	A. Wetenschappelijke aanvaardbaarheid van het experiment	816-821
	1. Wetenschappelijke deugdelijkheid	816
	2. Wetenschappelijke noodzaak	817
	3. Wetenschappelijke relevantie	818
	4. Wetenschappelijke haalbaarheid en uitvoerbaarheid	819
	5. Wetenschappelijk verantwoorde uitvoering	820-821
	B. Deskundigheid van de onderzoeker	822
	C. Evenredigheidseis (balans voordelen-risico's)	823
	D. Respect voor de integriteit en de privacy van de proefpersoon	824-826
	E. Toestemming van de proefpersoon	827-848
	1. Bijzondere categorieën proefpersonen en de toestemming	829-840
	a) Minderjarige proefpersonen	829-830
	b) Onbekwamen	831
	c) Patiënten	832
	d) Patiënten in coma	833-834
	e) Stervende en (hersen)dode patiënten	835-836
	f) Zwangere en zogende vrouwen	837
	g) Geesteszieke patiënten	838
	h) Van hun vrijheid beroofde proefpersonen	839
	i) Personen niet onderworpen aan de sociale zekerheid	840
	2. Uitzonderingen op het toestemmingsvereiste	841
	3. Vorm waarin de toestemming wordt gegeven	842-843
	4. Informatie aan de proefpersoon	844-846
	5. Toestemming en vergoeding van proefpersonen	847-848
Afd.V	*AANSPRAKELIJKHEID VAN DE ARTS-ONDERZOEKER*	849-853
Afd.VI	*ROL VAN COMMISSIES VOOR MEDISCHE ETHIEK BIJ DE BEOORDELING VAN MEDISCHE EXPERIMENTEN*	854-857
Hfdst.II	WEGNEMING VAN ORGANEN EN WEEFSELS BIJ LEVENDEN	858-896
Afd.I	*WEGNEMING MET HET OOG OP TRANSPLANTATIE MET THERAPEUTISCHE BEDOELINGEN*	858-883
	§ 1. Toepassingsgebied	859-865
	§ 2. Algemene voorwaarden voor wegneming	866-878
	A. Door een arts in een ziekenhuis	866
	B. Zonder winstoogmerk	867-869

		Nr.
	C. Leeftijd van de donor	870
	D. Toestemming van de donor	871-877
	E. Beoordeling van de voorwaarden door de wegnemende arts	878
	§ 3. Specifieke voorwaarden voor wegneming	879-883
	A. Wegneming met mogelijke ernstige gevolgen of van een niet regenereerbaar orgaan	879-881
	B. Wegneming bij een minderjarige donor (familiedonatie)	882-883
Afd.II	*WEGNEMING VAN THERAPEUTISCHE BESTANDDELEN VAN MENSELIJKE OORSPRONG*	884-887
Afd.III	*ANDERE GEVALLEN VAN WEGNEMING VAN ORGANEN EN WEEFSELS*	888-896
	§ 1. Wegneming met het oog op zgn. autotransplantatie	888
	§ 2. Wegneming met het oog op onderzoek en diagnosestelling (biopsie)	889-895
	§ 3. Wegneming van organen of weefsel in het kader van een behandeling	896
Titel IX	**MEDISCH BEROEPSGEHEIM EN MEDISCHE GEGEVENS**	897-1036
Hfdst.I	MEDISCH BEROEPSGEHEIM	897-1006
Afd.I	*PERSONEEL TOEPASSINGSGEBIED*	897-913
	§ 1. Artsen	897-911
	A. Algemeen	897-902
	B. Bijzondere gevallen	903-911
	1. Adviserend geneesheren van ziekenfondsen	903-905
	2. Geneesheren-inspecteurs R.I.Z.I.V.	906
	3. Controlerende artsen in opdracht van een werkgever	907-908
	4. Arbeidsgeneesheren (bedrijfsartsen)	909
	5. Gevangenisartsen	910
	6. Medisch directeur (hoofdgeneesheer) van een ziekenhuis	911
	§ 2. Andere beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg	912
	§ 3. Onwettige beoefenaars van de geneeskunde	913
Afd.II	*MATERIEEL TOEPASSINGSGEBIED*	914-918
	§ 1. Kennis uit hoofde van het beroep	915
	§ 2. Geheimen	916-917
	§ 3. Toevertrouwd	918
Afd.III	*BEKENDMAKEN VAN GEHEIMEN*	919-922
	§ 1. Opzet	920
	§ 2. Bekendmaken	921-922
Afd.IV	UITZONDERINGEN	923-996
	§ 1. In rechte getuigenis afleggen	923-931
	A. Toelating van de wet om te spreken. Spreekrecht	923-925
	B. Zwijgrecht	926-928
	C. Spreken of zwijgen	929-931
	§ 2. Overleggen van een medisch dossier	932-934
	§ 3. Wettelijke verplichting geheimen bekend te maken	935-950
	A. Wet in formele of materiële zin	935
	B. Art. 84 Z.I.V.-Wet	936-938
	C. Aangifte van besmettelijke ziekten	939
	D. Aangifte van seksueel overdraagbare ziekten	940
	E. Kennisgeving van bevalling. Aangifte van geboorte	941-942

		Nr.
	F. Aangifte van arbeidsongevallen	943
	G. Medisch getuigschrift voorafgaand aan gedwongen opname in psychiatrisch ziekenhuis	944
	H. Aangifte van misdrijven	945-948
	1. Art. 20 K.B. 31 mei 1885	946-947
	2. Art. 30 Sv.	948
	I. Plicht tot waarschuwing van derden op grond van art. 422*bis* Sw.	949-950
	§ 4. Geheimhoudingsplicht en rechtvaardigingsgronden	951-974
	A. Toestemming van de patiënt	952-957
	B. Noodtoestand en aangifte van misdrijven	958-968
	1. Patiënt is dader	959-963
	2. Patiënt is slachtoffer	964-968
	C. Wettelijk voorschrift	969-971
	D. Overheidsbevel (bloedmonsterneming)	972-974
	§ 5. Andere uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht	975-982
	A. Dwaling	975-976
	B. Optreden in rechte	977-982
	§ 6. Geheimhoudingsplicht en opsporen van misdrijven in de artsenpaktijk	983-996
	A. Algemeen	983-985
	B. Arts is geen verdachte	986-989
	1. Voor beslag vatbare zaken	987
	2. Voorzorgsmaatregelen bij zoeking	988-989
	a) Bewijzen of zware vermoedens	988
	b) Respect voor gebruiken inzake opsporing en inbeslagneming	989
	C. Arts wordt verdacht	990-993
	1. "Beroepsmisdrijf sluit beroepsgeheim uit"	990-991
	2. Voor beslag vatbare zaken	992
	3. Voorzorgsmaatregelen	993
	D. Plaats van bewaring en inbeslagneming	994-995
	E. Sancties	996
Afd.V	*AFLEVERING VAN MEDISCHE GETUIGSCHRIFTEN*	997-1006
	§ 1. Aan de patiënt	997-1001
	§ 2. Aan derden	1002-1006
	A. Verwanten van de patiënt	1002-1005
	1. Reikwijdte van de toestemming van de patiënt	1003
	2. Plaatsvervangende toestemming	1004-1005
	B. Overige derden	1006
Hfdst.II	ANDERE PLICHTEN I.V.M. MEDISCHE GEGEVENS	1007-1014
Afd.I	*BIJHOUDEN VAN EEN MEDISCH DOSSIER*	1007-1008
Afd.II	*MEDEDELING VAN MEDISCHE GEGEVENS AAN DERDEN*	1009
Afd.III	*INZAGE VERLENEN IN MEDISCHE GEGEVENS*	1010-1014
Hfdst.III	VALSHEID IN MEDISCHE GETUIGSCHRIFTEN	1015-1036
Afd.I	*INLEIDING*	1015
Afd.II	*VALSELIJK BEVESTIGEN VAN ZIEKTE OF GEBREK (ART. 204 SW.)*	1016-1027
	§ 1. Getuigschrift	1017
	§ 2. Bevestiging van een ziekte of gebrek	1018
	§ 3. Op valselijke wijze	1019

		Nr.
	§ 4. Uitgaande van een arts	1020
	§ 5. Vrijstelling van een wettelijke dienst of verplichting	1021-1026
	§ 6. Giften of beloften	1027
Afd.III	*VALSHEID IN GESCHRIFTEN (ART. 196 SW.)*	1028-1034
Afd.IV	*WELWILLENDHEIDSGETUIGSCHRIFTEN (ART. 205)*	1035
Afd.V	*WIJZIGEN VAN EEN MEDISCH GETUIGSCHRIFT DOOR EEN ONBEVOEGDE (ART. 203 SW.)*	1036
Titel X	**DIAGNOSTISCHE EN THERAPEUTISCHE VRIJHEID**	1037-1078
Hfdst.I	DIAGNOSTISCHE EN THERAPEUTISCHE VRIJHEID ALGEMEEN BESCHOUWD	1037-1060
Afd.I	*WETTELIJKE BEPALINGEN EN BEGRIPSAFBAKENING*	1037-1047
Afd.II	*BETEUGELING VAN HET MISBRUIK VAN DIAGNOSE EN THERAPIE*	1048-1060
	§ 1. Door de raden van de orde der geneesheren	1048-1052
	§ 2. Door controlecommissies van het R.I.Z.I.V.	1053-1060
Hfdst.II	MISBRUIK BIJ VOORSCHRIJVEN VAN DRUGS	1061-1078
Afd.I	*WETTELIJKE BEPALINGEN*	1061-1063
Afd.II	*CONSTITUTIEVE ELEMENTEN VAN HET MISBRUIKVERBOD*	1064-1075
Afd.III	*MISBRUIKVERBOD EN BEOORDELING DOOR DE ORDE DER GENEESHEREN*	1076-1078
Titel XI	**HONORARIUM VAN DE ARTS**	1079-1197
Hfdst.I	HONORARIUM VAN DE ARTS EN DE WET UITOEFENING GENEESKUNST	1079-1158
Afd.I	*RECHT OP HONORARIUM OF FORFAITAIRE BEZOLDIGING*	1079-1099
	§ 1. Onderscheid honorarium en forfaitaire bezoldiging. Afstand van het recht op honorarium	1079-1083
	§ 2. Beperkingen aan het recht op honorarium of forfaitaire bezoldigingen	1084-1088
	A. Art. 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst	1085-1087
	B. Medische plichtenleer	1088
	§ 3. Recht op honorarium in enkele bijzondere situaties	1089-1099
	A. Recht op honorarium tegenover verwanten	1089-1095
	B. Recht op honorarium tegenover collega's en hun verwanten	1096-1098
	C. Recht op honorarium en vergoeding bij niet nagekomen afspraak	1099
Afd.II	*BEDRAG VAN HET HONORARIUM*	1100-1132
	§ 1. Vrije bepaling	1100-1101
	§ 2. Beperkingen aan de vrije bepaling	1102-1132
	A. Wettelijke en reglementaire beperkingen	1103-1120
	1. Algemeen	1103
	2. Z.I.V.-Wet	1104-1119
	a) Vaststelling van het bedrag van het honorarium	1105-1109
	b) Bindend karakter van het honorarium	1110-1119
	3. Arbeidsongevallenwet	1120
	B. Statutaire of contractuele beperkingen	1121-1123
	C. Toetsing en beperking door de rechter	1124-1129

		Nr.
	D. Tuchtrechtelijke beperkingen (maxima en minima)	1130-1132
Afd.III	*GEBRUIKSVERGOEDINGEN EN ERELOONDELING*	1133-1154
	§ 1. Gebruiksvergoedingen tussen artsen en derden	1133-1142
	A. Principiële geldigheid van gebruiksvergoedingsregelingen	1133-1135
	B. Gebruiksvergoedingsregelingen en art. 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst	1136
	C. Voorwaarden voor een geldige gebruiksvergoedingsregeling	1137-1139
	1. Algemeen	1137
	2. Forfaitair vastgestelde gebruiksvergoedingen	1138-1139
	D. Instandhoudingsvergoeding	1140-1142
	§ 2. Gebruiksvergoedingen en ereloondeling tussen artsen	1143-1154
	A. Ereloonverdeling tussen artsen	1143-1147
	1. Principieel verbod	1143-1145
	2. Toegelaten bij groepsgeneeskunde	1146-1147
	B. Gebruiksvergoedingsregelingen tussen artsen	1148-1154
Afd.IV	*ONGEOORLOOFDE VERRIJKING*	1155-1158
Hfdst.II	BETWISTINGEN IN VERBAND MET ERELONEN	1159-1170
Afd.I	*BEWIJSLAST*	1159-1160
Afd.II	*AFDWINGEN VAN BETALING*	1161-1170
	§ 1. Algemene beschouwingen	1161
	§ 2. Weigering van afgifte getuigschrift voor verstrekte hulp	1162-1170
Hfdst.III	VERJARING VAN DE RECHTSVORDERING VOOR HET HONORARIUM	1171-1179
Afd.I	*KWIJTENDE VERJARING*	1171
Afd.II	*TOEPASSINGSGEBIED VAN ART. 2272, EERSTE LID B.W.*	1172-1176
Afd.III	*AANVANG VAN DE VERJARING*	1177
Afd.IV	*STUITING EN SCHORSING VAN DE VERJARING*	1178
Afd.V	*VERMOEDEN VAN BETALING*	1179
Hfdst.IV	BESLAG OP EN OVERDRACHT VAN HONORARIA	1180-1184
Afd.I	*BESLAG OP BEDRAGEN TEN LASTE VAN DE ZIEKTEVERZEKERING*	1180-1182
Afd.II	*BESLAG OP MEDISCHE HONORARIA*	1183-1184
Hfdst.V	BESCHIKKING OM NIET DOOR EEN PATIENT	1185-1197
Afd.I	*ALGEMEEN*	1185-1186
Afd.II	*TOEPASSINGSVOORWAARDEN*	1187-1195
	§ 1. Behandeling van de (overleden)patiënt	1187
	§ 2. Behandeling tijdens de ziekte waaraan de patiënt overleed	1188-1192
	§ 3. Beschikking tijdens de ziekte waaraan de patiënt overleed	1193-1194
	§ 4. Ziekte	1195
Afd.III	*BESCHIKKINGEN DIE NIET ONDER ART. 909 B.W. VALLEN*	1196-1197
	§ 1. Vergeldende beschikking	1196
	§ 2. Tussen echtgenoten	1197

		Nr.
Titel XII	**ARTS EN ANDERE BEROEPEN EN VOORZIENINGEN IN DE GEZONDHEIDSZORG**	1198-1241
Hfdst.I	WETTELIJKE REGELINGEN VAN BEROEPEN IN DE GEZONDHEIDSZORG IN RELATIE TOT DE ARTS	1198-1224
Afd.I	*BEOEFENAARS VAN DE ARTSENIJBEREIDKUNDE (APOTHEKERS)*	1198-1207
Afd.II	*BEOEFENAARS VAN DE TANDHEELKUNDE (TANDARTSEN)*	1208-1212
Afd.III	*BEOEFENAARS VAN DE VERPLEEGKUNDE*	1213-1219
Afd.IV	*BEOEFENAARS VAN PARAMEDISCHE BEROEPEN*	1220-1221
Afd.V	*VROEDVROUWEN*	1222-1224
Hfdst.II	WETTELIJKE REGELING VAN DE RECHTSVERHOUDINGEN TUSSEN ARTSEN EN VOORZIENINGEN IN DE GEZONDHEIDSZORG	1225-1241
Afd.I	*WET OP DE ZIEKENHUIZEN*	1226-1233
	§ 1. Algemeen	1226
	§ 2. Begrip ziekenhuisarts	1227
	§ 3. Rechtsverhoudingen tussen het ziekenhuis en de ziekenhuisarts	1228-1233
	A. Algemene regeling van de rechtsverhoudingen	1228-1229
	B. Rechtsverhouding ziekenhuis-arts	1230-1232
	C. Geldelijk statuut van de ziekenhuisarts	1233
Afd.II	*O.C.M.W.-WET*	1234-1238
Afd.III	*WET PERSOON GEESTESZIEKEN*	1239-1241

	Blz.
ZAAKREGISTER	551

AFKORTINGEN EN CITEERWIJZEN

De afkortingen en citeerwijzen gebeurden volgens de aanbevelingen van de Interuniversitaire Commissie Juridische Verwijzingen en Afkortingen, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, tweede uitgave.

Andere afkortingen

A.D.L.	Actualité Législative Dalloz (Frankrijk)
A.S.D.A.	L'actualité juridique. Droit administratif (Frankrijk)
A.P.T.	Administration Publique Trimestriel
Cons. Man.	Consilio Manuque
EUGRZ.	Europäische Grundrechte Zeitschrift (Duitsland)
F.J.R.	Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht (Nederland)
R. en R.	Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie

Voor volgende handboeken werd geen voornaam, plaats en datum van uitgave vermeld :

DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990.

LEENEN, H.J.J., *Handboek Gezondheidsrecht*, Alphen aan de Rijn-Brussel, Ced. Samsom, 1988.

HINNEKENS, M. en RONSMANS, E., *Geneeskunst. Coördinatie van de geldende wetten, besluiten en internationale conventies in verband met de verschillende takken van de geneeskunst*, Heule, UGA, losbl.

RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *Les droits et les obligations des médecins*, Brussel, Larcier, 1971-72, 2 vol., tweede herwerkte uitgave.

LITERATUURLIJST

I. ALGEMENE WERKEN, VERHANDELINGEN EN MONOGRAFIEËN

ANRYS, H., *Les professions médicales et paramédicales dans le Marché Commun*, Brussel, 1976, 657 p.

DE NAUW, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Gent, 1984.

DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, Brugge, 1962.

DIJON, X., *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Namen-Brussel, 1982.

DUPONT, L., *Beginselen van strafrecht*, Leuven, 1980.

-, en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, 1990.

DOUCET, J.P., *La protection pénale de la personne humaine*, Liège, 1979.

GEENS, K., *Het vrij beroep. Enkele theoretische beschouwingen aan de hand van een vergelijkende studie naar Belgisch recht van de reglementering ter zake van de beroepen van arts, advocaat, architect en bedrijfsrevisor*, Leuven, Faculteit Rechtsgeleerdheid, 1986.

HENNAU-HUBLET, Chr., *L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, Brussel-Parijs, 1987.

HEYVAERT, A., KRUITHOF, R. en VANSWEEVELT, T. (ed.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, 1989.

HINNEKENS, M. en RONSMANS, E., *Geneeskunst. Coördinatie van de geldende wetten, besluiten en internationale conventies in verband met de verschillende takken van de geneeskunst*, Heule, losbl.

NYS, H., *Geneeskundig recht*, Leuven, 1990., derde herwerkte uitgave.

RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *Les droits et les obligations des médecins*, Brussel, II dln., Brussel, 1971-72, tweede herwerkte uitgave.

SCHOTSMANS, P., *En de mens schiep de mens*, Antwerpen, 1988.

SENAEVE, P., *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, 1989.

VAN BENEDEN, J. en VAN DAMME, M., *Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn*, Brussel, *A.P.R.*, 1986.

VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., *Belgisch Strafrecht*, Gent, 1976.

VANSWEEVELT, T., *Aids en recht. Een aansprakelijkheids- en verzekeringsrechtelijke studie*, Antwerpen, Apeldoorn, 1989.

II. WERKEN, VERHANDELINGEN, MONOGRAFIEËN, ARTIKELS EN BIJDRAGEN IN TIJDSCHRIFTEN, VOLGENS TITEL

1. TITEL I. DE UITOEFENING VAN DE GENEESKUNDE

DILLEMANS, R., "De wetgevende besluiten betreffende de uitoefening van de geneeskunst", *T.P.R.*, 1974, 173.

GROSEMANS, R., "Considérations sur l'exercice illégal de l'art de guérir", *R.D.P.*, 1954-55, 159.

-, "Onwettig uitoefenen van de chiropraxis", *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1969, 251.

HEYE, E., "Le procès de l'ostéopathie: nouvelle médecine hors-la-loi", *J. Proc.*, 1985, afl. 56, 6-8.

LIEGEOIS, P., "Exercice illégal de l'art de guérir", *Le Médecin Belge*, 1953, afl. 18.

MEERT-VAN DE PUT, R., "De organisatie van de geneeskunst en de controle op de activiteiten van de geneesheer", *T.P.R.*, 1974, 152.

-, "Psychothérapie et art de guérir", *R.D.P.*, 1968-69, 655.

NYS, H., "De erkenning van geneesheren-specialisten en van huisartsen", in *Commentaar Gezondheidsinstellingen*, Heule, losbl. 1B/02.
-, "De opleiding en de erkenning van geneesheren-specialisten in het Belgisch recht", *B.T.S.Z.*, 1978, 456.
-, "Koninklijk Besluit nr. 78 van 10 nov. 1967 betreffende de uitoefening van de geneeskunst, de verpleegkunde, de paramedische beroepen en de geneeskundige commissies", in *Handboek Artsenpraktijk*, Brussel, losbl., 3.1.1.
-, "Medische en paramedische beroepsuitoefening. Over oftalmologen en opticiens", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, 1989, 467.
SERRUYS, J.W., *La profession médicale et la jurisprudence*, Brussel, 1940.
TROUSSE, E., "La magie et les sortilèges dans le droit pénal d'autrefois et d'aujourd'hui", *R.D.P.*, 1955-56.
VERBIEST, D., "Onwettige uitoefening van de geneeskunde in het Belgische recht", *Jura Falc.*, 1971-72, afl. 2, 32.
VERSTEGEN, R., "Academische graden en bekwaamheidsbewijzen", *Jura Falc.*, 1975-76, 167.
-, "Wegwijs in de onderwijswetgeving", *R.W.*, 1977-78, 701.

2. TITEL II. ORDE DER GENEESHEREN

BEKAERT, H., "Le criminel tient aussi le disciplinaire en état", *J.T.*, 1982, 473-479.
CREMONA, J.J., "The public character of trial and judgment in the jurisprudence of the European Court of Human Rights", in MATCHER, F. en PETZOLD, H. (ed.), *Protecting human rights : the European dimension*, Köln, 1988, 110.
DIERKENS, R., "De orde der geneesheren; kritische beschouwingen omtrent het K.B. nr. 79 d.d. 10 nov. 1967", *Belg. Archief voor Sociale Geneeskunde*, 1969, 313.
FREDERICQ, J., "L'Ordre des médecins ou l'éthique comme alibi", *La Revue Nouvelle*, 1975, 343.
GILLIAMS, H., "Procedurele bescherming van de vrijheid van beroepskeuze en beroepsuitoefening in de V.S. en Europa", *T.B.P.*, 1986, 12.
GOFFIN, L., "L'avocat ou le médecin doit-il révéler à ses autorités disciplinaires le secret dont il est professionnellement le dépositaire", *Ann. Dr. Louv.*, 1984, 365.
GRIMONPREZ, K., "Het Hof van Cassatie en 25 jaar E.V.R.M.", *R.W.*, 1981-82, 2670.
GROSEMANS, R., "Une proposition de loi critiquable", *J.T.*, 1980, 701.
HANNEQUART, Y., "Les normes déontologiques et leurs caractères spécifiques", in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Brussel, 1985.
LAMBERT, P., "La procédure disciplinaire et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme", *J.T.*, 1981, 625.
-, "Le pouvoir disciplinaire des ordres professionnels après l'arrêt de la Cour de Cassation du 23 mai 1985", *J. Proc.*, 1985, afl. 70, 12.
-, "Le criminel tient-il le disciplinaire en état?", *J.T.*, 1987, 322.
-, "La Convention Européenne des droits de l'homme et le droit disciplinaire", *J.T.*, 1988, 53.
LEFAIVRE, J., "Ordre des médecins : des sentences disciplinaires nulles", *J. Proc.*, 1985, afl. 68, 4.
LEGROS, P., "Une proposition de loi critiquée", *J.T.*, 1981, 425.
LEMMENS, P., "Het einde van de betwisting rond de openbaarheid van tuchtzaken", *R.W.*, 1983-84, 86.
-, "Het geheim karakter van tuchtprocedures", *R.W.*, 1979-80, 1665.
-, "Een nieuwe tuchtzaak voor het Europees Hof", *R.W.*, 1983-84, 119.
-, *Geschillen over burgerlijke rechten en plichten*, Leuven, 1987.
-, en D'HOOGHE, D., *Het recht van verdediging in tuchtzaken*, Antwerpen, 1989.
LOUVEAUX, C., *R.P.D.B.*, v° *Ordres et institutions professionnels*.
MEEUS, A., "Jurisdictionele aspecten van de opdracht van de raden van de orde van geneesheren", in *Nationale Raad Orde Geneesheren, Plenaire vergadering van de raden van de orde van de geneesheren*, Brussel, 1978, 56-57.

MULDER, L., "Art. 6 lid 1 E.V.R.M. : De Nederlandse garagehouder en de Belgische artsen", *T.B.P.*, 1986, 120-124.
NYS, H., "De orde der geneesheren in het Parlement", *R.W.*, 1981-82, 1173.
-, "Tuchtrecht voor geneesheren: overbodig? overnodig?", *Vl. T. Gez.*, 1981-1982, 2.
-, "De tuchtrechtelijke aansprakelijkheid van artsen", *Tijdschrift voor Geneeskunde*, 1986, 253.
-, "Koninklijk Besluit nr. 79 van 10 nov. 1967 betreffende de orde der geneesheren", in *Handboek Artsenpraktijk*, Brussel, losbl., 3.1/21.
PANIER, C., "Considérations sur la situation juridique des tiers au regard des procédures disciplinaires dans les ordres professionnels", *Ann. Dr. Louv.*, 1984, 377.
RASSON-ROLAND, A., "Les procédures disciplinaires devant les ordres professionnels sont-elles soumises à l'art. 6, § 1er de la C.S.D.H.", *Adm. Publ. T.*, 1983, 205.
-, "Les ordres et la vie privée des praticiens de l'art de guérir", *Ann. Dr. Louv.*, 1984, 315.
RENAER, M., "Problemen in en rond de Orde der geneesheren", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 161.
RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., "Les récents arrêtés en matière d'art de guérir", *J.T.*, 1968, 141.
SCHEPERS, R., "De orde der geneesheren : belangenverdediging of deontologie", *Politica*, 1979, 130.
SCHUTYSER, K., "De orde der geneesheren en de ziekenhuizen", *Hospitalia*, 1974, 188.
-, "Code van geneeskundige plichtenleer kritisch doorgelicht", *Kontakten '76*, 1976, afl. 3, 11.
VANDEN BOSCH, Y., "Le Compte, Van Leuven, De Meyere t. Belgische Staat. Toepassing art. 50 E.C.R.M.", *R.W.*, 1982-83, 2362-2365.
VAN LIL, M., "De bindende kracht van de code van geneeskundige plichtenleer. Evolutie van de cassatierechtspraak sinds 1975", *T. Orde Gen.*, 1987, afl. 38, 57.
-, "Het hoger beroep tegen een beslissing van een provinciale raad", *T. Orde Gen.*, 1987, afl. 35, 31.
-, "Wordt de tuchtvordering opgeschort door de strafvordering en de burgerlijke vordering?", *T. Orde Gen.*, 1988, afl. 42, 35-37.
VANDEWEGHE, A., "De rechtsmacht van de orde der geneesheren t.o.v. de geneesheren in dienst van de Commissies van Openbare Onderstand", *Gemeente-Provincie*, 1967, afl. 1, 21-28.
VERBIEST, D., "De orde der geneesheren. Diagnose van een publiekrechtelijke beroepsorganisatie", *T.B.P.*, 1978, 213.
VERKRUISEN, W.G., "Een B.I.G. met vier manke poten", *N.J.B.*, 1986, 1137.
VIAENE, L., "De orde der geneesheren en de contestatie", *R.W.*, 1976-77, 2257.

3. TITEL III. DE RECHTSVERHOUDINGEN TUSSEN ARTS EN PATIENT IN HET ALGEMEEN

a) Rechten en plichten van artsen en patiënten

ANRYS, H., *L'abstention coupable de secours, la réquisition et l'aide médicale urgente*, Braine-l'Alleud, 1969.
AERDEN, R., "Patiëntenrechten in het huidig Belgisch positief recht", *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 123.
BOSMANS, A., "Rechten van de ziekenhuispatiënt", in *Het ziekenhuis : een wereld in de wereld*, PEERS, J. (ed.), Leuven, 1983, 161.
-, "Het structureel beveiligen van patiëntenrechten in ziekenhuizen. Enkele beschouwingen", *A. Hosp.*, 1984, afl. 4, 21.
CORBISIER, I., "Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique", *R.G.A.R.*, 1990, nr. 11.682.
DALCQ, R.O., "A propos du consentement du malade", in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Brussel, 1982, 289.
DE BECKER, P., "Internationale en nationale initiatieven ter bescherming van de privacy van de patiënt : enkele beschouwingen", *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 103.
DEL CARRIL, M., "Le consentement du malade dans le cadre du contrat médical", *R.G.A.R.*, 1966, nr. 7.677.

DE RIDDER, J., "Is verzuim van hulp bieden strafbaar?", *Verplegenden en Gemeenschapszorg*, 1965, 181.
DU JARDIN, J., "L'abstention de porter secours", *R.D.P.*, 1983, 955.
-, "Schuldig verzuim", in *Comm. Strafr.*, Antwerpen, losbl.
DUPONT, L., "Geïnformatiseerde medische databanken en privacy : is de strafwetgeving gewapend?", *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 217.
GEENS, K., "Kan een éénpersoonsvennootschap ziekenhuis-geneesheer zijn", *T.R.V.*, 1990, 374.
GERLO, J., "Het begrip privacy voor de jurist", *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 179.
KRUITHOF, R., "De schadebeperkingsplicht van slachtoffers met letselschade", *Vl. T. Gez.*, 1990-91, 5.
LEENEN, H.J.J., "Rechten van patiënten; grondslagen en rechtssystematische aspecten", *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 117.
MEERT-VAN DE PUT, R., "La confidentialité des données et le secret médical : aspect juridique", *Louvain Médical*, 1986, 521.
MEULDERS-KLEIN, M. Th. en MAINGAIN, B., "Le droit de disposer de soi-même", in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Brussel, 1982, 215.
NYS, H., "De toestemming van de patiënt", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 251.
-, "Ontwerp-aanbeveling van de Raad van Europa over de plichten van artsen t.a.v. patiënten", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 280.
-, "Rechten van de patiënt anno 1985 : 'geduld' zonder einde?", in *De patiënt als partner in de eerstelijnszorg*, Brussel, 1986, 107.
-, "Vers une réglementation de la protection de la liberté et de la vie privée à l'hôpital", *Louvain Médical*, 1985, 539.
-, "Medisch beroepsgeheim en informatisering in de arbeidsgeneeskunde : enkele juridische aspecten", *Soc. Kron.*, 1987, 233.
-, "Recht en aids", *Panopticon*, 1988, afl. 1, 8.
-, "Aids : juridisch modethema of bedreiging voor de mensenrechten?", *V.J.V.*, 1989, afl. 1, 17.
-, "De overeenkomst in het kader van de uitoefening van de geneeskunde", in STORME, M. e.a. (ed.), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, 1990, 493.
-, "Wettelijke hulpverleningsplicht", in *Recht voor verpleegkundigen*, Antwerpen, 1990, tweede herwerkte uitgave, 173.
POULLET, E., "Sécurité informatique et données médicales", *Louvain Médical*, 1986, 531.
QUISTHOUDT, J. en CAEYERS-DE HONDT, A., "De rechten van de patiënt en internationale instellingen", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 434.
ROSCAM ABBING, H., "Rechten van de patiënt", *A. Hosp.*, 1984, afl. 2, 21.
SCHOTSMANS, P., "Informed consent. Een ethische verkenning van het recht op informatie en toestemming in de arts-patiënt relatie", *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 433.
SCHUTYSER, K., "De rechten van de ziekenhuispatiënt", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, 1989, 363.
VAN QUICKENBORNE, M., "De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, 1989, 207.
VAN STEENBERGE, J., "Geïnformatiseerde medische databanken en privacy : is de sociale wetgeving gewapend?", *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 231.
VANSWEEVELT, T., "Telefonisch advies en schade wegens verlies van een kans", *Vl. T. Gez.*, 1989-90, 215.
VERMEERSCH, E., "Patiëntenrechten, een ethische verkenning", *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 165.

b) Aansprakelijkheid van de arts

ANRYS, H., *La responsabilité civile médicale*, Brussel, 1974, 389.
ARNOU, P., "De strafrechtelijke immuniteit van de medicus. Grondslag en grenzen", *Jura Falc.*, 1979-80, 431.
BEYENS, R., "Responsabilité des établissements hospitaliers", *Bull. Ass.*, 1965, 833.
BOUCKAERT, F., "Over de medicale verantwoordelijkheid", *R.W.*, 1962-63, 238.

CANIVET, J., "La mission du médecin. La responsabilité médicale en droit commun", *B.J.*, 1937, 194.
CLAESSENS, H., "Verzekering en medische aansprakelijkheid in de gezondheidszorg", *Vl. T. Gez.*, 1989-90, 181.
COUSY, H. e.a., *Het ziekenhuis en de onrechtmatige daad. De verantwoordelijkheid en zijn verzekeringsvormen*, z.pl., 1985.
DALCQ, R.O., "La responsabilité des professions libérales", *J.T.*, 1964, 101.
-, *Traité de la responsabilité civile*, I, Brussel, 1967, nr. 989 e.v.
-, "La responsabilité civile et pénale du médecin et de ses aides qualifiés à l'égard des patients", *A. Hosp.*, 1972, 101.
-, "La responsabilité médicale", *T.P.R.*, 1974, 345.
-, "L'évolution de la responsabilité médicale", *De Verz.*, 1981, 633.
-, "Belgium", in DEUTSCH, E. en SCHREIBER, H.L. (ed.), *Medical responsibility in Western Europe*, Berlijn, 1985, 65.
DELVAUX, P.-H., "La prescription de l'action civile résultant d'une infraction volontaire. Pour un retour à la dualité des fautes pénales et civiles", *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9.707.
-, "La prescription de l'action civile découlant d'une infraction, son point de départ et son avenir", *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.504.
DE NIJS, J., "Aspects de la responsabilité médicale d'aujourd'hui et de demain", *J.T.*, 1949, 225.
DENIS, P., "L'obligation générale de prudence et de diligence du médecin", *R.G.A.R.*, 1958, nr. 6.017.
DEWALLENS, F., "Errare humanum est, erratum probare diabolicum; een overzicht van rechtspraak inzake medische aansprakelijkheid 1980-88", *Jura Falc.*, 1989-90, afl. 1, 1.
DIERKENS, R., "De burgerlijke aansprakelijkheid van de geneesheer", *R.W.*, 1962-63, 249-262.
-, "Réflexions à propos de la responsabilité médicale", in *Responsabilité professionnelle et assurance des risques professionnels*, Brussel, 1975, 145.
DIRIX, E., "Het verlies van genezings- en overlevingskansen", *Vl. T. Gez.*, 1981-82, 105.
FAGNART, J.L., "La réforme de la responsabilité médicale : responsabilité ou assurance?", *Rapport Belge au Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, Montréal, 1990.
GEVERS, M., "Nature du contrat conclu entre un médecin et une entreprise privée ou une administration publique", *R.C.J.B.*, 1952, 153.
-, "La responsabilité médicale, spécialement lorsque le médecin est rémunéré par une entreprise privée ou une administration publique", *Bull. Ass.*, 1953, 19.
GILOT, P., "De verzekering van de medische aansprakelijkheid", *A. Hosp.*, 1972, 155.
GLESENER, A., "Des médecins et des juristes", *J.T.*, 1974, 561.
GOOSSENS, C. en MONFILS, P., "La responsabilité médicale des institutions hospitalières et, spécialement, des commissions d'assistance publique", *R.C.J.B.*, 1965, 120.
HEEREN, T., "Het labyrint van de medische aansprakelijkheid", *Limb. Rechtsl.*, 1986, 3.
HEYLEN, R., "De civielrechtelijke aansprakelijkheid van verpleegkundigen in ziekenhuisverband", *Vl. T. Gez.*, 1989-90, 89.
JANSON, E., "A propos de la responsabilité du médecin", *J.T.*, 1969, 705.
KRUITHOF, R., "De korte verjaringstermijn voor civielrechtelijke vorderingen die uit strafrechtelijke misdrijven voortvloeien.", *Vl. T. Gez.*, 1980-81, afl. 4, 42.
KRUITHOF, R., "Tendenzen inzake medische aansprakelijkheid", *Vl. T. Gez.*, 1982-83, 177.
LAMINE, L. en HERMANS, P., "De aansprakelijkheid van het medisch team", *R.W.*, 1979-80, 801.
LUST, A., "Over depenalisering van de medische aansprakelijkheid", *Vl. T. Gez.*, 1989-90, 201.
MATTHIJS, J., "Sommige recente problemen van medische aansprakelijkheid in België", *Vl. T. Gez.*, 1980-81, afl. 2, 2.
PALLEMAERTS, J., "De beroepsaansprakelijkheid van de geneesheer", *R.W.*, 1955-56, 1945.
QUISTHOUDT, J., "Aspecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid bij de uitoefening van de arbeidsgeneeskunde", *Soc. Kron.*, 1989, 121.
SCHUTYSER, K., "De aansprakelijkheid van het ziekenhuis en het ziekenhuispersoneel", *A. Hosp.*, 1971, 212.

-, "Juridische kwalificatie van de verhouding geneesheer-patiënt en ziekenhuispatiënt", *A. Hosp.*, 1972, 60.
-, "De rechtspositie van de ziekenhuisarts", *T.P.R.*, 1974, 297.
VANACHTER, O., "Medische of paramedische medewerkers : werknemers of zelfstandigen?", *A. Hosp.*, 1990, 5.
VAN DEN BERGHE, G., "La responsabilité médicale dans le cas du défaut d'assistance à une personne en péril", *J.T.*, 1952, 552.
VANDENBERGHE, H., "De aansprakelijkheid der ziekenhuizen", in *Recht in beweging, Liber Amicorum R. Victor*, Antwerpen, 1973, II, 1087.
-, "Aansprakelijkheid van de geneesheer", in VANDENBERGHE, H. (ed.), *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, Antwerpen, 1979, 118.
VANDENBERGHE, H. en GEELEN, K., "Aansprakelijkheid van 'ziekenhuisorganen', *Vl. T. Gez.*, 1989-90, 113.
VAN DORPE, B., "Aansprakelijkheid van de geneesheer tegenover de patiënt voor de medische behandeling en voor de vaststelling van het honorarium", *Jura Falc.*, 1968-69, 211-216.
VAN GERVEN, W., "Algemeen overzicht van en actuele tendenzen in het aansprakelijkheidsrecht gezien i.v.m. de medische sector", *A. Hosp.*, 1972, 11.
VAN LEYNSEELE, H., "La responsabilité des médecins", *R.G.A.R.*, 1928, 244.
VAN OEVELEN, A., "De aansprakelijkheid jegens psychisch gehandicapten", *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10151.
VANSWEEVELT, T., "Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de arts", in *Handboek Artsenpraktijk*, Brussel, losbl., 81.
VERCRUYSSEN, W., "De aansprakelijkheid voor gebrekkige dienstverlening en de gevolgen ervan binnen ziekenhuisverband. Voorstel tot E.G. richtlijn", *Hospitalia*, 1990, 107.

4. TITEL IV. ARTS BIJ ZWANGERSCHAP EN GEBOORTE

a) Anticonceptiva, sterilisatie, medisch begeleide bevruchting, pasgeboren leven

BROEKMAN, J.M., "De man/vrouw differentiatie", *R. en R.*, 1987, 105.
DALCQ, R.O., "Réflexions au sujet de l'avortement", *J.T.*, 1986, 165.
DELVA, W. en DIERKENS, R., "Enkele civielrechtelijke aspecten van contraceptie, sterilisatie en kunstmatige inseminatie", *T.P.R.*, 1974, 473.
DIERKENS, R., "De biologische mens in het recht", *T.P.R.*, 1972, 196.
DIJON, X., "La filiation paternelle de l'enfant né par l'insémination artificielle avec donneur", *T.B.B.R.*, 1990, 95.
DIRIX, E., "Overeenkomst en menselijke waardigheid", *R.W.*, 1989-90, 686.
GROSEMANS, R., "Rapport général sur le corps humain et la liberté individuelle", in *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XXVI, 1975, 430.
GULDIX, E., "Artificiële afstamming of het recht in gebreke", *Vl. T. Gez.*, 1980-81, afl. 4, 2.
-, "Juridische aspecten van medisch begeleide voortplanting : het recht op een kind", in *Internationaal colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, Brussel, 1988, 93.
HENNAU, Chr., "Vruchtbaarheidstechnieken en statuut van het embryo. Juridische basisgegevens", in *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, 1987, 226.
HENNAU-HUBLET, Chr., "Le droit pénal belge et les techniques biomédicales modernes", *R.D.P.*, 1988, 751.
-, "Le statut de l'embryon humain", *Journal Internationale de bioéthique*, 1990, afl. 2, 87.
HEYVAERT, A., "De nieuwe procreatietechnieken en de afstammingswet van 31 maart 1987", *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 227.
-, "Medisch begeleide bevruchting. De vrouw als basiseenheid", in *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, 1987, 102.
-, "Opmerkingen over 'juridische' stellingen in verband met de nieuwe procreatietechnieken en afstammingsafspraken", in APOSTEL, L. e.a. (ed.), *Beschikken over lijf en leven*, Leuven, 1987.

KRUITHOF, R., "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind", *R.W.*, 1986-87, 2737.

LAMPE, M.F. en GULDIX, E., "Het overtallige embryo", in *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, 1987, 265.

-, "Procréations assistées. Problèmes éthiques et juridiques liés au sort de l'embryon. Statut de l'enfant à naître", *Rev. Dr. Fam.*, 1986, 129.

LAMPE, F., "Le droit à l'enfant", in *Internationaal colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, Brussel, 1988, 49.

MEULDERS-KLEIN, M. Th., "Medisch begeleide bevruchting : juridische benadering", in *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, 1987, 76.

-, en HENNAU-HUBLET, Chr., "Aspects juridiques de la fécondation in vitro", *Louvain Médical*, 1988, 377.

-, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et des procréations médicalement assistées", in *Internationaal colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, Brussel, 1988, 147.

-, "La vérité et le sexe. A propos du transsexualisme", *T.B.B.R.*, 1989, 9.

NYS, H., "Juridische problemen rond erfelijkheidsvoorlichting", *R.W.*, 1982-83, 609.

-, "Het medisch recht en het 'kunstmatig leven", *Kultuurleven*, 1986, afl. 3, 262.

-, "Predictief genetisch onderzoek: enkele juridische aspecten", *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 235.

-, "Het kind en de rekening. Fout, schade en schadevergoeding naar aanleiding van een mislukte sterilisatie", *R.W.*, 1988-89, 1156.

-, "Medisch begeleide bevruchting. Ontwikkelingen m.b.t. regelgeving in België en Europa", in *Medisch begeleide bevruchting*, Antwerpen, 1991.

PAUWELS, J., "Juridische aspecten van contraceptie, seksualiteit en ouderschap bij mentaal gehandicapten", in NIJS, P. en CHRISTIAENS, M. (eds.), *Seksualiteit bij gehandicapten : (on)gewoon?*, Leuven, 1981, 193.

RENAER, M., "Medische en deontologische aspecten van de heelkundige sterilisatie", *T. Orde Gen.*, 1988, afl. 42, 27.

SENAEVE, P., "Het juridisch statuut van het na buitenlichamelijke bevruchting en/of embryotransplantatie geboren kind", *Vl. T. Gez.*, 1982-83, 59.

-, "De wet van 30 maart 1984 inzake de geboorteaangiften : een kleine wijziging met grote gevolgen", *R.W.*, 1984-85, 1539.

-, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.*, 1985-86, 626.

-, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 247.

VANDENBERGHE, A., VAN BROECKHOVEN, Chr. en HEYVAERT, A., "De genetische vingerafdruk en zijn betekenis in het nieuwe afstammingsrecht", *R.W.*, 1986-87, 2553.

VANDERMEERSCH, D., "Medische fout, sterilisatie en medische experimentatie", *T.P.R.*, 1983, 839.

VAN LIL, M., "Erfelijkheidsvoorlichting. Juridische problemen bij de confrontatie van recht en genetica", *Jura Falc.*,1983-84, 329.

-, "De geboorte van een kind na een mislukte sterilisatie : wie betaalt de rekening?", *T. Orde Gen.*, 1989, afl. 45, 42.

VAN NESTE, F., "Afstamming anno 1987", *T.P.R.*, 1987, 1029.

VERRYCKEN, M., "De juridische aspecten van de familie-planning", *R.W.*, 1972-73, 1601.

WILS, W., "Bio-ethiek en recht : het geval van draagmoederschap", *N. Tijds. Pol.*, 1989, afl. 5, 7.

-, "Draagmoederschap : een vergelijkende studie vanuit het recht van de Verenigde Staten van Amerika", *Jura Falc.*, 1988-89, afl. 1, 9.

X, "Genetica van het beginnend leven", in *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, 1987, 305.

b) Zwangerschapsafbreking

AMY, J.J., "Abortus en deontologie", in *Belgische Vereniging voor Medische Ethiek en Moraal*, 1985, afl. 10, 55.

BLOCH, A., "L'avortement : droit social à effet direct", *J. Proc.*, 1985, afl. 67, 2.
-, "Abortus en mensenrechten", in *Abortus provocatus*, Gent, 1987, 75.
CABEAUX, E., "Considérations nouvelles sur l'avortement légalisé", *J.T.*, 1972, 21.
CALEWAERT, W., "Pourquoi faut-il modifier notre législation actuelle?", in TOUSSAINT, Ph., *L'avortement*, Brussel, 1973, 153.
DELPEREE, F., "La Cour d'Arbitrage et l'avortement", in *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle*, II, Parijs, 1988, 107.
DIJON, X., "L'état de droit contre l'avortement", *J. Proc.*, 1986, afl. 88, 18.
-, "De medische ethiek in katholieke ziekenhuizen : wie beslist?", *N. Tijds. Pol.*, 1990, afl. 2, 55.
HENNAU-HUBLET, Chr., "La protection pénale du foetus en droit belge face aux expérimentations bio-médicales", *J.T.*, 1983, 333.
KEFER, F., "La naissance d'un enfant après l'échec d'un avortement est-elle constitutive d'un préjudice?", *J.T.*, 1990, 645.
LALLEMAND, R., "Problématique de l'avortement", in *Belgische Vereniging voor Medische Ethiek en Moraal*, 1985, afl. 10, 82.
LEGROS, P., "L'interruption de grossesse ordonnée par la loi", *J. Proc.*, 1985, afl. 59, 4.
-, "Le décret, la loi et la Cour d'Arbitrage", *J. Proc.*, 1986, afl. 60, 5.
LEGROS, R., "Le problème de l'avortement et la logique", *J. Proc.*, 1985, afl. 70, 14.
LIBIEZ, R., "Réflexions sur l'avortement et l'état de nécessité en droit pénal", *J. Proc.*, 1983, afl. 31, 10.
MARQUES-PEREIRA, B. en SQUILBECK, A., *L'interruption volontaire de grossesse*, C.R.I.S.P., Courrier Hebdomadaire, 1986, afl. 1127 en 1128.
MESSINE, J., "La proposition de loi sur l'avortement", *J.T.*, 1971, 337.
-, "La repression de l'avortement en droit pénal belge", in TOUSSAINT, Ph., *L'avortement*, Brussel, 1973, 119.
-, "L'avortement et la jurisprudence", *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1975, afl. 2-3, 26.
-, "Le décret de juillet et l'avortement", *J. Proc.*, 1985, afl. 60, 11.
MEULDERS-KLEIN, M. Th., "Aspects juridiques", in FERIN, J. e.a., *Libéraliser l'avortement?*, Gembloux, 1972, 39.
-, "Considérations sur les problèmes juridiques de l'avortement", *Ann. Dr. Louv.*, 1971, 425.
MOUREAUX, S., "Soyons Clairs", *J. Proc.*, 1985, afl. 60, 8.
NYS, H., "Abortus provocatus, hoe moet het nu?", *Huisarts Nu*, 1990, 284.
ORFINGER-KARLIN, R. en COULON, M., "Réflexions sur la contrariété des décisions rendues par la Cour d'Appel de Bruxelles en matière d'avortement", *J. Proc.*, 1984, afl. 43, 27.
PIRET, J.M., *R.P.D.B.*, v° *Avortement*, Comp. I.
RENAER, M., "Een medisch-ethische benadering van de problematiek van abortus", in *Abortus Provocatus*, Gent, 1987, 167.
-, "Aspecten uit de problematiek van abortus provocatus", *Onze Alma Mater*, 1988, afl. 2, 99.
RIGAUX, M. en TROUSSE, P.E., *Les crimes et les délits du code pénal, t. 5*, Brussel, 1968.
SCREVENS, R., "Le refus de la loi et le laxisme juridique", *R.D.P.*, 1989, 705.
TOUSSAINT, Ph. en CALEWAERT, W., *L'avortement*, Brussel, 1973, tweede uitgave.
TOUSSAINT, Ph., "L'avortement, le Parlement et la Justice", *J.Proc.*, 1988, afl. 121, 6.
TROUSSE, P.E., "La législation de l'interruption de la grossesse", in *Actes Xième colloque international de sexologie*, Louvain, II° partie, 1968, 131.
-, "La proposition de loi n° 280", *Ann. Dr. Louv.*, 1971, 407.
VANDENBOSSCHE, D., "De bestraffing van abortus provocatus : over de oorsprong van de Belgische abortuswetgeving", in *Abortus provocatus*, Gent, 1987, 9.
VAN DEN WIJNGAERT, C., "De abortuskwestie (nogmaals) in een stroomversnelling?", *Panopticon*, 1989, 211.
VAN DER MADE, R., "L'avortement en droit pénal", *J.T.*, 1948, 388.
VAN LOOK, M., "Abortus provocatus. Juridische status questionis en perspectieven", *T.P.R.*, 1974, 419.
VAN LOON, T., "Het mensbeeld gehanteerd door het Hof van Beroep van Brussel in het abortusproces tegen dr. Amy", *Panopticon*, 1984, 344.
VANNESTE, F., "Het abortusdossier, anno 1989", *R.W.*, 1988-89, 865.

VERSELE, S., "Preventie en repressie van de vruchtafdrijving", *R.W.*, 1953-54, 1753.
-, "Quelques observations sur la protection pénale de la famille et la moralité sexuelle", *Tijds. voor Strafrecht*, 1964, 22.
VERSLUYS, L., "De abortusprocessen : schaduwboksen in Brussel", *Tegenspraak*, 1982, 321.
X, *Abortus. Analyse van de twee verslagen door de Staatscommissie voor de ethische problemen ingediend bij de Eerste-Minister op 15 juni 1976*, Zele, 1977.

5. TITEL V. ARTS EN MINDERJARIGE PATIENT
TITEL VI. ARTS EN PSYCHIATRISCHE PATIENT

BACQUELAINE, J., "De rechten van het kind. De geneesheer en het kind", *T. Orde Gen.*, 1990, afl. 47, 35.
BENOIT, G., "La collocation, la séquestration à domicile et l'imagination jurisprudentielle", in GILLARDIN, J., *Malades mentaux : patient ou sujets de droit ?"*, Brussel, 1985, 149.
BERENBOOM, A. en VAN DE KERCKHOVE, M., "Le fou, son médecin et son juge. Examen du projet de loi relatif à la protection de la personne des malades mentaux", *J.T.*, 1975, 725.
BOVIN, S., DE SMEDT, P. en STEENS, R., *De psychiatrische patiënt*, Antwerpen, 1982.
DE THIBAULT DE BOESINGHE, L., "Enkele aspecten van medische deontologie bij het kind", in VERHELLEN, E. e.a. (ed.), *Rechten van kinderen*, Antwerpen, 1989, 341.
GERLO, J., "Het statuut van de geesteszieken", *T.P.R.*, 1974, 575.
GILLARDIN, J. en VAN DE KERCKHOVE, M., "Chronique de jurisprudence. Malades et déficients mentaux. Régimes civil et administratif (1960-1981)", *J.T.*, 1983, 426.
GILLARDIN, J., "La protection de la personne des malades mentaux", *J. Proc.*, 1990, afl. 169, 12.
GULDIX, E., *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privéleven in hun onderling verband*, Brussel, 1986.
LEMMENS, P., "De internering van geesteszieken", *R.W.*, 1981-82, 1908.
MAINGAIN, B. en REMON, C., "A propos d'une réforme imminente : le statut juridique des malades mentaux. Des questions importantes qui demeurent", *J.T.*, 1983, 145.
MARCHAUD, P., *R.P.D.B.*, v° *Déments et déficients mentaux*.
MEERT-VAN DE PUT, R., "Les malades et déficients mentaux et leurs soignants", in GILLARDIN, J. (ed.), *Malades mentaux : patients ou sujets de droit?*, Brussel, 1985, 71.
OSHINSKY, S. en DUPONT, M., "Les travaux du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la médecine. Adoption d'une recommandation sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux ou placées involontairement", *J.T.*, 1983, 457.
RIMANQUE, K., *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige; publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen*, Brussel, 1980.
RONSE, H., "De bescherming van de persoon van de geesteszieke", *Vl. T. Gez.*, 1989-90, 55.
SENAEVE, P., "Rechtspositie minderjarigen bij orgaantransplantatie", *F.J.R.*, 1988, 183.
SMETS, J., UYTTENDAELE, R. en WYLLEMAN, A., "Burgerlijke meerderjarigheid op achttien jaar (eerste deel)", *R.W.*, 1989-90, 1392.
VAN DE KERCKHOVE, M., "La loi et l'hospitalisation psychiatrique forcée : de quel droit?", in GILLARDIN, J., *Malades mentaux : patients ou sujets de droits?*, Brussel, 1985, 15.
VANDENBUSSCHE, A., "Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Belgische Krankzinnigenwet van 18 juni 1850 - 28 dec. 1873", *Hospitalia*, 1980, afl. 1, 56.
VANHEERENTALS, L., "Medici versus juristen in het kollokatiedebat", *Sociaal*, 1987, afl. 1, 22.
-, "Bevrijdt de Waanzin wenst betere rechtsbescherming voor gekollokeerde", *Panopticon*, 1988, 178.
-, "Dwangopname in Vlaanderen", *M.G.V.*, 1988, 672-685.
VAN OEVELEN, A., "De aansprakelijkheid jegens psychisch gehandicapten", *R.G.A.R.*, 1980, 10.151.
VANSWEEVELT, T., "Persoonlijkheidsrechten van minderjarigen en grenzen van het ouderlijk gezag : de toestemming van de minderjarige in een medische behandeling", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, 1989, 269.

VRANCK, A.W., COREMANS, H. en DU JARDIN, J., *De psychiatrische inrichtingen en het rechtsstatuut van de geesteszieken*, Brugge, 1983.
X, "Le juge et le psychiatre. Evolution de leurs pouvoirs respectifs", in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Brussel, 1983, 311.

6. TITEL VII. ARTS EN STERVENDE EN OVERLEDEN PATIENT

BOUNAMEAU, R., *L'autopsie : acte médico-légal et acte scientifique. Aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, 1988.
BRIELS, M., "Vragen op het terrein van de orgaantransplantatie", in APOSTEL, L. e.a. (ed.), *Beschikken over lijf en leden*, Leuven, 1987, 27.
COSYNS, "Hulp bij zelfdoding en euthanasie. Bio-ethische kanttekeningen", *Panopticon*, 1988, 121.
-, en PIERLOOT, R. (ed.), *Zelfdoding en hulpverlening*, Antwerpen, 1984.
CUMPS, G., "Is de hulp bij zelfmoord strafbaar?", *De Pol.*, 1981, 16.
DE PAEPE, H., "Situatieschets van de euthanasie problematiek in België", in VANLANDSCHOOT, J. (ed.), *Morele begeleiding en problemen van jongeren*, Brussel, 1986, 129.
DIERKENS, R., "Recht in de branding", in *Liber amicorum E. Spanoghe*, Antwerpen, 1981, 82.
DIJON, X., "Propos juridiques sur l'arrêt de soins", in *Les aspects de la décision de renoncer aux thérapeutiques de prolongation de la vie*, Brussel, 1984, 29.
-, "Entre le droit et la mort. Propositions pour éviter et recuser l'euthanasie", *J.T.*, 1985, 33 en 49.
FAVYTS, L., "Recht op menswaardig sterven", in *Mensenrechten in België : een verkenning*, z.pl., 1984, 190.
GHOOS, J., *In de schaduw van de dood*, Leuven, 1986.
GILLET, R., "Ethische problemen in verband met euthanasie", in *Verslagen van de Belgische vereniging voor medische ethiek en moraal*, 1985, afl. 10, 193.
GOFFIN, C. en LAMBRECHT, L., "Euthanasie in het Belgisch Strafrecht : situering, rechtszekerheid en problematiek", *Vl. T. Gez.*, 1986-1987, 510.
HANSCH, C., "De juridische draagwijdte van het overlijdensattest", in *Vervolmakingscyclus voor verzekeringsgeneeskunde*, 1978-79, 38.
KENIS, Y., "L'euthanasie, le droit, la déontologie et la morale", in *Bioéthique et libre-examen*, Brussel, 1988, 29.
LEY, A., "Délit d'omission et suicide", *R.D.P.*, 1952-53, 28.
LUST, A., "Over euthanasie", *R.W.*, 1972-73, 1121.
MATTHIJS, J., "Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet", *R.W.*, 1971-72, 161 en 209.
MATTHIJS, K., *Zelfdoding en zelfdodingspoging*, Leuven, 1985.
NYS, H., "Removal and transplantation of organs in Belgium", *Reports of the 7th World Congress on Medical Law*, Gent, 1985, vol. 3, 113.
-, "Dood en (niet) begraven? Over de wegneming van organen bij dode donors", *A. Hosp.*, 1986, afl. 2, 61.
PETIT, J., "Kunnen familieleden zich tegen een autopsie verzetten?", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 109.
PIETERS, D., "Juridische benadering van de euthanasie", *Vl. T. Gez.*, 1981-82, 237.
RAVESCHOT, J., "De aangifte van overlijden en de behandelend geneesheer", *R.W.*, 1955-56, 575.
SCHUERMANS, L., "Lijkschouwing en verzekering", *Cons. Man.*, 1984, afl. 3-4, 6.
TROUSSE, E., "L'orthothanasie par omission de secours", *R.D.P.*, 1950, 1102.
VANDEKERCKHOVE, L. en HUYSE, L. "Enkele knelpunten in de vorming van de Belgische zelfmoordstatistiek", *Panopticon*, 1984, 320.
VANDEKERCKHOVE, L., *Van straffen gesproken. De bestraffing van zelfdoding in het oude Europa*, Tielt, 1985.
VAN DEN ENDEN, H., "Euthanasie in België vanuit juridisch en deontologisch oogpunt", in KENTER, E. G. H., *Het leven verkorten; over euthanasie*, Haarlem, 1984.

VANLANDSCHOOT, J., "Reactie op Van Neste en Van Loon", *R.W.*, 1986-87, 758.
VAN NESTE, F., "Euthanasie. Rechtsethische beschouwingen", *R.W.*, 1986-87, 209.
VAN LOON, T., "Euthanasie - Rechtsethische beschouwingen. Een reactie", *R.W.*, 1986-87, 756.
VANSWEEVELT, T., "De klinische autopsie als medisch-juridisch probleem", *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 259.
VERELST, R., "De wet op het wegnemen en transplanteren van organen", *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 97.
VERHEYDEN, R., "Euthanasie in het Belgisch recht", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 171.
X, "Euthanasie juridisch bekeken", in *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, 1987, 381.
-, "Vrijwillige euthanasie en menselijk zelfbeschikkingsrecht", in *Verslagen van de Belgische Vereniging voor medische ethiek en moraal*, 1984, afl. 9, 84.

7. TITEL VIII. EXPERIMENTEN EN ORGAANWEGNEMINGEN

ACHSLOGH, J., "Problèmes de l'expérimentation humaine. Le point de vue du médecin", in *Licéité en droit positif et références aux valeurs*, Brussel, 1982, 299.
ANDRE, A., "Ethische commissies in België", *T. Orde Gen.*, 1988, afl. 40, 63.
BASSIOUNI, M.C., "Contrôle internationale de l'expérimentation sur l'hômme", *R.D.P.*, 1981, 997.
BAUDOUIN, J.L., "L'expérimentation sur les humains : un conflits de valeurs", in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Brussel, 1982, 171.
DELFOSSE, M.L., "L'expérimentation sur l'être humain en droit Belge", *R.G.A.R.*, 1988, 11.319.
-, "La création des comités d'éthique en Belgique", *Louvain Médical*, 1989, 97.
DEMOOR, A., "Transplantatie van organen. Of : Zal het recht dwingen tot naastenliefde?", *Jura Falc.*, 1976-77, afl. 1, 69.
DREESEN, W., "Orgaantransplantatie en mensenrechten", *Jura Falc.*, 1984-85, 500.
HENNAU-HUBLET, Chr., "Les projets de réglementation de l'expérimentation sur les humains", in *Licéité en droit positif et références aux valeurs*, Bruxelles, 1982, 315.
-, "L'activité médicale et les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes", *R.D.P.*, 1986, 577.
HOTTOIS, G. en MALHERBE, J.F., "Ethische commissies in ziekenhuizen en biomedische onderzoeksprojecten", in *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, 1987, 490.
NYS, H., "Eigendom in het medisch recht", *R.W.*, 1983-84, 2357.
-, "Medische experimenten met mensen. Juridische benadering", in *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, 1987, 440.
THIRY, E., "De juridische waarde van de adviezen uitgebracht door de comités van ethiek", *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 230.
VAN BORTEL, P., NYS, H. en SCHOTSMANS, P., *Commissies medische ethiek. Achtergronden en oriëntaties*, Antwerpen, 1991.
VANDERMEERSCH, D., "Medische fout, sterilisatie en medische experimentatie", *T.P.R.*, 1983, 839.
VAN LIL, M., NYS, H. en SEGAL, L., "Regulering door middel van deontologische regels", in *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, 1987, 458.

8. TITEL IX. MEDISCH BEROEPSGEHEIM EN MEDISCHE GEGEVENS

AERDEN, R., "Het beroepsgeheim in het ziekenhuis", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 343.
ANRYS, H., "La protection du secret 'déposé' dans un système d'informatique",*R.D.P.*, 1973-74, 581.
ACHSLOGH, J., "Secret médical et certificat post mortem", *J.T.*, 1971, 633.
ARNOU, P., "De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, 1989, 163.

BALLEGEER, P., "De strafrechtelijke sanctionering van de verzorgingsverstrekkers bij benadeling van de ziekteverzekering", *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1988, 85.
BLANPAIN, R., "Juridische aspecten van het beroepsgeheim", *R.W.*, 1965-66, 287.
-"Het medisch beroepsgeheim. Maatschappelijke relevantie", *A. Hosp.*, 1974, afl. 1, 3.
-, "Het medisch beroepsgeheim", in OVERSTEYNS, B., *Gezondheid en onderneming*, Brugge, 1989, 69.
BROCHIER, J., "Verzekeraars en geneesheren : voor een rationele en doelmatige samenwerking", *De Verz.*, 1977, 491.
BRUYNEEL, A., "Le secret bancaire en droit belge après l'arrêt rendu par la Cour de Cassation du 25 oct. 1978", *J.T.*, 1979, 371.
BULTHE, B., "De gevangenisarts en de rechten van de mens", *Bull. Strafinr.*, 1982, 293.
CARELS, A., "Het beroepsgeheim van de verpleegkundige", *VL. T. Gez.*, 1986-87, 331.
CLAESSENS, H., "Het beroepsgeheim in de verzekeringsmaatschappij", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 357.
-, "Le point de vue de l'assureur", *Cons. Man.*, 1987, 56.
COLLE, Ph., "Zelfmoord, medisch beroepsgeheim en levensverzekering", *De Verz.*, 1990, 231.
CORBISSIER, I., "Pouvoirs et transparance dans la relation thérapeutique", *R.G.A.R.*, 1990, 11.682.
DALCQ, R.O., "Réflexions sur le secret professionnel", *R.G.A.R.*, 1986, 11.056.
DASSEN, A., "Kindermishandeling en het beroepsgeheim van de geneesheer", *R.W.*, 1972-73, 929.
DASSEN, K., "Beroepsgeheim en informatieverplichting", *Ars Aequi*, 1976, 628.
DE BEER, W., "Het juridische aspect van het beroepsgeheim van verpleegkundigen", *Hospitalia*, 1985, 79.
DECOSTER, C., "Het beroepsgeheim en het medisch dossier in het ziekenhuis", *Hospitalia*, 1980, 179.
-, "Het medisch beroepsgeheim in en rondom het ziekenhuis", *Vl. T. Gez.*, 1980-81, afl. 5, 2.
-, "Het veilig stellen van het beroepsgeheim", *A. Hosp.*, 1984, afl. 3, 23.
-, "Rechtsvergelijkende studie inzake het medisch beroepsgeheim en aanbevelingen van de Raad van Europa", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 365.
DELHUVENNE, M., "Approches juridiques du secret professionel des médecins", in *Vervolmakingscyclus Wetenschappelijke Vereniging voor Verzekeringsgeneeskunde*, 1976-77, vol. 1.
-, "Juridische dubbelzinnigheden van het medisch beroepsgeheim", *B.T.S.Z.*, 1978, 547.
-, "Juridische en administratieve implicaties in de medische controles in de ziekteverzekering", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 197.
DELVOIE, G., "Oudergeweld rond wieg en kinderledikant", *R.W.*, 1979-80, 2145.
DE NAUW, A., "La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité", *R.C.J.B.*, 1989, 593.
DIERKENS, R., "Beroepsgeheim en recht", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 261.
DUPONT, L., "Valsheid in medische ge(tuig)schriften", *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 287.
-, "Valsheid in geschriften", in DE PEUTER, J. e.a., *Bijzonder strafrecht voor rechtspractici*, Leuven, 1990.
FARBER, J., "Aids en het medisch beroepsgeheim", *T. Orde Gen.*, 1987, afl. 37, 5.
-, "De openbare orde en het medisch geheim", *T. Orde Gen.*, 1987, afl. 35, 28.
GLANSDORFF, F., "Le secret médical et la délivrance d'un certificat 'post mortem' en matière d'assurances sur la vie", *J.T.*, 1971, 317.
GLANSDORFF, F. en LAGASSE, D., "Le secret médical administratif et ses prolongements. A propos de l'arrêt Mlle M... du 10 juin 1980 de la Cour de Justice des Communautés européennes", *J.T.*, 1981, 733.
GOFFIN, L., "L'avocat ou le médecin peut-il révéler à ses autorités disciplinaires le secret dont il est professionellement le dépositaire?", *Ann. Dr. Louv.*, 1984, 365.
GOSSERIES, Ph. en PLAS, D., "La vie privée et l'assurance maladie-invalidité", *Ann. Dr. Louv.*, 1984, 127.
GROSEMANS, R., "Beschouwingen over de aansprakelijkheid van de geneesheer-deskundige en vooral van de geneesheer-inspecteur van de dienst voor geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V.", *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1978, 301.
-, "Het medisch beroepsgeheim in het ziekenhuis", *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1979, 333.

-, "Le secret médical", *J.T.*, 1970, 484.
-, "Le secret médical en matière d'expertise" in *Archives Belges de médecine sociale, hygiène, médecine du travail et médecine légale*, 1966, 383.
-, "Le secret professionnel et le droit privé en droit belge", in *Travaux de l'Association Henri Capitant, Le secret et le droit*, 1974, XXV, 7.
GUERIAT, J., "A propos du secret médical", *Cons. Man.*, 1981, afl. 2-3, 45.
HANNEQUART, Y., "L'assureur face au secret médical", *Cons. Man.*, 1979, afl. 2-3, 112.
HENNAU, Chr. en VERHAEGEN, J., "Recherche policière et secret médical", *J.T.*, 1988, 165.
HUTSEBAUT, F., "Ademtest en bloedproef", in *Comm. Strafr.*, Antwerpen, losbl.
-, "De bloedproef en het beroepsgeheim van de geneesheer" *Panopticon*, 1984, 150.
-, "Kindermishandeling en jusititie", in CLARA, R. (ed.), *Kindermishandeling en -verwaarlozing in Vlaanderen*, Leuven, 1990, 151.
HUYBRECHTS, L., "Aangifte van misdrijven", in *Comm. Strafr.*, Antwerpen, losbl.
LAENENS, J., "De medische expertise", in *Juridische aspecten van de geneeskunde"*, Antwerpen, 1989, 489.
LAHAYE, N., "Le droit de l'enfant au secret professionel face à la puissance parentale", *R.D.P.*, 1980, 569.
LAMBERT, P., *Le secret professionnel*, Brussel, 1985.
-, "Le secret professionnel et les dossiers de l'aide sociale", *J.T.*, 1987, 540.
-, "Enfants maltraités et toxicomanes dans la polémique du secret professionnel", *R.D.P.*, 1990, 305.
-, "Secret professionnel et dossier disciplinaire", *J.T.*, 1990, 196.
LECLERCQ, J., "Secret professionnel", in *Les Novelles, Droit Pénal, IV*, Brussel, 1989, nr. 7719.
LEGEIN, M., "Le secret professionnel du médecin", *J. Proc.*, 1987, afl. 111, 14.
LURQUIN, F., *L'expertise médicale*, Brussel, 1989.
LUYCKX, J., "Kindermishandeling en medisch beroepsgeheim", *Limb. Rechtsl.*, 1979, 61.
MEERT-VAN DE PUT, R., "Het medisch getuigschrift van geestesbekwaamheid", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 241.
-, "La confidentialité des données et le secret médical : aspect juridique", *Louvain Médical*, 1986, 521.
NYS, H., "Het beroepsgeheim in de gezondheidszorg. Overzicht van rechtspraak 1970-1984", *R.W.*, 1985-86, 1249.
-, "Getuigenis in rechte", *T. Orde Gen.*, 1987, afl. 36, 57.
-, "Medisch beroepsgeheim en informatisering in de arbeidsgeneeskunde : enkele juridische aspecten", *Soc. Kron.*, 1987, 233.
-, "Is aangifte van aids wettelijk verplicht?", *R.W.*, 1987-88, 1325.
-, "Beroepsgeheim van de verpleegkundigen", in DE BAUW, M. e.a., *Recht voor verpleegkundigen*, Antwerpen, 1990, tweede herwerkte uitgave, nr. 400.
PEETERS, E., "Het beroepsgeheim van de verpleegkundige", *Verpleegkundigen en Gemeenschapszorg*, 1985, 136.
PETIT, J., "De bevoegdheid van de controlerend geneesheer bij geschil nopens de arbeidsongeschiktheid van de werknemer", *Vl. T. Gez.*, 1982-83, 3.
PIEDBOEUF, F., "Réveil ou déclin des droits de l'homme", *Jur. Liège*, 1985, 666.
PIETERS, F., "Het jaar van het virus : aids-virus in de Belgische gevangenissen", *Panopticon*, 1986, 558.
PURNELLE, G., "Het beroepsgeheim in het raam van de geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V.", *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1990, 157.
QUERTAINMONT, Ph., "Toegang tot administratieve documenten en transparantie van persoonlijke dossiers in België", *T.B.P.*, 1990, 614.
RENAER, M., "De orde der geneesheren en het probleem van de kindermishandeling", in CLARA, R. (ed.), *Kindermishandeling en -verwaarlozing in Vlaanderen*, Leuven, 1990, 145.
RIGO, G., "Le secret médical et l'accès au dossier dans le cadre d'une expertise dans l'ordre juridique belge", *Acta Medicinae Legalis et Socialis*, 1979, 211.
ROZIE, M., "Juridische aspecten van kindermishandeling en kinderverwaarlozing", in COENE, M. (ed.), *Statuut van het kind*, Brussel, 1980, 457.

RUTSAERT, J., "Le système jurisprudentiel du droit au respect de la vie privée", *J.T.*, 1973, 497.
RUTTIENS, R., "Getuigenis in rechte en medisch beroepsgeheim", *T. Orde Gen.*, 1987, afl. 38, 55.
SACE, J., "Du consentement en matière testamentaire", *Rev. Not. B.*, 1981, 128.
SCHUTYSER, K., *De geneeskundige controle in de sociale zekerheid*, Gent-Leuven, 1973.
-, "Eigendomsrecht en medische dossiers, *R.W.*, 1983-84, 3021.
SCREVENS, R. en BULTHE, B., "Le médecin témoin ou expert devant les jurisdictions et les droits de l'homme", *R.D.P.*, 1982, 107.
SCREVENS, R., "Het medisch geheim", *T. Orde Gen.*, 1989, afl. 48, 58.
THIRY, Y., "Problematiek van het beroepsgeheim. Tuchtrecht orde der geneesheren", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 323.
UYTTENDAELE, I., "Het beroepsgeheim van de geneesheer", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 319.
-, "De openbare orde in de orde", *T. Orde Gen.*, 1987, afl. 35, 27.
VAN CAMP, L., "Juridische beschouwingen", *Cons. Man.*, 1979, afl. 2-3, 19.
VAN COMPERNOLLE, J., "La procédure forcée de production de documents dans le Code Judiciaire", *Ann. Dr. Louvain*, 1981, 89.
VANDEN BUSSCHE, A., "Beroepsgeheim en ziekenfonds", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 351.
VANDEN DRIESSCHE, R., "De adviserend geneesheer, de samenwerking met de behandelend geneesheer, het beroepsgeheim en de arbeidsrechtbank", *B.T.S.Z.*, 1977, 733.
VAN DEN NOORTGAETE, P., "Kindermishandeling en medisch beroepsgeheim", *Tijds. voor Soc. Wetenschappen*, 1979, 156.
VAN EECKHOUTTE, W., "Juridische aspecten van het gebruik van alcohol op en om het werk", *Soc. Kron.*, 1986, 225.
VAN HALEWIJN, W. en DUPONT, L., *Valsheid in geschriften, A.P.R.*, Gent-Leuven, 1975.
VAN NESTE, F., "Kan het beroepsgeheim absoluut genoemd worden?", *R.W.*, 1977-78, 1281.
-, "Het medisch beroepsgeheim", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, 1989, 191.
VERMEERSCH, E., "Het medisch beroepsgeheim : ethische grondslagen", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 269.
VIAENE, L., *Huiszoeking en beslag in strafzaken, A.P.R.*, Brussel, 1962.
X, "Het medisch beroepsgeheim en art. 877 van het Gerechtelijk Wetboek", *T. Orde Gen.*, 1976-77, nr. 25, 33.

9. TITEL X. DIAGNOSTISCHE EN THERAPEUTISCHE VRIJHEID

BOUTMANS, E. en LUYTEN, D., *Drugs*, Antwerpen, 1981.
BROSENS, W., "De wet en de drugs", *R.W.*, 1976-77, 1025.
-, "Drugs : de strafbare feiten", in *Comm. Strafr.*, Antwerpen, losbl.
COSYNS, P., "Toxicomanie, gevangenis en methadonproblemen", *Panopticon*, 1983, 413.
DECOURRIERE, A., "Le délit d'entretien de toxicomanie", *J. Proc.*, 1984, afl. 36, 23.
-, *Le toxicomane. Criminel et malade?*, Brussel, 1986.
-, "Questions relatives à l'usage, à la détention et au trafic des stupéfiants et problèmes liés au traitement des toxicomanes", *R.D.P.*, 1985, 625.
DE NAUW, A., "Overzicht van rechtspraak. Tien jaar vernieuwde drugwet", *R.W.*, 1986-87, 835.
J.C., "Methadonverstrekking. Enkele bedenkingen naar aanleiding van een recent proces", *Panopticon*, 1984, 356.
NYS, H., "Apotheker, arts en drugs. Enkele gezondheidsrechtelijke aspecten van het voorschrijven en afleveren van drugs", *Panopticon*, 1986, 335.
RENAER, M., "De diagnostische en therapeutische vrijheid in de moderne gezongheidszorg", *T. Orde Gen.*, 1989, afl. 46, 39.
SCREVENS, R., "Le juge face à la toxicomanie. Répression et/ou traitement?", *R.D.P.*, 1986, 933.
VAN DROOGHENBROECK, P., "Le délit d'entretien de toxicomanie", *J.T.*, 1973, 189.

10. TITEL XI. HONORARIUM VAN DE ARTS

ANRYS, H., "Les honoraires médicaux", *J.T.*, 1971, 125.
BERNARD, A., "Ereloon en expertisekosten in Z.I.V.-geschillen", *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1985, 337.
DELHUVENNE, M., "De overeenkomsten tussen de ziekteverzekering en de zorgenverstrekker", in *Commentaar Gezondheidsinstellingen*, Heule, losbl.
DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge, Les Testaments*, Brussel, 1973.
GOSSERIES, Ph., "La collaboration des médecins et des praticiens de l'art dentaire à l'assurance-maladie obligatoire", *J.T.T.*, 1970, 50.
LECLERCQ, M., "Un médecin lié par l'accord nationale définissant les honoraires est-il obligé d'appliquer à ses patients les tarifs prévus par l'accord non seulement en tant que maxima mais aussi en tant que minima?", *J.T.T*, 1974, 274.
NYS, H., "Artikel 909 B.W. en het gezondheidsrecht. Of hoe ontwikkelingen in de gezondheidszorg rechtsnormen kunnen beïnvloeden", in VANDENBERGHE, H. e.a. (ed.), *Actuele problemen uit het notariële recht*, Antwerpen, 1985, 123.
-, "Art. 909", COENE, M. e.a., in *Comm. Erfr.*, Antwerpen, losbl.
NYS, H. en PRIMS, A., *Ziekenhuiswetgeving in een impasse*, Heule, 1979.
PETIT, J., *Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht, A.P.R.*, Gent, 1980.
RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., "Les récents arrêtés en matière d'art de guérir", Brussel, 1968.
SCHUTYSER, K., "Controle en akkoorden", in *De hervorming van de ziekteverzekering*, Antwerpen, 1984, 131.
SCHUTYSER, R., "Het nationaal akkoord geneesheren-ziekenfondsen en de vaststelling van de honoraria der geneesheren", *B.T.S.Z.*, 1973, 801.
SERVAES, A., "De verjaring van de schuldvordering in de relatie patiënt-zorgenverstrekker", *Z.W.*, 1988, 89.
STEENBERGEN, J., "Professionele vennootschappen, het aanwenden van vennootschapsvormen bij de uitoefening van een vrij beroep", *T.P.R.*, 1974, 219.
SWENNEN, H., "Concurrentie in het medisch beroep", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, 1989, 91.
VANDENBOSSCHE, H., *De verzorging van familieleden van zorgenverstrekkers : gratis? terugbetaalbaar?*, Leuven, 1989.
VAN LANGENDONCK, J., *Harmonisering van de sociale verzekering voor gezondheidszorgen in de E.E.G.*, Leuven, 1971.
-, "*Handboek Sociale Zekerheid*, Antwerpen, 1988.
VAN OEVELEN, A., "Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen in het Belgische privaatrecht", *T.P.R.*, 1987, 175.
VELAERS, J., "Discriminatie in de sector van de klinische biologie : de zaak Biorim voor het Arbitragehof", *T.B.P.*, 1990, 454.
WILMS, W., *De ingebrekestelling - De kwijtende verjaring*, Brussel, 1982.
X, "De dichotomie in de geneeskundige praktijk", *Rechtsk. T.*, 1959, 413.

11. TITEL XII. ARTS EN ANDERE BEROEPEN EN VOORZIENINGEN IN DE GEZONDHEIDSZORG

BLANPAIN, R., "De bescherming van de arbeidsgeneesheer", *R.W.*, 1977-78, 2577.
BONTE, J.Ph., "Commentaar", *Fiscale Koerier*, 1990, 346.
ENGELS, C., *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, , Leuven, Faculteit Rechtsgeleerdheid, 1989.
GEENS, K., "De professionele vennootschap van geneesheren", *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 83.
-, "Kan een éénpersoonsvennootschap ziekenhuisgeneesheer zijn?", *T.R.V.*, 1990, 374.
GROSEMANS, R., "La mise en société de la profession médicale", DE VALKENEER, R. en DEHAN, P. (ed.), *L'exercice en société des professions libérales*, Brussel, 1989, 51.

HOMBROECKX, L., "De wetgeving in verband met de uitoefening van de klinische biologie", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 417.
JANSSENS, Ph., "Het monopolie van de apotheker", *Vl. T. Gez.*, 1981-82, 171.
MEERT-VAN DE PUT, R., "Le problème de la responsabilité professionnelle dans le cadre de l'exercice en société de la profession médicale", in DE VALKENEER, R. en DEHAN, P. (ed.), *L'exercice en société des professions libérales*, Brussel, 1989, 157.
NYS, H., "De arts als apotheker. Kan dat nog", *R.W.*, 1977-78, 125.
-, "Reclameregelingen voor de beoefenaars van een paramedisch beroep", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 149.
-, "De bevoegdheden van de ziekenhuisbeheerder in het licht van het wetsontwerp betreffende het beheer van de ziekenhuizen en het statuut van de ziekenhuisarts", *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 443.
-, "Apotheker, arts en drugs. Enkele gezondheidsrechtelijke aspecten van het voorschrijven en afleveren van drugs", *Panopticon*, 1986, 335.
-, "De uitoefening van de verpleegkunde. Overzicht van enkele recente wettelijke regelingen", *A. Hosp.*, 1986, afl. 4, 35.
-, "Bevoegdheid en aansprakelijkheid van (ziekenhuis)-verpleegkundigen in recente rechterlijke uitspraken", in DEVYT, C. en DEFLOOR, T. (ed.), *Verpleegkunde : open venster op de toekomst*, Leuven, 1987, 175.
-, "Patiëntenvervoer als paramedisch beroep", *A. Hosp.*, 1988, afl. 4.
-, "Medische en paramedische beroepsuitoefening. Over oftalmologen en opticiens", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, 1989, 467.
-, "Gezondheidsrecht", DE BAUW, M. e.a., in *Recht voor verpleegkundigen*, Antwerpen, 1990, 331.
-, "Specifieke bepalingen betreffende het statuut van de ziekenhuisarts", in *Handboek Ziekenhuiswetgeving*, Brussel, losbl., 9.2.
NYS, H. (ed), *Recht en verpleegkunde*, Antwerpen, 1985, tweede gewijzigde druk.
ROLAND, M., *Pharmacie et Société, I, Législation et déontologie pharmaceutique*, Louvain-la-Neuve, 1984.
STEYAERT, J., DE GANCK, C. en DE SCHRIJVER, L., *Arbeidsovereenkomst, A.P.R.*, Brussel, 1990.
SWENNEN, H., *Juridische organisatie van het vrij beroep*, Antwerpen, 1975.
VANACHTER, O., "Juridische problemen i.v.m. het statuut en de taken van de arbeidsgeneesheer", *R.W.*, 1977-78, 2557.
-, "Medische en paramedische medewerkers: werknemers of zelfstandigen", *A. Hosp.*, 1990, afl. 3, 5.
VERMAERKE, R., "Het K.B. nr. 407 van 18 april 1986 en het statuut van de ziekenhuisgeneesheer", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 89.

III. FRANSE RECHTSLITERATUUR

AUBY, J.M., "La loi du 20 déc. 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales", *J.C.P.*, 1989, I, 3384.
BORRICAND, J., "La répression de la provocation au suicide : de la jurisprudence à la loi", *J.C.P.*, 1988, I, 3359.
-, "Commentaire de la loi n° 88-1138 du 20 déc. 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales", *D.*, 1989, Chronique, XXVI.
BOUDET, G. e.a., *Le dossier médical. Droit à l'information et secret*, Parijs, 1985.
BYK, C., "Les instances d'éthique en droit comparé", *Cahiers internationaux de sociologie*, 1990, 215.
CALAIS, B., "La mort et le droit", *D.*, 1985, 78.
CHARAF ELDINE, A., "Les prélèvements d'organes. Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 déc. 1976", *Rev. Droit Sanitaire*, 1978, 458.

DUBOUIS, L., "L'ordre des médecins, la jurisdiction administrative et la Convention européenne des droits de l'homme", *Rev. Dr. Sanitaire*, 1982, 57.
-, "La conciliation entre le secret médical et le droit pour le médecin de se défendre en justice", *Rev. Dr. Sanitaire*, 1985, 302.
-, "Prélèvement d'organe sur le cadavre d'un mineur, responsabilité hospitalière", *Rev. Dr. Sanitaire*, 1988, 511.
EDELMAN, B. en HERMITTE, M.A., *L'homme, la nature et le droit*, Parijs, 1988.
FENAUX, H., "Etendue de l'obligation au secret professionnel du médecin", *D.*, 1988, 106.
GRENDEL, M., "Commentaire de la loi n° 87-1133 du 31 décembre 1987 tendant à réprimer la provocation au suicide", *A.L.D.*, 1988, 171.
HONORAT, E. en BAPTISTE, E., "Responsabilité d'un hôpital pour faute lourde dans une interruption volontaire de grossesse, aboutissant à la naissance d'un enfant handicapé", *A.J.D.A.*, 1989, 808.
JACQUINOT, Cl., "Un nouveau délit : la provocation au suicide", *Gaz. Pal.*, 1988, 29-30 januari, 4.
-, "La première loi relative à l'expérimentation humaine", *Gaz. Pal.*, 1989, 3-4 maart, 7.
MAZEN, N.-J., *Le secret professionnel des praticiens de la santé*, Parijs, 1988.
MELENNEC, L. en MEMETEAU, G., "Le certificat médical. La prescription médicamenteuse", MELENNEC, L., in *Traité de droit médical*, Parijs, 1982, VI.
-, "Le contrat médical; la responsabilité civile du médecin", MELENNEC, L., in *Traité de droit médical*, Parijs, 1982, II.
MEMETEAU, G., "Les raisins verts. Proposition de loi sur le refus de prolonger artificiellement sa vie", *Rev. Dr. Sanitaire*, 1978, 303.
-, "Avortement et mère incapable ou vers l'avortement forcé", *Rev. Dr. Sanitaire*, 1983, 525.
-, "*Le droit médical*", Parijs, 1985.
MIGNON, J., "Le droit de vivre sa mort; les aspects juridiques de la proposition Caillavet", *Le Concours Médical*, 1978, 5427.
PINAULT, M., "L'I.V.G. doit-elle être considérée comme un acte médical et son échec peut-il entraîner la responsabilité de l'établissement hospitalier?", *Rev. Dr. Sanitaire*, 1983, 95.
PORTINOL, B., "A propos de la définition légale de la mort", *Gaz. Pal.*, 1988, 25-26 mei, 4.
PRALUS-DUPUY, J., "La répression de provocation au suicide", *Rev. Dr. Sanitaire*, 1988, 203.
THOUVENIN, D., *Le secret médical et l'information du malade*, Lyon, 1982.
-, "Fichiers médicaux et informatisation de la personne fichée", *Rev. Dr. Sanitaire*, 1984, 303.
-, "La loi du 20 déc. 1988 : loi visant à protéger les individus ou loi organisant les expérimentations sur l'homme", *A.L.D.*, 1989, 89.
VERON, "La responsabilité pénale du médecin", in MELENNEC, L., *Traité de droit médical*, Parijs, 1984, III.

IV. NEDERLANDSE RECHTSLITERATUUR

AKVELD, H., *Transplantatie en wetgeving. Werkelijkheid en ideaal*, Lelystad, 1987.
AKVELD, J.E.M. en HERMANS, H.E.G.M., "Rechtspositie minderjarigen bij orgaantransplantatie", *F.J.R.*, 1988, 126.
BERGKAMP, L., *Het proefdier mens. De normering en regulering van medische experimenten met mensen*, Alphen aan de Rijn, 1988.
BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, A.M.L. en STOLKER, C.J.J.M., *Geneesmiddelen en aansprakelijkheid*, Deventer, 1986.
DE BLOIS, M., "Abortus en art. 2 E.C.R.M. Beschouwingen n.a.v. de beslissing van de Commissie in zaak 8416/78", *N.J.B.*, 1981, 143.
DE BOER, J., *Art. 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens*, Zwolle, 1990.
DE DOELDER, H., *Terrein en beginselen van tuchtrecht*, Alphen aan de Rijn, 1981.
DE HOOG, P.A., "De reikwijdte van het medisch beroepsgeheim", *Advocatenblad*, 1989, 98.
-, *Juridische aspecten van erfelijkheidsonderzoek en -advies*, Vereniging voor Gezondheidsrecht, 1987.

GEVERS, J., *Beschikken over cellen en weefsels*, Deventer, 1990.
-, "De zaak Stinissen, een terugblik", *N.J.B.*, 1990, 237.
G.H.A.S., "Euthanasie - een burgerrechterlijke benadering", *R.M. Themis*, 1979, 354.
HUBBEN, J.H., "Gezondheidsrecht : beginselen of belangenafweging. De zaken baby Ross en Stinissen", *N.J.B.*, 1989, 1588.
LAURS, P., *Recht voor psychiatrische patiënten*, Arnhem, 1988.
LEENEN, H.J.J., *Handboek Gezondheidsrecht*, Alphen aan de Rijn - Brussel, 1988.
PAULIDES, G., "Het recht m.b.t. euthanasie in een aantal Europese landen", in *Rapport van de Staatscommissie euthanasie, Rechtsvergelijkend onderzoek, deel 2*, 's Gravenhage, 1985.
ROSCAM-ABBING, H.D.C., "Medische persoonsgegevens, lichaamsmateriaal en wetenschappelijk onderzoek", *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1989, 362.
STOLKER, C.J.J.M., *Aansprakelijkheid van de arts voor mislukte sterilisaties*, Deventer, 1986.
-, *Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, Deventer, 1988.
VAN DER MIJN, W.B., *Beroepen in de gezondheidszorg*, Deventer, 1989, derde gewijzigde druk.
VAN HERTEN, J.H.S., "De rechtspositie van lichaam, lijk, stoffelijke resten, organen en niet-menselijke implantaten", *W.P.N.R.*, 1984, 160.
VAN TILL, H., *Doodgaan, wat is dat ?*, Utrecht, 1984.
VAN WIJMEN, F.C.B., "Rechtsbescherming bij medische experimenten : de experimenteerovereenkomst", in *Liber Amicorum H.J.J. Leenen*, Alphen aan de Rijn, 1990, 239.
WIJNBERG, B., "Een franse wet inzake medische experimenten", *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1989, 468.

Voor Riet, Hanna, Jacob en Andreas

TITEL I

UITOEFENING VAN DE GENEESKUNDE

HOOFDSTUK I

WETTIGE UITOEFENING VAN DE GENEESKUNDE

AFDELING I

KORT HISTORISCH OVERZICHT

1 De uitoefening van de geneeskunde wordt geregeld door het K.B. nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de geneeskunst, de verpleegkunde, de paramedische beroepen en de geneeskunde commissies, *B.S.*, 14 november 1967, voortaan geciteerd als Wet Uitoefening Geneeskunst (zie HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 211).

Art. 50, §1, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst heeft de Wet van 12 maart 1818 tot regeling van hetgeen de beoefening van de verschillende takken van de geneeskunst betreft, opgeheven (zie RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 4; zie voor een uitvoerige bespreking van de vroegere wetgeving, SERRUYS, J.W., *La profession médicale et la jurisprudence*, Brussel, Larcier, 1940).

2 De Wet Uitoefening Geneeskunst is in oorsprong een bijzonder machtenbesluit, genomen op grond van de Volmachtenwet van 31 maart 1967, *B.S.*, 4 april 1967. Volgens DILLEMANS is een element van verklaring voor het gebruik van bijzondere machten, tot regeling van een op het eerste gezicht niet dringende aangelegenheid als de uitoefening van de geneeskunde, te vinden "in de vrees die in regeringsmiddens en ook in vele geneesherenmiddens bestond voor een behandeling in het openbaar, waardoor de geneesherenorganisaties, gewild of ongewild, gebruikmakend van de situatie, aan wederzijds opbod zouden gaan doen" (DILLEMANS, R., "De wetgevende besluiten betreffende de uitoefening van de geneeskunst in perspectief", *T.P.R.*, 1974, 175). Zie i.v.m. de verenigbaarheid van de Wet Uitoefening Geneeskunst met de Volmachtenwet van 31 maart 1967, R.v.St., Nationaal verbond van de socialistische ziekenfondsen, nr. 15.533, 27 oktober 1972.

3 De Wet Uitoefening Geneeskunst werd gewijzigd bij Wet van 17 december 1973, *B.S.*, 23 januari 1974; van 20 december 1974, *B.S.*, 29 april 1975; van 13 december 1976, *B.S.*, 5 maart 1977; van 30 december 1977, *B.S.*, 25 januari 1978; bij K.B. van 8 juni 1983, *B.S.*, 1 juli 1983; bij Wet van 14 mei 1985, *B.S.*, 6 juli 1985; bij K.B. van 26 december 1985, *B.S.*, 10 januari 1986, bij Wet van 26 december 1985, *B.S.*, 21 januari 1986 en bij Wet van 19 december 1990, *B.S.*, 29 december 1990.

De Wet van 20 december 1974 die de uitoefening van de verpleegkunde regelt en hoofdstuk I*bis* van de Wet Uitoefening Geneeskunst is geworden, heeft aan die wet het huidige opschrift gegeven. De oorspronkelijke benaming luidde :

"betreffende de geneeskunst, de uitoefening van de daaraan verbonden beroepen en de geneeskundige commissies".

Uit de in het *Belgisch Staatsblad* gepubliceerde aanhef van het K.B. nr. 78 betreffende de geneeskunst en het K.B. nr. 79 betreffende de orde der geneesheren blijkt dat die besluiten zijn genomen na het advies van de Raad van State en van de in de raad vergaderde ministers. Het bestaan van die twee adviezen is het enige bij de wet gestelde vormvereiste en de wet legt geen volgorde op waarin die adviezen moeten worden gegeven (Cass., 13 april 1989, *Arr. Cass.*, 1989, 832; *Pas.*, 1989, I, 832; *R.W.*, 1989-90, 758).

4 Door de Senaat werd op 4 juli 1990 een wetsvoorstel goedgekeurd tot wijziging van de Wet Uitoefening Geneeskunst met het oog op de bescherming van de beroepstitels van medici en paramedici (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 779/1). Het daaruit voortgekomen ontwerp van wet werd op 29 november 1990 door de Kamer van Volksvertegenwoordigers goedgekeurd en is de Wet van 19 december 1990, *B.S.*, 29 december 1990 geworden (zie verder, nr. 24).

AFDELING II

GENEESKUNDE EN GENEESKUNST

5 Art. 1 Wet Uitoefening Geneeskunst maakt een merkwaardig onderscheid tussen geneeskunst en geneeskunde. Volgens die bepaling omvat de g e n e e s k u n s t : de geneeskunde, de tandheelkunde inbegrepen, uitgeoefend t.a.v. menselijke wezens, en de artsenijbereidkunde, onder hun curatief of preventief voorkomen.

Het gebeurt niet zelden dat de wetgever zelf geneeskunst (art de guérir) en geneeskunde (art médical) door elkaar haalt.

Een flagrant voorbeeld vindt men in art. 2*bis* W. Kh. Daar is sprake van geneeskunde i.p.v. geneeskunst. Naar de letter is het resultaat het omgekeerde van wat de wetgever met die bepaling op het oog had.

AFDELING III

WETTELIJK MONOPOLIE VAN ARTSEN

§1. Terminologie

6 In dit werk zal consequent gebruik worden gemaakt van de benaming "arts" of "artsen". Weliswaar heeft de wetgever tot nu toe de voorkeur gege-

ven aan "geneesheren" (zie b.v. orde der geneesheren) maar er zijn geen dwingende redenen om aan deze verouderde terminologie de hand te houden. Daarentegen zijn er goede redenen om "arts" i.p.v. "geneesheer" te gebruiken. "Arts" behoort tot het dagelijkse taalgebruik, zeker in combinaties als huisarts, tandarts, kinderarts, schoolarts e.d. Gelet op het groeiend aantal vrouwen die de geneeskunde beoefenen stemt "geneesheer" hoe langer hoe minder overeen met de maatschappelijk realiteit. In de richtlijnen van de Raad inzake de vrije vestiging van artsen is steeds sprake van "arts" (zie Richtlijn 75/362/EEG inzake de onderlinge erkenning van de diploma's, certificaties en andere titels van arts, *PB.L.*, 167,1).

§2. Algemeen en uitsluitend karakter van het monopolie

7 Niemand mag de geneeskunde uitoefenen die niet aan de daarvoor gestelde voorwaarden (zie verder, nr. 10 e.v.) beantwoordt (art. 2, §1, eerste lid). Dat monopolie heeft een tweevoudig kenmerk : met uitsluiting van alle andere zijn artsen bevoegd de geneeskunde uit te oefenen (exclusief karakter van het monopolie). Het monopolie heeft betrekking op "de" geneeskunde (algemeen karakter van het monopolie).

8 Wat het eerste kenmerk betreft : hierop bestaan twee wettelijke uitzonderingen. Zowel de vroedvrouw (art. 2, §2) als de tandarts (art. 3) zijn bevoegd, ieder op hun beperkt domein, de geneeskunde te beoefenen (zie verder, nr. 1208 e.v. en nr. 1221 e.v.).

9 Het algemeen karakter van het monopolie houdt in dat iedere arts bevoegd is alle handelingen die tot de geneeskunde kunnen worden gerekend, te beoefenen. Van de meest eenvoudige tot de meest gesofistikeerde handeling. Hoewel de Wet Uitoefening Geneeskunst nog steeds uitgaat van de algemeenheid van het artsenmonopolie, komt dit kenmerk in de praktijk steeds meer in het gedrang onder de druk van de erkenning van talrijke medische specialismen in het kader van de ziekteverzekering (zie verder, nr. 24 e.v.).

AFDELING IV

VOORWAARDEN TOT UITOEFENING VAN DE GENEESKUNDE

§1. Wettelijk diploma

A. OORSPRONG VAN HET DIPLOMAVEREISTE

10 De Wet Uitoefening Geneeskunst eist het bezit van het wettelijk diploma van doctor in de genees-, heel- en verloskunde,

tenzij men van deze verplichting wettelijk is vrijgesteld (art. 2, § 1) of tenzij men gelijkgesteld is met de houder van zo'n wettelijk diploma (art. 44*bis*, § 1).

Het wettelijk diploma vereiste is nog relatief recent. Vóór de Wet Uitoefening Geneeskunst was die eis niet uitdrukkelijk gesteld. Volgens een advies van de Raad van State kon men in de periode voorafgaand aan de Wet Uitoefening Geneeskunst "bezwaarlijk spreken van een activiteit waarvoor het diploma van doctor in de genees-, heel- en verloskunde is vereist. Geen rechtstreekse en formele bepaling van de wet verbiedt de geneeskunst uit te oefenen zonder in het bezit te zijn van het genoemd diploma. Het doel de geneeskunst alleen te laten uitoefenen door personen die daartoe het gewenst diploma bezitten, wordt door de wetgever op onrechtstreekse wijze bereikt waar hij bij art. 4, a Wet 12 maart 1818 bepaalt dat de provinciale geneeskundige commissies de titels nagaan en beoordelen van hen die zich op het grondgebied van de provincie vestigen om er een tak van de geneeskunst te beoefenen" (Ontwerp van wet betreffende de orde der geneesheren, *Gedr. St.*, Senaat, 1962-63, nr. 172/1, 42).

B. WETTELIJK KARAKTER VAN HET DIPLOMA

11 Art. 2, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst eist een wettelijk diploma (zie hierover VERSTEGEN, R., "Academische graden en bekwaamheidsbewijzen", *Jura Falc.*, 1975-76, 167; id., "Wegwijs in de onderwijswetgeving", *R.W.*, 1977-78, 701). Een louter wetenschappelijk diploma volstaat dus niet (Luik, 14 maart 1950, *Jur. Liège*, 1950, 249, bevestigd door Cass., 18 september 1950).

De rechter die een veroordeling uitspreekt wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde dient vast te stellen dat de betrokkene het vereiste diploma niet bezit of althans daarvan niet was vrijgesteld (Cass. Fr., 19 december 1974, *Gaz. Pal.*, 22 maart 1975, 10, noot D.S.). Dit kan echter gebeuren op een impliciete maar zekere wijze (Cass., 7 maart 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 788; *Pas.*, 1978, I, 763).

C. WETTELIJKE VRIJSTELLING VAN HET DIPLOMA

12 Art. 2, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst laat de mogelijkheid open dat iemand wettelijk wordt vrijgesteld van het diplomavereiste, zonder dit nader uit te werken. Een dergelijke vrijstelling kan worden bekomen op grond van verschillende regelingen.

Vooreerst is er het K.B. 13 februari 1933 betreffende de vrijstellingen te verlenen aan personen die in het buitenland gediplomeerd werden, *B.S.*, 25 februari 1933. *In casu* betreft het vreemdelingen maar ook Belgen die houder zijn van een in het buitenland verkregen diploma van doctor in de geneeskunde. Vervolgens is er art. 57 R.B. 31 december 1949 tot coördinatie van de wetten op het toekennen van de academische graden en het programma van de universitaire examens, *B.S.*, 1 maart 1949. Art. 57, eerste lid machtigt de Koning om, zelfs aan personen die geen enkel diploma bezitten, op eensluidend advies van de Koninklijke academies voor geneeskunde, bijzondere vrijstellingen te verlenen voor de uitoefening van zekere "delen der geneeskunst". Overeenkomstig art. 57, tweede lid zijn deze vrijstellingen slechts toepasselijk op wat er uitdrukkelijk op vermeld staat. Deze bepaling wordt maar zeer zelden toegepast, zowel t.a.v. Belgen als vreemdelingen (ANRYS, H., *Les professions médicales et paramédicales dans le Marché Commun*, Brussel, Larcier, 1971, nr. 74 citeert enkele voorbeelden).

Ten slotte is er de regeling vervat in K.B. 20 juli 1971 tot vaststelling van de voorwaarden tot en de procedure van het verlenen van de gelijkwaardigheid van buitenlandse diploma's en getuigschriften, *B.S.*, 5 augustus 1971. Op grond van art. 7 kunnen vreemde onderdanen die in België een beroep wensen uit te oefenen waarvoor het bezit van een diploma vereist is, en die daartoe redenen van humanitaire of wetenschappelijke aard aanvoeren, een vrijstelling bekomen van het diploma vereiste. Daartoe moet een aanvraag worden ingediend bij de bevoegde Onderwijsminister. Voorafgaandelijk dient het advies van de academies voor geneeskunde te worden gevraagd (zie over deze regeling GEENS, K., *Het vrij beroep*, Leuven, Fac. Rechtsgeleerdheid, 1986, nr. 424-425 en voor een concrete toepassing R.v.St., Cartitza, nr. 20.030, 10 januari 1980). De aanvraag van de houder van een Belgisch wetenschappelijk diploma die voldoet aan de voorwaarden van art. 1, eerste lid, 2 en 3 Wet 21 juni 1964, (waarbij aan Belgen in het bezit van sommige wetenschappelijke diploma's m.b.t. de geneeskunst de mogelijkheid wordt geboden deze kunst uit te oefenen) en die op het punt staat om de Belgische nationaliteit te verwerven, moet behandeld worden bij toepassing van deze laatste wetsbepaling en niet bij toepassing Wet 19 maart 1971 (R.v.St., Louryan nr. 32.962, 6 september 1989).

D. GELIJKSTELLING OP GROND VAN GELIJKWAARDIGHEID

13 Art. 44*bis*, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst stelt gelijk met de houder van het wettelijk diploma van doctor in de genees-, heel- en verloskunde de onderdaan van een lidstaat van de Europese Gemeenschap die houder is van een diploma, certificaat of andere titel van arts voorkomend op een lijst vastgesteld conform aan de communautaire verplichtingen door de minister tot wiens bevoegdheid de volksgezondheid behoort.

Deze communautaire verplichtingen houden een verwijzing in naar de richtlijnen 75/362 van de Raad van 16 juni 1975 inzake de onderlinge erkenning van de diploma's, certificaten en andere titels van de arts, tevens houdende maatregelen tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening van het recht van vestiging en vrij verrichten van diensten en 75/363 inzake de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de werkzaamheden van de arts, *PB.L.*, 167/1 en 14.

Het M.B. 20 juli 1983 stelt de lijst vast van diploma's, certificaten en andere titels van arts afgeleverd door de lidstaten van de Europese Gemeenschap en bedoeld in art. 44*bis*, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst, *B.S.*, 6 augustus 1983 (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 211/17). Er wordt hierin een onderscheid gemaakt tussen twee soorten diploma's. De eerste categorie betreft diploma's afgeleverd door de lidstaten conform aan de communautaire verplichtingen en die aan de onderdanen van deze lidstaten het recht geven de geneeskunde in België uit te oefenen. Het betreft hier de diploma's behaald in Denemarken, Frankrijk, Ierland, Nederland en het Verenigd Koninkrijk. De tweede categorie betreft diploma's afgeleverd door lidstaten aan onderdanen van deze lidstaten en die hen het recht geven de geneeskunde in België uit te oefenen, als ze vergezeld gaan van een verklaring van de lidstaat die het diploma heeft afgeleverd waarin bevestigd wordt dat de begunstigde aan alle opleidingsvoorwaarden, voorgeschreven door de communautaire verplichtingen, heeft voldaan. Het betreft de Bondsrepubliek, in bepaalde gevallen Frankrijk, Griekenland, Italië, Luxemburg, Spanje en Portugal.

Andere maatregelen tot uitvoering van de richtlijnen 75/362 en 363 werden genomen in twee K.B.'s 26 december 1985, *B.S.*, 10 januari 1986 en betreffen de inschrijving bij de orde der geneesheren (zie verder, nr. 99 e.v.).

Deze maatregelen werden genomen nadat de Europese Commissie bij verzoekschrift van 21 december 1984 een procedure tegen de Belgische Staat was gestart omdat België niet binnen de gestelde termijn de vereiste bepalingen had vastgesteld nodig om deze richtlijnen uit te voeren. De Commissie trok nadien haar beroep in voor zover het de richtlijn 75/362 betrof maar handhaafde het voor richtlijn 75/363, en meer bepaald inzake de vereiste specialisatieduur voor tropi-

sche geneeskunde. De richtlijn eist vier jaar terwijl de Belgische reglementering maar één jaar eiste. Op dit punt werd België veroordeeld door het Hof van Justitie (H.v.J., 12 februari 1987, *Jur.*, 1987, 683).

14 Naast deze gelijkwaardigheid op grond van het Europees recht, dient ook de gelijkwaardigheid op grond van Belgische wetgeving nog te worden vermeld (Wet 19 maart 1971 betreffende de gelijkwaardigheid van de buitenlandse diploma's en studiegetuigschriften, *B.S.*, 12 juni 1971)(zie GEENS, K., *a.w.*, nr. 570-571).

§2. Visum

A. OORSPRONG EN BELANG VAN DE VISUMPLICHT

15 Overeenkomstig art. 2, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst mag niemand de geneeskunde uitoefenen die, naast het vereiste diploma, bovendien de voorwaarden gesteld bij art. 7, § 1 of § 2 van deze wet niet vervult. Art. 7, § 1 legt de verplichting op vooraf de titel te laten viseren door de provinciale geneeskundige commissie, bevoegd overeenkomstig de plaats waar men zich wenst te vestigen. Art. 7, § 2 betreft het voorlopig visum, in afwachting van de bekrachtiging van het diploma.

De visumverplichting werd reeds opgelegd door de Wet van 12 maart 1818 en bevestigd door het nog van kracht zijnde art. 1 K.B. 31 mei 1885 houdende goedkeuring nieuwe onderrichtingen voor geneesheren (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 211/3). Deze verplichting was voornamelijk van belang toen de Wet Uitoefening Geneeskunst nog niet expliciet een diploma voorwaarde stelde (zie boven, nr. 10). Nu de wet een dergelijke verplichting wel bevat en nu bovendien de diploma's worden gehomologeerd, heeft de visumplicht veel van haar belang verloren. Uit art. 37, §1, 2°, a, Wet Uitoefening Geneeskunst kan men afleiden dat de bedoeling van de visumplicht bestaat in het controleren van de echtheid van het voorgelegde diploma. Volgens RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT strekt de visumplicht ertoe de provinciale geneeskundige commissies in staat te stellen het toezicht, dat hen door de wet wordt opgedragen uit te oefenen (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 51, zie over het visum ook GEENS, K., *a.w.*, nr. 567, noot 6).

B. VISUMPLICHT BIJ VERPLAATSING VAN VESTIGING EN BIJ MEERDERE VESTIGINGSPLAATSEN

16 Het viseren van de titel dient te gebeuren door de provinciale geneeskundige commissie bevoegd overeenkomstig de plaats waar men zich wenst te vestigen. Hieruit kan worden afgeleid dat bij overplaatsing van de praktijk naar een gemeente, gelegen binnen de bevoegdheid van een andere provinciale geneeskundige commissie, het diploma opnieuw moet worden geviseerd. Art. 7, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst maakt geen onderscheid tussen een beginnende en een gevestigde arts (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 53).

Op de vraag of een arts die zijn medische bedrijvigheid uitoefent in meer dan één provincie, zijn diploma door de provinciale geneeskundige commissies van beide provincies dient te laten viseren,

of enkel door de commissie van de provincie waar hij zijn voornaamste bedrijvigheid heeft, wordt uiteenlopend geantwoord. De Minister van Volksgezondheid was in 1982 van mening dat art. 7, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst betekent dat de arts die in meer dan één ambtsgebied een vestigingsplaats heeft, zijn diploma moet laten viseren door elke geneeskundige commissie (*Vr. en Antw.*, Kamer, 1981-82, 20 juli 1982, 2121, Vr. nr. 109 KUIJPERS). Enkele jaren later antwoordde een andere Minister van Volksgezondheid dat "wanneer een geneesheer zijn beroep uitoefent in verschillende provincies, de geneeskundige commissie van de provincie waar hij zijn voornaamste beroepsactiviteit heeft, het visum verleent (*Vr. en Antw.*, Kamer, 1988-89, 18 juli 1989, 5568, Vr. nr. 170 VANHORENBEEK). Deze opvatting treft men ook aan bij RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT met dien verstande dat de arts wel de provinciale geneeskundige commissie op de hoogte moet brengen van zijn vestiging, indien hij in een andere provincie gevestigd blijft (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 54). Gelet op de formulering van art. 7, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst valt niet in te zien waarom slechts een visum moet worden aangevraagd in de provincie waar men zijn hoofdactiviteit heeft. Ervan afgezien dat hoofdactiviteit en nevenactiviteit niet altijd duidelijk van elkaar zijn te onderscheiden en dat zich bovendien verschuivingen in deze activiteiten kunnen voordoen, is voor dit onderscheid geen steun in de wet te vinden.

(Voor de procedure i.v.m. de visering van het diploma, zie art. 9 K.B. 7 oktober 1976 betreffende de organisatie en de werkwijze van de geneeskundige commissies, *B.S.*, 4 februari 1977; HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 212/1).

C. VRIJSTELLING VAN DE VISUMPLICHT

17 Volgens art. 44*septies* Wet Uitoefening Geneeskunst mag de onderdaan van één van de lidstaten van de Europese Gemeenschap die in een andere lidstaat dan België gevestigd is als arts, en daar op wettige wijze zijn beroep uitoefent, in België "daden van geneeskunde" verrichten zonder te voldoen aan de visumplicht.

In dat geval moet hij wel vooraf een verklaring indienen bij het Bestuur Geneeskundepraktijk van het Ministerie van Volksgezondheid. In spoedgevallen dient deze verklaring zo snel mogelijk na de dienstverrichting te worden ingediend. Het Bestuur Geneeskundepraktijk brengt o.a. de provinciale geneeskundige commissie op de hoogte (art. 44*septies* Wet Uitoefening Geneeskunst).

D. INTREKKING VAN HET VISUM

18 Krachtens art. 37, § 1, 2°, b Wet Uitoefening Geneeskunst heeft de provinciale geneeskundige commissie tot taak in haar ambtsgebied het visum van een arts in te trekken wanneer, op advies van medische deskundigen aangeduid door de Nationale Raad van de orde der geneesheren, vastgesteld wordt dat deze arts niet meer voldoet aan de vereiste fysieke of psychische geschiktheden om, zonder risico's, de uitoefening van zijn beroep voort te zetten.

Bij het uitoefenen van deze opdracht is de provinciale geneeskundige commissie exclusief uit artsen samengesteld, nl. de voorzitter, ondervoorzitter en secretaris van de commissie die allen arts zijn, en de twee artsen-leden van de commissie (art. 37, § 2, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst). De procedure die voor de provinciale geneeskundige commissie moet worden gevolgd bij intrekking van het visum is geregeld in art. 7, § 2, a en art. 11 t.e.m. 23 K.B. 7 oktober 1976 betreffende de organisatie en de werkwijze van de geneeskundige commissies, *B.S.*, 4 februari 1977. Tegen de beslissing van de provinciale geneeskundige commissie kan beroep worden ingesteld bij de geneeskundige commissie van beroep (art. 37, § 4, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst).

De samenstelling, de organisatie, de werking en de procedure voor deze geneeskundige commissie van beroep is geregeld in de art. 24 e.v. K.B. 7 oktober 1976 betreffende de organisatie en de werkwijze van de geneeskundige commissies *B.S.*, 4 februari 1977.

19 Het verlenen van het visum is een administratieve formaliteit (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 51). Dit betekent dat het visum niet op voorhand kan worden geweigerd om gezondheidsredenen en dat evenmin kan worden overgegaan tot intrekking van het visum alvorens de fysieke of psychische ongeschiktheid werd vastgesteld. Dit volgt uit art. 37, § 1, 2°, b Wet Uitoefening Geneeskunst : intrekking van het visum (dus niet : weigering) is slechts mogelijk wanneer de betrokkene niet meer (dus niet : preventief) voldoet aan de geschiktheid. Anderzijds lijkt het niet vereist dat zich reeds een risico zou hebben gemanifesteerd. Vastgestelde ongeschiktheid volstaat.

Een en ander brengt met zich mee dat op dit ogenblik een provinciale geneeskundige commissie dient te wachten op het advies van de medische deskundigen alvorens over te gaan tot de intrekking van het visum. De voorlopige intrekking van het visum bij wijze van bewarende maatregel is wettelijk niet toegelaten. De provinciale geneeskundige commissie van Luik had voorlopig, in het kader van een spoedprocedure, beslist het visum van een arts in te trekken zonder de betrokkene te horen of op te roepen en zonder het vereiste advies van de medische deskundigen af te wachten. Door de franstalige geneeskundige commissie van beroep werd deze beslissing vernietigd omdat het in de huidige stand van de wetgeving niet mogelijk is het visum voorlopig in te trekken, zelfs in het belang van de volksgezondheid. De commissie van beroep betreurt deze leemte maar legt zich daar bij neer (Commission médicale de recours d'expression Française , 24 januari 1988, *Jur. Liège*, 1988, 755).

Het optreden van de provinciale geneeskundige commissie in deze aangelegenheid wordt eveneens bemoeilijkt door onduidelijkheid over het op gang brengen van de procedure tot intrekking van het visum. Art. 11 K.B. 7 oktober 1976 betreffende de organisatie en de werkwijze van de geneeskundige commissies, *B.S.*, 4 februari 1977, bepaalt dat, wanneer een lid van de commissie verneemt dat een arts niet meer voldoet aan de fysieke of psychische geschiktheid, hij de voorzitter hiervan in kennis brengt die de procedure kan starten. Of deze procedure ook kan in werking treden op verzoek van collega's of zelfs derden blijkt niet duidelijk. In het hiervoor besproken geval waarin uitspraak werd gedaan door de franstalige commissie van beroep bleek dat de procedure was op gang gekomen na klacht (sic) van meerdere collega's van de betrokken arts. Hoe dan ook lijkt het uitgesloten dat een arts die een collega in behandeling heeft en bij wie hij fysieke of psychische ongeschiktheid meent vast te stellen, gegevens hieromtrent meedeelt aan de provinciale geneeskundige commissie. Dergelijke gegevens vallen onder zijn zwijgplicht krachtens art. 458 Sw. Het probleem stelt zich eveneens wanneer een provinciale raad van de orde der geneesheren dergelijke gegevens wil overmaken aan de provinciale geneeskundige commissie (zie *T. Orde Gen.*, 1990, afl. 49, 18) (zie, voor Frankrijk, in dezelfde zin, TEXIER, A., "La suspension temporaire du droit d'exercer applicable aux médecins", *Rev. Dr. Sanitaire*, 1979, 162; om sneller te kunnen optreden werd in Frankrijk voorgesteld een meldingsplicht in hoofde van artsen in te voeren. Dit is niet gebeurd).

20 Vanaf het ogenblik dat de intrekking van het visum definitief is, verliest de betrokken arts het recht de geneeskunde uit te oefenen (zie art. 38, § 1, 1e Wet Uitoefening Geneeskunst : gewoonlijk beoefenen van de geneeskunde zonder in het bezit te zijn van een visum is strafbaar).

Krachtens art. 37, § 4 Wet Uitoefening Geneeskunst en art. 23, § 1 K.B. 7 ok-

tober 1976 betreffende de organisatie en de werkwijze van de geneeskundige commissies, *B.S.*, 4 februari 1977, dient een definitieve beslissing tot intrekking van het visum onmiddellijk te worden gemeld aan de bevoegde provinciale raad van de orde der geneesheren. Die raad zal vervolgens overgaan tot de weglating van de naam van de betrokken arts uit de lijst van de orde der geneesheren (art. 6, 1°, tweede lid Wet Orde Geneesheren) (zie verder, nr. 122).

Zowel de intrekking van het visum als de weglating van de naam van de lijst hebben voor gevolg dat de arts niet langer de geneeskunde kan beoefenen. Tussen beide consequenties bestaat er wel een klein verschil. Wie medische handelingen stelt zonder over een visum te beschikken is strafbaar voor zover hij dit gewoonlijk doet (art. 38, § 1, 1° Wet Uitoefening Geneeskunst). Wie medische handelingen verricht nadat zijn naam werd weggelaten van de lijst is strafbaar op grond van art. 31 Wet Orde Geneesheren. Dit artikel eist geen gewoonte.

E. VOORWAARDELIJK BEHOUD VAN HET VISUM

21 Krachtens art. 37, § 1, 2°, b Wet Uitoefening Geneeskunst kan een provinciale geneeskundige commissie het behoud van het visum afhankelijk maken van de aanvaarding door de arts van zekere beperkingen. Vermits dit alszodanig geen invloed heeft op de bevoegdheid medische handelingen te stellen, wordt deze maatregel niet hier behandeld (zie verder, nr. 130).

§ 3. Inschrijving op de lijst van de orde der geneesheren

22 Voor de inschrijving op de lijst van de orde der geneesheren, zie verder, nr. 99. Hier wordt slechts aandacht besteed aan de consequenties van het (niet) ingeschreven zijn op de lijst t.a.v. de bevoegdheid medische handelingen te stellen.

23 Art. 38, § 1, 1° Wet Uitoefening Geneeskunst stelt strafbaar i e d e r e e n die gewoonlijk medische handelingen stelt zonder op de lijst van de orde der geneesheren ingeschreven te zijn. Overeenkomstig art. 31 Wet Orde Geneesheren is strafbaar met de sancties voorzien in art. 38, §1, 1° Wet Uitoefening Geneeskunst, de a r t s die de geneeskunde uitoefent indien hij niet op de lijst van de orde is ingeschreven terwijl hij daartoe verplicht is. In dit geval is geen gewoonte vereist. Eén feit zou volstaan (voor een voorbeeld van een vervolging en veroordeling wegens overtreding van beide bepalingen, zie Cass., 28 oktober 1987, *Arr. Cass.*, 1988, 251; *Pas.*, 1988, I, 233; *R.D.P.*, 1988, 200, noot J.S.).

Art. 13, lid 4 Wet Orde Geneesheren van 25 juli 1938 bepaalde dat de overtreders van het definitief verbod de geneeskunde uit te oefenen onder de toepassing vielen van de Strafwet tot beteugeling van de onwettige uitoefening van de geneeskunde. Vermits toen reeds de onwettige uitoefening van de geneeskunde als een gewoontemisdrijf gold, werd hieruit afgeleid dat het beoefenen van de geneeskunde door een arts zonder inschrijving slechts strafbaar was zo dit op gewoonlijke wijze gebeurde. Het Hof van Cassatie heeft deze interpretatie niet gevolgd : elke handeling is strafbaar (Cass., 10 februari 1960, *Arr. Cass.*, 1960, 533; *Pas.*, 1960, I, 633; *R.D.P.*, 1959-60, 686).
De huidige formulering van art. 31 Wet Orde Geneesheren sluit iedere discussie hierover uit.

AFDELING V

ERKENNING VAN HUISARTSEN EN MEDISCHE SPECIALISTEN

§1. Wettelijke basis

24 Art. 35*ter* Wet Uitoefening Geneeskunst draagt de Koning op de lijst van bijzondere beroepstitels en van bijzondere beroepsbekwamingen vast te stellen voor de beoefenaars van de geneeskunde. Niemand kan een bijzondere beroepstitel dragen of zich beroepen op een bijzondere beroepsbekwaming dan na door de minister tot wiens bevoegdheden de volksgezondheid behoort hiertoe te zijn erkend (art. 35*quater*). Deze erkenning wordt toegekend overeenkomstig de door de Koning vastgestelde erkenningsprocedure en voor zover is voldaan aan de erkenningscriteria vastgesteld door de Minister van Volksgezondheid (art. 35*sexies*).

Tot nu toe werd geen enkele van deze bepalingen uitgevoerd. Krachtens art. 35*septies* blijven de erkenningscriteria die van toepassing waren op de datum van inwerkingtreding van de Wet van 19 december 1990, *B.S.*, 29 december 1990, die geleid heeft tot de thans besproken bepalingen behouden, in afwachting dat de nieuwe bepalingen worden vastgesteld overeenkomstig de art. 35*ter* en 35*sexies* Wet Uitoefening Geneeskunst.

25 Er bestaan reeds erkenningscriteria voor medische specialisten en voor huisartsen, genomen krachtens art. 23 , 3° en art. 153, §4 Z.I.V.-Wet. Krachtens deze bepalingen is de Koning bevoegd de modaliteiten te bepalen volgens welke de Minister van Volksgezondheid de lijst opstelt van de artsen die erkend zijn om als medisch specialist de in art. 23, 3° bedoelde verstrekkingen te verlenen (zie over de totstandkoming van art. 153, §4, NYS, H., "De opleiding en de erkenning van geneesheren-specialisten in het Belgisch recht", *B.T.S:Z.*, 1978, 456). De genoemde bepalingen geven geen duidelijke wettelijke basis voor de erkenning van huisartsen. Daarvoor is tot nu toe een beroep gedaan op art. 24 en art. 24*bis* Z.I.V.-Wet. Art. 24 geeft aan de Koning de bevoegdheid de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen vast te stellen. Die nomenclatuur somt die verstrekkingen op en stelt onder meer "de bekwaming" vast van de persoon die gemachtigd is om deze verstrekkingen te verrichten. Art. 24*bis* geeft aan de Koning het recht om wijziging aan te brengen in de voorwaarden waaraan de terugbetaling van de in art. 23 Z.I.V.-Wet bedoelde medische verstrekkingen afhangt en in de toepassingsregelen van de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen. Door de erkenning van huisartsen te kaderen binnen deze betalingsvoorwaarden en de nomenclatuur, boden art. 24 en art. 24*bis* Z.I.V.-Wet een, zij het wankele, basis voor de erkenning van huisartsen.

§2. Regels voor erkenning

26 Op grond van de voormelde wettelijke bepalingen werd het K.B. 21 april 1983 tot vaststelling van de nadere regelen voor erkenning van geneesheren-specialisten en van huisartsen, *B.S.*, 27 april 1983, genomen (zie HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 251/5; zie voor een uitvoerige bespreking, NYS, H., "De erkenning van geneesheren-specialisten en van huisartsen", in *Commentaar Gezondheidsinstellingen*, Heule, UGA, losbl., 1B/O2; NYS, H., "De erkenning van medische specialisten en de goedkeuring van het stageplan", *Vl. T. Gez.*, 1982-83, 31).

Noch uit art. 153, §4 noch uit de art. 24 en 24*bis* Z.I.V.-Wet, waarop de bevoegdheid van de Koning om de modaliteiten van erkenning van medische specialisten en huisartsen is gegrond, kan worden afgeleid dat de minister bevoegd zou kunnen worden gemaakt om artsen te erkennen die, gedurende een door hem bepaalde periode tijdens hun opleiding, geen enkele handeling die de uitoefening van de geneeskunst betreft, hebben verricht.

Art. 153, §4 Z.I.V.-Wet staat het de Koning toe om de minister de verplichting op te leggen voldoende stagemeesters en -diensten te erkennen teneinde de kandidaten die dat wensen toe te laten een opleiding tot specialist te volgen. Het is de Koning evenzeer toegelaten de minister de verplichting op te leggen de stagemeesters en -diensten op een wijze te spreiden die toelaat dat de gediplomeerden van de onderscheiden medische faculteiten dezelfde mogelijkheden wordt geboden. De vaststelling van een minimumpercentage van artsen die per jaar de mogelijkheid hebben een opleiding tot specialist te volgen, komt evenmin neer op een overschrijding van de bevoegdheden van de Koning. Door de minister de mogelijkheid te bieden om af te wijken van alle erkenningscriteria wat de stagemeesters en stagediensten betreft, zonder daarbij enige aanwijzing te geven van de voorwaarden onder welke dergelijke afwijkingen kunnen worden verleend, heeft art. 33*bis*, §4 K.B. 21 april 1983 de bepalingen waarvan kan worden afgeweken van hun betekenis ontdaan. Het werd daarom vernietigd (R.v.St., Verbond van Syndicale Artsenkamers, nr. 31.361, 23 november 1988).

27 Teneinde als medisch specialist in een bepaalde discipline te worden erkend moeten de voorwaarden bepaald in hfdst. III K.B. 21 april 1983 worden nageleefd. Bovendien werden per specialisme specifieke voorwaarden bepaald. De lijst van specialismen waarvoor een erkenning mogelijk is, vindt men in bijlage bij de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen inzake de verplichte Z.I.V.

Op dit ogenblik bestaan er erkenningscriteria voor de inwendige specialismen (vijf), de heelkundige specialismen (acht), de anesthesiologie, de gynaecologie-verloskunde, de dermatovenereologie, de kindergeneeskunde, de neurologie, de psychiatrie, (de neuropsychiatrie in een overgangsfaze), de klinische biologie, de otorhinolaryngologie, de röntgendiagnose, de radiotherapie, de oftalmologie, de stomatologie en de nucleaire geneeskunde. Erkende specialisten in de inwendige geneeskunde kunnen een erkenning bekomen van hun bijzondere bevoegdheid in de geriatrie (zie voor meer details, NYS, H., "De erkenning van geneesheren-specialisten en van huisartsen", *a.w.*, nr. 68 t.e.m. 144; zie voor de uitvoeringsbesluiten, HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 251 en 252). Deze erkenningscriteria voldoen aan de vereisten gesteld in de richtlijn 75/363 inzake de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de werkzaamheden van de arts, *PB.L.*, 167/75, 14.

28 Teneinde als huisarts te worden erkend moeten de voorwaarden bepaald in hfdst. III K.B. 21 april 1983 worden nageleefd en de erkenningscriteria

neergelegd in M.B. 1 december 1987 tot vaststelling van de erkenningscriteria voor de huisartsgeneeskunde, *B.S.*, 17 december 1987, err. *B.S.*, 30 december 1987 (zie voor meer details, NYS, H., *a.w.*, nr. 149 t.e.m. 152).

Sedert 1 januari 1990 dient de huisartsopleiding te voldoen aan de voorwaarden neergelegd in art. 2 en 3 van Richtlijn 86/457 inzake een specifieke opleiding in de huisartsgeneeskunde, *PB.L.*, 267/26. Met ingang van 1 januari 1995 stellen alle lidstaten het verrichten van werkzaamheden van arts als huisarts in het kader van het stelsel van sociale zekerheid afhankelijk van het bezit van een diploma dat aan deze voorwaarden voldoet (art. 7 Richtlijn 86/457). Het arrest van het Hof van Justitie inzake Broekmeulen is ter zake een belangrijke stimulans geweest (H.V.J., 6 oktober 1981, *Jur.*, 1981, 2311).

§3. Overige erkenningen en specialisaties

29 Naast de erkenning als huisarts of als medisch specialist in het kader van de Z.I.V.-Wet bestaan nog andere erkenningen en specialisaties op grond van bepalingen die eigen zijn aan een specifieke sector binnen de gezondheidszorg.

Zo eist het B.Vl.Ex. 30 juli 1985 betreffende de verplichtingen en de opdrachten inzake medisch schooltoezicht en houdende de erkenningsvoorwaarden en subsidiëring van equipes en centra voor medisch schooltoezicht, *B.S.*, 30 juli 1985, dat de artsen werkzaam in het kader van een dergelijke equipe het diploma van geneesheer-hygiënist in de jeugdgezondheidszorg hebben behaald (art. 27). Een formele erkenning van deze titel bestaat niet.

Om als arbeidsgeneesheer te kunnen worden aangeworven moet de arts houder zijn van een diploma van aanvullend onderwijs in de arbeidsgeneeskunde (art. 112 A.R.A.B.). Om vergoedbare prestaties uit te voeren voor het Fonds voor de reclassering van minder-validen dient men erkend te zijn als geneesheer-specialist in de revalidatie (zie art. 53 K.B. 5 juli 1963 betreffende de sociale reclassering van de minder-validen, *B.S.*, 13 juli 1963).

Een heel andere erkenning is de erkenning als adviserend geneesheer van een verzekeringsinstelling in het kader van de W.Z.I.V. (zie K.B. nr. 35 van 20 juli 1967 houdende het statuut en het barema van de adviserend geneesheren, *B.S.*, 29 juli 1967).

HOOFDSTUK II

ONWETTIGE UITOEFENING VAN DE GENEESKUNDE

AFDELING I

DELICTOMSCHRIJVING

30 Art. 38, § 1, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst stelt strafbaar het gewoonlijk stellen van een handeling of handelingen die behoren tot de geneeskunde hetzij zonder houder te zijn van het vereiste diploma of zonder er wettelijk van vrijgesteld te zijn, hetzij zonder te beschikken over het visum van de geneeskundige commissie, hetzij zonder op de lijst van de orde der geneesheren te zijn ingeschreven.

In deze delictomschrijving kan men drie elementen onderscheiden. Strafbaar is het stellen van eenzelfde of verschillende handelingen die behoren tot de geneeskunde (afdeling II) door een onbevoegde persoon (afdeling III) op gewoonlijke wijze (afdeling IV).

AFDELING II

HANDELING OF HANDELINGEN BEHOREND TOT DE GENEESKUNDE

§ 1. Algemene beschouwingen

31 Art. 38, § 1, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst gebruikt de uitdrukking "handeling of handelingen die behoren tot de geneeskunde", zonder hieraan een omschrijving te geven. Elders in deze wet treft men evenmin een omschrijving aan.

32 Art. 2, § 1, tweede lid en § 2, derde lid Wet Uitoefening Geneeskunst bepalen wat wordt beschouwd als onwettige uitoefening van de geneeskunde. Hieruit kan men afleiden dat een handeling behoort tot de uitoefening van de geneeskunde wanneer zij tot doel heeft of wordt voorgesteld tot doel te hebben, bij een menselijk wezen:
- hetzij het onderzoeken van de gezondheidstoestand;
- hetzij het opsporen van ziekten en gebreken;
- hetzij het stellen van de diagnose;
- hetzij het instellen of uitvoeren van een behandeling van een fysieke of psy-

chische, werkelijke of vermeende pathologische toestand;
- hetzij de inenting;
- hetzij het toezicht op de zwangerschap, op de bevalling of op het postpartum, alsmede elk ingrijpen dat erop betrekking heeft.

33 Art. 2, § 1, laatste lid Wet Uitoefening Geneeskunst geeft aan de Koning de bevoegdheid om, overeenkomstig art. 46 van deze wet, de in het vorige nr. opgesomde handelingen nader te omschrijven. Tot nu toe is dat niet gebeurd.

34 Voorts bestaan er meerdere wetten die het uitvoeren van een of andere handeling voorbehouden aan artsen. Men kan dergelijke handelingen beschouwen als behorend tot de geneeskunde. In sommige gevallen betreft het handelingen die ook reeds op grond van art. 2, § 1, tweede lid behoren tot de uitoefening van de geneeskunde. In andere gevallen gaat het om handelingen die alszodanig daartoe niet behoren. Bij uitbreiding kunnen zij daar echter toe worden gerekend.

Tot de eerste categorie kan men rekenen de behandeling van een seksueel overdraagbare ziekte (art. 2 Besluitwet 24 januari 1945 profylaxe geslachtsziekten, *B.S.*, 26 januari 1945) en de transplantatie van een orgaan (art. 3 Orgaantransplantatiewet, *B.S.*, 14 februari 1987). In beide gevallen gaat het om een handeling met als doel het behandelen van een pathologische toestand. Ook de Wet van 19 januari 1961 waarbij aan personen die wettig niet bevoegd zijn de geneeskunde te beoefenen, in uitzonderlijke omstandigheden toelating wordt verleend om bepaalde geneeskundige handelingen te verrichten, *B.S.*, 31 juli 1961, kan tot deze categorie worden gerekend. Het Uitvoeringsbesluit van 1 augustus 1961 vermeldt twee geneeskundige handelingen, nl. intraveneuze inspuitingen en bloedafnemingen door aderpunctie. Ondanks de uitdrukkelijke aanwijzing als geneeskundige handeling bestaat er niettemin discussie of de bloedafname alszodanig dient te worden beschouwd (zie verder, nr. 54 e.v.).

Tot de tweede categorie behoort het afnemen van een therapeutisch bestanddeel van menselijke oorsprong, hetgeen door art. 3 Wet 7 februari 1961 betreffende de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong, *B.S.*, 22 mei 1964, wordt voorbehouden aan artsen. Ook het wegnemen van weefsel of een orgaan dient door een arts te gebeuren, krachtens art. 3 Orgaantransplantatiewet. Een zwangerschapsafbreking moet worden uitgevoerd door een arts om aan de strafbaarheid te ontsnappen (art. 350 Sw., zoals gewijzigd door de Wet Zwangerschapsafbreking van 3 april 1990, *B.S.*, 5 april 1990).

§ 2. Specifieke handelingen behorend tot de geneeskunde

A. PREVENTIEVE GENEESKUNDE OF HET VOORKOMEN VAN ZIEKTEN

35 Kan men het stellen van handelingen die behoren tot de preventieve geneeskunde beschouwen als het uitoefenen van de geneeskunde in de zin van de Wet Uitoefening Geneeskunst? Art. 2, § 1 van deze wet vermeldt bij de handelingen die beschouwd worden als onwettige uitoefening van de geneeskunde niet handelingen die tot doel hebben het voorkomen van een ziekte.

RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT menen niettemin dat handelingen met een preventief doel zoals inentingen, diëten, hygiënische maatregelen en sanitaire controles tot de uitoefening van de geneeskunde kunnen worden gerekend. (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obliga-*

tions, nr. 1017) GEENS daarentegen treft in de Wet Uitoefening Geneeskunst tekstelementen aan die erop wijzen dat de wetgever niet heeft gedacht aan de preventieve geneeskunde alszodanig. Zo wordt de inenting, bij uitstek een handeling ter voorkoming van ziekte, apart vermeld terwijl slechts sprake is van de behandeling van een pathologische toestand. Wil men bekomen dat de preventieve geneeskunde in haar geheel binnen het monopolie valt van de arts, dan dringt "een ruime interpretatie van een overigens duidelijke strafbepaling" zich op. GEENS ziet een aantal argumenten die pleiten voor een ruime interpretatie. Vooreerst laat artikel 5, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst toe dat de uitvoering van maatregelen van preventieve geneeskunde wordt gedelegeerd aan beoefenaars van een paramedisch beroep. Dit impliceert dat deze maatregelen behoren tot het artsenmonopolie. Hierop zou men kunnen repliceren dat art. 5 enkel betrekking heeft op de inenting. Het argument dat GEENS vervolgens aanhaalt betreft de praktijk van de bevallingen. Hij beschouwt dit als een typische preventieve activiteit die behoort tot de uitoefening van de geneeskunde, op grond van art. 2, § 2 Wet Uitoefening Geneeskunst. GEENS besluit dat het niet duidelijk is of ook in preventieve typesituaties monopoliebescherming wordt verleend. Duidelijkheid bestaat er slechts voor wat betreft de inenting en de bevalling (GEENS, K., *a.w.*, nr. 498).

36 Of het bedrijven van preventieve geneeskunde beschouwd kan worden als het uitoefenen van geneeskunde is een verkeerde vraagstelling. De vraag is of een handeling gericht op het voorkomen van ziekte een handeling is die behoort tot de geneeskunde of, beter nog, of een handeling gericht op het voorkomen van ziekte samenvalt met of gepaard gaat met een handeling vermeld in art. 2, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst. Hieronder worden de in dat artikel vermelde handelingen bekeken op hun mogelijk verband met het voorkomen van ziekten.

37 Voor de inenting of vaccinatie stelt zich geen probleem omdat het in wezen juist gaat om een preventief geneeskundige activiteit.

38 Het onderzoeken van de gezondheidstoestand wordt nergens door de Wet Uitoefening Geneeskunst beperkt tot het curatief optreden van de arts. Art. 1 van deze wet definieert de geneeskunst als omvattend de geneeskunde, de tandheelkunde en de artsenijbereidkunde "onder hun curatief of preventief voorkomen". Art. 2, § 1 spreekt van "een menselijk wezen", niet van een zieke of een patiënt. Het onderzoeken van iemands gezondheidstoestand in het kader van de preventieve geneeskunde, b.v. een preventief kankeronderzoek, kan dan ook beschouwd worden als een handeling die behoort tot de uitoefening van de geneeskunde.

39 Hetzelfde geldt voor het opsporen van ziekten en gebrekkigheden in het kader van een preventief geneeskundige activiteit. Ook in dit geval is er geen reden om een beperking aan te brengen tot de curatieve geneeskunde.

40 Voor zover het toezicht op de zwangerschap, de bevalling en het postpartum gebeuren met het oog op het voorkomen van ziekten kan ook hier worden gesproken van handelingen van preventieve geneeskunde die behoren tot geneeskunde in de zin van de Wet Uitoefening Geneeskunst.

41 Moeilijker ligt het met het stellen van de diagnose en het instellen of het

uitvoeren van een behandeling van een pathologische toestand. Zeker voor het instellen of uitvoeren van een behandeling geldt dat zij in een preventieve context niet voorkomen. Ook de diagnose heeft in het medisch taalgebruik duidelijk een curatieve bijklank. Niettemin meent GEENS dat de diagnose ook mogelijk is in een preventieve situatie (GEENS, K., *a.w.*, nr. 65). De eigenlijke vraag die zich hier aandient is of het vaststellen dat er geen ziekte is (het equivalent van de diagnose bij curatieve geneeskunde) en het aanraden van een bepaalde maatregel ter voorkoming van ziekte of preventieve raadgeving (het equivalent van de therapie) als een handeling behorend tot de uitoefening van de geneeskunde kunnen worden beschouwd.

Wat het vaststellen van de afwezigheid van ziekte betreft, dient een onderscheid te worden gemaakt. Wanneer deze vaststelling het resultaat is van een onderzoek van de gezondheidstoestand of het opsporen van een ziekte, dan gaat het om een handeling die behoort tot de uitoefening van de geneeskunde. Men zou kunnen spreken van een negatieve diagnose. Wanneer echter geen onderzoek of opsporing heeft plaats gehad dan is er van uitoefening van de geneeskunde geen sprake. Men mag daarbij niet zomaar veronderstellen dat een onderzoek heeft plaats gehad, wanneer iemand vaststelt dat er geen ziekte is. Wanneer het aanraden van een bepaald middel tot voorkoming van een ziektetoestand gebeurt na een onderzoek, dan is eveneens sprake van uitoefening van de geneeskunde. Anders niet (*vgl.* RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1028). *De lege ferenda* houdt GEENS een pleidooi om de preventieve raadpleging onder het artsenmonopolie te brengen (GEENS, K., *a.w.*, nr. 511).

42 Tot nu toe hebben de hoven en rechtbanken zich niet uitgesproken over het behoren van preventief geneeskundige handelingen tot de geneeskunde in de zin van de Wet Uitoefening Geneeskunst.

In Nederland dient volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad het begrip uitoefening van de geneeskunde ruim te worden geïnterpreteerd. Het gaat niet uitsluitend om curatieve handelingen. In het zgn. pilarrest van 19 januari 1973 (*N.J.*, 1973, 156) stelde de Nederlandse Hoge Raad dat onder geneeskundig moet worden verstaan "op de geneeskunde betrekking hebbend, zonder onderscheid tussen curatieve en preventieve geneeskunde" (HUBBEN, J.H., *Psychotherapie en recht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1984, 16).

In Frankrijk omschrijft art. 372 Code de la Santé Publique het misdrijf van onwettige uitoefening van de geneeskunde als volgt : "toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivi, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies ou d'affections chirurgicales, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient". Dit lijkt een engere omschrijving dan die in art. 2, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst. Enkel het stellen van een diagnose en de behandeling van ziekten en gebreken worden vermeld en beide behoren tot de curatieve geneeskunde. Toch besliste het Franse Hof van Cassatie dat het misdrijf ook de uitoefening van de preventieve geneeskunde omvat (Cass. Fr., Ch. Crim, 9 oktober 1973, *Gaz. Pal.*, 6 januari 1974, noot DOLL; *Rev. Dr. Sanitaire*, 1973, 474, noot DUBOUIS, L.). Iemand die werd vervolgd wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde beriep er zich op dat hij geen zieken behandelde maar gezonde personen hielp hun gezondheid te bewaren door o.a. het aanraden van dieetvoeding. Het Franse Hof van Cassatie verwierp dit verweer met het argument dat "l'exercice de la médecine, au sens de l'art. 372 Code Santé Publique s'étend aussi bien de la médecine préventive que de la médecine réparatrice". Zowel DUBOUIS als DOLL vinden dit een gewaagde interpretatie maar toch keuren zij haar niet af omwille van het belang van de volksgezondheid.

43 Uit het voorgaande kan worden besloten dat de preventieve geneeskunde alszodanig niet behoort tot de uitoefening van de geneeskunde in de zin van de Wet Uitoefening Geneeskunst. Evenmin is het juist om iedere maatregel ter voorkoming van een ziekte of voor het behoud van de gezondheid uit het toepassingsbied van deze wet te sluiten. Van geval tot geval moet worden nagegaan of zo'n maatregel samenvalt of minstens nauw verbonden is met een van de handelingen opgesomd in art. 2, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst.

B. ZELFZORG EN MANTELZORG

44 Een veel weerkerende vraag is of hulp die door familieleden en vrienden wordt verleend aan patiënten (zgn. mantelzorg) en hulp die men zichzelf verleent, vallen onder de handelingen die behoren tot de uitoefening van de geneeskunde.

De schaarse literatuur beantwoordt beide vragen negatief. Volgens GEENS helpt het vereiste van art. 2, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst dat de handeling wordt gesteld met het doel te genezen veel problemen uit de wereld. Omwille van dit intentioneel element - en omwille van de eis van de gewoonte - is wat hij noemt familiale zelfhulp niet in strijd met de wet. En de delictomschrijving wil zeker niet beletten dat iemand bij zichzelf een diagnose stelt (GEENS, K., *a.w.*, nr. 510; zie in dezelfde zin RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1055 en nr. 1085. Maar volgens dezelfde auteurs valt een "remède de bonne femme" met een curatief oogmerk toch onder de wet; zie nr. 1024).

Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde i.v.m. hulp van familie en buren dat het belachelijk zou zijn te verbieden dat familieleden elkaar wederzijds verzorging verlenen, wanneer die verzorging kalmerend en banaal van aard is en geen bijzondere bekwaamheid vereist vanwege diegene die ze toepast. Het Hof noemt het vanzelfsprekend dat er van onwettige uitoefening van de geneeskunde geen sprake kan zijn in hoofde van een huismoeder die regelmatig een laxerend middel toedient aan haar kinderen. Dat zou wel het geval zijn moest zij bij haar kinderen met angina een amydalectomie, d.i. het wegnemen van de amandelen, toepassen. Volgens het Hof hebben de hoven en rechtbanken noch onder de vroegere noch onder de huidige Wet Uitoefening Geneeskunst enige moeilijkheid ondervonden om uit te maken welke de handelingen zijn die eenvoudige verzorging van familieleden inhouden en welke daadwerkelijk behoren tot de uitoefening van de geneeskunde (Brussel, 24 januari 1974, *J.T.*, 1974, 249; *vgl.* Corr. Seine, 31 maart 1952, *J.T.*, 1952, 364). De Arbeidsrechtbank te Hoei oordeelde dat het gebruikelijk is dat een huismoeder aspirine geeft aan een kind met koorts. Bovendien is het geen medicamenteuze behandeling vermits aspirine vrij verkrijgbaar is in een apotheek, zonder voorschrift van een arts (Arbrb. Hoei, 6 mei 1988, *Jur. Liège*, 1988, 1191).

45 Er bestaat klaarblijkelijk eensgezindheid om zelfzorg en mantelzorg niet te beschouwen als professionele medische hulpverlening die het monopolie van artsen is. De vraag is wat de argumenten waarop dit steunt waard zijn. GEENS en in mindere mate RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT verwijzen naar het ontbreken van het wettelijk voorziene doel. Doorgaans hebben gezinsleden en vrienden die hulp verlenen aan een patiënt niet de bedoeling hem te genezen; evenmin wenden zij voor die bedoeling te hebben. Wat is dan wel hun bedoeling? Minstens het verzachten van leed en hem gerust stellen. Het verschil met een genezend doel is niet altijd duidelijk.

46 In de geciteerde rechtspraak wordt sterk de nadruk gelegd op de eenvoud van de behandeling die door familie of vrienden werd toegepast. Hiertegenover staat rechtspraak waarin veroordelingen worden uitgesproken wegens het onwettig uitoefenen van de geneeskunde, ook al betrof het eenvoudige handelingen (Gent, 6 januari 1970, *R.W.*, 1969-70, 1970; Corr. Nijvel, 20 oktober 1961, *R.D.P.*, 1961-62, 318; Corr. Antwerpen, 17 februari 1969, *R.W.*, 1968-69, 1571; Corr. Namen, 15 mei 1985, *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1986, 272; *J. Proc.*, 1985, afl. 64, 27; *Rev. Rég. Dr.*, 1985, 294. Zie over deze zaak ook HEYE, E., "Le procès de l'ostéopathie; nouvelle médicine hors-la-loi", *J. Proc.*, 1985, afl. 56, 7-8.

47 Geen van beide argumenten (zogenaamd ontbreken van een geneeskundig doel en vermeende eenvoud van de handeling) lijken doorslaggevend.

Het argument dat GEENS put uit de afwezigheid van een gewoonte evenmin. Dikwijls zal er feitelijk wel een gewoonte bestaan. Evenmin kan een beroep worden gedaan op het zonder medisch voorschrift verkrijgbaar zijn van een geneesmiddel om het toedienen van dat middel bij een ander niet te beschouwen als een handeling behorend tot de uitoefening van de geneeskunde (*anders*, Arbrb. Hoei, 6 mei 1988, *Jur. Liège*, 1988, 1191).

48 Een sluitende oplossing zou erin bestaan om onwettige uitoefening van de geneeskunde slechts strafbaar te stellen wanneer medische handelingen worden gesteld "met de bedoeling er zijn beroep van te maken". Een dergelijke bepaling treft men aan in art. 38*ter*, 1° Wet Uitoefening Geneeskunst waar de onwettige uitoefening van de verpleegkunde strafbaar wordt gesteld. In afwachting zal men zich dienen te behelpen met betwistbare argumenten. Naast de reeds vermelde, kunnen ouders zich beroepen op art. 203, § 1 B.W. : hun onderhoudsplicht t.a.v. hun kinderen.

In het Nederlandse recht ligt de situatie op dit punt veel eenvoudiger omdat de Wet Uitoefening Geneeskunst vereist dat de geneeskunde als bedrijf, dit betekent beroepsmatig, wordt uitgeoefend.

C. STELLEN VAN EEN DIAGNOSE

49 Zowel in het medische als het wettelijke taalgebruik verwijst diagnose naar het vaststellen van een ziekte. Diagnose wordt gedefinieerd als "vaststelling van de aard van een ziekte door geneeskundig onderzoek" (COELHO en KLOOSTERHUIS, *Zakwoordenboek der geneeskunde*, Amsterdam, Elsevier, 1983, 162).

In art. 2, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst is sprake van de diagnose van een pathologische toestand.

Zowel in de rechtsliteratuur als in de rechtspraak treft men ruimere opvattingen aan over het stellen van een diagnose. Zo neemt ANRYS dat ook de vaststelling van de afwezigheid van ziekte als een diagnose in de zin van de wet dient te worden beschouwd omdat zij kan leiden tot de afwezigheid van een behandeling. De definitie van diagnose moet de grootst mogelijke bescherming bie-

den aan de patiënt (ANRYS, H., *a.w.*, nr. 50; zie in dezelfde zin, Corr. Namen, 15 mei 1985, *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1986, 272; *Rev. Rég. Dr.*, 1985, 294; *J. Proc.*, 1985, afl. 64, 27). Aan deze ruime opvatting ligt een verwarring tussen diagnose, d.i. het trachten vaststellen van de aard van de ziekte, en het onderzoek, d.i. het vaststellen van de aan- of afwezigheid van een ziekte, ten grondslag. Het is een verwarring die frequent voorkomt.

Het Hof van Beroep te Gent oordeelde dat een priester de geneeskunde onwettig had beoefend door het instellen van een therapie, maar ook wegens het stellen van een diagnose doordat hij tegenover zijn "patiënten" zou hebben gezegd "dat de fenomenen waaraan zij leden niets te maken hadden met de pathologie of met enige medische wetenschap, zelfs in de ruimste zin genomen, maar dat alles blijft binnen de religieuze sfeer van bestrijding van het kwaad en de kwade demonen". Een dergelijke stellingname beschouwde het Hof van Beroep als een diagnose daar zij "in tegenstrijd met reeds uitgedrukte geneeskundige diagnoses, uiterlijk bestaande letsels en ziekten uit het domein van de geneeskunde haalt om deze in het raam van de bestrijding van demonen en kwade geesten te brengen" (Gent, 29 september 1980, *R.W.*, 1981-82, 2687 noot VERBIEST, D.; *Vl. T. Gez.*, 1982-83, 39, noot NYS, H.). Terecht stelt VERBIEST de vraag of hier geen extensieve interpretatie wordt gegeven aan een reeds zeer ruime strafbepaling. De opinie van het Hof komt er op neer "dat een religieuze stellingname over kwalen en ziekten, in tegenstrijd met de klassieke medische diagnose, zelf een medische diagnose is in de zin van art. 2, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunde" (VERBIEST, D., "Religie en onwettige uitoefening van de geneeskunde", noot onder Gent, 29 september 1980, *R.W.*, 1981-82, 2692). Zulks leidt tot bevoogding van de religie door de geneeskunde : "impliciet zegt het arrest dat de godsdienst zich niet vermag uit te spreken over de oorsprong, de ontwikkeling en de genezing van kwalen en ziekten" (VERBIEST, D., *a.w.*).

50 Vermits het woord diagnose frequent als metafoor wordt gebruikt in de omgangstaal, b.v. de diagnose stellen van een politieke crisis, van een bedrijf in moeilijkheden e.d., bestaat het gevaar dat diagnose in de zin van art. 2, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst te ruim wordt opgevat. Men mag niet uit het oog verliezen dat dit artikel een handeling vereist met het doel of het voorgewende doel een diagnose te stellen van een pathologische toestand. Iemand die zijn persoonlijke mening uitdrukt over de kwaal waaraan een familielid of kennis lijdt, stelt geen diagnose in de zin van de wet (Antwerpen, 6 januari 1978, *R.W.*, 1977-78, 2727). Van een diagnose van een pathologische toestand of medische diagnose kan slechts sprake zijn indien zij is gebaseerd op een objectief onderzoek, uitgaande van iemand die een zeker gezag of ontzag inboezemt en waarin de onderzochte vertrouwen stelt (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1032; Antwerpen, 6 januari 1978, *R.W.*, 1977-78, 2727).

51 Het stellen van een diagnose door een opticien is wettelijk niet toegelaten (Brussel, 28 februari 1974, *R.D.P.*, 1973-74, 710; Corr. Namen, 13 oktober 1982, *Rev. Rég. Dr.*, 1983, 72). Art. 2, § 1 K.B. 30 november 1964 tot bepaling van de voorwaarden tot uitoefening van het beroep van opticien-brillenmaker in de ambachts-, de kleine en middelgrote handels- en de kleine nijverheidsondernemingen, *B.S.*, 24 december 1964, laatst gewijzigd door K.B. 2 maart 1988, *B.S.*, 17 maart 1988, waardoor de benaming opticien-brillenmaker werd vervangen door opticien, heeft voor enige verwarring gezorgd. *In fine* bepaalt dit artikel dat in geval van twijfel nopens het karakter van het gebrek, de opticien zijn cliënt dient aan te raden een oogarts te raad-

plegen. Impliceert dit niet dat de opticien een diagnose heeft gesteld omtrent de ware aard van een door hem geconstateerd gebrek of minstens een poging daartoe heeft ondernomen?

Het Hof van Beroep te Antwerpen wees deze interpretatie af. "Het is duidelijk dat het stellen van een diagnose uitgesloten is en dat elke handeling die zulks tot doel heeft of voorstelt tot doel te hebben, aan de optieker verboden is, zelfs wanneer hij zijn cliënt aanraadt een oogarts te raadplegen; de twijfel waarvan sprake bedoelt de twijfel nopens het karakter of de aard van elk door hem vastgesteld gebrek, n.a.v. een door hem uitgevoerde toegelaten activiteit" (Antwerpen, 18 april 1984, *Limb. Rechtsl.*, 1985, 158; *anders*, Corr. Charleroi, 6 juni 1965, *J.T.*, 1965, 603 dat over het K.B. 30 november 1964 zegt : "que l'on y voit le législateur permettre l'accès et la pratique de la profession à des citoyens non médecins qui sont ainsi légalement autorisés à faire appel à des connaissances somatiques *afin de poser de véritables diagnostics* et prescrire des remèdes mécaniques en l'absence de tout contrôle médicale").

52 Het stellen van een diagnose of het verrichten van een onderzoek d.m.v. een pendel (zgn. radie-esthesie) is frequent beschouwd als (onwettige) uitoefening van de geneeskunde (Cass., 16 juni 1952, *Arr. Cass.*, 1952, 585; *Pas.*, 1952, I, 669; Cass.,13 mei 1957, *Arr. Cass.*, 1957, 765; *Pas.*, 1957, I, 1095; Cass., 7 maart 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 789; *Pas.*, 1978, I, 763; Luik, 1 juni 1956, *Pas.*, 1957, II, 197; Antwerpen, 6 januari 1978, *R.W.*, 1977-78, 2727; Corr. Brugge, 14 maart 1935, *R.D.P.*, 1935, 1212; Corr. Leuven, 2 maart 1950, *R.W.*, 1950-51, 630; Corr. Antwerpen, 1 juni 1955, *R.W.*, 1955-56, 410).

Het verrichten van een onderzoek via iriscopie of iriskijken met het oog op het stellen van een diagnose en het instellen van een therapie werd veroordeeld door het Hof van Beroep te Brussel (Brussel, 28 februari 1974, *R.D.P.*, 1973-74, 710. Zie voor Nederland, Hoge Raad, 19 juni 1979, *N.J.*, 1979, nr. 633, noot G.E.M.).

D. ONDERZOEKEN VAN DE GEZONDHEIDSTOESTAND EN HET OPSPOREN VAN ZIEKTE OF GEBREK

1. Algemene beschouwingen

53 Alszodanig roepen beide handelingen weinig problemen op.

Een onderzoek van de gezondheidstoestand veronderstelt geen lichaamsonderzoek (Cass., 13 mei 1957, *Arr. Cass.*, 1957, 765; *Pas.*, 1957, I, 1095; Corr. Antwerpen, 1 juni 1955, *R.W.*, 1955-56, 410). De onderzochte persoon hoeft zelfs niet lijfelijk aanwezig te zijn bij het onderzoek wat frequent gebeurt, b.v. bij bloedonderzoek (zie voor het pendelen boven een foto van de onderzochte, Corr. Brugge, 14 maart 1935, *R.D.P.*, 1935, 1212; Corr. Leuven, 2 maart 1950, *R.W.*, 1950-51, 630). Anderzijds impliceert het betasten van het lichaam (palpatie) een onderzoek (Corr. Namen, 15 mei 1985, *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1986, 272; *Rev. Rég. Dr.*, 1985, 294; *J.Proc.*, 1985, afl. 64, 27; ANRYS, H., *a.w.*, nr. 49). Een onderzoek volstaat : het is niet vereist dat na het onderzoek een diagnose werd gesteld (Corr. Namen, 15 mei 1985).

Een aantal activiteiten verdienen evenwel enige bijzondere aandacht omdat

zij, zo zij geen onderzoek van de gezondheidstoestand of het opsporen van een ziekte of een gebrek inhouden, daarmee toch nauw verbonden zijn.

2. Nemen van bloed. Venapuncties

54 De analyse van bloed is als een onderzoek in de zin van de Wet Uitoefening Geneeskunst te beschouwen en valt derhalve onder het monopolie van de arts. Art. 5, § 2, art. 53 en art. 53*bis* Wet Uitoefening Geneeskunst laten evenwel aan apothekers en licenciaten in de wetenschappen toe onder bepaalde voorwaarden verstrekkingen van klinische biologie uit te voeren. Of ook de handeling die aan het onderzoek vooraf gaat, nl. het nemen van bloed, daartoe dient te worden gerekend is betwist.

K.B. 1 augustus 1961 dat uitvoering geeft aan de Wet van 19 januari 1961 waarbij aan personen die wettig niet bevoegd zijn de geneeskunde te beoefenen in uitzonderlijke omstandigheden toelating wordt verleend om bepaalde geneeskundige handelingen te verrichten, *B.S.*, 31 juli 1961, vermeldt als een dergelijke handeling de bloedafneming door aderpunctie (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 23/1). In de Memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat de Wet van 19 januari 1961 is geworden, wordt gezegd dat handelingen worden beoogd die, volgens de traditie en de rechtspraak, als geneeskundige handelingen worden beschouwd (*Gedr. St.*, Senaat, 1959-60, nr. 298/1, 2). Overeenkomstig art. 3 Wet 7 februari 1961 betreffende de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong, *B.S.*, 22 mei 1964, mogen dergelijke bestanddelen, waartoe art. 1 van dezelfde wet ook bloed rekent, enkel worden afgenomen door een arts of onder zijn leiding. In bijlage I bij K.B. 11 maart 1985 tot vaststelling van de lijst van technisch verpleegkundige prestaties en van handelingen die door een geneesheer kunnen worden toevertrouwd, *B.S.*, 22 maart 1985, (om vormredenen vernietigd door R.v.St., Kinart, nr. 27.781, 3 april 1987; zie verder, nr. 1214) werd onder 1.2.0.1. "de gewone afneming van stalen" vermeld en onder 1.5.0.3. de "venapunctie". In dit geval evenwel niet met het oog op bloedafname, maar om een geneesmiddel toe te dienen (zie hierover Brussel, 16 december 1986, *Pas.*, 1987, II, 51 : een intraveneuze inspuiting is voorbehouden aan de beoefenaars van de geneeskunde. Het Hof verwijst uitdrukkelijk naar K.B. 1 augustus 1961). In K.B. 18 juni 1990 houdende vaststelling van de lijst van de technische verpleegkundige prestaties en de lijst van de handelingen die door een geneesheer aan beoefenaars van de verpleegkunde kunnen worden toevertrouwd, *B.S.*, 26 juli 1990, worden in bijlage I zowel de intraveneuze toediening van medicatie als de bloedafneming door veneuze punctie vermeld bij de technische verpleegkundige prestaties die door een verpleegkundige, op voorschrift van een arts, mogen worden verricht (zie verder, nr. 1214).

Uit dit overzicht van wettelijke en reglementaire bepalingen mag men besluiten dat het afnemen van bloed door venapunctie een medische handeling is die enkel door een arts of door een verpleegkundige mits het voorschrift van een arts, mag worden gesteld.

55 Ook de rechtspraak is geneigd het afnemen van bloed voorafgaand aan bloedonderzoek te beschouwen als een handeling die behoort tot de uitoefening van de geneeskunde.

Het Hof van Beroep te Antwerpen deed uitspraak over de vraag of een apotheker die gemachtigd is analyses van klinische biologie te verrichten, tevens de daaraan voorafgaande bloedafname via een aderpunctie mag verrichten. Het Hof van Beroep beantwoordde deze vraag ontkennend, op grond van volgende argumenten. Alszodanig behoort de bloedafname niet tot de klinische biolo-

gie. Dat de ziekteverzekering geen aparte vergoeding voorziet voor de bloedafname, naast de bloedanalyse, is om te beletten dat er overbodige of overtallige bloedafnamen zouden gebeuren. Daaruit mag evenwel niet worden afgeleid dat wie bevoegd is voor analyse, dat ook is voor de afname. Evenmin kan de apotheker-klinisch bioloog de afname doen op grond van zijn hoedanigheid als apotheker, want het afnemen van bloed behoort niet tot de artsenijbereidkunde. Het doorslaggevend argument tenslotte was dat een bloedafname steeds gebeurt omdat een analyse van het bloed nodig wordt geacht en dit met het oog op het stellen van een diagnose, opsporen van een ziekte, controleren van een behandeling e.d. Daardoor wordt de afname zelf een behandeling behorend tot de uitoefening van de geneeskunde (Antwerpen, 20 januari 1984, *Pas.*, 1984, II, 99).

56 Dat een bloedafname steeds gebeurt met het doel een analyse van het bloed te verrichten en op grond daarvan tot diagnosestelling e.d. over te gaan is betwistbaar. Denk aan bloeddonatie. Niettemin lijkt de redenering van het Hof van Beroep te Antwerpen juist. Hoewel bloedafname strikt genomen niet valt onder de opsomming gegeven in art. 2, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst is zij, door de bedoeling waarmee ze wordt verricht, duidelijk verbonden met de daar vermelde handelingen en er moeilijk van te scheiden. Men kan spreken van een medische handeling door doelgebondenheid. Aldus kan men niet enkel op grond van bijzondere wetgeving (zie boven) maar ook op grond van art. 2, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst besluiten dat een bloedafname behoort tot de uitoefening van de geneeskunde (zie RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1032).

Zie voor Nederland in dezelfde zin, VAN DER MIJN, W.B., *Wettelijke regelingen voor beroepen in de gezondheidszorg*, Deventer, Kluwer, 1973, 24. Ook de Nationale Raad van de orde der geneesheren heeft zich altijd op het standpunt gesteld dat een bloedafname een handeling is die behoort tot de uitoefening van de geneeskunde (zie *T. Orde Gen.*, 1949, afl. 2, 19 : aderpunctie is een medische handeling en de uitvoering ervan mag niet aan een verpleegkundige worden overgelaten; *T. Orde Gen.*, 1962-63, afl. 20,12 : in het advies over het wetsvoorstel houdende bepaling van sommige handelingen die tot de geneeskunde behoren wordt voorgesteld daaraan toe te voegen de intraveneuze bloedafnemingen; *T. Orde Gen.*, 1980-81, afl. 29, 69 : op grond van een jarenlange praktijk en overeenkomstig art. 5 Wet Uitoefening Geneeskunst oordeelt de Nationale Raad dat een verpleegkundige bloedafnamen mag verrichten onder de verantwoordelijkheid en onder toezicht van de arts. Het standpunt uit 1949 is daarmee voorbijgestreefd. *Anders*, omdat art. 5 Wet Uitoefening Geneeskunst nog niet werd uitgevoerd, Antwerpen, 20 januari 1984, *Pas.*, 1984, II, 99. Nog volgens het laatst vermelde advies bestaat er geen wettelijke grondslag voor het verrichten van veneuze puncties door apothekers).

57 Gebeurt de bloedafname in het kader van bloeddonatie, dan is voorafgaand aan de afname steeds een lichamelijk onderzoek van de donor vereist. Vanzelfsprekend dient dat door een arts te gebeuren (K.B. 10 november 1971 betreffende afneming, de bereiding, de bewaring en de terhandstelling van therapeutische bloedzelfstandigheden van menselijke oorsprong, *B.S.*, 5 mei 1972, hfdst. II, afd. 3). Hierom en op grond van art. 3 Wet 7 februari 1961 (zie boven, nr. 34) is ook de bloedafname te beschouwen als behorend tot de uitoefening van de geneeskunde.

58 Een bijzonder geval betreft de bloedafname met het oog op het bepalen van het alcoholgehalte in het bloed. Op grond van art. 63, § 1, 1° Wet Politie-

wegverkeer dient ook in dit geval de afname door een arts te gebeuren (zie verder, nr. 972).

3. Maken van een radiografie

59 In de rechtspraak wordt het nemen van een radiografie d.i. het fotograferen d.m.v. röntgenstralen als een louter technische handeling beschouwd, die alszodanig niet behoort tot de uitoefening van de geneeskunde.

Het maken van een radiografie zonder de bedoeling een diagnose te stellen maar om de plaats te bepalen waar massage dient te worden verricht behoort niet tot de uitoefening van de geneeskunde (Corr. Aarlen, 19 mei 1967, *Jur. Liège*, 1966-67, 290). Het Hof van Beroep te Antwerpen beschouwde een eenvoudige radiografie als een louter technische hulp die niet als (onwettige) uitoefening van de geneeskunde kan worden beschouwd (Antwerpen, 23 mei 1985, *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 85). Het Hof van Cassatie bevestigde deze uitspraak : het maken van een eenvoudige radiografische opname door een verpleegkundige zonder dat die radiografie door de maker gebruikt wordt voor een diagnosestelling is geen medische handeling (Cass., 28 april 1987, *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 30).

De bedoeling waarmee de radiografie wordt gemaakt is dus doorslaggevend : als dat gebeurt met het oog op onderzoek en diagnose dan wordt deze technische handeling door doelgebondenheid een medische handeling. Vermits bijna steeds een radiografie wordt gemaakt met de bedoeling een onderzoek mogelijk te maken en op basis daarvan een diagnose te stellen, kan als regel worden geformuleerd dat, omwille van deze doelgebondenheid, een radiografie door een arts of, onder leiding van een arts, door een technicus dient te worden gemaakt (zie RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1034; GEENS, K., *a.w.*, nr. 494, 339, noot 3).

RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT wijzen er nog op dat de interpretatie van een radiografie een gespecialiseerde medische kennis vereist. Zie in dezelfde zin GROSEMANS, R., "Onwettig uitoefenen van de chiropraxis", *Inf. R.I.Z.I.V.*, 256.

Ook de Nationale Raad van de orde der geneesheren beschouwt het uitvoeren van een radiografie als een medische handeling. Indien de uitvoering wordt toevertrouwd aan technici, dan moet dit gebeuren onder rechtstreeks toezicht en verantwoordelijkheid van een arts (*T. Orde Gen.*, 1955, afl. 12, 19). In Nederland wordt de radiografie eveneens als een medische handeling aangezien omdat zij kadert in het medische onderzoek (VAN DER MIJN, W.B., *a.w.*, 23).

60 Een radioscopie, d.i. een onderzoek van lichaamsdelen d.m.v. doorlichting met röntgenstralen stelt minder problemen. Het betreft duidelijk een onderzoek van de gezondheidstoestand en dus een handeling die behoort tot de uitoefening van de geneeskunde.

4. Gebruiken van meettoestellen

a) Bloeddrukmeter en andere eenvoudige meettoestellen

61 Over het gebruik van een bloeddrukmeter bestaat alszodanig geen rechtspraak.

De Correctionele Rechtbank van Brussel oordeelde dat een oscillografie, d.i. het optekenen via een daartoe bestemd apparaat van schommelingen in de bloeddruk, dus meer dan alleen maar het meten van de bloeddruk, een medische handeling is (Corr. Brussel, 2 februari 1949, *J.T.*, 1949, 295).

In adviezen van de Nationale (toen nog : hoge) Raad van de orde der geneesheren uit dezelfde periode werd de volgende houding aangenomen. De raad meent zich niet te kunnen uitspreken over het gebruik van de bloeddrukmeter door een vroedvrouw maar waarschuwde voor het gebruik van apparaten die steeds werden beschouwd als middelen tot opsporing van pathologische gevallen, door niet bevoegden. De ernst van het geval of van het diagnosemiddel werd als doorslaggevend beschouwd i.v.m. de bevoegdheid (*T. Orde Gen.*, 1949, afl. 1, 28). Enkele jaren later nam de Nationale Raad duidelijk stelling : het nemen van de bloeddruk is een medische handeling waarvan de uitvoering niet mag worden toevertrouwd aan een verpleegkundige (*T. Orde Gen.*, 1954, afl. 11, 30).

62 Of het gebruik van een bloeddrukmeter beschouwd kan worden als behorend tot de uitoefening van de geneeskunde hangt voornamelijk af van de bedoeling waarmee dit gebeurt. Hetzelfde geldt trouwens voor andere eenvoudige toestellen om lichaamstemperatuur, lichaamsgewicht, hart- of polsslag e.d. te meten. Juist omwille van hun relatieve eenvoud, worden dergelijke toestellen dikwijls gebruikt voor een "zelf-onderzoek". Dergelijke vormen van "zelf-hulp" vallen evenwel niet onder de uitoefening van de geneeskunde (zie boven, nr. 44-48). Maar zelfs wanneer een dergelijk toestel wordt aangewend bij iemand anders, b.v. een familielid, ontbreekt in het algemeen de bedoeling de gezondheidstoestand te onderzoeken. Wel wil men nagaan of er een afwijking is t.o.v. de gangbare norm wat temperatuur, bloeddruk, gewicht enz. betreft om dan desgevallend een beroep te doen op een arts. Wanneer het gebruik van dergelijke toestellen evenwel gebeurt met de bedoeling een onderzoek naar de gezondheidstoestand te verrichten - hetgeen kan blijken uit het gebruik van nog andere instrumenten en apparaten, het daarop volgend voorschrijven van behandelingen e.d. - dan kan men ook in dit verband spreken van een doelgebonden medische handeling (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1032; zie hierover ook, Voorstel van wet tot wijziging van het K.B. nr. 78, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 779/2, 33-34). Het onderscheid valt samen met het onderscheid tussen zelfzorg en mantelzorg enerzijds en professionele hulpverlening anderzijds.

In Nederland bevestigde de Hoge Raad een vonnis dat een veroordeling uitsprak wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde door het met behulp van een apparaat opnemen van de bloeddruk (Hoge Raad, 19 juni 1979, *N.J.*, 1979, nr. 633, noot G.E.M.).

b) Oogonderzoek en meten van oogafwijkingen door opticien

63 Algemeen wordt aanvaard dat een opticien d.m.v. het zgn. subjectief onderzoek de oogafwijking mag meten. Dit onderzoek gebeurt met behulp van letterproeven en een brilledoos. Tegenover de subjectieve refractiemethode staat de objectieve refractiemethode waarbij de oogafwijking wordt gemeten met behulp van instrumenten als oftalmometer, keratometer, refractometer,

sciascoop e.d. Of dergelijke apparaten mogen worden aangewend door een opticien in het kader van de uitoefening van zijn beroep, is een vraag waarop in de rechtspraak uiteenlopend wordt geantwoord (meer uitgebreid wordt hierop ingegaan in NYS, H., "Medische en paramedische beroepsuitoefening. Over oftalmologen en opticiens", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, 473, nr. 8. e.v.; *adde*, Cass., 3 december 1986, *Arr. Cass.*, 1987, 444; *Pas.*, 1987, I, 412; Cass., 10 februari 1988, *Arr. Cass.*, 1988, 736; *Pas.*, 1988, I, 676).

Art. 2, § 1, b, K.B. 30 oktober 1964 (Opticiensbesluit) bepaalt dat de activiteiten van een opticien enkel de verbetering en/of compensatie van de zuiver optische gebreken van het gezicht tot voorwerp mogen hebben. Volgens een bepaalde interpretatie moet deze bepaling worden gezien in het licht van de Wet Uitoefening Geneeskunst en kan zij niet aan de opticien de bevoegdheid toekennen objectief oogonderzoek te verrichten (ANRYS, H., *a.w.*, nr. 174; Antwerpen, 18 april 1984, *Limb. Rechtsl.*, 1985, 158 : het opsporen van gebrekkigheden is geen bevoegdheid van de opticien en elke handeling die dit tot doel heeft of voorgesteld wordt tot doel te hebben is verboden, zelfs wanneer hij aanraadt een oogarts te raadplegen). Volgens de Raad van State daarentegen volgt uit art. 2 Opticiensbesluit "dat de opticien onderzoeken van het gezichtsorgaan mag doen om o.m. na te gaan of de cliënt lijdt aan een zuiver optisch gebrek van het gezicht dan wel aan een pathologisch gebrek" (R.v.St., Vissers, nr. 21.020, 13 maart 1981; vroeger reeds had de Raad dit impliciet aanvaard, R.v.St., Union nationale des opticiens de Belgique, nr. 6320, 30 mei 1958. Zie NYS, H., "Reclameregelingen voor de beoefenaars van een paramedisch beroep", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 149). Bij de uitlegging van het arrest Vissers dient rekening te worden gehouden met de specifieke juridische vraagstelling die eraan ten grondslag ligt, nl. het vrij verrichten van diensten binnen de E.G. Of deze uitspraak ook relevant is voor het beantwoorden van andere vragen is niet zeker (zie uitgebreider NYS, H., "Medische en paramedische beroepsuitoefening. Over oftalmologen en opticiens", *a.w.*, nr. 11-13). Niettemin beriep het Hof van Beroep te Bergen zich op dit arrest om de vraag of een opticien andere dan subjectieve oogonderzoeken mag doen, positief te beantwoorden (Bergen, 20 mei 1987, *J.T.*, 1987, 501; *Rev. Rég. Dr.* 1987, 306, noot DE BEAUFFORT; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 111; Bergen, 5 oktober 1988, *J.T.*, 1988, 663 : door een beroep te doen op apparaten zoals de autorefractor, bestemd om het gezichtsvermogen te meten en de oogrefractie, blijft een opticien binnen zijn opdracht, bepaald door het opticiensbesluit en vroegere rechtspraak). Het Hof van Cassatie vernietigde dit arrest. Door de overweging dat een opticien die geen arts is het recht heeft zich een oordeel te vormen over de aard van het gezichtsgebrek dat hij tijdens een oogonderzoek bij een patiënt heeft vastgesteld, over te nemen heeft het arrest het begrip diagnose uit art. 2, §1 Wet Uitoefening Geneeskunst miskend. De beslissing na afloop van een oogonderzoek dat een bepaald gezichtsgebrek geen pathologische oorsprong heeft, is een diagnose en derhalve een geneeskundige handeling (Cass., 28 juni 1989, *Arr. Cass.*, 1989, 1293; *Pas.*, 1989, I, 1182; *Jur. Liège*, 1989, 1223).

Zonder nadrukkelijk te verwijzen naar het Opticiensbesluit aanvaardde ook de Correctionele Rechtbank te Hasselt dat een opticien de bevoegdheid heeft objectieve oogonderzoekingen te verrichten (Corr. Hasselt, 26 juni 1981, *Limb. Rechtsl.*, 1985, 162. Dit vonnis werd evenwel vernietigd door het reeds aangehaalde arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen, 18 april 1984, *Limb. Rechtsl.*, 1985, 158).

64 In Frankrijk is het een uitgemaakte zaak dat een opticien geen gebruik mag maken van een autorefractor en andere apparaten die bestemd zijn om de oogrefractie objectief te meten.

Art. 2, 7° van een M.B. van 6 januari 1962 behoudt de bediening van dergelijke apparaten voor aan artsen (PENNEAU J., noot onder Cass., 17 februari 1981, *D.* 1981, 599; DELMAS-ST. HILAIRE,

J.P., "Exercice illégal de la médecine par un opticien-lunetier", *Rev. Science Crim. Dr. Pénal*, 1988, 775-778; VITU, A., "Exercice illégal de la médecine par des opticiens-lunetiers", *Rev. Science Crim. Dr. Pénal*, 1982, 117-118). In een arrest van 10 mei 1988 aanvaardde het Franse Hof van Cassatie de wettelijkheid van deze bepaling (Cass. Fr., 10 mei 1988, *Bull. Arrêts Cour de Cass.*, 1988, nr. 203; DELMAS-ST. HILAIRE, J.P., *a.w.*, 777).

c) Gebruiken van een onderzoeksapparaat

65 Het Hof van Beroep te Antwerpen heeft in het arrest van 18 april 1984, dat hierboven al meerdere malen ter sprake is gekomen, een onderscheid gemaakt tussen "de mogelijkheid om diagnostisch-medische handelingen te stellen (door gebruik of misbruik van het toestel)" en het "effectief stellen van een diagnose" (Antwerpen, 18 april 1984, *Limb. Rechtsl.*, 1985, 158). Men kan zich afvragen of wat het Hof door dit onderscheid lijkt te suggereren, nl. dat het gebruik alszodanig van een onderzoeksapparaat geen uitoefening van de geneeskunde is, juist is.

Art. 2, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst beschouwt als uitoefening van de geneeskunde elke handeling met het doel of voorgesteld doel de gezondheidstoestand te onderzoeken. Het gebruiken van een toestel dat de mogelijkheid inhoudt de gezondheidstoestand te onderzoeken volstaat op zich om als uitoefening van de geneeskunde te worden beschouwd. Met welk ander doel zou men het toestel anders kunnen gebruiken? Het door het Hof gemaakte onderscheid lijkt theoretisch aanvaardbaar, maar beantwoordt meestal niet aan een realiteit. Gebruik van het toestel en onderzoek vallen doorgaans samen (NYS, H., *a.w.*, nr. 15).

E. BEHANDELEN VAN EEN PATHOLOGISCHE TOESTAND

1. Plaatsen van een prothese(contactlens) door een opticien

66 Gelet op het ruim gestelde art. 2, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst mag een opticien geen therapie instellen ter behandeling van een gebrek van het gezicht. De rechtspraak veroordeelt het op eigen initiatief instellen van een behandeling door een opticien (Brussel, 28 februari 1974, *R.D.P.*, 1973-74, 710; Luik, 24 juni 1986, *Jur. Liège*, 1986, 667; Brussel, 11 september 1987, *Jur. Liège*, 1987, 1439).

Of een opticien, zonder een medisch voorschrift, mag overgaan tot het aanpassen en plaatsen van contactlenzen is wederom een vraag waarop uiteenlopend wordt geantwoord (zie hierover uitgebreider, NYS, H., *a.w.*, nr. 24-28).

Het Hof van Beroep te Luik veroordeelde een opticien wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde omdat hij bij een cliënte een oogonderzoek had verricht, een keuze had gemaakt van de te plaatsen lenzen, ze had aangemeten en tenslotte ook nog had geplaatst. Dit alles zonder medisch voorschrift en zelfs tegen het advies in van de oogarts van de cliënte die haar had verboden contactlenzen te dragen (Luik, 24 juni 1986, *Jur. Liège*, 1986, 667; Corr. Namen, 13 oktober 1982, *Rev. Rég. Dr.*, 1983, 72). In dit laatste geval had de opticien, zonder medisch voorschrift,

brilleglazen door contactlenzen vervangen. In een dergelijk geval oordeelde het Hof van Beroep te Bergen daarentegen dat er geen onwettige uitoefening van de geneeskunde was. Contactlenzen en brilleglazen zijn optische artikelen bestemd om het gezicht te verbeteren. Het plaatsen van contactlenzen kan dan ook alszodanig niet als een therapeutische handeling worden beschouwd. Het Hof van Beroep noemt het niet verstandig en soms gevaarlijk om zonder de tussenkomst van een oogarts contactlenzen te laten plaatsen. Dat is vergelijkbaar met het kopen van aspirine zonder medisch voorschrift. Gevaarlijk maar niet verboden (Bergen, 20 mei 1987, *J.T.*, 1987, 501; *Rev. Rég. Dr.*, 1987, 306 noot DE BEAUFFORT; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 111).

67 Art. 2, § 1, a K.B. 30 oktober 1964 (Opticiensbesluit) vermeldt als één van de opdrachten van de opticien "het voorleggen aan de keuze van het publiek, de verkoop, het onderhoud, en de herstelling van optische artikelen bestemd om het gezicht te verbeteren en/of te compenseren". Aanpassen en/of plaatsen worden hier niet vermeld. Art. 2, § 1, b zelfde besluit draagt de opticien op : "het uitvoeren van de voorschriften afgeleverd door de oogartsen waarbij de verbetering van het gezicht wordt beoogd". Tegen de achtergrond van art. 2, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst lijkt het niet onredelijk dat art. 2, § 1, b Opticiensbesluit impliceert dat activiteiten die de verbetering van het gezicht beogen, door opticiens slechts op medisch voorschrift mogen worden uitgevoerd. In zoverre het aanpassen en plaatsen van een contactlens een activiteit is ter verbetering van het gezicht betekent dit dat een medisch voorschrift is vereist voor dergelijke handelingen.

Het Franse Hof van Cassatie heeft ondubbelzinnig de stelling aangenomen dat het aanpassen van contactlenzen een medische handeling is, die slechts door een opticien mag worden gesteld op voorschrift van een oftalmoloog (Cass. Fr., 17 februari 1981; *D.* 1981, 596, noot PENNEAU; *Rev. Dr. Sanitaire*, 1982, 53 noot DUBOUIS; Cass., 10 mei 1988, *Bull. Arrêts Cour de Cass.*, 1988, nr. 203 en DELMAS-ST. HILAIRE, J.P., "Exercice illégal de la médecine par un opticien-lunetier", *Rev. Science Crim. Dr. Pénal*, 1988, 775-778; VITU, A., "Exercice illégal de la médecine par des opticiens-lunetiers", *Rev. Science Crim. Dr. Pénal*, 1982, 115). Contactlenzen worden rechtstreeks op het oog geplaatst en dit kan irritatie van het oog of andere complicaties voor gevolg hebben. Het beoordelen van de mogelijkheid dat dergelijke complicaties zich zullen voordoen d.m.v. een gepast onderzoek en desgevallend het behandelen ervan zijn medische handelingen die niet door een opticien kunnen worden verricht.

Een oftalmoloog mag evenwel niet weigeren een medisch voorschrift af te leveren aan de patiënt voor de levering van contactlenzen wanneer vaststaat dat hiertegen geen contra-indicaties bestaan. Aldus een advies van de Nationale Raad van de orde der geneesheren (*T. Orde Gen.*, 1979-80, afl. 28, 28).

2. Plaatsen van een tandprothese

68 De Belgische wetgeving op de uitoefening van de tandheelkunde bevat een aantal bepalingen waaruit kan worden besloten dat het nemen van een mondafdruk met het oog op het vervaardigen van een tandprothese en het plaatsen van een tandprothese behoren tot de bevoegdheid van de beoefenaars van de tandheelkunde. Een tandtechnicus die deze handelingen stelt, pleegt een misdrijf.

Vooreerst moet worden rekening gehouden met K.B. 1 juni 1934 houdende reglement op de beoe-

fening der tandheelkunde, *B.S.*, 7 juni 1934 (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 261/2). Overeenkomstig art. 52 Wet Uitoefening Geneeskunst is dit K.B. nog van kracht en kan het slechts bij wet worden gewijzigd. De overtreding van de bepalingen van het K.B. zijn door hetzelfde artikel strafbaar gesteld met de straffen voorgeschreven bij art. 38, § 1, 1° en 2° Wet Uitoefening Geneeskunst. Art. 3 K.B. 1 juni 1934 geeft een opsomming van handelingen die tot de tandheelkunde behoren. Daartoe behoren alle zelfs bijkomende bewerkingen uitgevoerd in de mond der patiënten en die tot doel hebben o.a. de kauworganen te vervangen alsook behandelingen en bewerkingen behorend tot de mondprothese. Art. 4 K.B. 1 juni 1934 verbiedt het nemen van een mondafdruk met het oog op de vervaardiging van een kunstgebit en het plaatsen daarvan door een onbevoegde.

Vervolgens is er de Wet Uitoefening Geneeskunst zelf, meer bepaald art. 3, tweede lid. Als onwettige uitoefening van de tandheelkunde beschouwt deze bepaling "bewerkingen of handelingen, uitgevoerd in de mond der patiënten, die het behoud, de genezing, het herstellen of vervangen van het gebit op het oog hebben, meer bepaald die welke behoren tot de mond- en tandprothese". Uit de samenlezing van de art. 3, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst en art. 3 en 4 K.B. 1 juni 1934 volgt dat het nemen van een mondafdruk met het oog op het vervaardigen van een kunstgebit behoort tot de uitoefening van de tandheelkunde (Cass., 15 mei 1984, *Arr. Cass.*, 1984, 1197; *Pas.*, 1984, I, 1120).

Ten slotte is er het K.B. 24 december 1973 tot bepaling van de eisen tot uitoefening van de beroepsbekwaamheid van technicus in tandprothese in de kleine en middelgrote ondernemingen, *B.S.*, 29 maart 1974. Overeenkomstig art. 2 oefent de beroepsbekwaamheid van technicus in tandprothese uit hij die, gewoonlijk en zelfstandig, hetzij apparaten voor tandprothese, voor orthodontische verbeteringen en in het algemeen alle apparaten bestemd om de tanden, delen van tanden of naburige weefsels te vervangen, voorbereidt, monteert en vervaardigt aan de hand van individuele afdrukken genomen door beoefenaars van de tandheelkunde, hetzij de herstellingen of restauratie van die apparaten uitvoert.

69 Waar vóór het K.B. 1 juni 1934 het plaatsen van een tandprothese als een zuiver materiële handeling werd beschouwd, wordt zij sedertdien aangezien als onlosmakelijk verbonden met bewerkingen en onderzoekingen in de mond van de patiënt waarvoor een gespecialiseerde kennis is vereist. Volgens een unanieme rechtspraak behoren al deze handelingen tot de uitoefening van de tandheelkunde (GROSEMANS, R., "Considérations sur l'exercice illégal de l'art de guérir", *R.D.P.*, 1954-55, 165-166; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1050).

Ook in Frankrijk bestaat er vaste rechtspraak die teruggaat tot het begin van deze eeuw volgens welke een tandtechnicus niet zonder medisch voorschrift een mondafdruk mag nemen of een prothese mag plaatsen (DUBOUIS, L., "La délimitation des professions de chirurgien-dentiste et de prothésiste dentaire", *Rev. Dr. Sanitaire*, 1987, 362). In een arrest van 4 november 1986 heeft het Franse Hof van Cassatie deze rechtspraak bevestigd (Cass. Fr., 4 november 1986, *Gaz. Pal.*, 24 april 1987, 12). Daarmee wees het Franse Hof van Cassatie een onderscheid af dat door sommige lagere rechtspraak werd gemaakt tussen losse en vaste tandprothesen. Bij het plaatsen van een losse prothese zouden de tanden niet voorafgaandelijk moeten worden voorbereid of behandeld. Van de behandeling van een pathologische toestand zou dan ook geen sprake zijn, te meer omdat de prothesist aan zijn cliënten een medisch getuigschrift vroeg, waarin de goede gezondheid van hun gebit werd bevestigd (in deze zin Corr. Bergerac, 2 december 1986, *Gaz. Pal.*, 24 april 1987, 12-13).

Volgens de Correctionele Rechtbank te Bergerac beoogt het plaatsen van een prothese ter vervanging van definitief verdwenen tanden niet de behandeling van een ziekte. Het uitvallen van de tanden is geen ziekte, maar een gebrek, d.i. het verdwijnen van een functie. Een tandprothese dient

vooral estetische oogmerken, en is in dit opzicht vergelijkbaar met een pruik of een orthopedische schoen. Het nemen van de mondafdruk is even therapeutisch als het nemen van de maat door een kleermaker. Deze originele benadering heeft het Franse Hof van Cassatie niet kunnen overtuigen. Het onderscheid tussen ziekte en gebrek heeft geen wettelijke basis terwijl een medisch certificaat van goede gezondheid van het gebit een onbevoegde niet kan machtigen handelingen te stellen die voor artsen zijn voorbehouden (zie ook nog Trib. Gr. Inst. Versailles, 14 november 1985, *Gaz. Pal.*, 5 april 1986, 13; Parijs, 14 januari 1988, *D.*, 1988, Informations Rapides, 14e Cahier, 100).

3. Psychoanalyse. Psychotherapie. Groepstherapie

70 Over de vraag of psychoanalyse en psychotherapie deel uitmaken van de geneeskunde lopen de opvattingen sterk uiteen. De meningsverschillen zijn toegespitst op twee problemen. Is psychotherapie en psychoanalyse te beschouwen als een behandeling? Kan men het gebruiken van verbale en nonverbale vormen van communicatie en het stimuleren van zelfredzaamheid alszodanig beschouwen? Een andere vraag is of psychoanalyse en psychotherapie wel gericht zijn op een ziekte, een pathologische toestand zoals art. 2, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst vereist. Gedragsstoornissen, communicatieproblemen, aanpassingsproblemen e.d., beantwoorden zij aan zo'n toestand? Of dient een onderscheid te worden gemaakt naar gelang van de ernst van het probleem?

De verschillende standpunten vindt men beschreven bij MEERT-VAN DE PUT (MEERT-VAN DE PUT, R., "Psychothérapie et art de guérir", *R.D.P.*, 1968-69, 655). In een recent advies keurde de Nationale Raad van de orde der geneesheren het standpunt goed dat een psychotherapeutische behandeling toegepast door een psycholoog alleen, onaanvaardbaar is en neerkomt op onwettige uitoefening der geneeskunde. Maar op voorschrift en onder toezicht van een bevoegde arts zou een psycholoog wel een ziekte van psychische oorsprong mogen behandelen (*T. Orde Gen.*, 1984-85, afl. 33, 67-68).

Het ligt niet op de weg van een jurist om uitspraak te doen over de kwestie of psychoanalyse en psychotherapie alszodanig al dan niet als uitoefening van de geneeskunde kunnen worden beschouwd. Niettemin stelt MEERT-VAN DE PUT enkele criteria voor die zouden moeten toelaten om geestelijke ondersteuning van werkelijke uitoefening van de geneeskunde te onderscheiden. De pathologische toestand van het behandelde subject, het voorafgaand stellen van een diagnose en het handelen met een therapeutische bedoeling vormen dergelijke criteria die geen van alle op zich doorslaggevend zijn.

71 De enige gepubliceerde uitspraak is een vonnis van de Correctionele Rechtbank te Charleroi. Daarin werd een psychoanalist vrijgesproken van de beschuldiging de geneeskunde onwettig te hebben uitgeoefend omdat hij zich volgens de rechter tegenover zijn patiënten niet anders had gedragen dan een vriend of een geestelijk raadsman (Corr. Charleroi, 9 juni 1965, *J.T.*, 1965, 603). De rechtbank hield bovendien rekening met de complexiteit van de uitgevoerde handelingen en de dikwijls tegenstrijdige beoordelingen daarvan zowel nationaal als internationaal. Volgens MEERT-VAN DE PUT heeft de rechter onvoldoende onderzocht of de betrokkene niet met een therapeutisch doel heeft gehandeld. Zij besluit dat psychotherapeuten bevoegde artsen dienen te

zijn. Niet medisch geschoolde psychotherapeuten mogen slechts onder medisch toezicht de psychotherapie beoefenen (MEERT-VAN DE PUT, R., *a.w.*, 660 en 670).

In een enigszins andere context, oordeelde het Hof van Beroep te Gent dat een therapie, nl. relaxatie- en hypnosesessies, die erin bestond om door zeer sterke overredingskracht de betrokken personen mentaal zodanig op te peppen dat zij beter tegen hun ongemakken bestand werden of hen zelfvertrouwen te schenken wat een heilzame invloed had op hun kwalen, als uitoefening van de geneeskunde dient te worden beschouwd (Gent, 30 november 1988, *Pas.*, 1989, II, 132).

De Correctionele Rechtbank te Charleroi wees in 1965 al op het stilzitten van de wetgever ter zake. Daarin is intussentijd nauwelijks verandering gekomen. Het M.B. 12 augustus 1988 houdende aanduiding van de paramedische beroepen, *B.S.*, 7 oktober 1988, vermeldde wel als een paramedisch beroep de klinische psychologie (art. 1, 15°). Men zou hierin een bevestiging kunnen zien van het standpunt dat psychotherapie en psychoanalyse door niet medisch opgeleide therapeuten slechts mogen worden beoefend onder het toezicht van een arts (dit besluit werd door de Raad van State vernietigd; R.v.St., Chambres Synd. Dentaires de Wallonie, nr. 33.462, 27 november 1989).

Deze opvatting treft men eveneens aan in Frankrijk. Het Franse Hof van Cassatie bevestigde een arrest van het Hof van Beroep te Bordeaux dat een niet medisch geschoolde psychoanalist wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde veroordeelde . De psychoanalist voerde aan dat hij slechts personen in behandeling had met een goede gezondheid. Dit werd evenwel door de feiten tegengesproken. Bovendien schreef hij remedies voor. In hetzelfde arrest stelde het Franse Hof van Cassatie dat ook preventief ingrijpen tot de uitoefening van de geneeskunde behoort (zie boven, nr. 42) (Cass. Fr., 9 oktober 1973, *Gaz. Pal.*, 1974, 11, noot DOLL, P.; *Rev. Dr. Sanitaire*, 1973, 474, noot DUBOUIS, L.). Een afwijkende mening treft men aan in een uitspraak van de Correctionele Rechtbank te Nanterre. De beschuldigde ontving in zijn praktijk, individueel of in groep, volwassenen en kinderen met aanpassings- of communicatiemoeilijkheden. Hij voerde met hen gesprekken en ging over tot een zgn. psychologisch onderzoek d.m.v. een dialoog, zonder de patiënt aan te raken; hij diende evenmin medicatie toe. De beschuldigde, die geen medische opleiding had, ontkende de geneeskunde te beoefenen. Zijn cliënten waren geen geesteszieken, doch verwarde personen door affectieve of karakteriële stoornissen. Hij stelde geen diagnoses, behandelde niet, schreef niets voor. De rechtbank aanvaardde dat de beschuldigde het psychoanalytisch, psychologisch en pedagogisch kader niet was te buiten gegaan en derhalve niet de psychiatrie had beoefend (Corr. Nanterre, 9 februari 1978, *Gaz. Pal.*, 1979, 168, noot SOULEZ-LARIVIERE, D.; *Rev. Dr. Sanitaire*, 1979, 348, noot DUBOUIS, L.).

SOULEZ-LARIVIERE keurt deze uitspraak goed doch erkent dat hij afwijkt van de vroegere rechtspraak. Volgens deze auteur beoefent een psychoanalyticus of een psycholoog niet de geneeskunde zolang hij geen geesteszieken in behandeling neemt en een door een arts voorgeschreven behandeling niet stopzet. Kritischer staat DUBOUIS, die pleit voor meer duidelijkheid langs wetgevende weg.

De Nederlandse Hoge Raad heeft tot op heden de vraag of psychotherapie moet worden gerekend tot de uitoefening van de geneeskunde niet nadrukkelijk beantwoord. Volgens HUBBEN zijn er meerdere redenen om deze vraag positief te beantwoorden. Bij psychotherapie gaat het immers om therapeutisch handelen terwijl voorts medische aspecten een belangrijke rol spelen zoals het stellen van de diagnose, het beoordelen van nevenontwikkelingen e.d. (HUBBEN, J.H., *a.w.*, 17, 26 en 202).

72 Psychoanalyse en psychotherapie worden soms bedreven t.a.v. een groep patiënten. Behandeling van meerdere patiënten komt overigens ook voor in

andere situaties, terwijl ook onderzoek en diagnose zich kunnen uitstrekken tot meerdere patiënten. Een typisch voorbeeld hiervan is het genetisch onderzoek en de genetische diagnose, terwijl genetic counseling dikwijls niet beperkt blijft tot een individu. Naar aanleiding hiervan duikt de vraag op inhoeverre behandeling in groep, groepstherapie, als uitoefening van de geneeskunde dient te worden beschouwd.

In de, weliswaar reeds oudere, literatuur treft men de opvatting aan dat van uitoefening van de geneeskunde slechts sprake kan zijn wanneer de interventie is gericht op één concreet individu. In deze zin GROSEMANS: "la jurisprudence belge ne paraît pas avoir considéré qu'une conférence et même des exercices pratiqués en commun dans un but de thérapeutique collective puissent tomber sous l'application de la loi pénale : celle-ci vise en effet l'action de la personne non qualifiée sur un malade déterminée" (GROSEMANS, R., "Considérations sur l'exercice illégal de l'Art de guérir", *R.D.P.*, 1954-55, 163; MEERT-VAN DE PUT, R., *a.w.*, 659; TROUSSE, E., "La magie et les sortilèges dans le droit pénal d'autrefois et d'aujourd'hui", *R.D.P.*, 1955-56, 579).

73 Deze opvatting is thans achterhaald. Zij houdt onvoldoende rekening met gewijzigde onderzoeks-, diagnostische en therapeutische methodes in de geneeskunde. In een aantal gevallen, vnl. in de menselijke erfelijkheid, is een groepsbenadering onontbeerlijk. In andere gevallen wordt erkend dat de dynamiek van een groepsgebeuren kan bijdragen tot het therapeutisch handelen. Er is geen doorslaggevende reden waarom handelingen uitgeoefend t.a.v. een individuele patiënt anders zouden moeten worden beoordeeld wanneer zij t.a.v. een groep worden gesteld. Het Hof van Beroep te Brussel beschouwde in 1950 reeds een behandeling t.a.v. een groep als uitoefening van de geneeskunde (Brussel, 11 maart 1950, *J.T.*, 1950, 526, noot M.R.W. Het ging *in casu* om zgn. groepssuggestie).

In het kader van groepstherapie komt het wel voor dat de medepatiënten op een of andere wijze mee beslissen over de in te stellen therapie voor een patiënt. Vanzelfsprekend is hier dan sprake van onwettige uitoefening van de geneeskunde (zie i.v.m. groepstherapie ook nog HUBBEN, J.H., "Legal complications arising from group therapy", in KOENRAADT, F. en ZEEGERS, M., (ed.), *Trends in law and mental health. Proceedings of the 13th International Congress on Law and Mental Health*, Arnhem, Gouda Quint, 1988, 151-155).

4. Acupunctuur

74 De rechtspraak rekent de beoefening van de acupunctuur tot het stellen van daden van geneeskunde zoals bedoeld in art. 2, § 2 Wet Uitoefening Geneeskunst. Hierover bestaat eensgezindheid.

Volgens de Correctionele Rechtbank te Antwerpen valt acupunctuur naar de gebruikte bewoordingen zelf en gezien de praktijken die ermee worden aangeduid onder de toepassing van de Wet Uitoefening Geneeskunst. Dat de acupunctuur niet wordt gedoceerd aan de Belgische universiteiten is zonder belang, daar het monopolie van de arts, binnen de termen van de Wet Uitoefening Geneeskunst, geen beperkingen kent (Corr. Antwerpen, 27 juni 1974, *R.W.*, 1974-75, 1058, noot SCHUTYSER, K.; *J.T.*, 1974, 659). In zijn noot onder dit vonnis is SCHUTYSER van mening dat *in casu* acupunctuur terecht als geneeskunde in de zin van de Wet Uitoefening Geneeskunst werd beschouwd. Maar "in zake de acupunctuur in het algemeen blijven wel enkele vragen hangen".

Het Hof van Beroep te Antwerpen bevestigde dit vonnis (Antwerpen, 11 juni 1976, *R.W.*, 1977-78, 573). Volgens het Hof mag een onbevoegde, ongeacht de waarde die de acupunctuur kan hebben, - een aangelegenheid waarover het niet te oordelen heeft -, geen daden stellen die behoren tot de acupunctuur, wanneer deze overeenstemmen met de handelingen beschreven in art. 2, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst. In dezelfde zin het Hof van Beroep te Bergen (Bergen, 21 mei 1985, *J.T.*, 1986, 716). Vermits de dader in dit geval te goeder trouw handelde, daar artsen zelf hun patiënten naar hem verwezen, werd opschorting van de straf uitgesproken. Ook een kinesitherapeut is onbevoegd om de acupunctuur te beoefenen. Er bestaat geen enkel K.B. tot uitvoering van art. 5, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst waardoor aan een kinesitherapeut deze bevoegdheid wordt toegekend (Gent, 28 februari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1371; zie in dezelfde zin het advies van de Nationale Raad van de orde der geneesheren, *T. Orde Gen.*, 1978-79, afl. 27, 39 en 1990, afl. 49, 25). In het eerst vermelde advies is de Nationale Raad van mening dat hij zich niet kan uitspreken over de vraag of acupunctuur deel uitmaakt van de geneeskunde. In een recenter advies wordt acupunctuur beschouwd "als een experimentele medische techniek", en wordt art. 34 Code medische plichtenleer geciteerd volgens hetwelk een arts verzorging moet toedienen die strookt met "de thans geldende wetenschappelijke kennis". Een en ander lijkt te suggereren dat een arts zich liefst niet inlaat met de acupunctuur, terwijl niet-artsen onbevoegd zijn (*T. Orde Gen.*, 1980-81, afl. 29, 23-24).

75 Vergelijkbare standpunten als in België treft men aan in de Franse en Nederlandse jurisprudentie.

Het Hof van Beroep te Parijs beschouwde het plaatsen van naalden in het kader van de uitoefening van de acupunctuur als een handeling met therapeutische bedoelingen. Bovendien werd een diagnose gesteld, nl. het vaststellen d.m.v. het meten van de polsslag van een energetisch (on)evenwicht. In eerste aanleg was nochtans geoordeeld dat er noch een diagnose noch een behandeling was geweest, eraan toevoegend dat "les médecins n'ont pas le monopole de la santé" (Parijs, 21 juni 1973, *Gaz. Pal.*, 4 december 1973, 7, noot DOLL; *Rev. Dr. Sanitaire*, 1973, 475; in dezelfde zin, Angers, 30 maart 1982, *Gaz. Pal.*, 3 juni 1982, 11 noot LAGUELLE, S.P., *Rev. Dr. Sanitaire*, 1982, 426, noot L.D.).

Volgens de Nederlandse Hoge Raad kan "het verzachten van als gevolg van ziekte, kwalen of verwondingen ondervonden pijn onder omstandigheden worden beschouwd als het verlenen van geneeskundige raad of bijstand". *In casu* ging het om het beoefenen van de acupunctuur, zonder dat de Hoge Raad met zoveel woorden stelt dat acupunctuur alszodanig behoort tot de uitoefening van de geneeskunde (Hoge Raad, 9 oktober 1979, *N.J.*, 1980, nr. 189, noot G.E.M.). Deze annotator is stellig : "acupunctuur is niet te vergelijken met het toedienen van aspirientjes (...). Acupunctuur ontwikkelt zich tot een echte medische techniek, die ook volgens de gangbare "westerse" wetenschappelijke inzichten de betiteling geneeswijze verdient".

5. Chiropraxie. Osteopathie. Manuele therapie. Massage

76 Manuele therapie is een oude vorm van orthopedische therapie, in het bijzonder toegepast bij lage rugpijn. De meeste medische specialisten in de orthopedie passen geen manuele therapie meer toe omwille van het empirisme van de methode. Manuele therapie wordt nu uitgeoefend door chiropractici, in de Verenigde Staten en ook hier in toenemende mate osteopaten genoemd. Het Hof van Cassatie oordeelde al in 1952 dat, door na onderzoek en diagnose, zonder aanduidingen of bevelen van een arts, gewoonlijk over te gaan tot massage, een chiropracticus onbevoegd handelingen stelt die behoren tot de uitoefening van de geneeskunde (Cass., 1 december 1952, *Arr. Cass.*, 1953, 179; *Pas.*, 1953, I, 199. In dezelfde zin Corr. Nijvel, 20 oktober 1961, *R.D.P.*, 1961-62, 318).

Indien een chiropracticus geen enkele handeling stelt die voorkomt in de definitie gegeven in art. 2, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst kan hem niet worden verweten de geneeskunde te beoefenen. Op dit standpunt stelde zich het Hof van Beroep te Gent. Het behandelen van cliënten d.m.v. massage van rug en wervelzuil zonder geneesmiddelen voor te schrijven, zonder zich te laten doorgaan als arts, zonder onderzoek te verrichten op inwendige organen, zonder een diagnose te stellen is geen onwettige uitoefening van de geneeskunde. Temeer niet omdat chiropraxie alszodanig aan de Belgische universiteiten niet wordt gedoceerd, zodat het een "paramedicale wetenschap" is waarvan de uitoefening door een niet-arts niet strafbaar is (Gent, 2 februari 1965, *R.W.*, 1964-65, 1262; zie in vergelijkbare bewoordingen Corr. Aarlen, 19 mei 1967, *Jur. Liège*, 1966-67, 290 en de kritiek van GROSEMANS, R.,"Onwettig uitoefenen van de chiropraxis", *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1969, 256).

In meer recente uitspraken wordt daarentegen uitgegaan van de opvatting dat chiropraxie een delicate behandeling is die risico's inhoudt. Vertebrale manipulaties, aldus het Hof te Brussel zijn geen eenvoudige massagehandelingen, maar delicate handelingen tijdens de uitvoering waarvan de al dan niet te voorziene reacties van de patiënt op ieder ogenblik moeten worden gecontroleerd door een arts. Indien de uitvoering ervan wordt opgedragen aan iemand die geen arts is, b.v. een kinesitherapeut, dan mag het medisch voorschrift niet zo vaag zijn gesteld dat het initiatiefrecht bij de kinesitherapeut berust (Brussel, 18 november 1971, *R.D.P.*, 1971-72, 760; Brussel, 3 januari 1973, *J.T.*, 352). De Correctionele Rechtbank te Namen beschouwde als behandeling in de zin van art. 2, § 1 Wet Uitoefening Geneeskunst om het even welk procédé dat ertoe strekt een ziekte te genezen of een ziektetoestand of malaise te verzachten. Om die reden behoort de osteopathie tot de uitoefening van de geneeskunde (Corr. Namen, 15 mei 1985, *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1986, 272; *J. Proc.*, 1985, afl. 64, 27; *Rev. Rég. Dr.*, 1985, 294. Zie eveneens HEYE, E., "Le procès de l'ostéopathie; nouvelle médecine hors-la-loi", *J. Proc.*, 1985, afl. 56, 6-8).

De rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie is duidelijk : chiropraxie behoort tot de uitoefening van de geneeskunde. Dit kan moeilijk anders zijn vermits vertebrale manipulaties bij M.B. van 6 januari 1962 voorbehouden werden aan artsen (zie Cass. Fr., 9 januari 1974, *Gaz. Pal.*, 1974, 327, noot DOLL, P.J.; *Rev. Dr. Sanitaire*, 1975, 29; Cass. Fr., 20 maart 1978, *Gaz. Pal.*, 12 juli 1978, 353, noot DOLL, P.J.; *Rev. Dr. Sanitaire*, 1979, 57). Ook de osteopathie maakt deel uit van de uitoefening van de geneeskunde (Cass. Fr., 10 mei 1988, *Bull. Arrêts Cour de Cassation*, 1988, 510).

6. Geschreven aanbevelingen en raadgevingen. Gezondheidsvoorlichting en -opvoeding

77 Kan men het beschrijven van de aard van een ziekte en het geven van schriftelijke aanbevelingen en raad om deze ziekte te bestrijden beschouwen als het uitoefenen van de geneeskunde, meer in het bijzonder als zijnde de behandeling van een pathologische toestand?

Men dient een onderscheid te maken tussen de medisch-wetenschappelijke vakliteratuur (wetenschappelijke werken, handboeken, tijdschriftartikelen) die zich uiteraard niet richt naar (potentiële) patiënten of zieken maar tot de beoefenaars van de geneeskunde zelf, en de populaire medische naslagwerken genre "Wegwijs Gezondheid", en de zgn. medische rubrieken in gezinsbladen e.d.

Wat de eerst genoemde werken betreft is het antwoord duidelijk. De bedoeling van deze geschriften is primair de verspreiding van medische-wetenschappelijke kennis te bevorderen, niet het aansporen tot behandeling. Bovendien gaat deze literatuur doorgaans uit van personen die zelf bevoegd zijn de geneeskunde te beoefenen. Er stelt zich hier geen probleem.

78 Volgens een unanieme rechtsleer kan het verspreiden van geschreven opvattingen over allerhande ziekten en hun behandeling, het geven van raad en

het doen van aanbevelingen niet worden beschouwd als het onwettig uitoefenen van de geneeskunde (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1029 en 1031; GROSEMANS, R., "Considérations sur l'exercice illégal de l'art de guérir", *R.D.P.*, 1954-55, 163; VERBIEST, D., "Onwettige uitoefening van de geneeskunde in het Belgische recht", *Jura Falc.*, 1971-72, 35; VERBIEST, D., "Religie en onwettige uitoefening van de geneeskunde", *R.W.*, 1981-82, 2687).

Als belangrijkste reden hiervoor wordt vermeld dat dergelijke literatuur zich richt tot een zeer brede groep, terwijl om te kunnen spreken over een medische behandeling in de zin van de Wet Uitoefening Geneeskunst de tussenkomst moet gericht zijn op één bepaald individu (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *a.w.*, nr. 1029. Zie boven nr. 72-73 i.v.m. groepstherapie). Men kan hier nog aan toevoegen dat de Wet Uitoefening Geneeskunst de term "handeling" gebruikt (art. 2, § 1 en art. 38, § 1, eerste lid). Spreken, praten, publiceren over ziekten en behandelingen zijn geen handelingen in deze zin.

Rechtspraak is zo goed als onbestaande. Volgens een vonnis van de Correctionele Rechtbank te Brussel beoefent niet onwettig de geneeskunde iemand die brochures opstelt, publiceert en verspreidt waarin verschillende ziekten worden beschreven en een bepaalde remedie hiertegen wordt aanbevolen (Corr. Brussel, 8 januari 1902, *Pas.*, 1902, III, 65).

Volgens het Franse Hof van Cassatie valt medische literatuur waarin adviezen van didactische aard worden gegeven niet onder de Wetgeving Uitoefening Geneeskunde (Cass. Fr., 7 maart 1973, *J.C.P.*, 1973, 17.495, noot DOLL, P.J.; *Rev. Dr. Sanitaire*, 1973, 476, noot DUBOUIS, L.).

Het Hof van Beroep te Parijs had de fabrikant en de verkoper van een apparaat voor galvanotherapie (een vorm van elektrotherapie) veroordeeld wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde. Volgens het Hof van Beroep hadden zij medische behandelingen met behulp van een bepaald apparaat voorgesteld en daadwerkelijk toegepast, door dat apparaat te koop aan te bieden en door er therapeutische eigenschappen t.a.v. welbepaalde ziekten aan toe te schrijven. Als enig cassatiemiddel werd de schending van art. 372 Code de la Santé Publique aangevoerd omdat deze bepaling, hoe ruim ook gesteld, steeds een individueel contact veronderstelt tussen hulpverlener en patiënt. Zo'n contact ontbreekt wanneer een apparaat ter beschikking wordt gesteld en wanneer dit apparaat door de patiënten zelf wordt geplaatst op de zieke lichaamsdelen, rekening houdend met de raadgevingen van algemene aard die hen worden verstrekt op de gebruiksaanwijzing bij het apparaat. Een dergelijke praktijk beoordelen als onwettige uitoefening van de geneeskunde houdt in dat ook raadgevingen in een medisch naslagwerk dat zijn.

Volgens het Franse Hof van Cassatie loopt de vergelijking met een algemeen medisch naslagwerk mank. In het concrete geval ging het om een preciese therapie, nl. galvanotherapie. Die therapie werd aangeprezen bij het te koop aanbieden van een apparaat aan een bepaalde cliënt, ter behandeling van een of meerdere, in de reclame genoemde, ziekten. De fabrikant of verkoper nam persoonlijk deel aan de behandeling zowel door het leveren van dit apparaat als door het vermelden van de voordelen van de therapie, waarvan zij de naleving controleerden d.m.v. een soort "bezoekboekje" dat de patiënt moest invullen. Zowel DUBOUIS als DOLL keuren deze uitspraak goed. Maar DUBOUIS merkt toch op dat art. 372 Code Santé Publique hier wordt begrepen op een wijze die men niet als eng kan aanduiden.

79 Wanneer de schriftelijke aanbevelingen betrekking hebben op een bepaalde therapie ter behandeling van een welomschreven ziekte en zich richten tot een herkenbare groep patiënten en wanneer ook nog de wijze waarop die therapie moet worden aangewend wordt gepreciseerd, dan is het niet uitgesloten

dat al deze elementen tesamen genomen de uitoefening van de geneeskunde inhouden (zie reeds in deze zin, Brussel, 17 juni 1896, geciteerd door VERBIEST, D., *a.w.*, 34).

AFDELING III

ONBEVOEGDE PERSOON

80 Zie boven nr. 10-24, voor een beschrijving van de bevoegdheidsvoorwaarden. *Mutatis mutandis* kan daaruit worden afgeleid wie een onbevoegde persoon is.

AFDELING IV

OP GEWOONLIJKE WIJZE

§1. Begrip "gewoonlijk"

81 Strafbaar is degene die gewoonlijk een handeling of handelingen stelt die behoren tot de geneeskunde zonder de wettelijk gestelde voorwaarden te vervullen (art. 38, § 1, 1° Wet Uitoefening Geneeskunst). Onwettige uitoefening van de geneeskunde is een gewoontemisdrijf (Cass., 11 april 1938, *Arr. Cass.*, 1938, 83; *Pas.*, 1938, I, 141). Gelet op de aard van de verleende diensten is dat begrijpelijk, omdat iedereen al wel eens raad geeft aan een zieke of banale remedies voorschrijft (GEENS, K., *a.w.*, nr. 494).

82 Over de interpretatie van "gewoonlijk" handelen, bestaan uiteenlopende opvattingen.

Volgens de Correctionele Rechtbank te Namen dient de gewoonte niet mathematisch precies te worden geëvalueerd, in functie van het aantal overtredingen. De gewoonte moet in feite worden vastgesteld, rekening houdend met de omstandigheden en de bijzondere elementen van iedere zaak. Wanneer dan blijkt dat de handelingen niet uitzonderlijk of accidenteel waren, is sprake van een gewoonte (Corr. Namen, 13 oktober 1982, *Rev. Rég. Dr.*, 1983, 72).

Doorgaans wordt de gewoonte toch uitgedrukt op een kwantitatieve wijze. Volgens sommigen geven twee handelingen reeds een gewoonte, wanneer tussen die handelingen een samenhang bestaat (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1081). Het Hof van Cassatie lijkt aan te nemen dat twee bewezen handelingen volstaan (Cass., 20 september 1937, *Arr. Cass.*, 1937, 87; *R.W.*, 1937-38, 245; *Pas.*, 1937, I, 237 : voor de gewoonte is niet noodzakelijk een minimum van drie handelingen vereist). Anderen daarentegen eisen drie handelingen (Gent, 2 februari 1965, *R.W.*, 1964-65, 1263; *R.P.D.B.*, v° *Art de guérir*, nr. 208; zie voor Frankrijk waar de wet eveneens een gewoonte vereist, DOLL, P.J., "Le traitement par relaxation psychosomatique, déconditionnement suivi de recondionnement de la personnalité, est-il constitutif du délit d'exercice illégal de la médecine?" *Gaz. Pal.*, 1974, 9 en de aangehaalde rechtspraak).

83 Het vaststellen van de gewoonte is een taak van de feitenrechter (Cass., 20 september 1937, *Arr. Cass.*, 1937, 87; *R.W.*, 1937-38, 245; *Pas.*, 1937, I, 237; Cass., 10 januari 1949, *R.W.*, 1948-49, 1126; *Pas.*, 1949, I, 17; Cass., 15 mei 1984, *Arr. Cass.*, 1984, 1197; *Pas.*, 1984, I, 1120 : het arrest dat iemand veroordeelt wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde zonder vast te stellen dat hij gewoonlijk bedoelde handelingen heeft verricht, verantwoordt deze beslissing niet wettelijk). In een periode van 4 maanden zowat alle handelingen verrichten die tot de geneeskunde behoren maakt onwettige uitoefening op gewoonlijke wijze uit (Corr. Brussel, 24 november 1969, *Pas.*, 1970, III, 23; *J.T.*, 1970, 121).

De handelingen moeten niet noodzakelijk betrekking hebben op meerdere personen. Meerdere handelingen gesteld t.a.v. eenzelfde persoon volstaan (Cass., 20 september 1937, *Arr. Cass.*, 1937, 87; *R.W.*, 1937-38, 245; *Pas.*, 1937, I, 237 : de gewoonte wordt gekenmerkt door de meervuldigheid van de handelingen, niet door de meervuldigheid van de behandelde personen; *R.P.D.B.*, v° *Art de guérir*,nr. 208; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1081; zie voor Frankrijk, Cass. Fr., 24 juli 1967, geciteerd door DOLL, P.J., *a.w.*, *Gaz. Pal.*, 1974, 10).

Het is evenmin vereist dat het gaat om verschillende medische handelingen; eenzelfde medische handeling volstaat, voor zover de gewoonte bewezen is (art. 38, § 1, 1° Wet Uitoefening Geneeskunst spreekt van een handeling of handelingen). Het is zelfs zo dat het bestaan van een gewoonte gemakkelijker kan bewezen worden wanneer dezelfde handeling regelmatig werd herhaald (Corr. Gent, 13 november 1954, *R.W.*, 1954-55, 986; Corr. Antwerpen, 1 juni 1955, *R.W.*, 1955-56, 410), dan wanneer het telkens gaat om een andere handeling (zie RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1080).

84 Strafbaar is het gewoonlijk stellen van handelingen die behoren tot de uitoefening van de geneeskunde. Het is niet vereist dat dit op een beroepsmatige wijze gebeurt (GEENS, K., *a.w.*, nr. 510).

§ 2. Uitzonderingen

A. HERHALING

85 De gewoonte is niet vereist voor degene die vroeger wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde werd veroordeeld (art. 38, § 2, 1° Wet Uitoefening Geneeskunst).

Vóór de inwerkingtreding van dit artikel, moest na een eerste veroordeling opnieuw het bestaan van een gewoonte, waarvan de eerste handeling aan de veroordeling niet mocht voorafgaan, bewezen worden. De vroegere wetgeving voorzag wel in strafverzwaring bij recidive (GEENS, K., *a.w.*, nr. 494).

B. RECLAME

86 Een gewoonte is evenmin vereist wanneer om het even welk reclamemiddel werd aangewend om de handelingen te kunnen stellen (art. 38, § 2, 2° Wet Uitoefening Geneeskunst).

Er dient een verband te worden aangetoond tussen de reclame en het verrichten van de handelingen. Een arrest van het Hof van Beroep te Gent dat oordeelde dat de onwettige uitoefening van *in casu* de tandheelkunde was bewezen en dat "gewoonlijk" niet vereist was omdat de beklaagde om het even welk reclamemiddel had aangewend, werd door het Hof van Cassatie om deze reden vernietigd. Het Hof van Beroep had niet onderzocht of de reclame was gevoerd om verboden medische handelingen te kunnen verrichten (Gent, 1 december 1981, *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 374). Na verwijzing, oordeelde ook het Hof van Beroep te Antwerpen dat een gewoonte niet moest worden bewezen, maar omwille van de verjaring volgde een vrijspraak (Antwerpen, 29 april 1983, *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 376, noot VAN DORPE, B.). VAN DORPE verdedigt de opvatting dat de restrictieve interpretatieregel, eigen aan het strafrecht, voor gevolg heeft dat wanneer het reclamemiddel niet werd aangewend om de daad van onwettige geneeskunde te stellen, het vereiste van gewoontemisdrijf blijft bestaan (VAN DORPE, B., *a.w.*).

C. DOEN GELOVEN DAT MEN BEVOEGD IS (TITELMISBRUIK)

87 Ten slotte is een gewoonte evenmin vereist wanneer degene die handelingen behorend tot de geneeskunde heeft gesteld, in verband met deze handelingen opvallende middelen heeft aangewend of gebruik heeft gemaakt van een titel of van enige benaming, met het doel te doen geloven dat hij wettelijk bevoegd is (art. 38, § 2, 3° Wet Uitoefening Geneeskunst).

De wet specifieert niet om welke titel het gaat. De titel van doctor in de genees-, heel- en verloskunde komt hier zeker in aanmerking. Wie zich in het openbaar van deze titel bedient, zonder daartoe het recht te hebben wordt gestraft met een geldboete (art. 3, I, Wet 11 september 1933 tot bescherming van de titels van het hoger onderwijs, *B.S.*, 27 september 1933). De titel van doctor in de geneeskunde is een academische titel die alszodanig is beschermd. Een beschermde beroepstitel als "geneesheer", "arts", "dokter" bestaat niet, hoewel de Wet Uitoefening Geneeskunst op diverse plaatsen spreekt van geneesheer. Volgens GEENS worden deze beroepstitels wel op een indirecte wijze beschermd, nl. via de bescherming van de academische titel die zich uitstrekt tot de tekens waaruit het recht de titel te dragen verkeerdelijk zou kunnen worden afgeleid (GEENS, K., *a.w.*, nr. 492).

88 Het voeren van een titel die doet geloven dat men wettelijk bevoegd is, is geen constitutief bestanddeel van het misdrijf onwettige uitoefening van de geneeskunde. Het Hof van Beroep te Gent besliste dat inzake onwettige uitoefening van de geneeskunde het zonder belang is of de beklaagde zich al dan niet heeft uitgegeven voor doctor in de geneeskunde. Tevergeefs voerde de beklaagde aan dat hij zich nooit alszodanig had uitgegeven (Gent, 2 maart 1983, *T.B.R.*, 1984, 4, noot PERSYN, C.; *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 271, noot H.N.). Maar indien het "titelmisbruik" werd vastgesteld, wordt het wel overbodig de gewoonte te onderzoeken.

Maakt gebruik van opvallende middelen en een titel om te doen geloven dat hij bevoegd is, de onbevoegde die beweert als "docteur" verbonden te zijn aan een ziekenhuis en er zich op beroept belangrijke heelkundige ingrepen te hebben verricht. Dezelfde persoon werd niet enkel beschuldigd van onwettige uitoefening van de geneeskunde maar tevens van het in het openbaar dragen van een academische titel (Corr. Brussel, 24 november 1969, *Pas.*, 1970, III, 23; *J.T.*, 1970, 121).

89 Evenmin is een constitutief bestanddeel voor het misdrijf dat de onbevoegde, *in casu* een arts die was geschrapt van de lijst van de orde der geneesheren, heeft willen doen geloven, dat hij bevoegd de geneeskunde uitoefende (Cass., 28 oktober 1987, *Arr. Cass.*, 1988, 251; *Pas.*, 1988, I, 233; *R.D.P.*, 1988, 200, noot J.S. Volgens J.S. ligt deze uitspraak in de lijn van de opvatting dat het doel waarmee de onbevoegde behept is geen rol speelt).

AFDELING V

SANCTIONERING VAN ONWETTIGE UITOEFENING

§ 1. Strafsancties

90 Art. 38, § 1, 1° Wet Uitoefening Geneeskunst straft met gevangenisstraf van 8 d. tot 6 m. en/of met geldboete van 500 tot 5000 fr. hij die gewoonlijk een handeling of handelingen stelt die behoren tot de geneeskunde zonder de wettelijk vereiste voorwaarden te vervullen. In geval van herhaling, binnen drie jaar na een vonnis van veroordeling dat kracht van gewijsde heeft verkregen, kunnen deze straffen verdubbeld worden, zonder een gevangenisstraf van 6 m. of een geldboete van 50.000 fr. te mogen overschrijden (art. 42 Wet Uitoefening Geneeskunst).

In geval van veroordeling wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde kan de rechter, in het belang van de volksgezondheid, de bijzondere verbeurdverklaring uitspreken, zelfs wanneer de veroordeelde niet eigenaar is van de verbeurdverklaarde voorwerpen (art. 43 Wet Uitoefening Geneeskunst; VANDEPLAS, A., "De bijzondere verbeurdverklaring van art. 43, §1 van het K.B. nr. 78 van 10 november 1967", *R.W.*, 1973-74, 931).

§ 2. Schadevergoeding (burgerlijke partijstelling)

91 Onwettige uitoefening van de geneeskunde kan de bevoegde beroepsbeoefenaren raken in hun materiële en morele belangen. De vraag rijst of beroepsorganisaties van artsen zich burgerlijke partij kunnen stellen n.a.v. een strafvordering tegen een onbevoegde beoefenaar van de geneeskunde. Welke schade komt eventueel voor vergoeding in aanmerking?

Uit de jurisprudentie blijkt dat drie soorten beroepsorganisaties worden erkend als burgerlijke partij en die een vergoeding kunnen eisen voor geleden schade wegens onwettige uitoefening.

A. ORDE DER GENEESHEREN

92 De orde der geneesheren kan vergoeding eisen voor schade die de organisatie zelf lijdt, evenals voor schade veroorzaakt door aantasting van de algemene en collectieve belangen ter bescherming waarvan de orde is opgericht

(DIRIX, E., *Het begrip schade*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1984, nr. 160 en nr. 163 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

Zowel de morele als de materiële schade komt voor vergoeding in aanmerking.

Als morele schade werd aanzien de inbreuk op de rechten die het diploma van doctor in de geneeskunde toekent aan de houder ervan en het ondermijnen van de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt (Brussel, 11 maart 1950, *J.T.*, 1950, 526, noot M.R.W.), de inbreuk op de eer en de waardigheid van het beroep inherent aan de onwettige uitoefening (Corr. Nijvel, 20 oktober 1961, *R.D.P.*, 1961-62, 318) alsook het uitoefenen van de geneeskunde in oneerbare, onwaardige en onwettelijke voorwaarden (Corr. Brussel, 2 februari 1949, *J.T.*, 1949, 295). De materiële schade wordt meer betwist. Het Hof van Beroep te Brussel achtte niet bewezen de kosten die zouden zijn gemaakt om gevallen van onwettige uitoefening te signaleren aan de bevoegde overheid (Brussel, 11 maart 1950, *J.T.*, 1950, 526, noot M.R.W.) terwijl de Correctionele Rechtbank te Nijvel deze kosten wel bewezen achtte en aanvaardde als materiële schade (Corr. Nijvel, 20 oktober 1961, *R.D.P.*, 1961-62, 318). Ook de kosten verbonden aan de burgerlijke partijstelling werden als materiële schade aanvaard (Corr. Brussel, 2 februari 1949, *J.T.*, 1949, 295).

Bij het begroten van de morele schade hield het Hof van Beroep te Brussel ermee rekening dat de patiënten door het zgn. onvermogen van de artsen naar de onbevoegde genezer werden gedreven (Brussel, 11 maart 1950, *J.T.*, 1950, 526, noot M.R.W.).

B. ERKENDE BEROEPSVERENIGINGEN

93 Een beroepsvereniging die werd erkend krachtens de Wet van 31 maart 1898, op de beroepsvereniging, *B.S.*, 8 april 1898, is bevoegd om vergoeding te eisen voor de schade die de organisatie zelf heeft geleden. Op grond van art. 10 van deze wet kunnen dergelijke verenigingen optreden ter verdediging van de individuele rechten van hun leden en schadevergoeding vorderen voor de schade die door onwettelijke praktijken aan de belangen van hun leden is toegebracht (DIRIX, E., *a.w.*, nr. 160 en de aangehaalde rechtspraak die betrekking heeft op de Vereniging van Mond- en Tandartsen van België). Zoals de orde der geneesheren heeft ook een dergelijke beroepsvereniging de bevoegdheid vergoeding te vragen voor de schade door aantasting van de algemene en collectieve belangen. Daarmee wordt niet bedoeld de som van de individuele belangen van de leden, maar een algemeen belang dat deze individuele belangen overstijgt en ter bescherming waarvan de rechtspersoon werd opgericht. Het is geenszins vereist dat de beroepsvereniging alle beroepsgenoten zou verenigen (DIRIX, E., *a.w.*, nr. 160-164; voor een recente toepassing zie Cass., 10 februari 1988, *Arr. Cass.*, 1988, 736; *Pas.*, 1988, I, 676; Bergen, 21 mei 1985, *J.T.*, 1986, 716).

C. ANDERE BEROEPSVERENIGINGEN

94 Een beroepsvereniging van artsen die werd opgericht als V.Z.W. kan enkel optreden ter vergoeding van de materiële en morele schade die de vereniging alszodanig heeft geleden ten gevolge van de onwettige uitoefening van de geneeskunde. Voor de schade geleden door de individuele leden van de vereniging of ter verdediging van de algemene of collectieve belangen van deze leden kan zij niet opkomen (DIRIX, E., *a.w.*, nr. 160).

De Correctionele Rechtbank te Brussel was van oordeel dat een artsenorganisatie opgericht als V.Z.W. schadevergoeding kan eisen voor schade veroorzaakt niet enkel aan haar eigen belangen, maar aan de belangen van het medische beroep, omdat een inbreuk op de beroepsbelangen tevens kan worden beschouwd als schade in hoofde van de vereniging zelf (Corr. Brussel, 24 november 1969, *Pas.*, 1970, III, 23; *J.T.*, 1970, 121).

TITEL II

ORDE DER GENEESHEREN

HOOFDSTUK I

KORTE HISTORISCHE SCHETS EN ALGEMEEN KADER

AFDELING I

KORTE HISTORISCHE SCHETS : DE WET VAN 25 JULI 1938

95 De orde der geneesheren werd opgericht door de Wet van 25 juli 1938, *B.S.*, 13 augustus 1938. Ten gevolge van de tweede wereldoorlog zou deze wet niet eerder inwerkingtreden dan in 1947, het jaar waarin de eerste verkiezingen voor de raden van de orde werden georganiseerd (zie hierover de verschillende bijdragen in *T. Orde Gen.*, 1988 afl. 41 n.a.v. 50 jaar Wet tot oprichting van de orde der geneesheren).

In de Memorie van toelichting werd de oprichting van een orde van geneesheren als volgt geformuleerd. "De openbare mening en het geneesherenkorps betreuren sinds lang het feit dat er geen maatregelen kunnen genomen worden tegen deze geneesheren - weinig talrijk weliswaar - die onder de dekmantel van hun diploma zich overgeven aan kwakzalverij of aan uitbuiting der zieken (...). Het is niet mogelijk een rechtsgeding in te spannen tegen hen die de regels van de beroepseerlijkheid, welke de eer is van de geneesheren en de waarborg voor de bevolking, met de voeten treden. Alleen een beroepsjurisdictie kan deze noodzakelijke rol vervullen" (*Gedr. St.*, Senaat, 1936-37, nr. 200, 1). De essentie van de wet was de verplichte inschrijving op de lijst van de orde (art. 2) en de drieledige structuur, nl. provinciale raden met tuchtrechtelijke bevoegdheid, raden van beroep en de hoge raad van de orde.

Op 17 maart 1953 diende de Minister van Volksgezondheid een wetsontwerp in tot wijziging van de Wet van 25 juli 1938 (*Gedr. St.*, Senaat, 1952-53, nr. 211). Dit ontwerp werd nooit wet maar diende als basis voor een later wetsontwerp dat op 2 februari 1961 bij de Senaat werd ingediend (*Gedr. St.*, Senaat, 1960-61, nr. 107). De belangrijkste nieuwigheid in het ontwerp betrof de bevoegdheid van de raden van de orde voor fouten begaan buiten de beroepsuitoefening. Ook dit ontwerp werd nooit wet. Op 4 april 1963 werd door de Minister van Volksgezondheid een nieuw wetsontwerp ingediend, dat een geheel nieuwe wettelijke regeling van de orde der geneesheren inhield (*Gedr. St.*, Senaat, 1962-63, nr. 172). Hoewel ook dit ontwerp nooit wet is geworden, zijn de toelichting en het advies van de Raad van State van groot belang omdat het latere K.B. nr. 79 van 10 november 1967, dat de Wet van 25 juli 1938 heeft vervangen, op dit ontwerp is gebaseerd.

AFDELING II

ALGEMEEN KADER

§1. K.B. nr. 79 van 10 november 1967

96 De orde der geneesheren wordt thans geregeld door het K.B. nr. 79 van 10 november 1967, *B.S.*, 14 november 1967, verder aangeduid als Wet Orde Geneesheren.

Vergeleken met de Wet van 25 juli 1938 werden door de Wet Orde Geneesheren belangrijke, maar geen principiële, wijzigingen aan de orde aangebracht.

De structurering van de orde in drie organen, provinciale raden, raden van beroep en Nationale i.p.v. hoge Raad bleef behouden. Zo ook de verplichte inschrijving. Een bijzonder belangrijke verandering was de uitbreiding van de tuchtrechtelijke bevoegdheid tot de zware fouten bedreven buiten de beroepsbedrijvigheid, wanneer die fouten de eer of de waardigheid van het beroep aantasten. De nationale raad kreeg er een belangrijke bevoegdheid bij, nl. het vaststellen van de Code van medische plichtenleer.

97 Tot nu toe heeft het K.B. nr. 79 twee wijzigingen ondergaan. Door de Wet van 13 maart 1985, *B.S.*, 29 maart 1985, werd art. 24, §1 gewijzigd in deze zin dat de openbaarheid van de tuchtprocedure voor de raad van beroep als regel werd opgelegd. Een K.B. van 26 december 1985, *B.S.*, 10 januari 1986, paste vervolgens het K.B nr. 79 aan de richtlijnen van de Europese Gemeenschap inzake vrije vestiging van artsen, aan.

§2. Vooruitblik

98 Vooral in het begin van de jaren tachtig heeft het niet aan pogingen ontbroken om de Wet Orde Geneesheren hetzij fundamenteel te wijzigen hetzij zonder meer op te heffen, samen met de orde der geneesheren (zie hierover NYS, H., "De orde der geneesheren in het Parlement", *R.W.*, 1981-82, 1173). Al deze pogingen zijn tot op heden op niets uitgelopen. Op 19 oktober 1989 legde de Minister van Sociale Zaken aan de Raad van State een voorontwerp van wet "betreffende de orde der geneesheren" voor. Het advies van de Raad van State werd intussentijd uitgebracht maar een wetsontwerp werd nog niet bij het Parlement ingediend. Bij de bespreking van de bestaande Wet Orde Geneesheren zal, wanneer dit van belang is, kort worden aangegeven welke wijzigingen het voorontwerp van wet bevat t.a.v. de bestaande regeling.

HOOFDSTUK II

INSCHRIJVING OP DE LIJST

AFDELING I

VERPLICHTE INSCHRIJVING

99 Krachtens de Wet Orde Geneesheren dient een arts ingeschreven te zijn op de lijst van de orde om de geneeskunde in België te mogen uitoefenen (art. 2, tweede lid).

Art. 7, §1 Wet Uitoefening Geneeskunst bevat een gelijkaardige verplichting. Met de straffen bepaalt in art. 38, §1, 1° Wet Uitoefening Geneeskunst wordt gestraft de arts die de geneeskunde uitoefent indien hij niet op de lijst van de orde is ingeschreven hoewel hij daartoe wettelijk verplicht is (art. 31).

Het voorontwerp bevat analoge bepalingen. Zie art. 1, tweede lid en art. 40.

AFDELING II

UITZONDERINGEN OP DE VERPLICHTE INSCHRIJVING

§1. E.G. onderdanen

100 De onderdaan van één van de lidstaten van de E.G. die in een andere lidstaat dan België gevestigd is als arts en daar op wettige wijze zijn beroep uitoefent mag in België daden van geneeskunde verrichten zonder inschrijving op de lijst van de orde der geneesheren (art. 2, tweede lid waarin wordt verwezen naar art. 44*septies*, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst, dat de formaliteiten die een arts die in deze situatie verkeert moet vervullen beschrijft)(verklaring af te leveren vóór de dienstverrichting en in spoedgevallen achteraf).

Hoewel een arts in dit geval niet is ingeschreven op de lijst van de orde, valt hij niettemin onder het gezag en de rechtsmacht van de provinciale raad van de orde binnen welk ambtsgebied de dienstverrichting werd uitgeoefend (art. 5, eerste lid Wet Orde Geneesheren; zie verder, nr. 131).

Het voorontwerp bevat een analoge bepaling, zie art. 1, tweede lid.

101 Een E.G. onderdaan die in België de geneeskunde wenst uit te oefenen op een permanente wijze, dit is bij wijze van vestiging en niet als dienstverrichting moet, zoals een Belgische onderdaan, voldoen aan de inschrijving op de lijst.

Zie voor de artsen die hun beroep uitoefenen in het kader van de medische diensten van de E.G.

te Brussel, de brief van de Nationale Raad van de orde aan de directeur-generaal Personeelszaken en Algemeen Beheer E.G. (*T. Orde Gen.*, 1982-83, afl. 31, 18). Daarin dringt de Nationale Raad erop aan dat deze artsen op de lijst van de orde worden ingeschreven. De Europese instellingen bevinden zich op het Belgisch grondgebied, zodat de artsen die aan deze instellingen verbonden zijn en er de geneeskunde willen uitoefenen op de lijst van de orde moeten ingeschreven zijn. Instellingen als ambassades, SHAPE e.d. bevinden zich daarentegen niet op Belgisch grondgebied en derhalve geldt geen verplichting tot inschrijving om de geneeskunde uit te oefenen t.a.v. het personeel van die instellingen en hun familie (*Vr. en Antw.*, Kamer, 1981-82, 20 juli 1982, 2121, Vr. nr. 28 KUIJPERS).

§2. Artsen in overheidsdienst

102 Of artsen-ambtenaren en artsen belast met een volksgezondheidsopdracht moeten zijn ingeschreven op de lijst van de orde der geneesheren is een vraag die niet eenduidig wordt beantwoord.

De Wet Orde Geneesheren bevat geen uitdrukkelijke bepaling die hen van deze verplichting vrijstelt. Art. 2, derde lid stelt wel de legerartsen vrij van deze verplichting (zie verder). RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT zijn van mening dat dezelfde oplossing zich opdringt voor de artsen-ambtenaren (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et Obligations*, nr. 931). In antwoord op een vraag van de Staatssecretaris voor Volksgezondheid en Leefmilieu heeft de Raad van State op 25 april 1980 het volgende advies geformuleerd (*Adm.Publ.T.*, 1985, 97-100). De vraag luidde of artsen-ambtenaren verplicht zijn zich in te schrijven op de lijst van de orde en inhoeverre zij dan onder de rechtsmacht van de orde vallen. In zijn antwoord herinnerde de Raad eraan dat de vraag niet nieuw is. Al tijdens de parlementaire voorbereiding van de Wet van 25 juli 1938 werd hierover uitvoerig gediscussieerd. Uit die discussies volgde dat artsen-ambtenaren ontegensprekelijk verplicht waren zich in te schrijven bij de orde als zij in België de geneeskunde wensten uit te oefenen. In de Memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat op 4 april 1963 werd ingediend bij de Senaat (zie boven, nr. 95) werd deze verplichting zeer duidelijk in herinnering gebracht. "De geneesheren die ambtenaar zijn van de Staat, provincie, gemeente of van openbare instellingen moeten op de lijst van de orde zijn ingeschreven, om deze orde in de mogelijkheid te stellen de fouten te bestraffen die op geneeskundig vlak worden bedreven in de uitoefening van hun administratieve functies of in verband met zelfs maar bij gelegenheid verrichte geneeskundige handelingen, buiten hun administratieve functies" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1962-63, nr 172, 8). Indien een arts-ambtenaar of een arts die belast is met een opdracht in het kader van de volksgezondheid zich louter beperkt tot administratieve taken en dus in geen geval medische handelingen stelt of wenst te stellen dan is hij niet verplicht zich in te schrijven bij de orde der geneesheren. *Mutatis mutandis* geldt hetzelfde voor een arts die werkt in dienst van een private werkgever en die geen medische handelingen stelt of wenst te stellen, zoals b.v. de voltijds medisch directeur (hoofdgeneesheer) van een ziekenhuis zonder enige medische praktijk. Maar wanneer een arts-ambtenaar in zijn hoedanigheid van ambtenaar of buiten zijn functie als ambtenaar in het kader van private medische praktijk, gewoonlijk medische handelingen stelt, is hij verplicht zich in te schrijven op de lijst van de orde. Uit de aard van de functies waarmee de artsen-ambtenaren belast zijn, zal moeten blijken of het gaat om een zuiver administratieve opdracht, dan wel om de uitoefening van de geneeskunde (in deze zin, *Vr. en Antw.*, Kamer, 1981-82, 20 juli 1982, 2121, Vr. nr. 28 KUIJPERS). Het is dus niet uitgesloten dat een arts-ambtenaar onder een dubbel tuchtrechtelijk regime valt, nl. medisch-deontologisch en administratief. Dubbele tuchtregimes bestaan trouwens nog voor andere categorieën artsen, zoals de geneesheren-inspecteurs van de dienst voor geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V. en de adviserend geneesheren van de ziekenfondsen (zie art. 89 Z.I.V.-Wet; zie ook R.v.St., Algemeen Belg. Geneesherenverbond, nr. 5745, 5 juli 1957; R.v.St., Landsbond Christelijke Mutualiteiten, nr. 7595, 5 februari 1960. Zie voor de artsen in statutair verband benoemd door een O.C.M.W., voorheen C.O.O., VANDEWEGHE, A., "De rechtsmacht van de orde der geneesheren t.o.v. de ge-

neesheren in dienst van de Commissies van Openbare Onderstand", *Gemeente-Provincie*, 1967, afl. 1, 21-28). Beide tuchtstelsels, het medisch-deontologische en het administratieve, hebben nl. een verschillend voorwerp. Zo kan een O.C.M.W. in het kader van haar tuchtrechtelijke bevoegdheid over statutair benoemde artsen geen sancties treffen indien de tekortkoming die aan een arts wordt verweten verband houdt met een inbreuk op de medische deontologie (LOUVEAUX, C., "Ordres et instituts professionnels", *R.P.D.B.*, nr. 67). Toch moet men zich dit onderscheid niet al te absoluut voorstellen. Zie R.v.St., C.O.O. Tienen, nr. 17.491, 10 maart 1976 : een arts werd door de C.O.O. gesanctioneerd omdat hij had geweigerd hulp te verlenen aan een persoon in nood.

Legerartsen daarentegen, zo luidt de argumentatie verder, dienen zich niet in te schrijven bij de orde omdat zij ook voor wat betreft het toezicht op de medische deontologie vallen onder het militair tuchtrecht (zie verder, nr. 103). Afgezien van die uitzondering is het toezicht op de eerbiediging van de medische deontologie een monopoliebevoegdheid van de orde der geneesheren en daarom dienen ambtenaren, als ze de geneeskunde uitoefenen, zich in te schrijven op de lijst van de orde (LOUVEAUX, C., *a.w.*).

§3. Legerartsen

103 Legerartsen zijn enkel verplicht zich in te schrijven op de lijst van de orde indien zij de geneeskunde uitoefenen buiten de uitoefening van hun militair ambt (art. 2, derde lid).

Vóór het K.B. nr. 79 vielen ook deze artsen onder de verplichting zich in te schrijven bij de orde. Weliswaar was hierover gediscussieerd tijdens de voorbereiding van de Wet van 25 juli 1938 maar deze wet voorzag geen uitzondering ten voordele van de legerartsen. Daaruit werd dan ook de toepasselijkheid van de verplichting tot inschrijving afgeleid (Cass., 26 april 1965, *Pas.*, 1965, I, 886; *R.W.*, 1965-66, 675; zie ook het advies van de Raad van State gericht tot de Staatssecretaris voor Volksgezondheid, *Adm.Publ.T.*, 1985, 99). De Memorie van toelichting bij het ontwerp 172 dat aan de basis lag van het K.B. nr. 79 gaf als motief voor de uitzondering op de verplichting zich in te schrijven dat de legerartsen krachtens de vigerende reglementering reeds onderworpen zijn aan een bijzondere tuchtmacht "welke als opdracht heeft de beginselen van de medische plichtenleer in de schoot van het leger te doen eerbiedigen" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1962-63, nr. 172, 8). Deze bijzondere regeling werd op heftige en ernstige kritiek onthaald (zie i.h.b. DIERKENS, R., "De orde der geneesheren; Kritische beschouwingen omtrent het K.B. nr. 79 d.d. 10 november 1967", *Belg. Archief voor Sociale Geneeskunde*, 1969, 325). Overigens dient in dit verband te worden opgemerkt dat slechts zeer weinig militaire artsen geen enkele medische bedrijvigheid buiten hun militair ambt hebben (*Vr. en Antw.*, Kamer, 1979-80, 22 januari 1980, Vr. nr. 12 VALKENIERS). De meeste militaire artsen zijn dan ook ingeschreven op de lijst van de orde. In dat geval vallen zij enkel onder het gezag en de rechtsmacht van de provinciale raden voor de bedrijvigheid waarvoor hun inschrijving op de lijst van de orde vereist is (zie de uitspraak prov. raad Oost-Vlaanderen, 23 februari 1977, *T. Orde Gen.*, 1976-77, afl. 25, 106).

Het voorontwerp heeft de bijzondere regeling voor legerartsen in het K.B. nr. 79 niet overgenomen. Legerartsen, ook al oefenen zij de geneeskunde uitsluitend uit in het kader van hun militair ambt, zullen dus verplicht zijn zich in te schrijven bij de orde. Zij zullen voor hun volledige activiteit onder het gezag en de rechtsmacht van de raden van de orde vallen.

§4. Enige bijzondere categorieën

1. Medische specialisten in de stomatologie

104 Een arts die erkend werd als medisch-specialist in de stomatologie bezit

de bevoegdheid tot uitoefening van de geneeskunde en van de tandheelkunde (i.v.m. de uitoefening van de tandheelkunde, zie verder, nr. 1208-1212). Wanneer deze arts enkel de tandheelkunde zou uitoefenen op grond van zijn erkenning als stomatoloog en geen medische handelingen zou stellen op grond van zijn diploma van doctor in de genees-, heel- en verloskunde, dient hij geen inschrijving te bekomen op de lijst van de orde.

Een dergelijke situatie is vrijwel hypothetisch. Stelt hij toch medische handelingen dan is een inschrijving op de lijst van de orde verplicht en strekt de bevoegdheid van de orde zich uit over al zijn activiteiten, ook deze die behoren tot de uitoefening van de tandheelkunde (Cass., 20 maart 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 1001; *Pas.*, 1986, I, 908; *R.W.*, 1986-87, 481; *J.T.*, 1986, 711). Overigens moet deze arts zolang hij in opleiding is tot medisch specialist in de stomatologie ingeschreven zijn op de lijst van de orde der geneesheren (zie art. 10 K.B. 21 april 1983 tot vaststelling van de nadere regelen voor erkenning van geneesheren-specialisten en van huisartsen, *B.S.*, 27 april 1983, waarin als voorwaarde wordt gesteld "gemachtigd de geneeskunde in België uit te oefenen"). Om erkend te worden als stomatoloog moet voorts het bewijs worden geleverd dat men ingeschreven is op de lijst van de orde (art. 21, 3° zelfde K.B.). Oefent onwettig de geneeskunde uit de arts die zonder inschrijving op de lijst van de orde der geneesheren, de tandheelkunde uitoefent uit kracht van een diploma van doctor in de genees-, heel- en verloskunde (Cass., 4 januari 1954, *Arr. Cass.*, 1954, 305; *J.T.*, 1954, 292; *Pas.*, 1954, I, 374).

2. Artsen tewerkgesteld in de farmaceutische industrie

105 Zie hieromtrent de deontologische regels voor artsen werkzaam in farmaceutische laboratoria, opgesteld door de provinciale raad van Brabant (Franstalig) en na beslissing van de Nationale Raad toegezonden naar alle provinciale raden (*T. Orde Gen.*, 1985-86, afl. 34, 46). Volgens deze regels moet een arts die betrokken is bij de zgn. medische voorlichting op de lijst van de orde zijn ingeschreven. Hetzelfde geldt voor de arts die betrokken is bij experimenten met mensen en de arts in dienst van een houder van een vergunning bedoeld in hoofdstuk II K.B. 6 juli 1960 betreffende de fabricage e.d. van geneesmiddelen.

Hierbij moet worden opgemerkt dat de inschrijving op de lijst een voorwaarde is voor de uitoefening van de geneeskunde. Het geven van voorlichting over nieuwe geneesmiddelen aan artsen kan niet alszodanig worden beschouwd. Het loutere feit in dienst van een farmaceutisch bedrijf te werken evenmin (zie hieromtrent ook nog het antwoord van de Nationale Raad aan een provinciale raad die van mening was dat een geneesheer-directeur van een farmaceutisch laboratorium niet op de lijst mocht worden ingeschreven terwijl de betrokkene juist wel die inschrijving wenste. De Nationale Raad was het oneens met de mening van de provinciale raad. Zie *T. Orde Gen.*, 1990, afl. 48, 16).

AFDELING III

VERPLICHTE INSCHRIJVING EN VRIJHEID VAN VERENIGING

106 De verplichting zich op de lijst van de orde der geneesheren te laten inschrijven om de geneeskunde in België te mogen uitoefenen gaat de grenzen niet te buiten van de voor de bescherming van de gezondheid nodige beperkingen van de vrijheid van vereniging, die door art. 11, lid 2 E.V.R.M. worden toegestaan (Cass., 25 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 940; *Pas.*, 1975, I, 850;

R.W., 1975-76, 291, noot SCHUTYSER, K.). Een dergelijke verplichting heft niet het recht op vrijheid van vereniging in de zin van deze bepaling op (Cass., 25 juni 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1119, concl. Adv. Gen. DUMON, F.; *Pas.*, 1974, I, 1114; *R.W.*, 1974-75, 108; Cass., 15 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1979, 1232; *Pas.*, 1979, I, 1193, *R.W.*, 1979-80, 1702, noot).

In Cass., 25 april 1975 hadden de eisers in cassatie tegen een uitspraak van de raad van beroep van de orde der geneesheren aangevoerd dat "de opdracht van de orde vreemd is aan de bescherming van de gezondheid" en de grenzen van de door art. 11 E.V.R.M. erkende beperkingen, overschrijdt. Het Hof van Cassatie stelde daarentegen dat de orde der geneesheren een publiekrechtelijke instelling is met als opdracht te waken over de naleving van de plichtenleer en de instandhouding van de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid en de waardigheid van haar leden. Die opdracht is geenszins vreemd aan de bescherming van de gezondheid en de verplichte inschrijving gaat deze beperkingen niet te buiten (zie ook GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., concl. Cass., 3 mei 1974, *R.W.*, 1974-75, 93-94; DUMON, F., concl. Cass., 25 juni 1974, *R.W.*, 1974-75, 115).

107 De verplichte inschrijving op de lijst van een orde die zoals de orde der geneesheren een publiekrechtelijke instelling is welke als opdracht heeft te waken over de naleving van de plichtenleer kan evenmin als onverenigbaar met de vrijheid van vereniging, vastgelegd in art. 20 G.W. worden beschouwd (Cass., 3 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 967, concl. Proc. Gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J.; *Pas.*, 1974, I, 910; *R.W.*, 1974-75, 77, concl. Proc. Gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., noot DEMEYER, J.; *J.T.*, 1974, 564; *R.C.J.B.* 1975, 209; Cass., 25 juni 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1119, concl. Adv. Gen. DUMON, F.; *Pas.*, 1974, I, 1114; *R.W.*, 1974-75, 115; Cass., 15 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1979, 1232; *Pas.*, 1979, I, 1193; *R.W.*, 1979-80, 1702, noot).

In zijn conclusies bij Cass., 3 mei 1974 vermeldde Procureur-Generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH drie redenen waarom de verplichte inschrijving niet strijdig is met de vrijheid van (niet)vereniging. De vrijheid niet tot een vereniging toe te treden belet niet dat de burger noodgedwongen deel uitmaakt van een staat, een gemeenschap, een gewest, een provincie of een gemeente. Deze publiekrechtelijke instellingen zijn geen verenigingen in de zin van art. 20 G.W. en art. 11 E.V.R.M. Verenigingen in de zin van deze bepalingen vormen evenmin de publiekrechtelijke instellingen, opgeleverd door de beroepsorde die de wet heeft opgericht en die precies als reden van bestaan hebben het verplicht verenigen van alle leden van eenzelfde beroep om de activiteit daarvan te controleren. Zie reeds in dezelfde zin het advies van de Raad van State bij ontwerp 172 (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1962-63, nr. 172, 38-39; zie ook VERBIEST, D., "De orde der geneesheren. Diagnose van een publiekrechtelijke beroepsorganisatie", *T.B.P.*, 1978, 213). Een tweede reden is dat door het oprichten van een beroepsorde de wet het karakter van algemeen belang van de discipline erkent. Dit doel van algemeen belang kan niet bereikt worden, indien de orde niet alle leden van het beroep verplicht verenigt. Ten slotte volgt deze verplichting logischerwijze uit het bestaan zelf van de orde : zij is het essentieel vereiste om de uitspraken van de orde kracht bij te zetten en doelmatig te maken (GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., concl. Cass., 3 mei 1974, *R.W.*, 1974-75, 93-94).

108 Zowel n.a.v. Cass., 3 mei 1974 waarin over de verenigbaarheid met art. 11 E.V.R.M. geen uitspraak werd gedaan als n.a.v. Cass., 25 april 1975 werd door de betrokkenen (dr. LE COMPTE enerzijds en dr. DE MEYERE en dr.

VAN LEUVEN anderzijds) een verzoekschrift ingediend bij het Hof Mensenrechten, waarin werd aangevoerd dat de verplichte inschrijving art. 11 E.V.R.M. schond.

Zowel de Commissie als het Hof Mensenrechten (E.H.R.M., Le Compte, De Meyere en Van Leuven, 23 juni 1981, A., vol. 43) kwamen unaniem tot het besluit dat art. 11, eerste lid niet werd geschonden omdat de orde der geneesheren geen vereniging is in de zin van die bepaling. Bovendien belet de verplichte inschrijving niet dat artsen vrij verenigingen oprichten en zich daar al dan niet bij aansluiten (in dezelfde zin VERBIEST, D., *a.w.*, 212, LAMBERT, P., noot onder Hof Mensenrechten 23 juli 1981, *J.T.*, 1981, 625). In het tweede arrest Le Compte (E.H.R.M., Albert en Le Compte, 10 februari 1983, A, vol. 58) zag het Hof Mensenrechten geen reden om een ander standpunt in te nemen. Zie i.v.m. deze arresten nog de commentaar van DUBOUIS, L., "L'ordre des médecins, la jurisdiction administrative et la Convention européenne des droits de l'homme", *Rev. Dr. Sanitaire*, 1982, 57 waarin de analyse van het eerste arrest Le Compte geldig wordt verklaard voor de Franse Orde der geneesheren. De auteur verwijst naar een pleidooi van J. MIGNON in *Le Concours Médical*, 1981, 4774, tot afschaffing van de verplichte inschrijving. Zie hieromtrent ook de discussie tussen GROSEMANS, R., "Une proposition de loi critiquable", *J.T.*, 1980, 701 en LEGROS, P., "Une proposition de loi critiquée", *J.T.*, 1981, 425.

109 Een opmerkelijk verschil in benadering tussen het Hof van Cassatie en het Hof Mensenrechten is dat dit laatste zich richt op art. 11, lid 1 E.V.R.M. en het Hof van Cassatie op art. 11, lid 2. Volgens het Hof Mensenrechten is er van een inbreuk op de vrijheid van vereniging geen sprake vermits de orde geen vereniging is. Een onderzoek naar de toegelaten beperkingen op die vrijheid is dan ook overbodig (zie ook RASSON-ROLAND, A., "Les procédures disciplinaires devant les ordres professionnels sont-elles soumises à l'article 6 §1er de la C.S.D.H.", *Adm.Publ.T.*, 1983, 212, noot 4).

GRIMONPREZ heeft kritiek geuit op de wijze waarop het Hof van Cassatie in de arresten van 3 mei 1974, 25 juni 1974 en 25 april 1975 de verenigbaarheid van de verplichte inschrijving met art. 11, lid 2 E.V.R.M. heeft gemotiveerd (GRIMONPREZ, K., "Het Hof van Cassatie en 25 jaar E.V.R.M.", *R.W.*, 1981-82, 2670). De auteur noemt die motivering "lakoniek" en "kortweg". "Met zijn bondige of niet-motivering, voornamelijk wat lid 2 betreft, gaat het Hof van Cassatie eigenlijk in tegen de rechtspraak van het Hof Mensenrechten". Volgens het Hof Mensenrechten moet "de motivering betreffende de vervulling van de voorwaarden van lid 2 om tot beperking van grondrechten over te gaan accuraat, adequaat, pertinent, omstandig en objectief" zijn. In deze gevallen voldoet de motivering niet aan deze vereisten. Lid 2 van o.a. art. 11 E.V.R.M. wordt hierdoor een "ontsnappingsclausule" waar o.a. het Hof van Cassatie zonder of zonder veel motivering gebruik van kan maken.

AFDELING IV

NADERE BESPREKING VAN DE INSCHRIJVING OP DE LIJST

110 De voorschriften om een inschrijving op de lijst te bekomen zijn bepaald in art. 20 t.e.m. 23 K.B. 6 februari 1970 tot regeling van de organisatie en de werking der raden van de orde der geneesheren, *B.S.*, 14 februari 1970 (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 42/43).

Een inschrijving kan slechts worden bekomen op aanvraag. De ambtshalve inschrijving is niet mogelijk (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 64). Een "voorlopige" inschrijving in afwachting dat het dossier van een kandidaat volledig is, is evenmin mogelijk (zie *T. Orde Gen.*, 1970-71, afl. 21, 16-17).

§1. Plaats van inschrijving

111 De inschrijving gebeurt op de lijst van de orde van de provincie waar de arts zijn woonplaats heeft. Als w o o n p l a a t s wordt beschouwd de plaats waar de arts zijn voornaamste bedrijvigheid uitoefent. Dit wordt wel eens de "medische woonplaats" genoemd. Niemand mag ingeschreven zijn op meer dan één der provinciale lijsten, die samen de lijst van de orde uitmaken (art. 2).

Oorspronkelijk werd als medische woonplaats de woonplaats in de juridische zin van het woord beschouwd. Dat leverde, uitzonderlijk, moeilijkheden op b.v. wanneer een arts woonde in één provincie en werkte in een andere. Volgens DIERKENS mag worden betwijfeld of het criterium van de voornaamste bedrijvigheid dat werd ingevoerd door het K.B. nr. 79 deze moeilijkheden oplost. Uit een advies van de Nationale Raad blijkt het gelijk van deze auteur. Bij herhaling, aldus dit advies, heeft de Nationale Raad vastgesteld dat er conflicten zijn tussen provinciale raden wanneer artsen in verschillende provincies werkzaam zijn (*T. Orde Gen.*, 1980-81, afl. 29, 54). Bovendien, aldus nog DIERKENS, brengt dit criterium een subjectief element met zich mee waardoor de rechtszekerheid op de helling komt. Op grond van welke criteria zal men bepalen waar de voornaamste activiteit zich situeert? Welk element is hier doorslaggevend : het financiële, het didactische, de gespecialiseerde aard van de activiteit, de tijd die men eraan besteedt? DIERKENS vreest dat de keuze van de woonplaats, in functie van het eigen belang, zal worden gemanipuleerd (DIERKENS, R., *a.w.*, 324-325).

In beginsel is het de betrokkene zelf die zal uitmaken waar zijn medische woonplaats zich bevindt en in welke provincie hij de inschrijving op de lijst zal aanvragen. Maar een controle van de provinciale raden op die keuze is mogelijk. Overeenkomstig art. 13, derde lid Wet Orde Geneesheren wordt ieder geschil tussen provinciale raden omtrent de woonplaats van een arts voorgelegd aan de ene of de andere raad van beroep of aan beide raden van beroep samen wanneer het geschil is gerezen tussen provinciale raden met een verschillend taalstelsel.

Vermits de wet spreekt over "voornaamste bedrijvigheid" aanvaardt zij de mogelijkheid dat een arts nevenactiviteiten ontwikkelt in een andere provincie. Over het toegelaten karakter daarvan, vooral in het licht van de noodzakelijkheid de continuïteit van de hulpverlening te waarborgen, wordt geoordeeld door de provinciale raad van de provincie waar de arts is ingeschreven en niet door de provinciale raad van de provincie waar men een nevenactiviteit heeft. In een advies dat de Nationale Raad over deze kwestie heeft uitgebracht wordt wel aangedrongen op overleg tussen beide provinciale raden in deze zin dat de provinciale raad die niet bevoegd is om te oordelen, de betrokken arts zou kunnen uitnodigen en een advies zou kunnen uitbrengen aan de bevoegde provinciale raad (*T. Orde Gen.*, 1984-85, afl. 33, 28-29; zie ook *T. Orde Gen.*, 1981-82, afl. 30, 33).

In geval van overbrenging van de voornaamste bedrijvigheid naar een andere provincie moet een inschrijving op de lijst van deze provincie worden aangevraagd. Er mag niet tot inschrijving worden overgegaan zolang de provinciale raad van de provincie waar de inschrijving wordt gevraagd niet in het bezit is gekomen van het inschrijvingsdossier dat was aangelegd door de provinciale raad van de provincie waar de arts tot dan toe was ingeschreven. Zulks om te vermijden dat de arts een tijdlang niet zou zijn ingeschreven (*T. Orde Gen.*, 1978-79, afl. 27, 23).

§2. Weigering of uitstel van inschrijving op de lijst

112 De provinciale raad kan de inschrijving op de lijst weigeren of uitstellen wanneer de aanvrager zich schuldig heeft gemaakt aan een zo zwaarwichtig feit dat het voor een lid van de orde de schrapping van de lijst tot gevolg zou hebben of aan een zware fout die afbreuk doet aan de eer of de waardigheid van het beroep (art. 6, 1°, eerste lid Wet Orde Geneesheren).

Wanneer de aanvrager een onderdaan is van een E.G.-lidstaat kan de inschrijving worden geweigerd of uitgesteld op grond van inlichtingen meegedeeld door de lidstaat van oorsprong of herkomst.

113 LOUVEAUX heeft zich afgevraagd of de bevoegdheid van een provinciale raad om de inschrijving toe te staan, te weigeren dan wel uit te stellen juridisch gerechtvaardigd is. Slechts deze artsen die reeds zijn ingeschreven op de lijst van de orde vallen onder het gezag en de rechtsmacht van haar raden (de enige uitzondering op deze regel zijn de onderdanen van een E.G.-lidstaat die in België sporadisch medische handelingen verrichten, zie boven, nr. 100-101). De arts die een inschrijving vraagt, valt nog niet onder het gezag van de orde en is als een derde te beschouwen. Nu de provinciale raad iemands inschrijving onder bepaalde voorwaarden kan weigeren, kan hij zo iemand beletten de geneeskunde uit te oefenen. Maakt de provinciale raad daardoor geen inbreuk op een burgerlijk recht in de zin van art. 6 E.V.R.M.? (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 64).

Volgens LOUVEAUX zou het E.V.R.M. een onderscheid maken tussen het toestaan van een vergunning en de intrekking ervan. Enkel in het laatste geval zou sprake zijn van een burgerlijk recht, aldus LOUVEAUX, die verwijst naar het arrest Konig van het Hof Mensenrechten. Niet iedereen is het met die interpretatie eens. Zo sluit GILLIAMS niet uit dat men kan spreken over een recht op beroepslicenties of andere vergunningen (GILLIAM, H., "Procedurele bescherming van de vrijheid van beroepskeuze en beroepsuitoefening in de V.S. en Europa", *T.B.P.*, 1986, 12). Volgens GEENS "is het niet zeker" dat het E.V.R.M. de opname op de lijst van een beroepsbeoefenaar met dezelfde procedurele waarborgen omringt als de tuchtbeslissing. Art. 6, lid 1 E.V.R.M. is naar geldigheidskracht beperkt tot het vaststellen van de burgerlijke rechten en zowel in het arrest Konig als het arrest LE COMPTE werd door het Hof Mensenrechten uitdrukkelijk beklemtoond dat slechts "het recht verder een beroep uit te oefenen" een burgerlijk recht is (GEENS, K., *a.w.*, 564, noot 1). In zijn proefschrift lijkt LEMMENS in het arrest Le Compte een zelfde nuancering te lezen als GEENS (LEMMENS, P., *Geschillen over burgerlijke rechten en plichten*, Leuven, Fac. Rechtsgeleerdheid, 1987, 155). Maar hij wijst tevens op het arrest Benthem waarin het Hof Mensenrechten door het burgerlijk karakter van het recht op een vergunning te erkennen, aan het toepassingsgebied van art. 6, lid 1 E.V.R.M. een aanzienlijke potentiële reikwijdte heeft gegeven. RASSON-ROLAND ziet daarentegen geen reden om een onderscheid te maken tussen het recht om een beroep uit te oefenen en het te blijven uit te oefenen. §44 van het eerste arrest Le Compte gaat volgens haar trouwens in de richting van een opheffing van dit onderscheid (RASSON-ROLAND, A., *a.w.*, 227-228).

Door LOUVEAUX wordt er voorts op gewezen dat de provinciale raad *in casu* niet optreedt als een disciplinaire overheid maar als een administratieve overheid. De weigering tot inschrijving op de lijst is geen tuchtsanctie maar een maatregel ter vrijwaring van de eer en de waardigheid van de orde (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 64; Cass., 12 april 1954, *Arr. Cass.*, 1954, 543; *Pas.*, I, 1954, 707, inzake de orde der apothekers). GEENS nuanceert dit onderscheid tussen disciplinaire en admi-

nistratieve overheid. Het woord "administratief" mag allerminst in zijn dagdagelijkse betekenis begrepen worden als zou de raad enkel controleren of aan zekere formaliteiten voldaan is. De raden beschikken immers inzake de voorwaarde van morele hoedanigheid (eer en waardigheid) ook over een beoordelingsbevoegdheid. GEENS wijst er voorts op dat tegen een weigering van inschrijving dezelfde beroepsmogelijkheden bestaan als tegen een schrapping (GEENS, K., *a.w.*, nr. 716, die trouwens elders spreekt over "sanctioneren" met een inschrijvingsweigering, zie GEENS, K., *a.w.*, nr. 609). Volgens DIERKENS kan men betwijfelen dat de inschrijvingsweigering geen sanctie is. Weliswaar komt zij niet voor op de lijst van mogelijke sancties maar zij kan worden gesteund op een gedraging die anders de schrapping of schorsing voor gevolg zou hebben (DIERKENS, R., *a.w.*, 336).

114 Nergens is bepaald hoelang de inschrijving mag worden uitgesteld. Als men aanvaardt dat de weigering en het uitstellen van de inschrijving als een sanctie kunnen worden beschouwd of daarmee minstens vergelijkbaar zijn, is het redelijk aan te nemen dat, naar analogie van de schorsing die maximaal twee jaar bedraagt, het uitstellen van de inschrijving eveneens maximaal twee jaar mag duren.

115 Geen enkele beslissing van een provinciale raad i.v.m. de inschrijving mag worden gegrond op redenen i.v.m. ras of op motieven van godsdienstige, wijsgerige, politieke, taalkundige of syndicale aard noch op het feit dat de arts verbonden is aan een instelling die geneeskundige verzorging verstrekt aan leden van een groepering of aan een categorie van personen. Iedere inmenging in die aangelegenheid is verboden (art. 19)(omtrent deze bepaling, zie verder, nr. 156-157).

116 De beslissing waarbij een inschrijving op de lijst wordt geweigerd of uitgesteld moet met redenen zijn omkleed (art. 6, 1° *in fine*).

117 Wanneer een arts die zijn voornaamste bedrijvigheid in een provincie heeft, deze naar een andere provincie overbrengt en daar een inschrijving aanvraagt, mag deze niet worden geweigerd, tenzij zich nieuwe feiten zouden hebben voorgedaan waarvan de provinciale raad waarbij hij aanvankelijk was ingeschreven, niet op de hoogte was (LOUVEAUX, C., *a.w.*).

§3. Beroep tegen weigering of uitstel van inschrijving

118 Tegen een beslissing van een provinciale raad die een weigering of een uitstel van de inschrijving inhoudt, kan beroep worden ingesteld bij de raad van beroep (art. 13, eerste lid en art. 21, eerste lid).

De Franstalige Raad van beroep besliste dat geen enkele bepaling van het K.B. nr. 79 of van een ander besluit of wet, beroep voorziet tegen de beslissingen van een provinciale raad genomen in verband met de inschrijving op de lijst (Conseil d'Appel, 30 maart 1976, *J.T.*, 1976, 466).

Hiertegenover staat een duidelijke wettekst en een unanieme opvatting in de rechtsleer (zie DIERKENS, R., *a.w.*, 345, nr. 88 en 351, nr. 104; GEENS, K., *a.w.*, nr. 716; LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 117; RYCKMANS en MEERT VAN DE PUT, *Droits et obligations* nr. 929; VERBIEST, D., *a.w.*, 210, nr. 6).

119 De Raad van State is niet bevoegd kennis te nemen van het beroep tot nietigverklaring van de beslissing waarbij een provinciale raad weigert een arts op de lijst van de orde in te schrijven, vermits de Wet Orde Geneesheren het beroep tegen een dergelijke beslissing in handen geeft van de raad van beroep en het Hof van Cassatie (R.v.St., Cartitza, nr. 20.030, 10 januari 1980).

§4. Herinschrijving op de lijst na schrapping

120 De Wet Orde Geneesheren noch enige andere wettelijke bepaling voorziet in een procedure van herinschrijving op de lijst van de orde van een arts wiens naam daarvan werd geschrapt bij wijze van tuchtmaatregel. De raden van beroep van de orde oordeelden daarom dat een verzoek tot herinschrijving op de lijst onontvankelijk was (Conseil d'Appel, 30 maart 1976, *J.T.*, 1976, 466; Raad van beroep, 15 april 1985, aangehaald door DE GROOT, E., "De orde van geneesheren : tuchtrechtelijke aspecten", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, 456). LOUVEAUX is eveneens van mening dat een aanvraag tot herinschrijving, die volgens hem onrechtstreeks tot eerherstel zou leiden, niet mogelijk is (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 64). Het Hof van Cassatie oordeelde dat, zodra de schrapping van een arts van de lijst van de orde der geneesheren is uitgevoerd, de geschrapte arts een verzoek tot herinschrijving op de lijst mag indienen. Een dergelijk verzoek is alszodanig ontvankelijk en de provinciale raad zal er over te beslissen hebben (Cass., 31 januari 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 731; *Pas.*, 1986, I, 645; *R.W.*, 1986-87, 340; *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 39).

In het advies over het ontwerp van Wet van 4 april 1963 (zie boven, nr. 95) aanvaardde de Raad van State ook de mogelijkheid tot herinschrijving. "Wil men de geschrapte iedere kans ontzeggen om nog de geneeskunde uit te oefenen dan moet aan de orde een verbod van herinschrijving worden opgelegd. De orde is meester van haar lijst en bij gebrek aan een uitdrukkelijk verbod zou zij tot herinschrijving kunnen overgaan wanneer zij oordeelt dat daartoe gronden aanwezig zijn" (*Gedr. St.*, Senaat, 1962-63, nr. 172, 45; zie reeds in dezelfde zin, impliciet, het advies van de toenmalige Hoge Raad, *T. Orde Gen.*, 1956, afl. 14, 19 alsook *Vr. en Antw.*, Kamer, 1975-76, 3304, Vr. nr. 202 NAMECHE).

121 De Wet Orde Geneesheren heeft geen termijnen en andere modaliteiten bepaald om een geschrapte opnieuw in te schrijven (Cass., 31 januari 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 731; *Pas.*, 1986, I, 645; *R.W.*, 1986-87, 340; *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 39).

Wat de termijn betreft waarna een geschrapte opnieuw zijn herinschrijving kan vragen met een redelijke kans op succes, kan worden verdedigd dat minimum 2 jaar moet zijn verstreken sedert de schrapping werd uitgevoerd. Twee jaar is de maximale duur van een schorsing en vermits de betrokken arts werd geschrapt had de provinciale raad of de raad van beroep klaarblijkelijk de bedoeling hem gedurende meer dan 2 jaar te verbieden de geneeskunde uit te oefenen.

In het voorontwerp wordt in art. 20, §2 uitdrukkelijk de mogelijkheid van eerherstel voorzien. Weliswaar mag de herinschrijving niet worden verward met eerherstel maar vermits het eerherstel niet eerder mag worden toegestaan dan na verloop van een "proefperiode" van minstens 5 jaar, lijkt het verdedigbaar dat ook de herinschrijving in de toekomst slechts na verloop van 5 jaar kan

worden toegestaan. Uiteindelijk komt het toe aan de bevoegde provinciale raad om zich uit te spreken over de aanvraag tot herinschrijving. Die raad is geenszins verplicht de aanvraag zonder meer in te willigen. Weigering of uitstel ervan zijn mogelijk om dezelfde redenen als bij een eerste aanvraag. Tegen de weigering of het uitstel kan beroep worden ingesteld bij de raad van beroep.

De herinschrijving op de lijst na schrapping mag niet worden verward met het eerherstel na schrapping dat mogelijk wordt op grond van art. 20, §2 noch met de herziening van de schrapping op grond van art. 20, §4 voorontwerp. Door het eerherstel wordt voor de toekomst een einde gemaakt aan alle gevolgen van de tuchtsanctie (art. 20, §3). De herziening van de schrapping dient te steunen op een nieuw element dat de betrokkene tijdens het onderzoek van de zaak niet had kunnen vaststellen. Als de herziening wordt toegestaan, dan kan de arts verzoeken opnieuw op de lijst van de orde te worden ingeschreven (art. 20, §4). De herinschrijving op de lijst daarentegen is een niet aan wettelijke voorwaarden onderworpen maatregel die op verzoek van de betrokkene kan worden genomen door een raad van de orde op grond van het meesterschap van de orde over de lijst. De heringeschrevene heeft dezelfde rechten en plichten als degene die voor de eerste maal wordt ingeschreven.

§5. Weglating van de lijst

122 De Wet Orde Geneesheren laat de weglating van de naam van een arts van de lijst van de orde toe in de volgende gevallen. Wanneer de bevoegde provinciale geneeskundige commissie of desgevallend de geneeskundige commissie van beroep heeft vastgesteld dat een arts niet meer voldoet aan de voorwaarden om de geneeskunde uit te oefenen zonder gevaar voor de gezondheid van de patiënten en om die reden het visum van deze arts heeft ingetrokken (over deze procedure, zie boven, nr. 18) laat de provinciale raad van de orde waar de arts is ingeschreven, zijn naam weg van de lijst (art. 6, 1°, tweede lid).

123 Vervolgens kan een arts de provinciale raad verzoeken zijn naam weg te laten van de lijst (art. 6, 1°, derde lid).

In het voorontwerp is nog voorzien dat een provinciale raad ambtshalve de weglating van de naam van een arts kan uitspreken bij overlijden van de arts of wanneer hij in België geen bekende woon- of verblijfplaats meer heeft (art. 11, 1°, vierde lid). Hoewel de huidige wet de ambtshalve weglating bij overlijden of om een andere reden niet uitdrukkelijk voorziet, wordt die mogelijkheid in de praktijk toch aanvaard. Volgens de Nationale Raad van de orde der geneesheren zijn de uitdrukkelijk in de wet opgenomen gevallen van weglating slechts voorbeelden van een algemene regel i.v.m. de weglating. Die regel wordt afgeleid uit art. 20 K.B. 6 februari 1970, *B.S.*, 14 februari 1970, dat de provinciale raden opdraagt de lijst bij te houden. Op grond hiervan zou een provinciale raad ambtshalve kunnen overgaan tot weglating van de naam van een arts, b.v. bij overlijden, en, meer in het algemeen wanneer de inschrijving "niet meer gerechtvaardigd is" (zie de adviezen van de Nationale Raad, *T. Orde Gen.*, 1975-76, afl. 24, 59 en *T. Orde Gen.*, 1980-81, afl. 29, 27; contra deze oplossing, behalve bij overlijden, LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 63). Op de vraag van een provinciale raad of de naam van een arts die van ambtswege uit de bevolkingsregister werd geschrapt op de lijst van de orde mocht worden weggelaten antwoordde de Nationale Raad, met een beroep op art. 20 K.B. 6 februari 1970 dat de provinciale raden "de macht hebben om de naam van een arts van de lijst te schrappen (*sic*) indien zijn inschrijving niet langer gerechtvaardigd is" (*T. Orde Gen.*, 1976-77, afl. 25, 27). De Nationale Raad adviseerde de provinciale raden in een dergelijk geval de volgende procedure te volgen. Als wordt vastgesteld dat de inschrijving van een arts niet meer gerechtvaardigd is omdat hij bv. zijn voornaamste activiteit niet meer in de provincie heeft, dan kan de provinciale raad deze arts verzoeken zelf de weglating van zijn naam aan te vragen. Gaat hij daar niet op in, dan kan de raad een procedure starten die tot de weglating zal leiden van deze arts. Daarbij moet dezelfde procedure worden gevolgd als in tucht-

zaken. Maar het feit dat deze procedure wordt gevolgd heeft niet tot gevolg dat de weglating een sanctie is. "Het is een voorlopige maatregel, die verdwijnt met de oorzaak die ertoe aanleiding heeft gegeven" (*T. Orde Gen.*, 1974-75, afl. 24, 59. Zie ook het advies van de Nationale Raad i.v.m. de weglating van de naam van een arts die naar het buitenland vertrok, *T. Orde Gen.*, 1980-81, afl. 29, 27).

Wat reeds een praktijk blijkt te zijn wordt door art. 11, 1°, vierde lid voorontwerp wettelijk mogelijk gemaakt. Wel is het zo dat de ambtshalve weglating, behalve bij overlijden, door art. 11, 1°, vierde lid slechts mogelijk wordt gemaakt wanneer de arts in België geen bekende woon- of verblijfplaats meer heeft. De hypothese in het advies van de Nationale Raad (*T. Orde Gen.*, 1974-75, afl. 24, 59) betreft het geval dat een arts zijn voornaamste activiteit niet meer heeft in de provincie waar hij is ingeschreven en valt niet onder de in het voorontwerp voorziene ambtshalve weglating.

124 Het wordt aanvaard dat de tuchtrechtelijke overheid bevoegd blijft om na de weglating van de lijst een uitspraak te doen over tuchtrechtelijke vervolgingen wegens feiten gepleegd vóór de beslissing tot weglating (zie advies Nationale Raad, *T.Orde Gen.*, 1977-78, afl. 26, 45-47). Voor de rechtvaardiging van deze mogelijkheid wordt verwezen naar Cass., 9 februari 1891, *Pas.*, 1891, I, 72 en art. 461 Ger. W. De Nationale Raad vond dat het inzetten van een tuchtvervolging n a de weglating van belang kan zijn bij het beoordelen van een aanvraag tot (her)inschrijving uitgaande van deze arts (zie voor een concrete toepassing, de uitspraak van de provinciale Raad West-Vlaanderen, 31 december 1976, aangehaald door RASSON-ROLAND, A., "Les ordres et la vie privée des praticiens de l'art de guérir", *Ann. Dr. Louv.*, 1984, 326, noot 34). LOUVEAUX achtte de oplossing die door de Nationale Raad werd voorgesteld *de lege ferenda* interessant maar moeilijk toepasbaar (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 63).

Art. 11, 2°, c, laatste lid voorontwerp bevat een bepaling in die zin. De provinciale raden blijven bevoegd om uitspraak te doen over tuchtrechtelijke vervolgingen ingesteld op grond van feiten begaan vóór de beslissing waarbij de beklaagde arts, al dan niet op zijn verzoek, van de lijst werd weggelaten indien het onderzoek ten laatste 6 maanden na die beslissing werd ingesteld.

125 In het hierboven vermelde advies (nr. 124) van de Nationale Raad wordt ook de vraag behandeld of de weglating kan worden geweigerd, met name wanneer het verzoek uitgaat van een arts tegen wie reeds een tuchtrechtelijke vervolging werd ingesteld. Algemeen wordt aanvaard dat de weglating moet worden toegestaan omdat er geen wettekst bestaat die weigering of uitstel van weglating toelaat en voorts omdat het niet in het belang van de orde, noch in het algemeen belang is dat een arts die tuchtrechtelijk vervolgd wordt nog blijft ingeschreven (zie in dezelfde zin, LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 63 die er wel op wijst dat het uitstel van weglating in zekere zin wel mogelijk is, omdat de provinciale raad binnen 6 maanden op het verzoek moet antwoorden). Volgens de Nationale Raad dient de bevoegde provinciale raad te preciseren dat hij zich het recht voorbehoudt om naderhand uitspraak te doen over de tuchtrechtelijke vervolgingen die bij hem aanhangig zijn. De arts moet van dit voorbehoud op de hoogte worden gesteld op het ogenblik van de weglating. Toegepast op de arts die om zijn weglating verzoekt om te kunnen ontsnappen aan een nog niet ingestelde vervolging betekent dit advies dat deze weglating niet kan worden geweigerd. Niets staat echter volgens de Nationale Raad het instellen van een tuchtvervolging in de weg.

126 De vraag of een beroep bij de raad van beroep kan worden ingesteld tegen de beslissing van een provinciale raad tot weglating van de naam van een arts wordt niet eensgezind beantwoord.

Volgens LOUVEAUX is een beroep tegen de weglating als gevolg van de intrekking van het visum en tegen de weglating op verzoek van de betrokken arts niet mogelijk (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 63 *in fine*). LOUVEAUX lijkt te suggereren dat het hier niet gaat om voor beroep vatbare beslissingen van de provinciale raad. In het eerste geval voert de provinciale raad een definitief geworden maatregel van de provinciale geneeskundige commissie uit terwijl in het tweede geval slechts het recht van ieder arts zijn weglating te vragen wordt geëerbiedigd. Wat de weglating na intrekking van het visum aangaat, wordt LOUVEAUX door GEENS bijgetreden (GEENS, K., *a.w.*, nr. 627) en ook RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT zitten op deze golflengte (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 929 : de provinciale raad is ter zake onderworpen aan de beslissing van de provinciale geneeskundige commissie).

127 De mening van LOUVEAUX c.s. wordt evenwel tegengesproken door de toelichting bij het ontwerp 172 dat aan de basis heeft gelegen van het K.B. nr. 79. Volgens deze toelichting nemen de raden van beroep kennis van het beroep tegen de beslissingen betreffende de inschrijving op de lijst "ook die waarbij een geneesheer van de lijst wordt weggelaten. De taak van de raad van beroep is inzake weglating van de lijst beperkt tot het verbeteren van eventuele feitelijke vergissingen begaan door een provinciale raad, want de organen van de orde zijn gebonden door de beslissingen die ter zake door de provinciale geneeskundige commissie werden genomen" (*Gedr. St.*, Senaat, 1962-63, nr. 172, 14). Ook de wettekst zelf schraagt deze interpretatie. Art. 6, 1°, laatste lid noemt de maatregel tot weglating van de naam een "beslissing" terwijl op grond van art. 21 beroep mogelijk is "tegen de beslissingen door een provinciale raad gewezen". Hoger beroep staat open tegen alle beslissingen van de provinciale raden tenzij de wet bepaalt dat zij in laatste aanleg gewezen zijn. *Quod non* (Cass., 4 februari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 633; *Pas.*, 1975, I, 575; Cass., 5 januari 1989, *Arr. Cass.*, 1989, 535; *Pas.*, 1989, I, 481).

Uit een en ander kan worden besloten dat tegen een beslissing tot weglating wel beroep mogelijk is.

128 Ook tegen de ambtshalve weglating van de naam van de lijst wanneer een arts geen bekende woon- of verblijfplaats meer heeft in België is beroep mogelijk. Het gaat om een "beslissing" van een provinciale raad.

LOUVEAUX erkent die mogelijkheid. Weliswaar voorziet de wet niet in de ambtshalve weglating, maar de Nationale Raad adviseerde de provinciale raden de tuchtrechtelijke procedure toe te passen (zie boven, nr. 123). Dat brengt met zich dat een beroep tegen een beslissing van een provinciale raad mogelijk is, als ware het een beslissing in een tuchtzaak.

129 Zie voor de s t r a f s a n c t i e s ingeval de geneeskunde wordt uitgeoefend na weglating van de naam van de lijst, art. 31 Wet Orde Geneesheren.

§6. Behoud van de inschrijving onder beperkingen

130 Indien de bevoegde provinciale geneeskundige commissie of desgevallend de geneeskundige commissie van beroep beslist heeft en er de orde in ken-

nis van heeft gesteld dat aan een arts een beperking van de uitoefening van de geneeskunde moet worden opgelegd wegens lichamelijke of geestelijke gebreken, maakt de provinciale raad het behoud van de naam van de arts afhankelijk van de naleving van de opgelegde beperking (art. 6, 1°, tweede lid).

De vraag of beroep mogelijk is tegen deze beslissing van de provinciale raad kan op analoge wijze worden beantwoord als bij weglating. Het betreft hier een "beslissing" waartegen beroep openstaat bij de raad van beroep.

De provinciale geneeskundige commissie kan het behoud van het visum afhankelijk maken van aan een arts opgelegde beperkingen wanneer, op advies van artsen-deskundigen aangeduid door de Nationale Raad van de orde der geneesheren, vastgesteld wordt dat de betrokken arts niet meer voldoet aan de vereiste fysieke of psychische geschiktheden om, zonder risico's, de uitoefening van zijn beroep voort te zetten (art. 37, §1, 2°, b Wet Uitoefening Geneeskunst). Het opleggen van een dergelijke beperking aan de beroepsuitoefening is geen sanctie maar een maatregel die wordt uitgevaardigd om reden van verzoekers (*in casu* psychische) gesteldheid en van de risico's die deze gesteldheid voor zijn patiënten meebrengt (R.v.St., Limage, nr. 23.375, 17 juni 1983). De Wet Uitoefening Geneeskunst schrijft niet voor dat de beperkingen eerst door de betrokkene moeten worden aanvaard; integendeel dient de betrokkene de beperkingen in acht te nemen als hij zijn visum wil behouden (idem). Art. 11, 1°, derde lid voorontwerp bevat een identieke bepaling als art. 6, 1°, tweede lid Wet Orde Geneesheren. Het voorontwerp geeft aan de provinciale raden bovendien de bevoegdheid zgn. bewarende maatregelen te treffen wanneer de aan een arts ten laste gelegde feiten doen vermoeden dat de verdere uitoefening van zijn beroep de gezondheid van zijn patiënten of de volksgezondheid kan schaden. Zo kan deze arts worden verboden de geneeskunde uit te oefenen voor een periode die een maand niet mag overschrijden. Eventueel kan dit verbod met een nieuwe periode van maximum één maand worden verlengd. De beslissing van de provinciale raad is uitvoerbaar niettegenstaande het beroep dat ertegen kan worden aangetekend. Zie art. 19. voorontwerp.

HOOFDSTUK III

GEZAG EN RECHTSMACHT VAN DE ORDE

AFDELING I

ALGEMEEN

131 De arts die overeenkomstig art. 2 Wet Orde Geneesheren op de lijst van de orde is ingeschreven alsook de arts, onderdaan van een E.G.-lidstaat, die in een andere lidstaat dan België gevestigd blijft en die een dienstverrichting uitoefent in België, valt onder het "gezag" en de "rechtsmacht" van de orde der geneesheren, meer bepaald van de provinciale raad op wiens lijst die arts is ingeschreven of binnen wiens ambtsgebied de dienstverrichting gebeurt. T.o.v. de legerartsen worden het gezag en de rechtsmacht slechts uitgeoefend voor de bedrijvigheid waarvoor hun inschrijving op de lijst van de orde is vereist (zie boven, nr. 103) (art. 5, eerste lid).

132 Wat het gezag en de rechtsmacht van de provinciale raden juist inhoudt, wordt alsdusdanig niet in de wet omschreven. Die inhoud kan evenwel worden afgeleid uit de bevoegdheden van de provinciale raden, in het bijzonder het waken over het naleven van de regelen van de medische plichtenleer en over de handhaving van de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid en de waardigheid van de op de lijst ingeschreven artsen. Die bevoegdheid wordt in de volgende afdeling besproken. De overige bevoegdheden van de provinciale raden en van de andere organen van de orde der geneesheren alsook de samenstelling van deze organen worden in hoofdstuk IV van deze titel besproken.

AFDELING II

TOEZICHT OP DE NALEVING VAN DE REGELS VAN DE MEDISCHE PLICHTENLEER

§1. Algemene omschrijving van de tuchtrechtelijke opdracht

133 De provinciale raden zijn bevoegd om te waken over het naleven van de regels van de medische plichtenleer en over de handhaving van de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid en de waardigheid van de artsen die onder hun gezag en rechtsmacht vallen (art. 6, 2° Wet Orde Geneesheren).

De in art. 6, 2° vermelde beginselen treft men ook aan in art. 15, §1 waar de Code van medische plichtenleer wordt omschreven. Het is GEENS opgevallen dat er "zo weinig correlatie of althans zoveel verwarring vast te stellen is bij vergelijking tussen art. 15, §1 en art. 6, 2°". De "toewijding" en de "zedelijkheid" worden vermeld in art. 15, §1, niet in art. 6, 2°. Allicht vallen ook zij onder de regels van de medische plichtenleer waarover de provinciale raden dienen te waken (GEENS, K., *a.w.*, nr. 675; zie ook DIERKENS, R., *a.w.*, 331; SCHUTYSER, K., "De orde der geneesheren en de ziekenhuizen", *Hospitalia*, 1974, 188).

Art. 11, 2°, eerste lid voorontwerp verklaart de provinciale raden bevoegd toe te zien op de naleving van de regels van de plichtenleer zoals ze met name zijn geformuleerd in de Code van medische plichtenleer, zoals bepaald in art. 16, §1. Hier is van een incongruentie geen sprake meer. Wel rijst de vraag of deze formulering betekent dat de toezichtsopdracht beperkt is tot de regels vervat in de Code van medische plichtenleer (zie verder, nr. 145).

134 Om deze toezichthoudende opdracht te vervullen zijn de provinciale raden belast met het treffen van tuchtmaatregelen wegens fouten die artsen in de uitoefening van hun beroep of naar aanleiding ervan begaan, alsook wegens zware fouten bedreven buiten de beroepsbedrijvigheid, wanneer die fouten de eer of de waardigheid van het beroep kunnen aantasten (art. 6, 2°). Over de juiste interpretatie van deze bepaling bestaat geen eensgezindheid (GEENS, K., *a.w.*, nr. 675).

135 Een eerste moeilijkheid betreft de interpretatie van "fouten" en met name de al dan niet technische betekenis die daaraan wordt gegeven. Er bestaat eensgezindheid over dat "fout" meer betekent dan enkel een technische fout of een beroepsfout (GEENS, K., *a.w.*, nr. 675; NYS, H., "Tuchtrecht voor geneesheren : overbodig? overnodig?", *Vl. T. Gez.*, 1981-82, 12-13). Wel kan men zich afvragen of een beroepsfout die niet de eer en de waardigheid van het beroep aantast doordat er b.v. geen enkele ruchtbaarheid aan wordt gegeven, wel als een fout kan worden beschouwd (zie verder, nr. 136). Hoe dan ook is de term "fout" op zijn minst slecht gekozen.

Art. 11, 2°, c, eerste lid Voorontwerp gebruikt niet meer de term "fouten" maar wel "tekortkomingen en misbruiken bij of ter gelegenheid van de uitoefening van hun beroep".

136 Een tweede interpretatieprobleem is of de slotzin van art. 6, 2° enkel slaat op de zware fouten bedreven buiten de beroepsbedrijvigheid of op al wat voorafgaat.

Zelf verdedigde ik de opvatting dat de eer en de waardigheid slaat op het geheel van de in art. 6, 2° vermelde fouten op basis van de volgende redenering (NYS, H., "Tuchtrecht voor geneesheren", *a.w.*, 12). In de Wet Orde Geneesheren van 25 juli 1938 kwam het foutbegrip niet voor. De raden van de orde waren "gelast de regelen van de geneeskundige plichtenleer, de eer, de kiesheid en de waardigheid van de leden van de orde te handhaven in de uitoefening of naar aanleiding van de uitoefening van hun beroep" (art. 4 Wet 25 juli 1938). Art. 6, 2° K.B. nr. 79 introduceerde het foutbegrip zowel in, bij gelegenheid van, als buiten de beroepssfeer. Art. 4 Wet 25 juli 1938 had enkel betrekking op de zgn. deontologische fout, d.i. de gedraging die werd omschreven als in strijd met de eer en de waardigheid, en niet de technische beroepsfout alszodanig. Nergens zijn aanduidingen te vinden dat het K.B. nr. 79 heeft beoogd een verschuiving door te voeren van de deontologische fout die de eer en de waardigheid in het gedrang brengt naar de technische be-

roepsfout. Vandaar het besluit dat "fout en zware fout in art. 6, 2° K.B. nr. 79 inhoudelijk eenzelfde betekenis hebben, nl. het schenden van de eer en de waardigheid". Andere auteurs geven de indruk dat zij de toevoeging enkel betrokken achten op de zware fout buiten de beroepssfeer (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 932). De opvatting van DIERKENS is op dit punt niet uitgesproken maar er zijn aanwijzingen dat ook hij de eer en de waardigheid betrekt op het geheel van art. 6, 2° (DIERKENS, R., *a.w.*, 332, waar in het algemeen wordt gesteld dat de orde geen sanctie kan treffen indien niet de waardigheid van het beroep in het gedrang werd gebracht).

GEENS heeft in zijn proefschrift mijn opvatting verworpen vanuit de "systematische uitleggingsmethode" (GEENS, K., *a.w.*, nr. 675-677). "Het zou volstrekt onlogisch zijn, aldus GEENS, dat de wetgever zowel in de aanhef van art. 6, 2° als in art. 15, §1 de orde zou belast hebben met het vaststellen en sanctioneren van de regelen van de medische plichtenleer die hun grondslag moeten vinden in 6 of 4 beginselen, nl. eer, bescheidenheid, eerlijkheid, waardigheid, zedelijkheid en toewijding, terwijl anderzijds de sanctioneringsbevoegdheid van de orde zou beperkt worden tot inbreuken op de 2 beginselen die het meest aan de oppervlakte blijven, met name de eer en de waardigheid". Het belangrijkste praktische besluit dat hieruit voortvloeit betreft de technische fouten die uiteraard fouten zijn begaan in de uitoefening van het beroep. "Het is onjuist te beweren dat zij slechts tot tuchtmaatregelen kunnen leiden wanneer ze de eer en de waardigheid van het beroep in gevaar brengen, b.v. ingevolge het strafrechtelijk of burgerlijk aansprakelijkheidsproces dat n.a.v. de technische fout gevoerd werd. Daarentegen is de toevoeging "eer en waardigheid" wel relevant voor de zware fouten buiten de beroepssfeer : zware fouten in het privé-leven verdienen slechts te worden bestraft zo zij de eer en de waardigheid in het gedrang (kunnen) brengen.

137 Met deze laatste opmerking kan men zonder moeite instemmen. Dat beroepsfouten die op geen enkele wijze de eer en de waardigheid van het beroep in het gedrang brengen, kunnen beteugeld worden is een opvatting die moeilijker kan worden aanvaard. Wellicht is het juist dat louter taalkundig bekeken de toevoeging waarin wordt verwezen naar de eer en de waardigheid slechts betrekking heeft op de zware fouten buiten de beroepssfeer. Maar zoals GEENS zelf opmerkt worden de raden van de orde er mee belast de regelen van de medische plichtenleer te handhaven. Die regelen vinden hun grondslag in een aantal beginselen waaronder de eer en de waardigheid. Het is moeilijk aan te nemen dat bij het toepassen van tuchtmaatregelen wegens fouten in of bij gelegenheid van de beroepsuitoefening deze beginselen niet meer als ultieme toetssteen gelden.

138 Fouten bedreven buiten de beroepsbedrijvigheid zijn slechts strafbaar voor zover zij "zwaar" zijn en zij de eer en de waardigheid van het beroep kunnen aantasten. De zwaarte moet door de provinciale raad worden aangetoond. Uit het arrest van het Hof van Cassatie van 13 februari 1975 kan men afleiden dat het onderscheid tussen een fout buiten de beroepsbedrijvigheid en een fout bij of ter gelegenheid van de uitoefening van het beroep minder vanzelfsprekend is dan men geneigd is aan te nemen op grond van het gewone taalgebruik. Het Hof noemde wettig de beslissing die een tuchtstraf oplegt aan een arts wegens fouten die verband houden met de beroepsuitoefening, nl. deelname aan een betoging voor de liberalisering van zwangerschapsafbreking, zonder zich uit te spreken over de ernst ervan. Dit is enkel vereist voor fouten begaan buiten de beroepsuitoefening (Cass., 13 februari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 658; *Pas.*, 1975, I, 598). Terecht meent RASSON-ROLAND dat een

dergelijke interpretatie van fouten in of ter gelegenheid van de beroepsuitoefening de grondwettelijke vrijheden van artsen in het gedrang brengt (RASSON-ROLAND, A., "Les ordres et la vie privée des praticiens de l'art de guérir", *Ann. Dr. Louv.*, 1984, 332-333).

Het voorontwerp bevat een aantal op het eerste gezicht belangrijke wijzigingen in de omschrijving van de toezichthoudende opdracht van de provinciale raden. Er werd reeds gewezen op de nadrukkelijke band die wordt gelegd met de Code van medische plichtenleer, waarover verder nr. 145. Teneinde dit toezicht uit te oefenen zijn de provinciale raden niet enkel, zoals nu, belast met het treffen van tuchtmaatregelen (art. 11, 2°, c) maar ook de adviserende opdracht wordt uitdrukkelijk gekoppeld aan de toezichthoudende opdracht (art. 11, 2°, a) evenals de nieuwe bemiddelingsopdracht tussen artsen en derden (art. 11, 2°, b).

De meest belangrijke wijziging lijkt de wijze waarop de opdracht om tuchtmaatregelen te treffen is geformuleerd, nl. het tuchtrechtelijk bestraffen van "de tekortkomingen en misbruiken van artsen bij of ter gelegenheid van de uitoefening van hun beroep of zware fouten buiten de beroepssfeer, wanneer die het vertrouwen in de betrokken arts ernstig schokken". De "eer en de waardigheid van het beroep" wordt aldus als ultieme toetssteen vervangen door "het vertrouwen in de betrokken arts".

In de Memorie van toelichting bij het voorontwerp wordt in dit verband de volgende informatie gegeven. Een van de "krachtlijnen" van het ontwerp is de "actualisering van de begrippen waar de orde naar verwijst". "De orde had onder meer tot opdracht te waken over het naleven van de eer en de waardigheid van het b e r o e p . Dit corporatistische en enigszins verouderde aspect zal worden aangepast om meer in overeenstemming te komen met het gezondheidsstelsel dat zich in België heeft ontwikkeld. Dit komt er uiteindelijk op neer dat erop zal moeten worden toegezien dat er kwalitatief hoogstaande geneeskunde in stand kan worden gehouden of bevorderd in het belang van de patiënt en rekening houdend met de middelen die haar door de gemeenschap ter beschikking worden gesteld. Dat veronderstelt vanwege de artsen niet alleen toewijding, beroepsbekwaamheid, tact en integriteit, doch tevens gematigdheid in een geest van verantwoordelijke solidariteit, de grondslag van elk sociaal zekerheidsstelsel. De orde heeft tot taak bij voorrang deze eigentijdse sociale en gezondheidsmoraal te bevorderen en indien zij niet wordt nageleefd - en alleen in dit geval - de tuchtmaatregelen te nemen om deze moraal collectief te vrijwaren. Die "actualisering" stelt men ook vast in de toelichting die wordt gegeven bij de inhoud van de Code van medische plichtenleer. "De inhoud van de medische plichtenleer werd bijgewerkt teneinde rekening te houden met de huidige maatschappelijke eisen. Met name wordt de nadruk gelegd op de voortaan onontbeerlijke bijdrage die de geneesheren dienen te leveren aan de ontwikkeling, in het belang van de patiënt, van een kwalitatief hoogstaande geneeskunde, rekening houdend met de middelen die hun door de gemeenschap ter beschikking worden gesteld. Boven waarden zoals eer en waardigheid van het m e d i s c h c o r p s lijken noties als beroepseer, discretie, gematigdheid (ook wat de honoraria betreft), plichtsbetrachting en competentie v a n e l k g e n e e s h e e r te moeten worden verkozen.

Deze eisen die aan elke geneesheer worden gesteld zijn het logische gevolg van de noodzakelijke vertrouwensrelatie die er met de bevolking moet bestaan. Ze zijn ook de vertaling van het idee dat we in ons land van de geneeskunde hebben : de geneeskunde moet een niet-commercieel beroep blijven en ten dienste staan van de gemeenschap" (Memorie van toelichting, blz. 23 en 24).

Daar waar de inhoudelijke invulling van de eer en de waardigheid door de beroepsgroep zelf gebeurt, is de "publieke opinie" maatgevend voor het vertrouwen dat in een arts kan worden gesteld. Volgens de artikelsgewijze toelichting bij art. 11 lijkt de voorwaarde van het vertrouwen in de arts, voorwaarde "die verwijst naar de door de publieke opinie aanvaarde zeden en ideëen en bijgevolg een voor evolutie vatbaar democratisch concept, te verkiezen boven de inoverwegingneming van enkel de mening van de meerderheid der geneesheren; dit laatste zou de vrees kunnen doen ontstaan voor een te corporatistische opvatting of aanleiding kunnen geven tot buitensporige straffen ten nadele van geneesheren die minderheidstendensen vertegenwoordigen binnen hun beroep".

§2. Nadere omschrijving van de tuchtrechtelijke opdracht

139 In deze paragraaf wordt de bevoegdheid van de provinciale raden om te waken over de naleving van de regels van de medische plichtenleer nader onderzocht. Meer bepaald wordt nagegaan op welke regels de provinciale raden en, in beroep, de raden van beroep steunen bij het nemen van tuchtmaatregelen. Nog anders uitgedrukt wordt in deze paragraaf gezocht naar de bronnen van het medisch tuchtrecht.

A. CODE VAN MEDISCHE PLICHTENLEER

140 De Nationale Raad van de orde der geneesheren is ermee belast de algemene beginselen en de regels vast te stellen betreffende de zedelijkheid, de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid, de waardigheid en de toewijding die onontbeerlijk zijn voor de uitoefening van het beroep. Deze beginselen en regelen vormen de Code van medische plichtenleer (art. 15, §1, eerste lid).

Op 19 november 1975 overhandigde het toenmalige bureau van de nationale raad officieel de Code van geneeskundige plichtenleer aan de minister van volksgezondheid (zie *T. Orde Gen.*, 1975-76, afl. 24, 3). Dit document wordt ten onrechte wel eens als "ontwerp"-code gekwalificeerd (zie hierover, NYS, H., "Opmerkingen over het bindend karakter van de code van medische plichtenleer en onkostenvergoedingen voor ziekenhuisgeneesheren", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 37; Cass., 17 maart 1978, *R.D.P.*, 1982, 899, noot LOUVEAUX, C.). Wellicht gebeurt dit omdat deze code tot nu toe door de Koning niet bindend werd verklaard (zie verder, nr. 142). Toch is dit document geen ontwerp of voorstel meer, maar de code zelf. Tot op heden werden aan de code twee wijzigingen aangebracht, nl. in art. 54 m.b.t. sterilisaties en in hoofdstuk II van titel V m.b.t. vennootschappen.

Art. 16, §1, eerste lid voorontwerp behoudt de bevoegdheid van de Nationale Raad, maar formuleert de inhoud ervan anders, nl. principes en regels die artsen bij de uitoefening van hun beroep dienen na te leven om bij te dragen tot het behoud of het bereiken van een kwalitatief hoogstaande geneeskunde in het belang van de patiënten en rekening houdend met de door de gemeenschap ter beschikking gestelde middelen.

141 De code bevat inzonderheid regels betreffende de continuïteit van de hulpverlening, met inbegrip van het inrichten van een wachtdienst, het beroepsgeheim, het doorgeven van bescheiden of medische inlichtingen aan confraters, meer bepaald in het kader van de uitoefening van de preventieve geneeskunde alsmede betreffende de individuele betrekkingen tussen de arts enerzijds, de zieken, collega's, tandartsen, apothekers en paramedici anderzijds. In de code worden de beginselen geformuleerd op grond waarvan de sociale verplichtingen van de arts worden vastgesteld. Als daartoe redenen zijn kan de code de bedingen aanwijzen die, wegens hun onverenigbaarheid met de beginselen van de plichtenleer en inzonderheid met de therapeutische vrijheid van de arts, verboden zijn in de overeenkomsten die artsen sluiten betreffende de uitoefening van hun beroep (art. 15, §1, derde, vierde en vijfde lid).

Met uitzondering van de laatste bepaling die werd geschrapt, bevat art. 16, §1 voorontwerp een gelijkaardige bepaling.

142 De Koning kan, bij een in ministerraad overlegd besluit, bindende kracht verlenen aan de Code van medische plichtenleer en aan de aanpassingen die door de Nationale Raad zouden gedaan worden (art. 15, §1, tweede lid). Volgens LOUVEAUX kan de bindendverklaring slaan op alle bepalingen van de code, of op sommige bepalingen daarvan (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 43). Tot nu toe heeft de Koning deze bevoegdheid niet gebruikt.

Daarvoor kunnen meerdere redenen worden aangewezen. Art. 86 van de code bevat een bepaling die het uitvoeren van een zwangerschapsafbreking overlaat aan het oordeel van artsen. Tot vóór de Wet van 3 april 1990 was deze bepaling in strijd met de Strafwet. Volgens HOUBEN is dat "inzonderheid" de reden waarom de code niet werd bindend verklaard (HOUBEN, R., "De ethische problemen in het medisch ingrijpen", *Vl. T. Gez.*, 1980-81, afl. 1, 24). Voorts drong de Nationale Raad van de orde zelf in het geheel niet aan op deze bindendverklaring omdat zij voor een daadwerkelijke uitvoering van de tuchtrechtelijke opdracht helemaal niet vereist is. Zoals in nr. 145 wordt uiteengezet hebben de provinciale raden de code niet nodig om hun toezichthoudende opdracht uit te voeren. Wel hield de toen pas benoemde Nederlandstalige ondervoorzitter van de Nationale Raad in 1988 een opgemerkt pleidooi voor de bindendverklaring van de code. Dat deze code "geen kracht van wet" had, noemde hij "de zwakke schakel in een effectief deontologisch werk" (DEBERDT, R., *T. Orde Gen.*, 1988, afl. 42, 9).

143 Vermits tot nu toe de Code van medische plichtenleer niet bindend werd verklaard, zijn de bepalingen ervan niet van kracht en mogen zij door de provinciale raden van de orde der geneesheren niet worden toegepast (Cass., 29 april 1983, *Arr. Cass.*, 1983, 1073; *Pas.*, 1983, I, 978; *R.W.*, 1983-84, 1299; *J.T.*, 1984, 299; *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 244, noot NYS, H.; Cass., 3 februari 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 746; *Pas.*, 1986, I, 654). De niet bindendverklaarde bepalingen van de code kunnen geen rechtsgevolgen hebben (R.v.St., Peers, nr. 16.205, 18 januari 1974; in dezelfde zin voor de orde der apothekers, R.v.St., Vereniging der coöperatieve apothekers van België, nr. 23.811, 16 december 1983). (*Anders*, Rb. Brugge, 14 maart 1983, *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 30, noot NYS, H : de bepalingen van de code zijn bindend voor alle geneesheren, alhoewel er tot op heden geen K.B. werd uitgevaardigd ter bekrachtiging ervan; Vred. Antwerpen, 3 juni 1986, *R.W.*, 1986-87, 963, noot CAEYERS-DEHONDT, A.M. : het feit dat de Code van medische plichtenleer niet bij K.B. verbindend is verklaard, doet *in se* niets af aan de principiële toepasbaarheid ervan).

144 Dat de bepalingen van de Code van medische plichtenleer niet kunnen worden toegepast en afgedwongen nu zij rechtens niet van kracht zijn (GEENS, K., *a.w.*, nr. 697) betekent niet dat deze code voor de tuchtrechtelijke opdracht van de provinciale raden in feite zonder betekenis zou zijn. Dat aan de code geen bindende kracht werd verleend, verhindert volgens het Hof van Cassatie niet dat een raad van de orde de bepalingen ervan citeert en ze beschouwt als regels van medische deontologie (Cass., 17 maart 1978, *R.D.P.*, 1982, 899, noot LOUVEAUX). Voorts achtte het Hof van Cassatie het noch dubbelzinnig noch tegenstrijdig vast te stellen dat de code geen bindende kracht heeft maar dat de regel welke erin vervat ligt een deontologische regel

is die alszodanig geldt voor *in casu* artsen die een therapeutische zwangerschapsafbreking uitvoeren (Cass., 19 juni 1980, *Arr. Cass.*, 1980, 1309; *Pas.*, 1980, I, 1290; *Vl. T. Gez.*, 1981-82, 116). In een ander arrest oordeelde het Hof van Cassatie dat de raad van beroep een tuchtstraf kan opleggen aan een arts wanneer deze het beroepsgeheim heeft geschonden, zelfs al verwijst die beslissing bovendien naar de Code van medische plichtenleer, waaraan de Koning geen verbindende kracht heeft verleend (Cass., 19 mei 1988, *Arr. Cass.*, 1988, 1235; *Pas.*, 1988, I, 1147; *R.W.*, 1988-89, 645).

Men kan hieruit als regel afleiden dat de raden van de orde de bepalingen van de code niet mogen toepassen maar dat het hen niet is verboden in hun beslissingen bepalingen uit de code te citeren of daarnaar te verwijzen (NYS, H., "Het bindend karakter van de bepalingen van de Code voor medische plichtenleer : een ommekeer in de cassatie-rechtspraak?", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 225; VAN LIL, M., "De bindende kracht van de code van geneeskundige plichtenleer. Evolutie van de cassatierechtspraak sinds 1975", *T. Orde Gen.*, 1987, afl. 38, 57).

In verband met deze problematiek citeert de Raad van State in het advies over het voorontwerp ook Cass., 26 september 1986. Volgens de Raad heeft het Hof van Cassatie hierin beslist "dat wanneer de (Nationale) Raad bepaalde ongeschreven regels op schrift heeft gesteld, zonder dat die door de Koning bekrachtigd werden, dit nog niet betekent dat de erin vervatte principes zelf niet dienen te worden nageleefd". Dit citaat is evenwel afkomstig uit de bestreden beslissing van de raad van beroep en niets wijst erop dat het Hof van Cassatie deze beslissing tot de zijne heeft gemaakt (Cass., 26 september 1986, *Arr. Cass.*, 1987, 121; *Pas.*, 1987, I, 114; *R.W.*, 1986-87, 1967). Uit deze en andere rechtspraak besluit de Raad dan : "dat de voorschriften van een door de Nationale Raad vastgestelde maar door de Koning nog niet verbindend verklaarde code enkel de waarde van een leidraad hebben waaraan de geneesheren en de tuchtoverheden zich in beginsel te houden hebben maar waarvan wegens bijzondere redenen eigen aan een concrete situatie kan worden afgeweken". Dit besluit, dat klaarblijkelijk steunt op een verkeerde lezing van het cassatiearrest van 26 september 1986, houdt in dat, behoudens uitzonderingen, de code bindend is voor artsen en tuchtoverheden. Dit is in strijd met de in nr. 143 geciteerde rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State.

145 Dit gebrek aan toepasbaarheid of afdwingbaarheid van de niet bindend verklaarde Code van medische deontologie verliest veel aan juridisch en praktisch belang omwille van de niet inroepbaarheid van het beginsel "*nullum crimen sine lege*" in (medische) tuchtzaken (GEENS, K., *a.w.*, nr. 698). Het begrip "strafbaar feit" in art. 7 E.V.R.M. omvat niet de inbreuken in tuchtzaken (Cass., 12 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1081; *Pas.*, 1975, I, 978). Bovendien wordt in art. 6, 2° Wet Orde Geneesheren niet verwezen naar de Code van medische plichtenleer maar krijgen de provinciale raden een zeer ruim geformuleerde bevoegdheid, nl. te waken over het naleven van de regels van de medische plichtenleer. Hieruit leidt het Hof van Cassatie af dat de bevoegdheid van de provinciale raden niet beperkt is tot de enkele tekortkomingen in de door de nationale raad vastgestelde regels m.a.w. de code (Cass., 9 maart 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 658; *Pas.*, 1971, I, 623). Die opvatting vindt men ook terug in de Memorie van toelichting bij het ontwerp 172. De regels van medi-

sche plichtenleer waarvan sprake in art. 6, tweede lid reiken verder dan die welke zullen worden vastgesteld in de Code van medische plichtenleer, doordat zij kunnen berusten op sommige niet gecodificeerde gebruiken (*Gedr. St.*, Senaat 1962-63, nr. 172, 11). Evenmin wordt aan de algemene bevoegdheid van de raden van de orde tot het treffen van tuchtmaatregelen - telkens als regels van de medische plichtenleer worden overtreden - afbreuk gedaan door art. 38, §3 Wet Uitoefening Geneeskunst dat aan die raden de bevoegdheid verleent om, in afwachting van de inwerkingtreding van de code, in geval van niet-naleven van de in die bepaling vermelde voorschriften, op hun leden tuchtmaatregelen toe te passen (Cass., 26 september 1986, *Arr. Cass.*, 1987, 121; *Pas.*, 1987, I, 114; *R.W.*, 1986-87, 1967). Zie ook nog Cass., 19 mei 1988 : de regels van de plichtenleer van alle vrije beroepen bestaan ongeacht of zij in een formele tekst zijn neergelegd (*Arr. Cass.*, 1988, 1235; *Pas.*, 1988, I, 1147; *R.W.*, 1988-89, 645). Zie in dit verband ook nog LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 80; MEEUS, A., "Jurisdictionele aspecten van de opdracht van de raden van de orde van geneesheren", *Nationale Raad Orde Geneesheren, Plenaire vergadering van de raden van de orde van de geneesheren*, Brussel, 1978, 56-57, RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 962; *anders*, SCHUTYSER, K., *a.w.*, 187 die voorhoudt dat zolang geen bindend verklaarde code bestaat, er een "vacuum" is. Zie evenwel voor een nuancering, SCHUTYSER, K., noot onder Cass., 25 april 1975, *R.W.*, 1975-76, 299). Zie over deze problematiek in het algemeen ook HANNEQUART, Y, "Les normes déontologiques et leurs caractères spécifiques", in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Brussel, Bruylant, 1985.

De niet-gelding van het beginsel "g e e n m i s d r i j f z o n d e r w e t" mag niet verkeerd worden begrepen. Door DE DOELDER is er op gewezen dat in het legaliteitsbeginsel twee aspecten kunnen worden onderscheiden, nl. de gelding van een norm en het gecodificeerd zijn van die norm. Meestal denkt men slechts aan het tweede aspect. Volgens deze auteur zijn voor het strafrecht beide aspecten van het beginsel van belang terwijl "voor het tuchtrecht wel degelijk de geldingseis geldt". Ook in het tuchtrecht geldt dus dat men slechts op grond van een geldende, al dan niet verwoorde, regel mag worden veroordeeld (DE DOELDER, H., *Terrein en beginselen van tuchtrecht*, Alphen aan de Rijn, Tjeenk Willink, 1981, 83). Dit onderscheid tussen beide aspecten van het legaliteitsbeginsel treft men ook aan bij GEENS. Die heeft het over het zgn. bewijscriterium d.w.z. dat de inbreuk moet kunnen worden vastgesteld door derden wat overeenstemt met de geldingseis van DE DOELDER, en het interpretatiecriterium, d.w.z. de verwoording of de codificatie van de regel (GEENS, K., *a.w.*, nr. 557). Hier gaat het over het tweede aspect van het legaliteitsbeginsel, nl. de verwoording of de codificatie van de regel. Op de vraag of de provinciale raden gebonden zijn aan de geldingseis wordt later ingegaan. Een andere reden om de niet-gelding van het legaliteitsbeginsel te relativeren vindt men bij GEENS. Hij wijst erop dat de niet-gelding van het legaliteitsbeginsel wel eens kan te maken hebben met de "historische achterstand en dus lagere ontwikkelingsgraad van het tuchtrecht" en daarom veeleer een "accidenteel kenmerk van het disciplinair recht" is dan een structureel (GEENS, K., *a.w.*, nr. 559).

Een, op het eerste gezicht, belangrijke nieuwigheid in art. 11, 2° Voorontwerp is de uitdrukkelijke verwijzing in lid 1 naar de Code van medische plichtenleer. Uit deze verwijzing zou nl. kunnen worden afgeleid dat de opdracht van de provinciale raden om tuchtsancties op te leggen beperkt is tot tekortkomingen, misbruiken en zware fouten die alszodanig in de Code van medische plichtenleer zijn omschreven. De tuchtrechtelijke opdracht is namelijk doelgebonden : "te dien einde". Het doel is : toe te zien op de naleving van de regels van de medische plichtenleer zoals ze

in de code zijn geformuleerd. Daardoor zou het "*nullum crimen sine lege*" beginsel of legaliteitsbeginsel ook in het medisch tuchtrecht gelden. Alleen reeds het feit dat de tuchtrechtelijke opdracht van de provinciale raden ook de zware fouten begaan buiten de beroepssfeer betreft, wijst erop dat het niet de bedoeling kan zijn de tuchtrechtelijke opdracht te beperken tot de toepassing van de Code van medische plichtenleer.

146 Over de gevolgen van de bindendverklaring door de Koning van de bepalingen van de Code van medische deontologie lopen de meningen uit elkaar. Volgens sommigen wordt de Code van medische plichtenleer door de bindendverklaring bij K.B. "een materieelrechtelijke tekst die ook voor derden verbindend is" (in deze zin VERBIEST, D., *a.w.*, 214). Daartegenover staat de opvatting die de gevolgen van de bindendverklaring beperkt tot de artsen die zijn ingeschreven op de lijst. De bindendverklaring zal slechts effect hebben voor de leden van de orde : door derden zal de code niet moeten worden gerespecteerd (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 43, in dezelfde zin RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 962; SCHUTYSER, K., *a.w.*, 1974, 187). De tweede opvatting vindt steun in de Memorie van toelichting bij het ontwerp 172 : de code dient door de uitvoerende macht verplicht gemaakt te worden "voor al de op de lijst van de Orde ingeschreven geneesheren" (*Gedr. St.*, Senaat, 1962-1963, nr. 172, 5).

147 De bindendverklaring van de code zal niet alleen gevolgen hebben t.a.v. de artsen, maar ook voor de provinciale raden. Volgens LOUVEAUX zal door de bindendverklaring de appreciatievrijheid van de provinciale raden en desgevallend de raden van beroep inzake het al dan niet overeenstemmen van bepaalde gedragingen met de medische deontologie minder groot zijn. Gedragingen die in de code als ondeontologisch worden beschouwd zullen moeten worden gesanctioneerd als ze bewezen zijn. De beoordelingsvrijheid slaat dan nog slechts op de pertinentie van het bewijs en de zwaarte van de sanctie (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 43; in dezelfde zin RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 962).

Voor de aangelegenheden welke niet zijn geregeld in de code, behouden de provinciale raden echter hun beoordelingsvrijheid (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 43).

B. WETTELIJK OMSCHREVEN TUCHTMISDRIJVEN

148 In de Wet Uitoefening Geneeskunst worden een aantal verplichtingen geformuleerd waarvan de niet-naleving door de wetgever zelf met een tuchtsanctie strafbaar wordt gesteld.

Dit is het geval voor de continuïteitsverplichting (art. 8), het misbruik van de diagnostische en therapeutische vrijheid (art. 11), het meedelen van inlichtingen van geneeskundige aard aan collega's, op verzoek of met akkoord van de patiënt (art. 13); het meedelen van de resultaten van preventief-geneeskundig onderzoek aan de behandelend arts (art. 14); de ongeoorloofde honoriumverdeling (art. 18 j°, art. 38, §3, d Wet Uitoefening Geneeskunst). Art. 38,

§3 dat bepaalt dat de raden van de orde bevoegd zijn om, in afwachting van de inwerkingtreding van de Code van medische plichtenleer, in geval van niet-naleving van de hiervoor vermelde voorschriften, op hun leden tuchtmaatregelen toe te passen doet geen afbreuk aan de algemene bevoegdheid van die raden tot het treffen van tuchtmaatregelen telkens als andere regels van de medische plichtenleer worden overtreden (Cass., 26 september 1986, *Arr. Cass.*, 1987, 121; *Pas.*, 1987, I, 114; *R.W.*, 1986-87, 1967). Ook het niet betalen van de bijdrage wordt uitdrukkelijk als een tuchtmisdrijf bepaald (art. 18 Wet Orde Geneesheren).

Het voorontwerp neemt deze bepaling niet over. Het niet betalen van de bijdragen zal derhalve geen reden meer zijn om een arts een tuchtstraf op te leggen.

149 De beoordelingsvrijheid van de raden van de orde is beperkt wanneer vaststaat dat een wettelijk bepaald tuchtmisdrijf werd gepleegd (zie boven, nr. 147 : de beoordelingsvrijheid ingeval van overtreding van een bindend verklaarde bepaling in de Code van medische plichtenleer).

C. NORMERENDE BEVOEGDHEID VAN DE PROCINCIALE RADEN

150 De Wet Orde Geneesheren kent aan de provinciale raden geen bevoegdheid toe om zelf deontologische regels te stellen. Zowel het Hof van Cassatie als de Raad van State hebben zich in die zin uitgesproken.

Een arts die zowel door de provinciale raad als de raad van beroep was verplicht een einde te maken aan de spreiding van zijn medische activiteit over meerdere praktijken, beriep zich op de schending van het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten, met toepassing waarvan hetzelfde orgaan niet tegelijk regelgevend en rechtsprekend mag optreden. Hij bracht naar voor dat inzake de spreiding van de activiteiten over meerdere praktijken, de raden van de orde terzelfdertijd bepalen wat tot de medische plichtenleer behoort en maatregelen treffen tot sanctionering van deze plichten. Het Hof van Cassatie wees dit middel af : door te oordelen dat de maatregel tot beperking van de medische activiteit verantwoord is teneinde te voorkomen dat een regel van de medische plichtenleer die de continuïteit van de verzorging waarborgt, zou worden overtreden roept de raad van beroep deze regel niet in het leven maar erkent hem alleen als bestaande en waakt ervoor dat hij in een bepaald geval wordt nageleefd (Cass., 26 september 1986, *Arr. Cass.*, 1987, 121; *Pas.*, 1987, I, 114; *R.W.*, 1986-87, 1967).

Men zou kunnen opmerken dat het onderscheid tussen in het leven roepen van een regel en als bestaand erkennen van een (ongeschreven) regel niet groot is. Dat mag in het algemeen juist zijn, maar *in casu* gaat deze kritiek niet op. De continuïteitsverplichting is nl. een door de wetgever erkende verplichting (zie boven, nr. 148) zodat een provinciale raad moeiteloos die regel als bestaand kan erkennen. Een gelijkaardige opmerking kan worden gemaakt bij Cass., 19 mei 1988. Daarin keurde het Hof van Cassatie een uitspraak goed van een raad van beroep die een tuchtstraf oplegde aan een arts wegens schending van het medisch beroepsgeheim. In die beslissing werd verwezen naar enige artikelen uit de Code van medische plichtenleer, hoewel deze niet algemeen bindend is verklaard. Ook in dit geval kon de beslissing staande worden gehouden omdat het beroepsgeheim een wettelijk opgelegde verplichting is (art. 458 Sw.) (Cass., 19 mei 1988, *Arr. Cass.*, 1988, 1235; *Pas.*, 1988, I, 1147; *R.W.*, 1988-89, 645).

De Raad van State vernietigde de beslissing van de voorzitter en de secretaris van de provinciale raad van de orde der apothekers van Oost-Vlaanderen, genomen namens deze raad, om op zaterdagvoormiddag de apotheken in "Groot-Gent" te sluiten. Volgens de Raad van State is een der-

gelijke beslissing "een maatregel van normatieve of regelende aard", terwijl art. 6 K.B. nr. 80 dat de bevoegdheid regelt van de provinciale raden van de orde der apothekers aan deze raden geen normatieve of regelende bevoegdheid heeft toebedeeld (R.v.St., De Block-Bury, nr. 20.831, 19 december 1980). Vermits art. 6 K.B. nr. 80 en art. 6 K.B. nr. 79 gelijkluidende bepalingen bevatten, gaat deze conclusie ook op voor de provinciale raden van de Orde der Geneesheren (*vgl.* R.v.St., Rauis, nr. 21.653, 11 december 1981 : een omzendbrief van de gewestelijke raad van de orde van dierenartsen die geen andere strekking heeft dan commentaar te leveren en de aandacht te vestigen op de gevolgen van het niet naleven van de code van plichtenleer is geen door de Raad van State vernietigbare handeling).

Een van de krachtlijnen waarop het voorontwerp steunt is het doorvoeren van "een betere scheiding tussen de normatieve bevoegdheid - voorbehouden aan de Nationale Raad - en de rechtsprekende functie - voorbehouden aan de provinciale raden en de raden van beroep" (Memorie van toelichting, blz. 5). Dit suggereert dat thans de provinciale raden een normatieve bevoegdheid hebben. Uit het voorgaande is het tegendeel gebleken. Wel hebben die provinciale raden geen vooraf bepaalde regels nodig om in een concreet geval vast te stellen dat een gedraging niet deontologisch is. Deze ruime beoordelingsvrijheid mag niet worden verward met het stellen van een regel.

D. PRECEDENT WERKING VAN TUCHTRECHTELIJKE BESLISSINGEN (GEVESTIGDE RECHTSPRAAK)

151 De Wet van 25 juli 1938 op de Orde der Geneesheren en het K.B. nr. 79 hechten een verschillend belang aan de invloed van de tuchtrechtelijke beslissingen op de totstandkoming van de regels van medische deontologie.

Art. 10 Wet 25 juli 1938 gaf aan de hoge raad van de orde, thans de Nationale Raad, opdracht over te gaan tot het samen ordenen van de vonnissen van de verschillende raden van de orde met het oog op het vestigen van een "deontologische rechtspraak". De hoge raad overschreed zijn bevoegdheid door op voorhand regelen van medische plichtenleer vast te leggen en ze verplicht te maken voor iedere arts (R.v.St., Union nat. des mut. socialistes, nr. 1069, 6 oktober 1951). De provinciale raden en de raden van beroep speelden dus via hun tuchtrechtelijke beslissingen de belangrijkste rol bij de totstandkoming van de medische deontologie. In de Memorie van toelichting was sprake van de "pandecten" van de medische deontologie (*Gedr. St.*, Senaat, 1936-37, nr. 200, 5; zie ook SCHUTYSER, K., *a.w.*, 1974, 187 die het "vestigen van de medische deontologie" onder de Wet van 1938 als een opdracht zag van de provinciale raden).

152 Art. 15, §1 Wet Orde Geneesheren geeft aan de Nationale Raad uitdrukkelijk de bevoegdheid een code van medische deontologie vast te stellen. Wat de mogelijke invloed betreft van de tuchtrechtelijke beslissingen van de raden van de orde op de totstandkoming van de regels van medische deontologie, dient men een onderscheid te maken. Art. 15, §2, 1° K.B. nr. 79 draagt de Nationale Raad op een repertorium bij te houden van de door de provinciale raden of door de raden van beroep in tuchtzaken gewezen beslissingen die niet meer voor beroep vatbaar zijn. Dit lijkt op het "vestigen van een deontologische rechtspraak" zoals bedoeld in art. 10 Wet 25 juli 1938. Daarnaast draagt diezelfde bepaling de Nationale Raad nog op de Code van medische plichtenleer aan te passen op basis van die rechtspraak, zo daartoe redenen bestaan. Hoewel de wetgever klaarblijkelijk de bedoeling heeft gehad de totstandkoming van de regels van medische deontologie prioritair aan de Nationale Raad tot te vertrouwen, leidt DIERKENS niettemin uit deze bepaling af dat "de wet

zelf de rechtscheppende kracht erkent en zelfs de prioriteit van de provinciale raden en van de raden van beroep in tuchtrechtelijke aangelegenheden ook in het kader van de medische plichtenleer" (DIERKENS, R., *a.w.*, 339). Deze mening van DIERKENS vindt steun in art. 6, 3° Wet Orde Geneesheren volgens hetwelk de provinciale raden bevoegd zijn advies te verlenen aan hun leden over vragen van medische plichtenleer die geen oplossing krijgen in de code "of in de rechtspraak gevestigd bij toepassing van art. 15, §2, 1°, dit is het repertorium".

In dit verband moet evenwel worden opgemerkt dat bedoeld repertorium tot op heden niet werd opgesteld (zie MEEUWS, A., *a.w.*, 59 waar melding wordt gemaakt van een opdracht tot opstelling van het repertorium) terwijl de Code van medische plichtenleer van 1975 tot nu toe niet werd aangepast op grond van tuchtrechtelijke beslissingen (zie hieromtrent ook nog, Cass., 17 maart 1978, *R.D.P.*, 1982, 899, noot LOUVEAUX, C.).

Art. 16, §2, 2° Voorontwerp bevat een bepaling die sterk gelijkt op art. 15, §2, 1° Wet Orde Geneesheren. Een verschil is nochtans dat het repertorium niet enkel de tuchtrechtelijke beslissingen zal dienen te bevatten waartegen geen beroep meer mogelijk is, maar alle door de provinciale raden en de raden van beroep getroffen tuchtrechtelijke beslissingen. Daardoor verkrijgt dit repertorium meer een documentaire waarde en is het minder een verzameling van de "gevestigde rechtspraak". Men kan hierin een aanwijzing zien dat de ontwerpwetgever de precedentwerking van de beslissingen van de provinciale raden en de raden van beroep wenst te verminderen. Een veel duidelijker aanwijzing vindt men nochtans in de gewijzigde adviesopdracht van de provinciale raden. Daar waar onder het K.B. nr. 79 deze raden adviezen konden verlenen aan hun leden over vragen van medische plichtenleer die geen oplossing kregen in de code noch in de gevestigde rechtspraak (art. 6, 3° K.B. nr. 79) is in het voorontwerp iedere verwijzing naar die gevestigde rechtspraak weggelaten om "te vermijden dat de beslissingen van de provinciale raden als antecedenten zouden kunnen gelden zoals in het Angelsaksisch juridisch systeem".

E. ADVIEZEN VAN PROVINCIALE RADEN EN NATIONALE RAAD

1. Adviezen van provinciale raden

153 De provinciale raden hebben geen normerende bevoegdheid (zie boven, nr. 150). Hun adviezen kunnen niet als deontologische regels worden beschouwd. Bovendien zijn de provinciale raden bij het uitoefenen van hun adviserende opdracht veel minder soeverein dan wanneer zij hun tuchtrechtelijke opdracht uitoefenen.

De adviserende opdracht van de provinciale raden is van inhoudelijke en vormelijke beperkingen afhankelijk. Inhoudelijk heeft de adviserende opdracht betrekking op vragen van medische plichtenleer die geen oplossing krijgen in de code of in de "gevestigde" rechtspraak. De interpretatie van een bestaande regel of van die rechtspraak valt daarbuiten. Voorts kunnen de provinciale raden slechts hun leden adviseren, en niet b.v. de overheid. Ten slotte moet een advies ter goedkeuring worden gezonden aan de Nationale Raad; pas na die goedkeuring wordt het advies aan de betrokken arts(en) overgemaakt (art. 6, 3° Wet Orde Geneesheren).

DIERKENS heeft gewezen op een aantal positieve aspecten die verbonden zijn aan de goedkeuring van de adviezen van de provinciale raden door de Nationale Raad, m.n. de eenduidigheid en de rechtszekerheid worden hierdoor gediend. Maar hij heeft ook bedenkingen bij die goedkeuring.

Zij kan leiden tot verwarring omdat de goedkeuring van de Nationale Raad de provinciale raden geenszins bindt zodat zij in tuchtrechtelijke aangelegenheden beslissingen treffen die afwijken van een goedgekeurd advies (DIERKENS, R., *a.w.*, 337).

In het voorontwerp wordt de adviserende opdracht van de provinciale raden gewijzigd, zowel wat de inhoudelijke als de vormelijke aspecten ervan betreft. De opdracht wordt inhoudelijk verruimd. Zowel problemen geregeld in de Code van medische plichtenleer als problemen die daarin niet zijn geregeld kunnen het voorwerp uitmaken van een advies dat een provinciale raad "uit preventieve overwegingen", ongevraagd of op verzoek van een lid van de orde, uitbrengt. Problemen die geen oplossing krijgen in de "gevestigde" rechtspraak kunnen daarentegen geen voorwerp meer uitmaken van een advies (zie boven, nr. 152). Wat de vormelijke aspecten betreft, maakt het ontwerp een onderscheid naargelang het advies betrekking heeft op een probleem dat al dan niet is geregeld in de code. In het eerste geval kan het advies zonder meer worden overgemaakt aan de betrokken arts. In het tweede geval dient het voorstel van advies te worden voorgelegd aan de Nationale Raad. Die brengt daarover advies uit en kan het voorstel van advies geheel of gedeeltelijk wijzigen. De Nationale Raad maakt zijn advies bekend aan de voorstellende provinciale raad die het aan de betrokken arts kan meedelen.

2. Adviezen van de Nationale Raad

154 Overeenkomstig art. 15, §2 Wet Orde Geneesheren heeft de Nationale Raad tot taak op eigen initiatief of op aanvraag van de openbare overheid, van openbare instellingen of van beroepsverenigingen van artsen, een gemotiveerd advies te geven over algemene vragen, over beginselvraagstukken of over regelen van medische plichtenleer.

In vergelijking met de adviesbevoegdheid van de provinciale raden valt op dat hier uitsluitend collectiviteiten (overheid, beroepsverenigingen) en geen individuele artsen worden vermeld als adviesvrager. "Openbare overheid" of "openbare instellingen" blijkt in de praktijk ruim te worden begrepen. Ook de provinciale raden kunnen om een advies verzoeken (zie b.v. R.v.St., Wouters, nr. 16.196, 11 januari 1974). Voorts is de inhoud waarop de adviezen kunnen betrekking hebben ruimer, zij het niet klaar, geformuleerd dan voor de provinciale raden en moeten die adviezen gemotiveerd zijn.

155 Een advies dat de Nationale Raad overeenkomstig deze bepaling heeft gegeven op verzoek van een provinciale raad is geen beslissing met een dwingend karakter en is niet vatbaar voor vernietiging door de Raad van State (R.v.St., Wouters, nr. 16.196, 11 januari 1974).

Een advies van de Nationale Raad, ook al vermeldt het expliciet dat de niet naleving ervan een tuchtmisdrijf is zoals b.v. inzake orgaantransplantaties (zie verder, nr. 789) en medische experimenten (zie verder, nr. 815) heeft geen rechtskracht en bindt noch de leden van de orde noch de provinciale raden.

Zelfs wanneer een provinciale raad dient te oordelen over de gedraging van een arts die is opgetreden tegen het advies van de Nationale Raad, is het het recht en de plicht van de provinciale raad om na te gaan, niet of de handelwijze van die arts conform was aan het advies van de Nationale Raad maar wel of zij op zichzelf al dan niet in overeenstemming is te brengen met de regels van de medische plichtenleer. Het advies van de Nationale Raad mag slechts de waarde hebben van een element bij de beoordeling (DIERKENS, R., *a.w.*, 338). Volgens LOUVEAUX mag een provinciale raad in een tuchtrechtelijke beslissing verwijzen naar een advies van de Nationale Raad om de beslissing te motiveren (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 42). Hij steunt hiervoor op het cassatiearrest van 17 maart 1978 (Cass., 17 maart 1978, *R.D.P.*, 1982, 899, noot LOUVEAUX, C.). Dit arrest

heeft betrekking op de niet bindend verklaarde code en niet op een advies van de Nationale Raad. Volgens LOUVEAUX kan de niet bindend verklaarde code met een advies worden gelijk gesteld (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 43). In art. 15, §1 is sprake van regels en algemene beginselen, vastgesteld door de Nationale Raad. In art. 15, §2, tweede lid gaat het om adviezen. Beide zijn niet identiek. Ook de Raad van State ziet een verschil tussen beide (R.v.St., Vereniging der coöperatieve apotheken van België, nr. 23.811, 16 december 1983).

Art. 16, §2, 3° Voorontwerp behoudt de essentie van de adviserende opdracht van de Nationale Raad, zowel wat de vorm als de inhoud betreft. De Nationale Raad dient een register bij te houden van de uitgebrachte adviezen en van de voorstellen van advies die door een provinciale raad worden voorgelegd. Dit register dient toegankelijk te zijn volgens nog te bepalen modaliteiten en voorts dienen de adviezen en voorstellen van advies te worden gepubliceerd in het "Bulletin van de Nationale Raad van de orde der geneesheren".

§3. Beperkingen aan de beoordelingsvrijheid van de provinciale raden

A. VERBOD VAN INMENGING IN BEPAALDE AANGELEGENHEDEN

156 Overeenkomstig art. 19, eerste lid Wet Orde Geneesheren mag geen enkele beslissing genomen ter voldoening aan art. 6, eerste lid (inschrijving op de lijst) en art. 6, tweede lid (tuchtmaatregelen) worden gegrond op redenen i.v.m. ras, of op motieven van godsdienstige, wijsgerige, politieke, taalkundige of syndicale aard, noch op het feit dat de arts verbonden is aan een instelling die geneeskundige verzorging verstrekt aan leden van een groepering of aan een categorie van personen. Het tweede lid van art. 19 verbiedt iedere inmenging in die aangelegenheid.

Het tweede lid van art. 19 heeft een veel ruimere draagwijdte dan het eerste lid dat enkel betrekking heeft op een beslissing. Het tweede lid daarentegen verbiedt b.v. ook het instellen van een onderzoek waardoor een van de in het eerste lid vermelde rechten en vrijheden wordt gekrenkt. Volgens de Vrederechter te Brussel had de orde op grond van art. 19, tweede lid moeten weigeren standpunt te kiezen tijdens de artsenstaking in 1980 en zich moeten beperken tot het stellen van algemene beginselen en regels betreffende de zedelijkheid e.d. (Vred. Brussel, 22 januari 1985, *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 559, vernietigd door Cass., 6 juni 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 1364; *Pas.*, 1986, I, 1225; *R.W.*, 1986-87, 1213; *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 225; *J.T.*, 1986, 710).

157 Art. 19 wordt niet geschonden door de beslissing van de raad van beroep die aan een arts een tuchtstraf oplegt wegens zijn weigering deel te nemen aan de verkiezingen van de orde, op grond dat een arts die, om zijn grieven t.a.v. de orde te doen gelden, weigert deel te nemen aan de verkiezingen van de orde, in strijd met de wet handelt. De motieven waarop de beslissing van de raad van beroep is gegrond houden geen verband met de door art. 19 uitgesloten motieven en kunnen niet worden beschouwd als een van de inmengingen die, ingevolge die beperking, aan de raden van de orde zijn verboden (Cass., 15 maart 1984, *Arr. Cass.*, 1984, 919; *Pas.*,, 1984, I, 836; *J.Proc.*, 1984, afl. 42, 29).

Een beslissing van een raad van de orde die steunt op een veroordeling, uitgesproken op grond van een bij de Strafwet strafbaar gesteld misdrijf, ook al is dat misdrijf van politieke aard, is geen beslissing die steunt op een reden van politieke aard (Cass., 26 januari 1953, *Arr. Cass.*, 1953, 355; *Pas.*, 1953, I, 397; *R.W.*, 1952-53, 1540).

158 Art. 19 bevestigt een aantal grondwettelijke bepalingen, (RASSON-ROLAND, A., "Les ordres et la vie privée des praticiens de l'art de guérir", *Ann. Dr. Louv.*, 1984, 317) zoals de vrijheid van vereniging en de vrijheid van mening. Men is het er over eens dat een arts niet tuchtrechtelijk mag worden gesanctioneerd omdat hij lid is van een bepaalde (artsen)vereniging, omdat hij een bepaalde mening heeft geuit, omdat hij een bepaalde religieuze of levensbeschouwelijke overtuiging aanhangt e.d. (DIERKENS, R., *a.w.*, 333, die deze bepaling een "vanzelfsprekendheid" noemt). De moeilijkheid die zich hier voordoet is de beteugeling van bepaalde gedragingen die worden gesteld met een beroep op één van deze vrijheden. Er worden twee interpretaties verdedigd.

Volgens een s t r i k t e o p v a t t i n g verbiedt art. 19 het opleggen van een tuchtmaatregel telkens een van die vrijheden in het geding is, omdat zo'n maatregel noodzakelijk een oordeel inhoudt over de ingeroepen vrijheid en dus een inmenging hierin inhoudt. Zowel DIERKENS als RASSON-ROLAND wijzen deze opvatting af omdat iedere tussenkomst, beoordeling en vooral normering door de raden van de orde erdoor wordt belemmerd. Daartegenover stelt DIERKENS een m e e r r e a l i s t i s c h e o p v a t t i n g . Art. 19 moet worden bekeken in het licht van de opdracht van de orde. Dit artikel bedoelt in feite dat het de orde ontzegd is zich te mengen in aangelegenheden die buiten de deontologie of de waardigheid van het beroep liggen en die alleen de arts als individu betreffen. Als individu is de arts zoals ieder burger vrij : hij mag er om het even welke overtuiging op nahouden en ze beleven. Als arts moet hij zich gedragen naar regels die hem door de algemeenheid worden opgelegd omdat ze door een meerderheid van zijn gelijken als imperatief worden aanvaard. Doet hij dat niet, dan valt hij onder de jurisdictie van de orde, zelfs wanneer zijn handelwijze ingegeven en gemotiveerd was door godsdienstige, filosofische of politieke ideeën (DIERKENS, R., *a.w.*, 335). Men kan zich hierbij afvragen of het door DIERKENS gemaakte onderscheid tussen de arts handelend als individu en de arts handelend als arts geschraagd wordt door de wet. Vermits de bevoegdheid van de provinciale raden zich uitstrekt tot de zware fouten gepleegd buiten de uitoefening van het beroep, lijkt dit niet het geval. Overigens heeft art. 19 weinig zin, en bevat het een vanzelfsprekendheid, wanneer het is geschreven voor aangelegenheden die volledig buiten de bevoegdheid van de orde vallen. In dat geval dient de orde zich niet enkel te onthouden van een inmenging in de in art. 19 genoemde vrijheden, maar van iedere inmenging zonder meer. Het is daarom aangewezen art. 19 te begrijpen als een verbod van inmenging in aangelegenheden die op zichzelf wel onder de bevoegdheid vallen van de orde. Art. 19 moet met andere woorden niet worden begrepen als een bevestiging van onbevoegdheid, maar als een beperking van de beoordelingsvrijheid in aangelegenheden t.a.v. de welke op zichzelf wel een bevoegdheid bestaat. Nog anders : art. 19 wil het misbruik van bevoegdheid tegengaan (zie in dezelfde zin RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 933). RASSON-ROLAND lijkt de realistische opvatting van DIERKENS te onderschrijven maar zij maant toch aan tot voorzichtigheid. Bij het beoordelen van een mogelijk misbruik van een van deze vrijheden mag men niet alleen maar verwijzen naar de meerderheidsopvatting in het medisch beroep, maar ook naar de zedelijke opvattingen, de evolutie van de samenleving en de openbare mening e.d.

159 In het kader van art. 19 rijst de vraag naar de verenigbaarheid van tuchtmaatregelen met de vrijheid van meningsuiting (art. 10 E.V.R.M.; art. 14 G.W.). Volgens RASSON-ROLAND geniet de arts van de vrijheid van meningsuiting maar bij de uitoefening daarvan dient hij zich te onthouden van inbreuken op de eer en de waardigheid van het beroep. Dit wordt de "obligation de réserve" genoemd (RASSON-ROLAND, A., *a.w.*, 329).

De praktische toepassing van dit beginsel verloopt niet zonder moeilijkheden. Een arts die gebruik maakt van zijn vrijheid van meningsuiting zal doorgaans de aandacht willen vestigen op kwesties die verband houden met de beroepsuitoefening. Zelden zal het om louter persoonlijke aangelegenheden gaan. Betreft het dan een mogelijke fout in of buiten de beroepsuitoefening? Dat is van belang voor de zwaarte van de fout (zie boven, nr. 138). Alles beoordelen als ware het gebeurd in of naar aanleiding van de beroepsuitoefening zou neerkomen op een ernstige inperking van de constitutionele vrijheden van de arts in het kader van zijn privé-leven. De "obligation de réserve" dient daarom in enge zin te worden begrepen. Deze verplichting vindt men ook terug in art. 9 Code van geneeskundige plichtenleer. Zie over de verenigbaarheid van art. 10 Franse Code medische plichtenleer dat inhoudelijk overeenstemt met art. 9 Belgische Code, Raad van State, Fr., 13 mei 1974, *Rev. Dr. Sanitaire*, 1975, 34, met noot "Education sexuelle et pouvoirs disciplinaires de l'Ordre des médecins". De eerbiediging van de vrijheid van meningsuiting kan ook vragen doen rijzen m.b.t. art. 16 Code van geneeskundige plichtenleer (verlenen van medewerking aan een interview, zie *T. Orde Gen.*, 1977-78, afl. 26, 23) en art. 137 (belasteren van collega's).

160 Volgens het Hof van Cassatie kan een schending van art. 9 en art. 10 E.V.R.M. niet worden afgeleid uit de enkele omstandigheid dat de raad van beroep van de orde in hoofdzaak heeft geoordeeld dat de uitoefening door een arts van het recht zijn mening te uiten - welke mening hij vrij kan uiten op een andere wijze dan door te weigeren deel te nemen aan de verkiezingen voor de raden van de orde - beperkt werd door de vereisten van de goede werking van die publiekrechtelijke instelling (Cass., 15 maart 1984, *Arr. Cass.*, 1984, 919; *Pas.*,, 1984, I, 836; *J.Proc.*, 1984, afl. 42, 29).

Zie inzake de verenigbaarheid van tuchtsancties met art. 10 E.V.R.M. ook nog Hof Mensenrechten, Le Compte, Van Leuven en De Meyere. Wegens niet uitputting van de interne rechtsmiddelen werd dit middel verworpen.

B. MOTIVERINGSVERPLICHTING

161 De Wet Orde Geneesheren geeft aan de Koning de bevoegdheid bepalingen vast te stellen i.v.m. de verplichting de beslissingen te motiveren (art. 24, §1, derde lid; zie art. 26, vierde lid, K.B. 6 februari 1970 tot regeling van de organisatie en de werking der raden van de orde der geneesheren, *B.S.*, 14 februari 1970).

Het voorontwerp is veel uitvoeriger inzake de verplichting tuchtrechtelijke beslissingen te motiveren. Niet enkel wordt die verplichting in de wet zelf vermeld. Bovendien geeft de wet aan waarop de motivering dient te slaan. De feiten waarvoor de arts schuldig werd bevonden en de straf dienen te worden vermeld. Op een bondige maar precieze manier dient de opgelegde straf te worden gemotiveerd. De graad van de uitgesproken straf die niet manifest onevenredig mag zijn met de weerhouden feiten moet eveneens worden gerechtvaardigd (art. 33, §4, eerste lid).

§4. Tuchtsancties

A. MOGELIJKE TUCHTSANCTIES

162 Een provinciale raad of een raad van beroep kan de volgende sancties opleggen : waarschuwing, censuur, berisping, schorsing in het recht de genees-

kunde uit te oefenen gedurende een termijn die twee jaar niet mag te boven gaan en schrapping van de lijst van de orde (art. 16, eerste lid).

De schrapping van de lijst wordt vervangen door het definitief verbod om de geneeskunde in België uit te oefenen wanneer zij getroffen wordt tegen een arts, onderdaan van een E.G.-lidstaat, die in België een dienstverrichting uitoefende en daarom niet op de lijst was ingeschreven (art. 16, tweede lid).

In het voorontwerp verdwijnt de censuur en bedraagt de minimumduur van de schorsing 15 dagen. De rest blijft behouden.

163 De raden van de orde zijn gebonden door het *nulla poena, sine lege* beginsel in deze zin dat zij geen andere sancties kunnen opleggen dan deze vermeld in art. 16 (Cass., 8 januari 1951, *Arr. Cass.*, 1951, 225; *Pas.*, 1951, I, 274; *R.W.*, 1951-52, 718; *J.T.*, 1951; 98; *R.D.P.*, 1950-51, 893; Raad van beroep, 7 december 1962, *R.W.*, 1962-63, 1.600, noot J.M.W.; *J.T.*, 1963, 388).

Toch geldt het *nulla poena sine lege* beginsel slechts gedeeltelijk doordat nergens is bepaald welke van de tuchtsancties moet worden toegepast bij welk tuchtmisdrijf. De raden van de orde kunnen slechts de wettelijk voorziene tuchtsancties opleggen, maar voor het overige bepalen zij soeverein de strafmaat (Cass., 8 juni 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 972; *Pas.*, 1973, I, 929; *J.T.*, 1973, 727; Cass., 25 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 940; *Pas.*, 1975, I, 850; *R.W.*, 1975-76, 291, noot SCHUTYSER, K.; zie hierover ook LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 111; RASSON-ROLAND, A., *a.w.*, 228).

Het voorontwerp beperkt de soevereine beoordeling van de raden van de orde inzake de strafmaat wat betreft de niet deelneming aan verkiezingen. Een eerste onthouding bij de stemming, zonder wettige reden, kan gestraft worden met een waarschuwing. Diezelfde sanctie of de berisping kan worden toegepast in geval van herhaalde onthouding bij de stemming, zonder wettige reden. Zwaardere tuchtsancties lijken niet mogelijk (art. 8, tweede lid). Een meer algemene beperking is de verplichting te motiveren waarom voor een bepaald tuchtmisdrijf deze en geen andere sanctie wordt opgelegd. Zie art. 33, §4 en zie boven, nr. 163.

164 De soevereine straftoemeting die de rechter toepast, rekening houdend met alle omstandigheden eigen aan de zaak, doet geen afbreuk aan het grondwettelijk gelijkheidsvoorschrift (Cass., 27 november 1967, *Arr. Cass.*, 1968, 442, *Pas.*, 1968, I, 412). Meer bepaald belet het gelijkheidsbeginsel de tuchtrechter niet, rekening houdend met de omstandigheden eigen aan elk individueel geval, aan verschillende overtreders, voor dezelfde inbreuk, verschillende sancties of voor verschillende inbreuken eenzelfde sanctie op te leggen (Cass., 25 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 940; *Pas.*, 1975, I, 850; *R.W.*, 1975-76, 291, noot, SCHUTYSER, K.).

165 Wanneer de tenlaste gelegde feiten het karakter vertonen van een voortdurende inbreuk, kan de provinciale raad slechts één tuchtsanctie opleggen (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 111; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 932).

166 Volgens het Hof Mensenrechten is de schrapping van de lijst niet in strijd met art. 3 E.V.R.M. dat onmenselijke en degraderende sancties verbiedt. Het verbod het beroep verder uit te oefenen is bestemd om de arts te treffen wiens zware fouten duidelijk maken dat hij niet meer de noodzakelijke voorwaarden vervult om het beroep uit te oefenen. Het Hof Mensenrechten zag geen reden om de legitimiteit van deze maatregelen, die trouwens in de meeste lidstaten van de Raad van Europa bestaat, in twijfel te trekken. Evenmin voelde het Hof Mensenrechten zich geroepen om zich uit te spreken over de vraag of die maatregel *in concreto* gerechtvaardigd was. Op zichzelf beschouwd had de schrapping tot doel de betrokken arts te sanctioneren wegen de hem ten laste gelegde gebreken en niet om hem in zijn persoonlijkheid te raken. Beschouwd naar zijn gevolgen, heeft de sanctie zijn persoonlijkheid niet geraakt op een wijze die onverenigbaar is met art. 3 E.V.R.M. (E.V.R.M., Albert en Le Compte, 10 februari 1983, A, vol., 58, §21).

Het Hof Mensenrechten verklaarde zich niet bevoegd om van de Belgische Staat de uitwissing van de opgelopen tuchtrechtelijke sancties te eisen, in de veronderstelling dat deze hieraan kan voldoen (zie VANDEN BOSCH, Y., "Le Compte, Van Leuven, De Meyere t. Belgische Staat - Toepassing art. 50 E.V.R.M.", *R.W.*, 1982-83, 2362-2365).

B. GEVOLGEN VAN EEN TUCHTSANCTIE

1. T.a.v. het kiesrecht voor de raden van de orde

167 Een arts die een andere tuchtsanctie dan een waarschuwing heeft opgelopen, m.a.w. een censuur, een berisping, een schorsing of een schrapping, is niet meer verkiesbaar als gewoon of plaatsvervangend lid van een provinciale raad (art. 8, §1, eerste lid), van een raad van beroep (art. 12, §1, 1°) of de Nationale Raad (art. 14, §1, 1°). Voor de schorsing wordt dit herhaald in art. 16, derde lid. Dezelfde bepaling ontneemt aan een geschorste arts het recht om deel te nemen aan de verkiezingen van de provinciale raad. De andere tuchtsancties hebben geen gevolgen t.a.v. dit recht.

In het voorontwerp worden de gevolgen van de tuchtsancties t.a.v. de verkiesbaarheid aanzienlijk gemilderd. Enkel de schorsing in het recht de geneeskunde uit te oefenen brengt het verlies mee van het recht op verkiesbaarheid voor een provinciale raad (art. 7, 2°) een raad van beroep (art. 12, §1) of de Nationale Raad (art. 15, §1, 1°). Bovendien is het verlies van dit recht beperkt tot de periode tijdens welke men geschorst is (art. 17, tweede lid). Tijdens diezelfde periode mag een geschorste arts evenmin deelnemen aan de verkiezingen voor de provinciale raad (art. 17, tweede lid).

2. T.a.v. het recht de geneeskunde uit te oefenen

168 De schorsing in het recht de geneeskunde uit te oefenen en de schrapping van de lijst van de orde brengen met zich dat de betrokken arts niet meer voldoet aan alle voorwaarden om de geneeskunde op wettelijke wijze te beoefenen.

Met de straffen bepaald in art. 38, §1, 1° Wet Uitoefening Geneeskunst wordt gestraft de arts die de geneeskunde uitoefent wanneer hij van de lijst werd geschrapt of tijdens de duur van de hem opgelegde schorsing (art. 31 Wet Orde Geneesheren; zie boven, nr. 23).

§5. Tuchtprocedure en art. 6 E.V.R.M.

A. TOEPASSELIJKHEID VAN ART. 6 E.V.R.M. IN TUCHTPROCEDURES

169 Volgens het Hof van Cassatie heeft een tuchtprocedure in de regel geen betrekking op noch geeft zij aanleiding tot het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van art. 6, lid 1 E.V.R.M.
In bepaalde gevallen kan dit anders zijn. Indien de tuchtprocedure tot gevolg heeft of volgens de nationale wet kan hebben de betrokkene tijdelijk of definitief een burgerlijk recht te ontnemen, met name het recht om nog langer een beroep uit te oefenen dat geen openbaar ambt is, dan moet zij worden beschouwd als een procedure met als voorwerp "het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen" in de zin van art. 6, lid 1 E.V.R.M. en waarvan de afloop rechtstreeks bepalend is voor zodanig recht (Cass., 14 april 1983, *Arr. Cass.*, 1983, 968; *Pas.*, 1983, I, 866; *R.W.*, 1983-84, 83, noot LEMMENS, P.; *Adm.Publ.T.*, 1983, 210, noot RASSON-ROLAND, A.; *J.T.*, 1983, 607; *Jur. Liège*, 1983, 401, noot; *R.D.P.*, 1984, 115. Zie over de toepasselijkheid van art. 6 E.V.R.M. in tuchtzaken i.h.b. LEMMENS, P. *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1989; LEMMENS, P. en D'HOOGHE, D., *Het recht van verdediging in tuchtzaken*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1989).

In het arrest van 14 april 1983 kwam het Hof van Cassatie terug op zijn vroegere rechtspraak waarin werd beslist dat "zowel uit de betekenis en de draagwijdte van het begrip "vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen" als uit de aard en het doel zelf van de tuchtprocedure valt af te leiden dat het niet in de bedoeling lag van de ontwerpers van het E.V.R.M. dat die procedures openbaar zouden worden gehouden, zoals voorgeschreven bij art. 6, lid 1 E.V.R.M." (Cass., 21 januari 1982, *Arr. Cass.*, 1982, 647; *Pas.*, 1982, I, 623; *R.W.*, 1982-83, 2546; zie hieromtrent LENAERTS, K., "Les rapports entre jurisdictions 'suprêmes' dans l'ordre juridique institué par la convention Européenne des droits de l'homme", *Cahiers de Droit Européen*, 1983, 186-206).

Aldus weigerde het Hof van Cassatie zich neer te leggen bij de rechtspraak van het Hof Mensenrechten in de eerste zaak Le Compte van 23 juni 1981. Bij arrest van 10 februari 1983 bevestigde het Hof Mensenrechten over de gehele lijn zijn beslissingen in de zaak Le Compte, Van Leuven en De Meyere. Die tweede uitspraak deed het Hof van Cassatie om gaan (LEMMENS, P., "Het einde van de betwisting rond de openbaarheid van tuchtzaken", *R.W.*, 1983-84, 86; *id.*, "Een nieuwe tuchtzaak voor het Europees Hof", *R.W.*, 1983-84, 119; LAMBERT, P., "La convention Européenne des droits de l'homme et le droit disciplinaire", *J.T.*, 1988, 53; RASSON-ROLAND, A., *a.w.*, *A.P.T.*, 1983, 211).

170 Als een tuchtprocedure valt onder art. 6, lid 1 E.V.R.M. heeft de betrokkene recht op de diverse waarborgen van dat artikel. Voor de toepasselijkheid van art. 6, lid 1 E.V.R.M. is niet vereist dat een schorsing of schrapping effectief is opgelegd; het volstaat dat zulke sanctie mogelijk is. In de praktijk

betekent dit, gelet op het ontbreken van een schaal van inbreuken en straffen in het medisch tuchtrecht (zie boven, nr. 163) dat de tuchtprocedures voor de raden van de orde steeds onder art. 6, lid 1 vallen (LEMMENS, P. en D'HOOGHE, D., *a.w.*, nr. 6; zie ook MULDER, L., "Art. 6, lid 1 E.V.R.M. : De Nederlandse garagehouder en de Belgische artsen", *T.B.P.*, 1986, 120-124). Indien deze procedure moet worden gevolgd door een tuchtrechtcollege zoals de provinciale raad van de orde der geneesheren, dat onderworpen is aan de controle van een hogere rechterlijke, al dan niet tuchtrechtelijke instantie, moet dat rechtscollege niet noodzakelijk zelf aan de vereisten van dat artikel voldoen. Dan moet evenwel de rechterlijke instantie met volle rechtsmacht die bevoegd is om de beslissingen van het tuchtrechtscollege in feite en in rechte te toetsen, te weten de raad van beroep, aan die vereisten voldoen (E.H.R.M., 23 juni 1981, *a.w.*, 22-23, §51; E.H.R.M. 10 februari 1983, *a.w.*, 16 §29; Cass., 14 april 1983, *Arr. Cass.*, 1983, 968; *Pas.*, 1983, I, 866; *R.W.*, 1983-84, 83, noot LEMMENS, P.; *Adm.Publ.T.*, 1983, 210, noot RASSON-ROLAND, A.; *J.T.*, 1983, 607; *Jur. Liège*, 1983, 401, noot; *R.D.P.*, 1984, 115).

B. OPENBARE BEHANDELING VAN DE ZAAK

171 De provinciale raden van de orde houden zitting met gesloten deuren. De zittingen van de raden van beroep zijn openbaar, tenzij de verdachte arts uitdrukkelijk afziet van de openbaarheid. Van de openbaarheid kan door de raad van beroep ook worden afgeweken in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of 's lands veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privé-leven van partijen bij het proces dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bepaalde omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarmaking de belangen van de rechtspraak zou schaden (art. 24, tweede en derde lid Wet Orde Geneesheren).

Art. 24, tweede en derde lid kwamen tot stand door de Wet van 13 maart 1985 betreffende de openbaarheid van de tuchtprocedures voor de raden van beroep van de orde der geneesheren en van de orde der apothekers, *B.S.*, 29 maart 1985. Die wet was een rechtstreeks gevolg van de arresten Le Compte van het Hof Mensenrechten en het cassatiearrest van 14 april 1983. "In het belang van de rechtszekerheid lijkt het dan ook dringend noodzakelijk de artikelen die bepalen dat de zittingen van voormelde tuchtorganen met gesloten deuren moeten worden gehouden, aan te passen aan de rechtspraak van het Hof van Cassatie" (Wetsvoorstel, *Gedr. St.*, Kamer, 1983-84, nr. 875/1, 2). Alleen het vrijwaren van de rechtszekerheid lag aan de basis van deze wet. Omwille van de rechtstreekse werking van het E.V.R.M. konden de raden van beroep zich aan de openbaarheid houden, ook zonder wetswijziging (Wetsvoorstel, *Gedr. St.*, Kamer, 1983-84, nr. 875/3, 3). Om deze reden bekritiseerde LAMBERT deze wet. Voor zover zij de openbaarheid van de zittingen van de raden van beroep voorschrijft, is zij niet onontbeerlijk. Voor zover zij de beslotenheid van de zittingen van de provinciale raden oplegt, is zij niet opportuun (LAMBERT, P., *a.w.*, 1988, 54). Het oorspronkelijk voorstel was anders geformuleerd dan de goedgekeurde tekst in die zin dat voor de uitzonderingen op de openbaarheid rechtstreeks werd verwezen naar de uitzonderingen vermeld in art. 6, lid 1 E.V.R.M. In plaats van te verwijzen naar deze uitzonderingen, werden zij in de definitieve versie overgenomen (*Hand.*, Kamer, 1984-85, 7 november 1984, 407-408).

172 Uit een vergelijking tussen art. 24, derde lid Wet Orde Geneesheren en art. 6, lid 1 E.V.R.M. blijkt dat er drie verschilpunten bestaan tussen beide bepalingen.

Een eerste verschil betreft de formulering van de regel die de openbaarheid voorschrijft. Art. 24, derde lid schrijft voor dat "de zittingen openbaar" zijn; volgens art. 6, lid 1 E.V.R.M. heeft ieder recht op een openbare behandeling van zijn zaak en moet het vonnis in het openbaar worden gewezen. Vervolgens laat art. 24, derde lid toe dat van de openbaarheid wordt afgeweken op uitdrukkelijk verzoek van de verdachte arts; deze uitzondering op de openbaarheid op verzoek van de verdachte wordt in art. 6, lid 1 E.V.R.M. niet uitdrukkelijk vermeld (zie verder, nr. 173). Ten slotte laat art. 24, derde lid uitzonderingen toe op de openbaarheid zonder dat een onderscheid wordt gemaakt tussen de zitting en de uitspraak, terwijl art. 6, lid 1 E.V.R.M. de uitzonderingen lijkt te beperken tot de zitting, terwijl de uitspraak steeds openbaar dient te zijn (zie verder, nr. 177).

1. Afstand van de openbaarheid

173 De vraag of de betrokkene het recht heeft af te zien van de openbaarheid gewaarborgd door art. 6, lid 1 E.V.R.M. heeft behoudens de openbaarheid van de u i t s p r a a k een duidelijk antwoord gekregen in de rechtspraak van het Hof Mensenrechten (zie LEMMENS, P. en D'HOOGHE, D., *a.w.*, nr. 32).

In het arrest in de tweede zaak Le Compte heeft het Hof Mensenrechten gesteld dat de regel van de openbare b e h a n d e l i n g (publicité des audiences-public hearing) ook kan wijken op basis van de wil van de betrokkene zelf. Noch de letter noch de geest van art. 6, lid 1 E.V.R.M. verhinderen dat een arts vrijwillig en op ondubbelzinnige wijze afziet van de openbaarheid (In de Franse versie is er sprake van "publicité" zonder meer; de Engelse versie is beperkter nl. "to have his case heard in public", wat niet slaat op de uitspraak. "Public hearing" staat tegenover "public pronouncement of the decison")(zie E.H.R.M., 10 februari 1983, *a.w.*, 19, §35). In het arrest in de eerste zaak Le Compte leek het Hof Mensenrechten bovendien te aanvaarden dat ook een stilzwijgende afstand van het recht op openbare behandeling mogelijk is (E.H.R.M., 23 juni 1981, *a.w.*, 25, §59). In het arrest in de tweede zaak Le Compte werd die stilzwijgende afstand niet meer vermeld (zie CREMONA, J.J., "The public character of trial and judgment in the jurisprudence of the European Court of Human Rights", in MATCHER, F. en PETZOLD, H., (ed)., *Protecting human rights: the European dimension*, Köln, Carl Heymans Verlag, 1988, 110). Volgens LOUVEAUX is een ander verschil tussen de beide arresten Le Compte hierin gelegen dat in het eerste arrest de afstand van openbaarheid enkel de debatten betrof, terwijl in het tweede arrest de afstand van openbaarheid zonder meer werd vermeld. Hieruit leidt LOUVEAUX af dat het Hof Mensenrechten geen onderscheid meer maakte tussen de openbaarheid van de debatten en de openbaarheid van de uitspraak en dat de afstand in beide gevallen mogelijk is (LOUVEAUX, C., *a.w.*, 16*bis*). Hiertegenover staat evenwel dat de Franse en de Engelse versie van het tweede arrest Le Compte op dit punt niet overeenstemmen, in deze zin dat de Engelse versie beperkter is dan de Franse. CREMONA concludeert dan ook dat "the question of the possibility of such a waiver in respect of the publicity of the pronouncement of the judgment does not appear to have on yet decided" (CREMONA, J.J., *a.w.*, 111).

174 Het Hof van Cassatie heeft meerdere malen aanvaard dat van de regel van de openbaarheid van de behandeling en van de uitspraak, zoals deze is

neergelegd in art. 6, lid 1 E.V.R.M. kan worden afgeweken als zulks de wil is van de betrokkene en wanneer deze vrijwillig en ondubbelzinnig van de openbaarheid afziet en wanneer deze afstand verenigbaar is met het nationale recht (Cass., 14 april 1983, *Arr. Cass.*, 1983, 968; *Pas.*, 1983, I, 866; *R.W.*, 1983-84, 83, noot LEMMENS, P.; *Adm.Publ.T.*, 1983, 210, noot RASSON-ROLAND, A.; *J.T.*, 1983, 607; *Jur. Liège*, 1983, 401, noot; *R.D.P.*, 1984, 115; Cass., 3 november 1983, *Arr. Cass.*, 1984, 247; *Pas.*, 1984, I, 230; *R.W.*, 1983-84, 2260; Cass., 13 november 1986, *Arr. Cass.*, 1987, 343; *Pas.*, 1987, I, 317; *R.W.*, 1986-87, 2022). Aldus aanvaardt het Hof van Cassatie dat de afstand van de openbaarheid mogelijk is zonder onderscheid te maken tussen de terechtzittingen en de uitspraak (zie in dezelfde zin, LAMBERT, P., *a.w.*, 1988, 54). Aangezien de afstand van de openbaarheid ondubbelzinnig moet zijn, dient elke twijfel ter zake geïnterpreteerd te worden als een ontbreken van geldige afstand. Zo impliceert een afstand van de openbaarheid van de "behandeling" op zichzelf niet dat ook de uitspraak met gesloten deuren moet plaatsvinden (Cass., 2 juni 1983, *Arr. Cass.*, 1983, 1212; *Pas.*, 1983, I, 1101; Cass., 3 november 1983, *Arr. Cass.*, 1984, 247; *Pas.*, 1984, I, 230; *R.W.*, 1983-84, 2260; Cass., 20 december 1984, *Arr. Cass.*, 1985, 577; *Pas.*, 1985, I, 508; LEMMENS, P. en D'HOOGHE, D., *a.w.*, blz. 22, noot 103).

175 In de lijn van de rechtspraak van het Hof Mensenrechten en het Hof van Cassatie aanvaardt art. 24, derde lid Wet Orde Geneesheren dat de verdachte arts uitdrukkelijk afziet van de openbaarheid.

Uit deze formulering zonder specifiëring kan worden afgeleid dat zowel de afstand van een openbare behandeling als van een openbare uitspraak mogelijk is. De verdachte arts dient zijn afstand niet te motiveren en de raad van beroep is verplicht met die afstand rekening te houden; LEMMENS, P. en D'HOOGHE, D., *a.w.*, nr. 32). Anderen betwisten echter het recht om afstand te doen van de openbaarheid door de verdachte omdat de openbaarheid niet alleen een waarborg voor de betrokkene inhoudt maar ook een meer algemeen belang dient (RASSON-ROLAND, A., *a.w.*, 234, 66).

Volgens VERKRUISEN zou de arts die geen openbare behandeling wenst moeten aanvoeren dat de bescherming van zijn eigen privé-leven dat noodzakelijk maakt. Als alleen zijn beroepsbelangen in het geding zijn, zal dat geen aanleiding kunnen zijn om de pers en het publiek de toegang tot de rechtszaal te ontzeggen (VERKRUISEN, W.G., "Een B.I.G. met vier manke poten", *N.J.B.*, 1986, 1137). Deze auteur lijkt de uitzonderingen op de openbaarheid vermeld in art. 6, lid 1 E.V.R.M. te laten doorwerken in de afstand van de openbaarheid. Beroepsbelangen komen niet voor bij deze uitzonderingen. Maar het is niet duidelijk waarop deze doorwerking steunt. In de arresten van het Hof Mensenrechten is daar geen steun voor te vinden.

Art. 33 van het Voorontwerp breidt de mogelijkheid afstand te doen van de openbaarheid uit tot zowel de verdachte arts, de klager of een derde persoon die van een belang doet blijken. Volgens het advies van de Raad van State bij dit ontwerp is het recht dat wordt gegeven aan de klager en iedere derde die van een belang doet blijken, om afstand te doen van de openbaarheid niet in strijd met art. 6 E.V.R.M. aangezien op dat verzoek enkel zal mogen worden ingegaan om bepaalde redenen die duidelijk werden geïnspireerd door de uitzonderingen die in art. 6 E.V.R.M. worden vermeld en de beoordeling van de aangevoerde reden uiteraard aan de raad zal toekomen.

Een ander verschil met de bestaande regel is dat waar thans de afstand van de openbaarheid door de verdachte arts niet moet worden gemotiveerd, de ontworpen regeling hem dit recht enkel nog toekent op grond van de in de tekst opgesomde redenen. Volgens de Raad van State is deze beperking niet in strijd met art. 6 E.V.R.M. daar zij het door dat artikel verleend recht niet beperkt doch enkel gevallen bepaalt waarin van dat recht afstand kan worden gedaan.

2. Uitzonderingen op de openbaarheid

176 Art. 24, tweede lid Wet Orde Geneesheren neemt de uitzonderingen vermeld in art. 6, lid 1 E.V.R.M. zonder meer over. Over het geoorloofd karakter van deze uitzonderingen kan dan ook geen discussie bestaan.

Art. 33, §3 Voorontwerp voegt daar enkele uitzonderingen aan toe. Van de openbaarheid zal ook kunnen worden afgeweken wanneer in bijzondere omstandigheden de openbaarheid de belangen niet enkel van het gerecht maar ook van de verdachte arts, van de klager of van een derde zou kunnen schaden. Tegen deze bijkomende uitzonderingen heeft de Raad van State bezwaar gemaakt. In een zekere mate, zo erkent de Raad, vallen die uitzonderingen samen met andere uitzonderingen die zowel in art. 6 E.V.R.M. als in de ontworpen regeling worden vermeld. In die mate zijn ze overbodig. Voor het overige zijn ze in strijd met art. 6 E.V.R.M. aangezien de in dat artikel vermelde uitzonderingen strikt moeten worden geïnterpreteerd.

177 De uitzonderingen op de openbaarheid slaan zeker op de terechtzittingen. Betwist is of ze ook kunnen betrekking hebben op de uitspraak.

In het arrest in de eerste zaak Le Compte wekt het Hof Mensenrechten de indruk dat de uitzonderingen vermeld in art. 6 enkel slaan op de terechtzittingen, niet op de uitspraak, door de toevoeging "tenminste voor de debatten" (E.H.R.M. 23 juni 1981, *a.w.*, 25, §59). In het arrest in de tweede zaak Le Compte komt deze toevoeging niet meer voor. Mag dit zo worden begrepen dat de uitzonderingen ook kunnen worden ingeroepen t.a.v. de openbaarheid van de uitspraak? In de Campbell-Fell-case die dateert van na het tweede arrest Le Compte, oordeelde het Hof Mensenrechten dat de uitzonderingen niet mogen worden uitgebreid tot de uitspraak (in die zin CREMONA, J.J., *a.w.*, 109). De recente Belgische rechtsleer verdedigt hetzelfde standpunt. Zie LEMMENS, P., "Het geheim karakter van tuchtprocedures", *R.W.*, 1979-80, 1669; GOFFIN, L., *a.w.*, 371; RASSON-ROLAND, A., *a.w.*, 1983, 234-235 en de door haar geciteerde auteurs. Zie ook VERKRUISEN, W.G., *a.w.*, 1137.

178 Tot het cassatiearrest van 14 april 1983 werd de beslotenheid in tuchtzaken gemotiveerd door het algemeen rechtsbeginsel dat discretie bij de behandeling en de uitspraak in tuchtzaken voorschrijft. Volgens LEMMENS en D'HOOGHE lijkt het erop dat het beginsel van de discretie in tuchtzaken onder invloed van de rechtspraak van het Hof Mensenrechten uit het arsenaal van geldende rechtsbeginselen verdwenen is (LEMMENS, P. en D'HOOGHE, D., *a.w.*, nr. 33).

Voor zover het beginsel van de discretie in tuchtzaken is ingegeven door de eerbiediging van het beroepsgeheim van de verdachte arts blijft het nog verder doorwerken via de uitzonderingen op de openbaarheid. Een van die uitzonderingen is het belang van de openbare orde bij een besloten procedure. Dit motief is voldoende ruim opdat het ook de bescherming van het beroepsgeheim zou omvatten (Cass., 5 november 1987, *Arr. Cass.*, 1988, 308; *Pas.*, 1988, I, 289). De raden van beroep oordelen in feite en dus op onaantastbare wijze dat het recht op een openbare behandeling van een tuchtzaak moet wijken voor de zorg voor het beroepsgeheim (Cass., 23 december 1988, *Arr. Cass.*, 1989, 522; *Pas.*, 1989, I, 468; *R.W.*, 1988-89, 1086).

C. BEHANDELING BINNEN EEN REDELIJKE TERMIJN

179 Wanneer een provinciale raad niet beslist heeft binnen een door de Koning vastgestelde termijn die aanvangt met de datum hetzij van de aanvraag om inschrijving op de lijst, hetzij van een klacht of een verzoekschrift, wordt het geheel van de zaak aanhangig gemaakt bij de raad van beroep, op verzoek van ofwel de betrokken arts, ofwel de bijzitter-magistraat van de provinciale raad, ofwel de voorzitter van de Nationale Raad samen met een ondervoorzitter (art. 24, §2 Wet Orde Geneesheren).

Door art. 28 K.B. 6 februari 1970 houdende organisatie en werking van de raden van de orde, *B.S.*, 14 februari 1970, werd die termijn op 6 maanden vastgesteld in geval van een klacht of verzoekschrift. Gaat het om een aanvraag tot inschrijving dan bedraagt die termijn conform art. 23 één maand. Onder "betrokken arts" kan enkel worden verstaan de arts tegen wie een zaak aanhangig werd gemaakt. De arts die een klacht indiende tegen een collega kan dus enkel de zaak aanhangig maken bij de raad van beroep via de bijzitter van de provinciale raad of de voorzitter en ondervoorzitter van de Nationale Raad (*Vr. en Antw.*, Kamer, 1975-76, 2 september 1975, 3007, Vr. nr. 188 VALKENIERS).

180 Bij de beoordeling van de redelijke termijn waarbinnen krachtens art. 6, lid 1 E.V.R.M. een tuchtzaak dient te worden behandeld moet o.m. worden gelet op de concrete gegevens van de zaak en op de onzekerheid waarin de betrokkene gedurende de tegen hem gevoerde procedure verkeerde omtrent de weerslag ervan op de verdere uitoefening van zijn beroep. De omstandigheid dat de betrokkene gedurende de procedure zijn beroepsactiviteiten heeft kunnen voortzetten is relevant (Cass., 22 juni 1984, *Arr. Cass.*, 1984, 1392; *Pas.*, 1984, I, 1291; *R.W.*, 1984-85, 1029).

Het middel dat tegen de tuchtbeslissing en -vervolging aanvoert dat de strafprocedure voorafgaand aan de tuchtprocedure het recht op een behandeling binnen een redelijke termijn heeft miskend, heeft geen betrekking op de bestreden beslissing en is inzoverre niet ontvankelijk (Cass., 22 juni 1984, *Arr. Cass.*, 1984, 1392; *Pas.*, 1984, I, 1291; *R.W.*, 1984-85, 1029).

181 Geen enkele wettelijke bepaling schrijft voor dat uitzonderlijke redenen zijn vereist opdat de zaak rechtstreeks door de raad van beroep zou worden behandeld. Het volstaat dat de wettelijk vastgestelde voorwaarden voor doorverwijzing zijn vervuld. Nog minder dienen dergelijke uitzonderlijke redenen in de beslissing te worden vermeld (Cass., 12 maart 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 803; *Pas.*, 1976, I, 764).

182 Door de doorverwijzing van de zaak naar de raad van beroep gaat de eerste aanleg verloren. Een "algemeen rechtsbeginsel van de dubbele aanleg" bestaat echter niet (Cass., 21 januari 1983, *Arr. Cass.*, 1982, 1061; *Pas.*, 1982, I, 933; *R.W.*, 1983-84, 181).

D. EERLIJKE BEHANDELING VAN DE ZAAK

183 Het recht van een beklaagde op een eerlijke behandeling van zijn zaak

wordt niet miskend wanneer alleen de rechter in eerste aanleg dat recht heeft miskend. Het recht van hoger beroep is ingesteld om de onwettigheden die door de rechter in eerste aanleg mochten zijn begaan, te verhelpen en zij worden hersteld door het in acht nemen van de wet door de rechter in hoger beroep (Cass., 21 januari 1983, *Arr. Cass.*, 1983, 675; *Pas.*, 1983, I, 594; *R.W.*, 1982-83, 2546; Cass., 13 september 1984, *Arr. Cass.*, 1985, 81; *Pas.*, 1985, I, 69; Cass., 23 mei 1985, *Arr. Cass.*, 1985, 1315; *Pas.*, 1985, I, 1194; *R.W.*, 1985-86, 1441; *T.Not.*, 1986, 27, noot; *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 135; *J. Proc.*, 1985, afl. 68, 29, noot DAYEZ, B.; *J.T.*, 1986, 705, noot LAMBERT, P.; *R.C.J.B.* 1987, 331, noot VERHOEVEN, J.; *R.D.P.*, 1986, 210).

In de noot onder het laatst vermelde cassatiearrest heeft LAMBERT deze opvatting bestreden. Het is verdedigbaar dat het Hof Mensenrechten zich op dit standpunt stelt gezien de eis eerst de interne remedies uit te putten. Maar men mag die opvatting niet naar het nationale recht overplaatsen (in dezelfde zin LAMBERT, P., *a.w.*, 1988, 55).

184 Uit de enkele omstandigheid dat een lid-magistraat van de raad van beroep ermee belast is de zaak te onderzoeken en daarover verslag uit te brengen valt geen schending af te leiden van het in art. 6 E.V.R.M. neergelegde recht op een eerlijk proces (Cass., 1 december 1988, *Arr. Cass.*, 1989, 389; *Pas.*, 1989, I, 353; *R.W.*, 1989-90, 510).

E. ONAFHANKELJIKE EN ONPARTIJDIGE BEHANDELING

1. Provinciale raden van de orde

185 De tuchtrechtelijke opdracht wordt in eerste aanleg uitgeoefend door de provinciale raden van de orde alszodanig. Iedere provinciale raad is samengesteld uit een even aantal gewone en plaatsvervangende leden verkozen door de artsen die op zijn lijst zijn ingeschreven en niet geschorst zijn. Voorts maakt deel uit van een provinciale raad een gewoon en een plaatsvervangend bijzitter die voor een termijn van zes jaar door de Koning benoemd worden en die een raadgevende stem hebben. Die bijzitters worden gekozen uit de werkende magistraten van de rechtbanken van eerste aanleg, met uitzondering van de onderzoeksrechters en van de leden van de parketten, alsook uit de eremagistraten van die rechtbanken. Het gewoon lid van de Nationale Raad, of bij ontstentenis zijn plaatsvervanger, verkozen door de provinciale raad buiten zijn midden, neemt van ambtswege met raadgevende stem deel aan de zittingen van de provinciale raad (art. 7, §1 en §2 Wet Orde Geneesheren).

186 De waarborgen vermeld in art. 6 E.V.R.M. moeten volgens het Hof Mensenrechten niet reeds in eerste aanleg worden vervuld (E.H.R.M., 23 juni 1981, *a.w.*, 22-23, §51; E.H.R.M., 10 februari 1983, *a.w.*, 16, §29). Volgens het Hof van Cassatie geldt de eis van onpartijdigheid en van onafhankelijkheid ook voor de provinciale raden. De regel volgens welke een rechtscollege onafhankelijk en onpartijdig moet zijn maakt een algemeen rechtsbeginsel uit

dat op alle jurisdictionele instanties toepasselijk is (Cass., 15 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1979, 1232; *Pas.*, 1979, I, 1193; *R.W.*, 1979-80, 1702, noot LEMMENS, P.; *T.B.P.*, 1980, 60; *J.T.*, 1980, 387; Cass., 30 april 1982, *Arr. Cass.*, 1982, 1061; *Pas.*, 1982, I, 933; *R.W.*, 1983-84, 181). In het arrest van 23 mei 1985 paste het Hof van Cassatie deze regel nadrukkelijk toe op de provinciale raden van de orde (Cass., 23 mei 1985, *Arr. Cass.*, 1985, 1315; *Pas.*, 1985, I, 1194; *R.W.*, 1985-86, 1441; *T.Not.*, 1986, 27, noot; *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 135; *J.Proc.*, 1985, afl. 68, 29, noot DAYEZ, B.; *J.T.*, 1986, 705, noot LAMBERT, P.; *R.C.J.B.* 1987, 331, noot VERHOEVEN, J.; *R.D.P.*, 1986, 210).

187 Uit het feit dat een rechtscollege geheel of gedeeltelijk is samengesteld uit leden die hetzelfde of een gelijkaardig beroep uitoefenen of eenzelfde professionele hoedanigheid hebben als de personen die voor hen verschijnen kan niet worden afgeleid dat dit college niet onafhankelijk en onpartijdig is (Cass., 21 december 1979, *Arr. Cass.*, 1980, 494; *Pas.*, 1980, I, 493; Cass., 30 april 1982, *Arr. Cass.*, 1982, 1061; *Pas.*, 1982, I, 933; *R.W.*, 1983-84, 181).

188 Het algemeen beginsel van de onpartijdigheid en onafhankelijkheid wordt geschonden wanneer een of meer leden van de provinciale raad, die hebben deelgenomen aan de beslissing van die raad waarbij een tuchtsanctie is opgelegd, vóór de beslissing de zaak mee hebben onderzocht, omdat terecht kan worden gevreesd dat deze rechter(s) niet de waarborgen van onpartijdigheid bieden (Cass., 23 mei 1985, *Arr. Cass.*, 1985, 1315; *Pas.*, 1985, I, 1194; *R.W.*, 1985-86, 1441; *T.Not.* 1986, 27, noot; *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 135; *J.Proc.*, 1985, afl. 68, 29, noot DAYEZ, B.; *J.T.*, 1986, 705, noot LAMBERT, P.; *R.C.J.B.*, 1987, 331, noot VERHOEVEN, J.; *R.D.P.*, 1986, 210; Cass., 25 september 1987, *Arr. Cass.*, 1988, 118; *Pas.*, 1988, I, 113; Cass., 10 maart 1988, *Arr. Cass.*, 1988, 908; *Pas.*, 1988, I, 835; *R.W.*, 1988-89, 59). Sedert die rechtspraak hebben de raden van de orde zich zo georganiseerd dat de leden die het onderzoek gedaan hebben, zich onthouden van deelneming aan de berechting ten gronde.

189 Aan het verbod van cumulatie van onderzoeks- en berechtigingsfuncties mag geen te ruime draagwijdte worden gegeven (LEMMENS, P. en D'HOOGHE, D., *a.w.*, nr. 20). Uit de enkele omstandigheid dat de leden van het bureau van de provinciale raad kennis hebben genomen van het dossier aangaande de aan een arts ten laste gelegde feiten en dat zij dat dossier aan de provinciale raad hebben overgezonden, valt niet af te leiden dat zij niet de vereiste onpartijdigheid bezaten om uitspraak te doen over de tuchtrechtvordering tegen die arts (Cass., 17 maart 1988, *Arr. Cass.*, 1988, 941; *Pas.*, 1988, I, 866; *R.W.*, 1988-89, 464).

Het voorontwerp bevat belangrijke wijzigingen t.a.v. de samenstelling van de provinciale raden. Iedere provinciale raad zal zijn samengesteld uit een even aantal gewone en plaatsvervangende leden, verkozen door de artsen die op zijn lijst zijn ingeschreven en niet geschorst zijn; verder uit twee gewone leden en twee plaatsvervangende leden, benoemd door de Koning op gezamenlijke

voordracht van de ministers die bevoegd zijn voor Justitie, Tewerkstelling en Arbeid en Volksgezondheid. Deze leden worden gekozen uit de gewone of ere-magistraten van de rechtbanken van eerste aanleg alsmede uit de gewone of ere-rechters bij de arbeidsrechtbanken. Het aantal magistraten dat deel uitmaakt van provinciale raden wordt aldus verdubbeld, terwijl hun rol niet meer die van bijzitter met raadgevende stem is. Zij zijn volwaardig lid. Ten slotte neemt het lid van de Nationale Raad of zijn plaatsvervanger, dat buiten zijn midden werd verkozen door de provinciale raad, als waarnemer deel aan de vergaderingen en hoorzittingen van de provinciale raad vergaderend in tuchtzaken en aan de vergaderingen van het bureau. Hij neemt niet deel aan de beraadslagingen. Dit betekent dat de functie van het lid van de Nationale Raad enigszins wijzigt. Hij neemt niet langer deel aan alle vergaderingen van de provinciale raad en hij beschikt niet meer over een adviserende stem (art. 6, §1 en §2).

Het voorontwerp richt in de schoot van ieder provinciale raad de volgende organen op : het bureau, een of meer onderzoekscolleges, de provinciale raad zetelend in tuchtzaken (het tuchtcollege) en de plenaire provinciale raad. De plenaire provinciale raad verkiest uit zijn midden een voorzitter, een ondervoorzitter en een secretaris - allemaal artsen - die samen met een van beide magistraten die lid zijn van de provinciale raad, het bureau vormen. Wanneer de provinciale raad zetelt als tuchtcollege worden de tuchtzittingen van de provinciale raad voorgezeten door de magistraat die lid is van het bureau. Ieder onderzoekscollege dat wordt opgericht in de schoot van de provinciale raad bestaat uit minstens twee artsen die lid zijn van de provinciale raad. Voorts maakt de magistraat, lid van de raad, die geen lid van het bureau is, deel uit van ieder onderzoekscollege en hij zit het voor. De leden van het bureau mogen geen lid zijn van een onderzoekscollege. De leden van de onderzoekscolleges mogen niet deelnemen aan de beraadslagingen van de tuchtrechtelijke hoorzittingen van de raad. Geen enkel lid zal van eenzelfde zaak kennis mogen nemen tijdens verschillende stadia van de procedure of op verschillende behandelingsniveaus (art. 9, §1, §2, §3 en §5). Aldus wordt de scheiding van onderzoek en berechting in de wet overgenomen.

2. Raden van beroep

190 Hoger beroep tegen de beslissingen die genomen zijn door de provinciale raden in tuchtaangelegenheden wordt door de raden van beroep behandeld. Iedere raad van beroep (waarvan er twee zijn, de ene met het Nederlands als voertaal en de andere met het Frans als voertaal) bestaat uit vijf gewone en vijf plaatsvervangende leden die artsen zijn. Zij worden verkozen door de provinciale raden : iedere provinciale raad verkiest één van de vijf leden van de raad van beroep van zijn taalstelsel. Verder bestaat een raad van beroep uit vijf gewone en vijf plaatsvervangende leden, raadsheren in het hof van beroep, door de Koning benoemd. Voorts maakt van de raad van beroep deel uit een door de Koning benoemd griffier. De Koning benoemt uit de ledenmagistraten de voorzitter en de verslaggevers van elke raad.

Een niet verkozen lid van de Nationale Raad, dat daartoe is afgevaardigd, woont van rechtswege de zittingen bij van elke raad van beroep om er het advies van de Nationale Raad uit te brengen over beginselkwesties of over regelen van de plichtenleer, die n.a.v. een onderzocht geval worden opgeworpen (art. 12, §1 en §2 Wet Orde Geneesheren). Dit afgevaardigd lid van de Nationale Raad maakt geen deel uit van de raad van beroep (Cass., 4 februari 1988, *Arr. Cass.*, 1988, 697; *Pas.*, 1988, I, 648).

191 In de eerste zaak Le Compte kwam het Hof Mensenrechten tot het besluit dat de samenstelling van de raad van beroep noch de eis van onafhan-

kelijkheid noch die van onpartijdigheid schond. De raad van beroep beantwoordt aan de eis van onafhankelijkheid omdat hij is samengesteld uit evenveel artsen als magistraten terwijl een van de magistraten voorzitter is en een doorslaggevende stem heeft. De beperkte duur van het mandaat van de leden, nl. zes jaar, biedt in dit verband een bijkomende waarborg (E.H.R.M., 23 juni 1981, *a.w.*, 25, §57). Wat de onpartijdigheid betreft, deze was door de Commissie in haar rapport in twijfel getrokken. Het Hof Mensenrechten was het daar niet mee eens. De aanwezigheid van magistraten die de helft van de leden uitmaken garandeert de onpartijdigheid. Het feit dat de leden-artsen worden aangeduid via verkiezingen volstaat niet als bewijs voor hun partijdigheid. De persoonlijke onpartijdigheid moet worden verondersteld tot bewijs van het tegendeel; geen van de beklaagde artsen had zijn wrakingsrecht gehanteerd (E.H.R.M., 23 juni 1981, *a.w.*, 25, §58). In de tweede zaak Le Compte bevestigde het Hof Mensenrechten dit standpunt inzake de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de raad van beroep en de individuele leden ervan. Het Hof Mensenrechten voegde daar in dit arrest nog aan toe dat in het bijzonder de wijze van aanduiding van de leden-artsen in de raad van beroep niet van aard is om de raad van beroep als afhankelijk te beschouwen : hoewel deze leden verkozen worden door de provinciale raden zetelen zij niet als vertegenwoordigers van de orde, maar ten persoonlijke titel, net zoals de magistraten (E.H.R.M., 10 februari 1983, *a.w.*, 18, §32).

192 Hoewel de raad van beroep is samengesteld uit vijf verkozen artsen en vijf raadsheren in het Hof van Beroep kan hij wettig beraadslagen en beslissen ook al zijn er maar drie verkozen leden en drie raadsheren aanwezig. Art. 12 K.B. 6 februari 1970 dat bepaalt dat de raden van beroep wettig op deze wijze kunnen beraadslagen en beslissen is wettig genomen op grond van art. 28, §1 Wet Orde Geneesheren (Cass., 21 december 1979, *Arr. Cass.*, 1980, 494; *Pas.*, 1980, I, 493; Cass., 21 januari 1982, *Arr. Cass.*, 1982, 647; *Pas.*, 1982, I, 623; *R.W.*, 1982-83, 2546). Terecht heeft A. RASSON erop gewezen dat de waarborgen voor de onpartijdigheid die het Hof Mensenrechten in de samenstelling van de raden van beroep van de orde der geneesheren vaststelt, nl. de paritaire samenstelling en de doorslaggevende stem van de voorzitter, niet steeds vervuld zijn. Het is niet uit te sluiten dat in een concreet geval de raad van beroep bestaat uit vijf verkozen leden en drie magistraten en dat de beslissingen worden genomen door een meerderheid van verkozen leden (RASSON-ROLAND, A., *a.w.*, 232). Daartegenover staat wel de rechtspraak van het Hof van Cassatie volgens welke uit de enkele omstandigheden dat een tuchtrechtscollege ten dele of zelfs geheel uit beroepsgenoten bestaat, niet afgeleid kan worden dat dit rechtscollege niet onpartijdig is (Cass., 21 december 1979, *Arr. Cass.*, 1980, 494; *Pas.*, 1980, I, 493; Cass., 30 april 1982, *Arr. Cass.*, 1982, 1061; *Pas.*, 1982, I, 933; *R.W.*, 1983-84, 181). Nog volgens het Hof van Cassatie maakt de wet geen onderscheid tussen de vaste en de plaatsvervangende leden en stelt zij enkel een minimumquorum vast zodat de raden van beroep ook rechtsgeldig beraadslagen en beslissen wanneer zij uit een groter aantal

leden zijn samengesteld (Cass., 29 mei 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 1329; *Pas.*, 1986, I, 1194; *R.W.*, 1986-87, 1027, *anders*, LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 124 volgens wie op de plaatsvervangers pas een beroep mag worden gedaan als het minimum aantal leden niet is bereikt). Het standpunt van het Hof van Cassatie kan in een concreet geval aanleiding geven tot een grotere invloed van verkozen leden dan geoorloofd kan zijn uit een oogpunt van onpartijdigheid.

193 Wanneer de beslissing van een provinciale raad en de onderzoekshandelingen gesteld door die raad nietig zijn wegens de schending van het algemeen rechtsbeginsel van de onpartijdigheid van de rechter dan is eveneens nietig de beslissing van de raad van beroep die, na de beslissing van de provinciale raad te hebben vernietigd, de zaak aan zich trekt en opnieuw uitspraak doet maar niettemin rekening houdt met de nietige onderzoekshandelingen van deze provinciale raad (Cass., 25 september 1987, *Arr. Cass.*, 1988, 118; *Pas.*, 1988, I, 113). Weigert de raad van beroep een beslissing van een provinciale raad te vernietigen die het algemeen rechtsbeginsel betreffende de onpartijdigheid van de rechter heeft miskend, dan is de beslissing van die raad van beroep eveneens nietig (Cass., 10 maart 1988, *Arr. Cass.*, 1988, 908; *Pas.*, 1988, I, 835; *R.W.*, 1988-89, 59). Wanneer daarentegen de beroepen tuchtrechtelijke beslissing nietig is wegens schending van het algemeen rechtsbeginsel van de onpartijdigheid van de rechter, wordt die nietigheid door de beslissing in beroep niet overgenomen als deze die beslissing niet bevestigt, maar enkel op eigen gronden steunt (Cass., 4 februari 1988, *Arr. Cass.*, 1988, 697; *Pas.*, 1988, I, 648; Cass., 1 december 1988, *Arr. Cass.*, 1989, 389; *Pas.*, 1989, I, 353; *R.W.*, 1989-90, 510).

Het voorontwerp behoudt, op enkele wijzigingen na, de samenstelling van de raden van beroep. De magistraten zullen niet enkel uit de hoven van beroep maar ook uit de arbeidshoven kunnen afkomstig zijn. De rol van het niet verkozen lid van de Nationale Raad wordt beperkt tot die van "waarnemer" (zie art. 12, §1 en §6).

Een belangrijke wijziging betreft evenwel de samenstelling van de raad van beroep wanneer die in een concreet geval dient te oordelen in een tuchtzaak. De beslissing van de raad van beroep is dan slechts geldig mits aan twee voorwaarden is voldaan. De beslissing werd genomen in afwezigheid van de arts die behoort tot de provinciale raad waaronder de verdachte arts ressorteert. Voorts moeten magistraten een meerderheid uitmaken. Indien de magistraten niet in de meerderheid zijn op het ogenblik van de beslissing dienen de jongste leden-artsen zich terug te trekken (art. 35, §5).

Deze twee voorwaarden werden ingevoerd om het onafhankelijk en onpartijdig karakter van de raden van beroep te versterken.

3. Onttrekking wegens gewettigde twijfel aan de onpartijdigheid

194 De Wet Orde Geneesheren voorziet nergens uitdrukkelijk in de mogelijkheid tot het instellen van een vordering "tot onttrekking van de zaak aan de rechter wegens wettige verdenking" (art. 648, 2° Ger.W.).

Overeenkomstig art. 650 Ger.W. kan iedere partij op grond van wettige verdenking vorderen dat

de zaak aan de rechter wordt onttrokken. Een dergelijke vordering wordt ingesteld bij een met redenen omkleed en ondertekend verzoekschrift dat ter griffie van het Hof van Cassatie wordt ingediend (art. 653 Ger.W.).

195 Het Hof van Cassatie aanvaardde dat een vordering tot verwijzing van een provinciale raad naar een ander provinciale raad wegens gewettigde twijfel aan de onpartijdigheid van de raad ontvankelijk kan zijn. *In casu* was dat evenwel niet het geval omdat de vordering alleen hierop was gegrond dat de voorzitter van de provinciale raad t.o.v. wie de verdachte arts een wrakingsgrond had kunnen opwerpen, door de andere leden van de raad was verkozen. Een dergelijke omstandigheid is geen voldoende reden om het rechtscollege van de provinciale raad te verdenken (Cass., 17 augustus 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1137; *Pas.*, 1977, I, 1121; *J.T.*, 1978, 364).

Het Hof van Cassatie verklaarde de vordering tot onttrekking wegens wettige verdenking wel ontvankelijk en gegrond in een zaak waarin ieder lid van de provinciale raad in het bijzijn van de verdachte arts de mening had geuit dat zijn houding formeel in strijd was met de regels van de raad inzake de behandeling van drugverslaafden waardoor de verdachte arts, die zelf lid was van de provinciale raad, zich automatisch zou hebben uitgesloten uit de raad. Sedertdien werd rechtgesproken zonder deze arts uit te nodigen. Die omstandigheden konden zowel bij de arts als bij derden een wettige verdenking doen ontstaan over de strikte onpartijdigheid (Cass., 14 februari 1985, *Arr. Cass.*, 1985, 817; *Pas.*, 1985 I, 732; *R.W.*, 1985-86, 1842). De omstandigheid dat een plaatsvervangend magistraat-bijzitter zowel zitting heeft genomen in de onderzoekscommissie die eiser heeft ondervraagd als aanwezig is geweest op de terechtzitting van de provinciale raad waarop zijn zaak werd behandeld zonder dat die bijzitter aan de stemming heeft deelgenomen, kon bij eiser geen gewettigde twijfel doen ontstaan nopens de geschiktheid van de provinciale raad om over zijn zaak een onpartijdig oordeel te vellen. Het middel dat de schending inroept van art. 6 E.V.R.M. kan in dit opzicht niet worden aangenomen (Cass., 22 maart 1990, *R.W.*, 1990-91, 28).

196 Het Hof van Cassatie oordeelde dat niet ontvankelijk was het verzoekschrift tot onttrekking van de tuchtvervolging aan de Franstalige raad van beroep omdat er in de orde der geneesheren slechts één dergelijke raad bestaat. Verwijzing naar een andere Franstalige raad van beroep is derhalve wettelijk onmogelijk en de onttrekking zonder verwijzing zou met rechtsweigering gelijk staan. Niettegenstaande de voorrang van internationale verdragsnormen, m.n. art. 6 E.V.R.M. oordeelde het Hof nog dat het niet bevoegd is de bepalingen te wijzigen van het K.B. nr. 79 dat in zijn art. 12 één enkele Franstalige Raad van beroep opricht (Cass., 21 mei 1987, *Arr. Cass.*, 1987, 1291; *Pas.*, 1987, I, 1163; *R.W.*, 1987-88, 470; LEMMENS, P. en D'HOOGHE, D., *a.w.*, nr. 18).

4. Wraking van een lid van een raad

197 Op grond van art. 24, §1 Wet Orde Geneesheren bepaalt de Koning regels i.v.m. het uitoefenen van het recht van wraking met daarbij de rechtsmiddelen tegen de ter zake gewezen beslissingen.

Zie art. 40 tot art. 43 K.B. 6 februari 1970, *B.S.*, 14 februari 1970, meer bepaald art. 41 waarin wordt verwezen naar art. 828 Ger.W. voor de wrakingsgronden. De wraking van leden van de raad van beroep is geregeld in de art. 40 tot 43 K.B. 6 februari 1970 en niet door art. 837 Ger.W. (Cass., 13 april 1989, *Arr. Cass.*, 1989, 928; *Pas.*, 1989, I, 832; *R.W.*, 1989-90, 758).

198 De wraking gericht "tegen de raad van beroep zelf van de orde der geneesheren als dusdanig, in zijn geheel, is geen wraking zoals bepaald in art. 41" (Cass., 7 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 312; *Pas.*, 1976, I, 302). Wanneer de raad van beroep een verzoek tot wraking wegens laattijdigheid niet ontvankelijk verklaart en de zaak zelf verwijst naar de provinciale raad voorgezeten door de gewraakte persoon wordt art. 6 E.V.R.M. niet geschonden (Cass., 9 februari 1984, *Arr. Cass.*, 1984, 706; *Pas.*, 1984, I, 651). Het is aan het gewraakte lid van de provinciale raad niet verboden om bij de debatten tegenwoordig te zijn of deel te nemen aan de beslissing over de vraag of het verzoek tot wraking ontvankelijk is (*a.w.*, *t.a.p.*).

§6. Procedure en rechtsmiddelen

A. OPTREDEN VAN EEN PROVINCIALE RAAD IN TUCHTZAKEN

199 Een provinciale raad kan optreden hetzij a m b t s h a l v e , hetzij op v e r z o e k , hetzij op k l a c h t (art. 20, §1 Wet Orde Geneesheren; zie voor het ambtshalve optreden, Cass., 29 mei 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 1329; *Pas.*, 1986, I, 1194; *R.W.*, 1986-87, 1027).

200 Een verzoek tot optreden kan uitgaan van de Nationale Raad, de minister tot wiens bevoegdheid de volksgezondheid behoort, de procureur des Konings of de provinciale geneeskundige commissie (art. 20, §1 Wet Orde Geneesheren).

Het voorontwerp neemt deze tekst over, zie art. 23. Bovendien kan een verzoek tot optreden uitgaan van de leidend ambtenaar van de dienst Geneeskundige controle inzake betwistingen verband houdend met art. 35 Z.I.V.-Wet, dit is misbruik van diagnostische en therapeutische vrijheid. De tekst van art. 23 is op dit punt niet erg duidelijk maar uit de toelichting bij dit artikel blijkt ondubbelzinnig dat deze ambtenaar de zaak kan aanhangig maken.

201 Ten slotte kan een provinciale raad optreden op klacht van een arts of van een derde.

De klacht van een arts tegen een collega doet vragen rijzen i.v.m. de geheimhoudingsplicht van de klagende arts wanneer zijn klacht betrekking heeft op een gegeven dat hij vernam in het kader

van de uitoefening van zijn beroep (zie verder, nr. 980). De derde die klacht kan indienen kan iedereen zijn (PANIER, C., "Considérations sur la situation juridique des tiers au regard des procédures disciplinaires dans les ordres professionnels", *Ann. Dr. Louv.*, 1984, 380).

B. ONDERZOEK

202 Het bureau van de provinciale raad stelt de zaak in onderzoek. Het bureau doet zelf het onderzoek of het duidt een of meerdere personen van de raad aan om samen met de bijzitter-magistraat het onderzoek te doen (art. 20, §1, tweede lid Wet Orde Geneesheren).

Sinds het Hof van Cassatie het algemeen rechtsbeginsel van de onpartijdigheid van de rechter ook toepast op de provinciale raden wordt het onderzoek steeds verricht door een speciaal daartoe samengestelde onderzoekscommissie. De leden die hiervan deel uitmaken mogen niet deelnemen aan de berechtiging.

Ingeval de provinciale raad een klacht ontvangt, tracht het bureau de partijen te verzoenen en maakt het eventueel een proces-verbaal van verzoening op (art. 20, §1, derde lid). De afwezigheid van een verzoeningspoging tast de rechtsgeldigheid van de vervolging voor de provinciale raad niet aan (Raad van Beroep, Fr., 16 april 1973, *T. Orde Gen.*, 1973-74, afl. 23, 67).

Wanneer het onderzoek is beëindigd brengt het bureau of de verslaggever aangewezen door het bureau verslag uit bij de provinciale raad (art. 20, §1, vierde lid). Daarop beslist de provinciale raad ofwel de zaak zonder gevolg te laten, ofwel een aanvullend onderzoek te laten verrichten, ofwel de arts te doen verschijnen voor de raad (art. 24 K.B. 6 februari 1970). Als de zaak zonder gevolg wordt gelaten, dient de klager hiervan niet te worden in kennis gesteld. Dat is te betreuren (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 104). Volgens LOUVEAUX kan in dat geval de voorzitter van de raad aan de aangeklaagde arts een vaderlijke vermaning geven. Volgens art. 24, eerste lid K.B. 6 februari 1970 moet de arts tegen wie een onderzoek werd bevolen daarvan zo spoedig mogelijk op de hoogte worden gebracht. Dat is geen op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereiste (*Vr. en Antw.*, Kamer, 25 mei 1982, 1241, vr.nr. 140 KUYPERS).

203 Vermits het onderzoek geheim is, mag het disciplinair dossier niet worden meegedeeld aan gerechtelijke of administratieve overheden (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 100; zie ook het advies van de Nationale Raad, *T. Orde Gen.*, 1976-77, afl. 25, 29).

Het voorontwerp bevat een aantal belangrijke wijzigingen i.v.m. het onderzoek. Het bureau stelt de zaak in onderzoek en brengt de klager op de hoogte. Het onderzoek zelf wordt toevertrouwd aan een onderzoekscollege. Een arts die lid is van dit college treedt op als verslaggever. In geval van klacht, poogt het bureau vooraf de partijen te verzoenen. Lukt de poging, dan kan het bureau, zonder tussenkomst van het onderzoekscollege, beslissen de arts te verwijzen naar de persoonlijke rechtsmacht van de voorzitter (art. 24, §3 Voorontwerp).

Na afloop van het onderzoek maakt het onderzoekscollege de zaak opnieuw aanhangig bij de provinciale raad zetelend als tuchtcollege. Het onderzoekscollege kan evenwel unaniem beslissen de zaak niet naar de provinciale raad te verwijzen indien het van mening is dat geen voldoende aanklacht of tekortkoming aan de arts ten laste kunnen worden gelegd (art. 25, §2). Van deze beslissing van het college wordt de klager in kennis gesteld (art. 28, derde lid). Hij kan daartegen geen beroep aantekenen. Wel kan hij aan de voorzitter van de Nationale Raad de redenen bekend maken waarom hij niet met deze beslissing akkoord kan gaan. In dit geval maakt de voorzitter van de Nationale Raad, indien hij het opportuun acht, gebruik van zijn recht van beroep. In de ken-

nisgeving wordt de aandacht van de klager gevestigd op het feit dat de beslissing van het onderzoekscollege de zaak niet voor de provinciale raad te brengen geen beletsel vormt voor elke actie die zich voor de rechtbanken rechtvaardigt (art. 28, vijfde lid).

C. VERSCHIJNING VOOR DE PROVINCIALE RAAD

204 De oproeping tot het verschijnen voor de provinciale raad wordt bij aangetekend schrijven aan de betrokken arts gestuurd, minstens vijftien dagen vóór de vergadering (art. 25, eerste lid K.B. 6 februari 1970). Niet ontvankelijk is het middel waarin de onregelmatige oproeping vóór de provinciale raad wordt aangevoerd als het niet aan de raad van beroep is voorgelegd vóór ieder verweer, over de zaak zelf (Cass., 13 september 1984, *Arr. Cass.*, 1985, 78; *Pas.*, 1985, I, 62). Na de oproeping hebben de arts en zijn raadsman het recht op het secretariaat van de provinciale raad kennis te nemen van het dossier (art. 25, tweede lid K.B. 6 februari 1970; zie ook het advies van de Nationale Raad van 15 september 1984 : op verzoek van de arts en op zijn kosten mag een fotokopie van het tuchtdossier worden overhandigd, *T. Orde Gen.*, 1984-85, afl. 33, 32).

205 Zie in verband met de verplichting van de arts die disciplinair wordt vervolgd om blijk te geven van oprechtheid tegenover de tuchtoverheid, Cass., 21 maart 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 1008; *Pas.*, 1986, I, 915 en Cass., 29 mei 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 1329; *Pas.*, 1986, I, 1194; *R.W.*, 1986-87, 1027; zie verder, nr. 980.

Volgens DIERKENS moet de verplichting van de vervolgde arts om de waarheid te spreken minstens worden gerelativeerd. Enkel het feit dat de vervolgde arts zich mag laten bijstaan door een of meerdere raadslieden wijst op de mogelijkheid die waarheid vanuit verschillende hoeken te belichten (DIERKENS, R., *a.w.*, 336). Zowel DIERKENS als GOFFIN vragen zich af of die plicht de waarheid te spreken wel verenigbaar is met de geheimhoudingsplicht (GOFFIN, L., "L'avocat ou le médecin doit-il révéler à ses autorités disciplinaires le secret dont il est professionnellement le dépositaire?", *Ann. Dr. Louv.*, 1984, 365). Zolang tuchtprocedures een besloten karakter hadden konden beide plichten nog met elkaar worden verzoend. Nu tuchtprocedures in toenemende mate openbaar (kunnen) verlopen is dat moeilijker. Dat zou volgens GOFFIN kunnen leiden tot een vermindering van het belang van de verplichting de waarheid te spreken.

D. RECHTSPLEGING EN BESLISSING

206 Zie voor de rechtspleging voor een provinciale raad, art. 24, §1 Wet Orde Geneesheren en art. 26 K.B. 6 februari 1970, *B.S.*, 14 februari 1970.

Het voorontwerp bevat soortgelijke bepalingen, behoudens de openbaarheid van de zittingen van de provinciale raad. Voorts schrijft art. 33, §2 van het ontwerp voor dat de klager steeds zal worden opgeroepen om te worden gehoord tijdens het onderzoek van de zaak en tijdens de behandeling ervan door de instanties die er op het vlak van de organen van de orde kennis moeten van nemen.

207 De beslissingen van de provinciale raad worden genomen bij meerderheid van stemmen. De beslissingen houdende schrapping van de lijst van de orde of de schorsing van het recht de geneeskunde uit te oefenen voor langer

dan één jaar moeten evenwel worden gewezen bij meerderheid van minstens tweederde der stemmen (art. 26, derde lid K.B. 6 februari 1970). In geval van staking van stemmen beslist de stem van de voorzitter (art. 28, §2 Wet Orde Geneesheren).

Het voorontwerp bevat zelf bepalingen i.v.m. de vereiste meerderheid bij het opleggen van zware tuchtsancties en laat dit niet aan de uitvoerende macht over. Iedere schorsing van het recht de geneeskunde uit te oefenen en iedere schrapping moet worden uitgesproken met een tweederde meerderheid van de stemmen. Zie art. 35, §3. Voor het overige geldt de gewone meerderheid. De stem van de voorzitter is doorslaggevend bij staking van stemmen. Zie art. 35, §2. Die voorzitter is bij beslissingen over tuchtvervolgingen een magistraat. Nu is dat steeds een arts.

I.v.m. de verplichting de beslissing te motiveren, zie boven, nr. 161.

208 Wanneer, volgens de vermeldingen van het proces-verbaal van de vergadering van de provinciale raad waarop een tuchtzaak is onderzocht enerzijds en volgens de beslissing die in die zaak door die provinciale raad is uitgesproken anderzijds, de leden van die raad niet dezelfde waren, moet die beslissing worden vernietigd (Cass., 31 januari 1985, *Arr. Cass.*, 1985, 716; *Pas.*, 1985, I, 635).

De vaststelling in de beslissing van een tuchtraad dat één van de leden van die raad de beslissing heeft goedgekeurd is weliswaar in strijd met het beginsel dat de beraadslaging van de rechters geheim is, maar maakt op zichzelf de beslissing waarin zij is vervat niet nietig (Cass., 29 mei 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 1329; *Pas.*, 1986, I, 1194; *R.W.*, 1986-87, 1027). Het bewijs van de aanwezigheid van een juridisch bijzitter op de terechtzitting van een provinciale raad kan zowel volgen uit de vaststellingen van de genomen beslissing als uit de niet tegenstrijdige vermeldingen van het proces-verbaal (Cass., 1 december 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 385; *Pas.*, 1978, I, 372).

E. BETEKENING VAN DE BESLISSING

209 De beslissing van de provinciale raad wordt binnen acht dagen bij aangetekende brief bekendgemaakt aan de beklaagde arts. Terzelfdertijd wordt een afschrift van de beslissing gestuurd aan de voorzitter van de Nationale Raad en desgevallend aan de overheid die de zaak heeft aanhangig gemaakt (art. 26, vierde en vijfde lid K.B. 6 februari 1970).

Het voorontwerp bepaalt dat ook de klager in kennis moet worden gesteld van de beslissing van de provinciale raad; zie art. 28, derde lid.

I.v.m. de kennisgeving van definitief geworden beslissingen, zie verder, nr. 215.

F. HOGER BEROEP

1. Instellen van hoger beroep

210 Tegen de beslissing door een provinciale raad in tuchtzaken gewezen kan hoger beroep worden ingesteld hetzij door de betrokken arts, hetzij door de voorzitter van de Nationale Raad samen met een ondervoorzitter hetzij door de bijzitter van de provinciale raad. Het hoger beroep schorst de tenuitvoerlegging van de aangevochten beslissing. Hoger beroep tegen voorbereidende beslissingen of onderzoeksbeslissingen kan alleen ingesteld worden samen met hoger beroep tegen de eindbeslissing (art. 21 Wet Orde Geneesheren).

Zie i.v.m. hoger beroep ingesteld door de bijzitter, Cass., 7 november 1985, *Arr. Cass.*, 1986, 317; *Pas.*, 1986, I, 270; *R.W.*, 1985-86, 2244. Een zaak is wettig aanhangig gemaakt bij de raad van beroep als de magistraat-assessor de provinciale raad verzocht heeft het dossier bij de raad van beroep aanhangig te maken en de voorzitter van de provinciale raad, met een aangetekende brief waarbij de brief van de magistraat-assessor gevoegd was, het dossier naar de raad van beroep heeft gezonden.

Het voorontwerp voorziet dat enkel de betrokken arts of de voorzitter van de Nationale Raad, samen met een ondervoorzitter, beroep kunnen aantekenen tegen een beslissing van een provinciale raad in tuchtzaken. Zie art. 28. De figuur van de magistraat-bijzitter wordt opgeheven. Zie evenwel het "onrechtstreeks" beroepsrecht in hoofde van de klager, via de voorzitter van de Nationale Raad, zie boven, nr. 203.

Zie i.v.m. de beroepstermijn, art. 25, §1 Wet Orde Geneesheren; *vlg.* art. 30, §1 Voorontwerp. Zie ook Cass., 14 februari 1985, *Arr. Cass.*, 1985, 814; *Pas.*, 1985, I, 730; *R.W.*, 1985-86, 1842; *J.T.*, 1985, 448 : de in art. 22 en 25 Wet Orde Geneesheren vastgestelde termijn voor hoger beroep tegen een beslissing van de provinciale raad gaat in vanaf de kennisgeving van die beslissing bij aangetekende brief, zelfs als de provinciale raad heeft bevolen dat de beslissing bij deurwaardersexploot zal worden betekend.

2. Behandeling van het hoger beroep

211 Overeenkomstig art. 25, §4 Wet Orde Geneesheren neemt de raad van beroep kennis van het geheel van de zaak zelfs indien enkel hoger beroep werd ingesteld door de arts (Cass., 5 december 1960, *Arr. Cass.*, 1961, 312; *Pas.*, 1961, I, 363; Cass., 9 oktober 1967, *Arr. Cass.*, 1968, 188; *Pas.*, 1968, I, 177; Cass., 14 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 933; *Pas.*, 1978, I, 915; *R.W.*, 1978-79, 216; Cass., 5 mei 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, 1038; *Pas.*, 1989, I, 933). M.b.t. art. 25, §4 vindt art. 1068 Ger.W. toepassing, overeenkomstig art. 2 van hetzelfde wetboek (Cass., 21 januari 1983, *Arr. Cass.*, 1983, 657; *Pas.*, 1983, I, 594; *R.W.*, 1982-83, 2546).

De raad van beroep belast één van de verslaggevers met het onderzoek van de zaak; deze brengt verslag uit bij de raad; op diens verzoek doet hij alle bijkomende onderzoeksverrichtingen (art. 20, §2, eerste lid Wet Orde Geneesheren; Cass., 1 december 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 387; *Pas.*, 1978, I, 374 : verhindering en vervanging van de magistraat belast met het onderzoek). De raad van beroep mag de verslaggever van de provinciale raad die deelgenomen heeft aan het onderzoek in eerste aanleg horen (art. 20, §2, tweede lid; Cass., 13 september 1984, *Arr. Cass.*, 1985, 78; *Pas.*, 1985, I, 62, noot : uit de enkele omstandigheid dat deze verslaggever, niettegenstaande de behandeling met gesloten deuren, de debatten voor de raad van beroep heeft bijgewoond, kan niet worden afgeleid dat de zaak niet eerlijk is behandeld door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie in de zin van art. 6 E.V.R.M.). Zie i.v.m. de oproeping van de betrokken arts en de inzage in het tuchtdossier, art. 31 K.B. 6 februari 1970 (Cass., 12 maart 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 803; *Pas.*, 1976, I, 764 : geen wettelijke of verordenende bepaling verplicht de raad van beroep aan de betrokken arts op een andere wijze dan door inzage van het dossier voor de terechtzitting, kennis te geven van de stukken die vóór het sluiten van de debatten bij het dossier worden gevoegd).

3. Beslissing in hoger beroep

212 De beslissingen van de raad van beroep worden getroffen bij meerderheid van stemmen (art. 12, tweede lid K.B. 6 februari 1970). In geval van sta-

king van stemmen beslist de stem van de voorzitter-magistraat (art. 28, §2 Wet Orde Geneesheren).

Een meerderheid van tweederde is vereist om de schrapping van de lijst van de orde of een schorsing van meer dan één jaar uit te spreken (art. 32 K.B. 6 februari 1970). Een t w e e d e r d e m e e r d e r h e i d is eveneens vereist om een sanctie toe te passen wanneer de provinciale raad er geen heeft uitgesproken of om de door de provinciale raad uitgesproken sanctie te verzwaren (art. 25, §4, tweede lid Wet Orde Geneesheren; deze bepaling is niet onverenigbaar met de vereisten van een eerlijk proces die in art. 6 E.V.R.M. zijn vastgesteld; de regels volgens welke op het enkel beroep van degene die wordt vervolgd zijn toestand niet mag worden verzwaard is gegrond op art. 202 Sv. en is niet van toepassing op de bij K.B. nr. 79 geregelde materie (Cass., 13 september 1984, *Arr. Cass.*, 1985, 81; *Pas.*, 1985,I, 69).

Het wetsontwerp schaft de regel die een tweederde meerderheid vereist om een sanctie te verzwaren af. Voorts kan de schrapping en iedere schorsing slechts met een tweederde meerderheid worden uitgesproken (art. 35, §3).

G. VERZET

213 De arts tegen wie een beslissing werd gewezen bij verstek, kan hiertegen in verzet komen binnen de termijn van vijftien vrije dagen vanaf de kennisgeving van de beslissing. De zaak wordt opnieuw gebracht voor de raad die de uitspraak heeft gedaan. De eiser in verzet die een tweede maal verstek laat gaan, kan niet meer in verzet komen (art. 22 Wet Orde Geneesheren; art. 27 en 34 K.B. 6 februari 1970).

Wanneer de raad van beroep bij verstek een tuchtstraf heeft opgelegd met de daartoe vereiste tweederde meerderheid van stemmen en op verzet van de niet-verschijnende eiser tegen deze beslissing dit verzet ongedaan verklaart, vereist deze laatste beslissing geen tweederde meerderheid van de stemmen, ook al stelt ze vast dat de beslissing bij verstek haar volle uitwerking zal hebben (Cass., 7 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 312; *Pas.*, 1976, I, 302). Wanneer de raad van beroep de door de provinciale raad uitgesproken sanctie met de vereiste meerderheid van tweederde van de stemmen, bij verstek heeft verzwaard en hij, op het verzet van de verstekdoende eiser tegen die beslissing, dat verzet ontvankelijk maar ongegrond verklaart, moet hij uitspraak doen met een tweederde meerderheid (Cass., 12 januari 1989, *Arr. Cass.*, 1989, 573; *Pas.*, 1989, I, 512; *R.W.*, 1988-89, 1296).

H. VOORZIENING IN CASSATIE

214 De beslissing van de raad van beroep in tuchtzaken kan voor het Hof van Cassatie worden gebracht wegens overtreding van de wet of schending van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven formaliteiten. Dit kan gebeuren door de Minister tot wiens bevoegdheid de volksgezondheid behoort, door de voorzitter van de Nationale Raad samen met een ondervoorzit-

ter of door de betrokken arts (art. 23, eerste lid Wet Orde Geneesheren). De Procureur-Generaal bij het Hof van Cassatie kan zich in cassatie voorzien in het belang van de wet (art. 23, vijfde lid).

Zolang de bepalingen van de Code van medische plichtenleer niet bindend zijn verklaard kan de schending ervan geen aanleiding geven tot een voorziening in cassatie (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 136).

De voorziening in cassatie schorst de tenuitvoerlegging (art. 23, derde lid). In geval van cassatie wordt de zaak verwezen naar de raad van beroep anders samengesteld. Die raad is verplicht zich te voegen naar het arrest van het Hof van Cassatie wat betreft het daarin gesproken recht (art. 23, vierde lid).

Zie voor de procedure in cassatie, art. 26 Wet Orde Geneesheren (Cass., 3 maart 1952, *Arr. Cass.*, 1952, 346; *Pas.*, 1952, I, 396 : verzoekschrift dient door een advocaat bij het Hof van Cassatie ondertekend te zijn; Cass., 14 april 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 739; *Pas.*, 1970, I, 691 : cassatiemiddel dat enkel betrekking heeft op een van de ten laste gelegde tekortkomingen terwijl de uitgesproken straf wettelijk verantwoord blijft door een andere tekortkoming is niet ontvankelijk; Cass., 4 februari 1975, *Arr. Cass.*, 1975; 633; *Pas.*, 1975, I, 575 : niet ontvankelijk is de voorziening tegen een in eerste aanleg genomen beslissing van de provinciale raad; Cass., 13 februari 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 689; *Pas.*, 1976, I, 657 : het middel hieruit afgeleid dat de bestreden beslissing van de raad van beroep de rechten schendt welke de eiser beweert te hebben bekomen door een vroegere beslissing van de provinciale raad kan niet voor het eerst voor het Hof van Cassatie worden voorgedragen; Cass., 6 november 1980, *Arr. Cass.*, 1981, 259; *Pas.*, 1981, I, 284 : een enkele tuchtstraf wegens meerdere tekortkomingen waarbij de raad van beroep in het midden heeft gelaten of deze straf verantwoord werd door de tekortkomingen waarvan de cassatiemiddelen niet gewagen; ontvankelijkheid van die middelen; Cass., 30 april 1982, *Arr. Cass.*, 1982, 1061; *Pas.*, 1982, I, 933; *R.W.*, 1983-84, 181 : wanneer een beslissing van de raad van beroep een enkele tuchtrechtelijke straf uitspreekt wegens verscheidene tekortkomingen, is niet ontvankelijk het middel dat enkel betrekking heeft op sommige van deze tekortkomingen, indien de straf wettelijk gerechtvaardigd blijft door een andere tekortkoming; Cass., 13 september 1984, *Arr. Cass.*, 1985, 78; *Pas.*, 1985, I, 62 : niet ontvankelijk is het middel waarin de onregelmatige oproeping voor de provinciale raad wordt aangevoerd als het niet aan de raad van beroep is voorgelegd voor elk verweer over de zaak zelf; zie i.v.m. de kosten na vernietiging in cassatie, Cass., 14 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 933; *Pas.*, 1978, I, 915; *R.W.*, 1978-79, 216).

Het voorontwerp geeft, buiten de drie personen die thans cassatieberoep kunnen instellen, die mogelijkheid ook aan de minister tot wiens bevoegdheid sociale voorzorg behoort, op verzoek van de leidend ambtenaar van de dienst voor geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V., in aangelegenheden m.b.t. art. 35 Z.I.V.-Wet, d.i. het misbruik van therapeutische en diagnostische vrijheid. De voorziening schorst de ten uitvoerlegging maar de raad van beroep kan hierover met tweederde meerderheid anders beslissen (zie art. 31).

§7. Kennisgeving van tuchtrechtelijke beslissingen

215 Krachtens art. 27, §2 Wet Orde Geneesheren moeten alle definitief geworden beslissingen houdende schrapping van de lijst, schorsing in het recht de geneeskunde uit te oefenen alsook weglating van de lijst en beperking van de uitoefening van de geneeskunde (beide laatste zijn geen tuchtmaatregelen, supra nr. 122 e.v.) ter kennis worden gebracht van de bevoegde provinciale geneeskundige commissie en de Procureur-Generaal bij het hof van beroep binnen welk rechtsgebied de bevoegde provinciale raad zitting houdt. De kennisgeving moet gebeuren binnen de 30 dagen na de datum waarop de maatre-

gel definitief is geworden (art. 35 K.B. 6 februari 1970). Krachtens art. 27, §3, eerste lid moeten alle tuchtbeslissingen (dus niet weglatingen en beperkingen van de uitoefening van de geneeskunde) in laatste aanleg genomen door een provinciale raad of door de raad van beroep ter kennis worden gebracht van de Minister voor Volksgezondheid. Dit dient te gebeuren door de voorzitter van de betrokken raad binnen 30 dagen na de datum waarop zij definitief zijn geworden.

DIERKENS heeft gewezen op een anomalie in art. 27, §3, eerste lid : door een provinciale raad in laatste aanleg genomen tuchtbeslissingen bestaan niet. De door sommige aangevoerde motivering voor art. 27, §3, eerste lid, nl. de minister in staat stellen desgevallend cassatieberoep in te stellen houdt ter zake geen steek (zie in deze zin het antwoord op een parlementaire vraag *Vr. en Antw.*, Kamer, 1981-82, 27 april 1982, 1109, Vr. nr. 85 VAN GREMBERGEN). Wellicht wordt ook hier, zoals in art. 27, §2, bedoeld de definitief geworden tuchtbeslissingen van de provinciale raden. Dat noemde DIERKENS evenwel "een juridisch onaanvaardbare interpretatie" omdat op die manier de Minister voor Volksgezondheid op de hoogte zou zijn van alle tuchtbeslissingen in eerste aanleg getroffen. Hij stelde daarom voor in art. 27, §3 de verwijzing naar de provinciale raden te schrappen (DIERKENS, R., *a.w.*, 348).

216 Zonder afbreuk te doen aan het traditioneel tuchtrecht en aan het (destijds, maar thans niet meer) in wezen geheim karakter van de procedure voor tuchtcolleges heeft de Koning kunnen voorschrijven dat de in laatste aanleg door een provinciale raad of een raad van beroep gewezen beslissingen ter kennis van de Minister voor Volksgezondheid moeten worden gebracht. De wetgever is immers niet op absolute wijze gebonden door de beginselen van de burgerlijke rechtspleging wanneer hij een materie buiten de organisatie van hoven en rechtbanken bestrijkt. Bovendien is die minister door art. 30 Wet Orde Geneesheren tot geheimhouding verplicht op dezelfde gronden als eenieder die bij de werking van de orde betrokken is (R.v.St., Lorthoir, nr. 15.512, 17 oktober 1972).

In een advies van de Nationale Raad wordt de draagwijdte van de geheimhoudingsplicht van de minister als volgt verduidelijkt. "Alhoewel het door de wet is toegestaan een tuchtstraf mee te delen aan de betrokken minister mag deze laatste deze mededeling niet aan derden bekendmaken maar uitsluitend de diensten van zijn departement (d.i. Volksgezondheid en Leefmilieu, niet Sociale Voorzorg, H.N.) waarvan de opdracht rechtstreeks verband houdt met deze straf ervan op de hoogte stellen" (*T. Orde Gen.*, 1977-78, afl. 26, 31). De bepalingen van art. 27, §3 laten de minister niet toe persoonlijke gegevens bekend te maken omtrent de artsen tegen wie tuchtbeslissingen werden genomen. Evenmin biedt die wettekst een wettelijke basis om vanuit de overeenkomstig art. 27, §3 meegedeelde gegevens verbanden na te speuren met andere gegevens omtrent personen tegen wie tuchtbeslissingen werden genomen, zoals de aansluiting bij een bepaalde artsenorganisatie (*Vr. en Antw.*, Kamer, 1981-82, 27 april 1982, 1109, Vr. nr. 85 VAN GREMBERGEN).

217 LOUVEAUX onderscheidt de kennisgeving van de gehele akte en de kennisgeving van het beschikkend gedeelte. Indien de overheid tot wie de kennisgeving is gericht het recht heeft in hoger beroep te gaan of zich te voorzien in cassatie, zoals de Minister voor Volksgezondheid voor de beslissingen in laatste aanleg gewezen door de raden van beroep, dan dient de gehele akte te

worden meegedeeld. Maar wanneer de kennisgeving enkel ter informatie geschiedt, zoals aan de provinciale geneeskundig commissie of de Procureur-Generaal bij het hof van beroep, dan volstaat de mededeling van het beschikkend gedeelte (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 147).

Kennisgeving van een tuchtrechtelijke beslissing aan de advocaat van de beklaagde arts is niet voorzien. Het behoort alleen aan de betrokken arts om de beslissing aan zijn advocaat mee te delen; zij mag door de provinciale raad niet aan de advocaat worden meegedeeld (zie in deze zin het Advies van de Nationale Raad van 21 maart 1987, *T. Orde Gen.*, 1987, afl. 36, 29).

Het voorontwerp bevat de volgende wijzigingen i.v.m. de kennisgeving van beslissingen van de raden van de orde. Definitief geworden beslissingen inzake schrapping, schorsing, weglating en beperking van de uitoefening van de geneeskunde moeten niet enkel ter kennis worden gebracht van de bevoegde provinciale geneeskundige commissie en de Procureur Generaal van het hof van beroep, maar ook van de diensten voor geneeskundige verzorging en voor geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V. Zie art. 34, §2. Art. 34, §3 stelt duidelijker dan thans het geval is dat alle tuchtbeslissingen van de provinciale raden - zonder toevoeging "in laatste aanleg gewezen" - of de raden van beroep ter kennis moeten worden gebracht van de minister tot wiens bevoegdheid de volksgezondheid behoort. Uit deze wijziging blijkt wel duidelijk dat deze mededeling niet enkel verband houdt met het recht van de minister zich in cassatie te voorzien.

218 De vroegere versie van art. 35, laatste lid Z.I.V.-Wet bepaalde dat de beslissingen van de raden van de orde i.v.m. de misbruiken van diagnostische en therapeutische vrijheid die niet meer vatbaar waren voor beroep, werden meegedeeld aan de dienst voor geneeskundige controle R.I.Z.I.V. (zie daarover *T. Orde Gen.*, 1978-79, afl. 27, 44-45).

Die bepaling werd vervangen door een nieuwe versie door art. 23 Programmawet 22 december 1989, *B.S.*, 30 december 1989 (zie verder, nr. 1051).

219 Overeenkomstig art. 37, §1, 2°, e, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst heeft de provinciale geneeskundige commissie tot taak, in haar ambtsgebied, de belanghebbende personen van publiek recht of privaat recht in te lichten omtrent de o.a. door de orde der geneesheren genomen beslissingen inzake de uitoefening van zijn activiteit door een beoefenaar van de geneeskunde.

Overeenkomstig het tweede lid van dezelfde bepaling worden de aanwijzing van deze belanghebbende personen en de modaliteiten volgens welke zij worden ingelicht, bepaald door de Koning, op voorstel van de Nationale Raad van de orde. Dit voorstel moet worden gedaan binnen een door de Minister van Volksgezondheid vastgestelde termijn. Dit laatste is tot op heden niet gebeurd. Wel heeft deze minister aan de Nationale Raad gemeld dat de diensten voor medische en administratieve controle van het R.I.Z.I.V. door de provinciale geneeskundige commissies wensen te worden ingelicht omtrent de door de raden van de orde genomen tuchtstraffen houdende schorsingen in het recht de geneeskunde uit te oefenen "zoals bepaald wordt bij de beschikkingen van art. 37, §1, 2° K.B. nr. 78". In zijn antwoord wees de Nationale Raad erop dat het R.I.Z.I.V. belang heeft bij de mededeling van tuchtstraffen. Maar die mededeling zou aan die straffen een ruchtbaarheid geven die niet strookt met principes van het tuchtrecht, m.n. de discretie (*T.Orde Gen.*, 1977-78, afl. 26, 30). In een later advies nam de Nationale Raad een wat soepeler houding aan. Op 19 mei 1984 onderzocht de Nationale Raad de vraag van de Minister van Sociale Zaken om in het vervolg de dienst voor geneeskundige verzorging van het R.I.Z.I.V. in kennis te stellen van iedere wijziging in het persoonlijk dossier van de artsen aangaande het recht tot uitoefening

van de geneeskunde. De Nationale Raad antwoordde dat het inderdaad wenselijk zou zijn dat deze dienst kennis zou krijgen van het beschikkend gedeelte van alle definitief geworden beslissingen houdende weglating, beperking van de uitoefening, schorsing of schrapping. In de praktijk veronderstelt dat wel een uitbreiding van de opdracht van de provinciale geneeskundige commissies geregeld in art. 37, §1, 2°, e Wet Uitoefening Geneeskunst tot die dienst (*T. Orde Gen.*, 1983-84, afl. 32, 53).

§8. Verhouding strafvordering tot tuchtvordering en het gezag van gewijsde

220 Krachtens art. 417 Ger.W. staat de tuchtvordering los van de strafvordering en de burgerlijke vordering. De tuchtrechter moet niet zijn beslissing opschorten tot na de uitspraak van de strafrechter bij wie de strafvordering aanhangig is. Door die uitspraak te doen vóór de strafrechter bij wie de strafvordering aanhangig is schendt de tuchtrechter niet "het algemeen rechtsbeginsel betreffende het gezag van gewijsde in strafzaken" (Cass., 21 maart 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 1008; *Pas.*, 1986, I, 915; Cass., 15 oktober 1987, *Arr. Cass.*, 1988, 188; *Pas.*, 1988, I, 175, *R.W.*, 1987-88, 992; *J.T.*, 1988, 104; zie over dit arrest, VAN LIL, M., "Wordt de tuchtvordering opgeschort door de strafvordering en de burgerlijke vordering"?, *T. Orde Gen.*, 1988, afl. 42, 35-37; zie ook, LAMBERT, P., "Le criminel tient-il le disciplinaire en état"?, *J.T.*, 1987, 332, die het bestaan van een algemeen rechtsbeginsel, als zou de strafvordering voorrang hebben op de tuchtvordering, afwijst. In het cassatiearrest van 29 mei 1986 vindt hij steun voor die opvatting (Cass., 29 mei 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 1329; *Pas.*, 1986, I, 1194; *R.W.*, 1986-87, 1027; *J.T.*, 1987, 331, noot LAMBERT, P.; *anders*, BEKAERT, H., "Le criminel tient aussi le disciplinaire en état", *J.T.*, 1982, 473-479. Voor kritische bemerkingen bij de opvatting van BEKAERT, zie PANIER, C., *a.w.*, 379, noot 5).

221 Een tuchtvordering vormt geen beletsel voor een strafvordering wegens dezelfde fouten (Brussel, 7 november 1985, *J.T.*, 1986, 371; zie voor kritiek op de mogelijkheid van een dubbele vervolging, tuchtrechtelijk en strafrechtelijk, voor dezelfde feiten die niets met de beroepsuitoefening te maken hebben, RASSON-ROLAND, A., *a.w.*, 1983, 214).

222 De tuchtoverheid voor de welke een arts tuchtrechtelijk wordt vervolgd, is gebonden door hetgeen de strafrechter zeker en noodzakelijk heeft beslist (Cass., 21 maart 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 1008; *Pas.*, 1986, I, 915; Cass., 15 oktober 1987, *Arr. Cass.*, 1988, 188; *Pas.*, 1988, I, 175; *R.W.*, 1987-88, 992; PANIER, C., *a.w.*, 379).

Het gezag van gewijsde van welke beslissing ook kan niet worden miskend door een rechter die in tuchtzaken geen uitspraak doet over feiten die het voorwerp uitmaken van een nog niet definitief afgesloten tuchtvervolging (Cass., 21 januari 1983, *Arr. Cass.*, 1983, 657; *Pas.*, 1983, I, 594; *R.W.*, 1982-83, 2546).

Zie voor een merkwaardige consequentie van het gezag van gewijsde in strafzaken, Raad van State Fr., 24 juli 1987, *Rev. Dr. Sanitaire*, 1988, 28-29 : wegens drugmisbruik was een arts strafrech-

telijk veroordeeld tot een schorsing in de beroepsuitoefening. Normaal volgt op een strafrechtelijke veroordeling ook een tuchtrechtelijke veroordeling. Maar de Nationale Raad, die in Frankrijk tuchtrechtsprekende bevoegdheid heeft, weigerde een sanctie op te leggen. De feiten waren te zwaar om met een lichtere sanctie dan een schorsing te worden bestraft; zij waren niet zwaar genoeg om een schrapping te verantwoorden. Een tuchtrechtelijke schorsing, hoe verschillend ook van de strafrechtelijke schorsing, zou praktisch toch hetzelfde resultaat hebben gehad. Daarom verkoos de Nationale Raad, hierin gevolgd door de Raad van State, geen tuchtsanctie op te leggen (zie ook Cass., 22 februari 1954, *Arr. Cass.*, 1954, 435; *Pas.*, 1954, I, 550).

223 De beslissing van de raad van beroep die een beslissing van een provinciale raad bevestigt, is een jurisdictionele uitspraak met gezag van gewijsde, binnen de perken van de door de wetgever aan de jurisdictie toegewezen bevoegdheid (Cass., 20 maart 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 1001; *Pas.*, 1986, I, 908; *R.W.*, 1986-87, 481; *J.T.*, 1986, 711). Het gezag van gewijsde van zo'n beslissing is beperkt tot het tuchtrechtelijke (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 71). De inhoud ervan is niet tegenstelbaar op burgerlijk vlak en, *a fortiori*, op strafrechtelijk vlak (GEENS, K., *a.w.*, 562, noot 2; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 934).

Het Hof van Beroep te Brussel vernietigde het vonnis van de correctionele rechtbank waarbij geweigerd werd aan een arts een verbod op te leggen de geneeskunde te beoefenen omdat deze arts reeds was geschrapt van de lijst van de orde door de tuchtrechter. Volgens het Hof mocht de strafrechter zijn verantwoordelijkheid niet overdragen aan een ander. Er mag geen gezag van gewijsde worden toegekend aan de tuchtrechtelijke beslissing op strafrechtelijk gebied (Brussel, 7 november 1985, *J.T.*, 1986, 371).

224 Een definitief geworden tuchtrechtelijke veroordeling tot schorsing of schrapping kan als basis dienen voor een strafvordering wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde door de geschorste of geschrapte arts (zie art. 31 Wet Orde Geneesheren). De strafrechter die in een dergelijk geval oordeelt over de onwettige uitoefening van de geneeskunde mag niet de gegrondheid van de opgelegde tuchtsanctie controleren maar mag wel nagaan of de sanctie definitief is en uitvoerbaar (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 71; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 934). Ook de burgerlijke rechter is niet bevoegd om een definitief geworden beslissing in tuchtzaken te wijzigen (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *a.w.*, nr. 303).

§9. Preventief toezicht

225 Krachtens art. 5 Wet Orde Geneesheren hebben de provinciale raden gezag en rechtsmacht over de artsen die op hun lijst zijn ingeschreven. Het gezag en de rechtsmacht komen o.a. tot uiting in de bevoegdheid te waken over het naleven van de regelen van de medische plichtenleer (art. 6, 2°). Daartoe zijn zij belast met het treffen van tuchtmaatregelen.

Deze bewakingsopdracht is evenwel niet beperkt tot het nemen van repressieve maatregelen, *post factum*. Het toezicht kan tevens leiden tot een preventieve tussenkomst van een provinciale raad om een inbreuk op de regels van de me-

dische plichtenleer te voorkomen of om een einde te stellen aan dergelijke inbreuk.

Volgens DIERKENS bestaat de fundamentele opdracht die art. 6, 2° aan de provinciale raden heeft toevertrouwd niet in het opleggen van sancties, maar wel in het waken over de naleving van de medische ethiek. Daarom mogen de provinciale raden in het kader van hun p r e v e n t i e v e opdracht eisen dat b.v. contracten met ziekenhuizen worden voorgelegd (DIERKENS, R., *a.w.*, 332; zie in dezelfde zin LOUVEAUX, C., *a.w.*, 552, nr. 70; SCHUTYSER, K., *a.w.*, 1974, 188).

226 Reeds onder de Wet van 25 juli 1938 had het Hof van Cassatie het preventief toezicht van de raden van de orde aanvaard (Cass., 13 oktober 1969, *Arr. Cass.*, 1970, 156; *Pas.*, 1970, I, 137).

Dit kan merkwaardig genoemd worden omdat art. 3 van deze wet slechts de rechtsmacht over de artsen vermeldde, niet het gezag, terwijl art. 4 niet sprak over het preventief getinte "waken" maar enkel het repressief klinkende "handhaven" gebruikte.

227 Na de inwerkingtreding van het K.B. nr. 79 werd deze rechtspraak bevestigd (Cass., 18 februari 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 566; *Pas.*, 1972, I, 564). In tegenstelling tot de vroegere rechtspraak, verwijst dit arrest uitdrukkelijk naar een wettelijke bepaling, nl. art. 6, 2° Wet Orde Geneesheren, waarop die bevoegdheid steunt. Uit die bepaling wordt afgeleid dat de provinciale raden bevoegd zijn bepaalde individuele maatregelen te bevelen teneinde een inbreuk op de regelen van de medische plichtenleer te voorkomen of daaraan een einde te stellen.

Deze rechtspraak houdt meestal verband met het verbod opgelegd aan een arts zijn medische activiteit te spreiden over meerdere medische praktijken, omdat hij zich daardoor in de onmogelijkheid plaatst de continuïteit van de verzorging van zijn patiënten te waarborgen. Bovendien is zo'n wijze van handelen oncollegiaal (zie Cass., 21 februari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 700; *Pas.*, 1975, I, 636; Cass., 6 oktober 1978, *Arr. Cass.*, 1979, 150; *Pas.*, 1979, I, 168; *R.W.*, 1978-79, 1448; Cass., 6 december 1984, *Arr. Cass.*, 1985, 487; *Pas.*, 1985, I, 434; *R.W.*, 1985-86, 1276; Cass., 20 maart 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 1001; Cass., 26 september 1986, *Arr. Cass.*, 1987, 121; *Pas.*, 1987, I, 114; *R.W.*, 1986-87, 1976. In Cass., 20 maart 1986 ging het om een bevel publiciteit van het naambord te verwijderen).

228 Een dergelijke individuele maatregel is geen tuchtsanctie (Cass., 26 september 1986, *Arr. Cass.*, 1987, 121; *Pas.*, 1987, I, 114; *R.W.*, 1986-87, 1976). Art. 38, §3 Wet Uitoefening Geneeskunst dat aan de raden van de orde bevoegdheid verleent om, in afwachting van de inwerkingtreding van de Code van medische plichtenleer, in geval van het niet-naleven van de in die bepaling vermelde voorschriften, tuchtmaatregelen toe te passen doet geen afbreuk aan de algemene bevoegdheid van deze raden tot het nemen van bepaalde individuele maatregelen, telkens als de naleving van de regels van medische plichtenleer in gevaar wordt gebracht (id.).

In het voorontwerp wordt de bevoegdheid van de provinciale raden om individuele maatregelen te treffen, teneinde een inbreuk op de medische deontologie te voorkomen, niet uitdrukkelijk er-

kend. Die bevoegdheid kan echter, zoals nu, worden afgeleid uit de bevoegdheid van de raden toe te zien op de naleving van de regels van de plichtenleer.

Eén element van deze preventieve opdracht wordt wel uitdrukkelijk erkend in het ontwerp. Art. 11, 3° maakt de provinciale raden bevoegd te beslissen of de contracten die de artsen bij de uitoefening van hun beroep onder elkaar of met derden afsluiten verenigbaar zijn met de regelen van de medische plichtenleer en met de door de Nationale Raad bepaalde algemene principes. Dit toezicht mag niet slaan op de clausules van contracten die het voorwerp uitmaken van dwingende wettelijke bepalingen.

Voorts kan erop worden gewezen dat de provinciale raden als opdracht hebben "uit preventieve overwegingen", ongevraagd of op verzoek van een lid van de orde, advies te verlenen (art. 11, 2°, a Voorontwerp).

229 De beslissing van een provinciale raad waarbij een individuele maatregel wordt bevolen ter voorkoming van een overtreding van de regels van de medische plichtenleer of om deze overtreding te doen eindigen is vatbaar voor hoger beroep (Cass., 10 mei 1965, *Pas.*, 1965, I, 954; *R.W.*, 1965-66, 680; Cass., 13 oktober 1969, *Arr. Cass.*, 1970, 156; *Pas.*, 1970, I, 137).

Het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter geldt niet enkel bij het opleggen van een tuchtsanctie door een provinciale raad maar ook wanneer deze een individuele maatregel oplegt, namelijk de beperking van de medische activiteit (Cass., 26 september 1986, *Arr. Cass.*, 1987, 119; *Pas.*, 1987, I, 111; *R.W.*, 1986-87, 2089).

HOOFDSTUK IV

ORGANEN VAN DE ORDE DER GENEESHEREN EN HUN BEVOEGDHEDEN

AFDELING I

PROVINCIALE RADEN

§1. Samenstelling

230 Zie boven, nr. 185.

§2. Bevoegdheden

A. OPMAKEN VAN DE LIJST

231 Zie boven, nr. 99 e.v.

B. ADVISEREN OVER VRAGEN VAN MEDISCHE PLICHTENLEER

232 Zie boven, nr. 153

C. KENNISGEVEN VAN DADEN VAN ONWETTIGE UITOEFENING VAN DE GENEESKUNDE

233 Art. 6, 4° Wet Orde Geneesheren draagt de provinciale raden op kennis te geven aan de bevoegde overheden van de daden van onwettige uitoefening van de geneeskunde, waarvan zij kennis hebben.

Vermits het gaat om een misdrijf, is de bevoegde overheid in principe de procureur des Konings van de plaats waar de handeling werd gesteld of van de plaats waar de dader woont of is aangetroffen (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 73).

D. ARBITRAGE INZAKE HONORARIUMBETWISTINGEN

234 Op gezamenlijk verzoek van de belanghebbenden beslissen de provinciale raden in laatste aanleg over alle geschillen betreffende de door de arts aan zijn cliënt gevraagde honoraria, behoudens bedingen tot toekenning van bevoegdheid die zijn neergelegd in de overeenkomsten of verbintenissen gesloten inzake de Z.I.V. (art. 6, 5° Wet Orde Geneesheren).

235 Deze opdracht houdt *in se* geen enkel tuchtrechtelijk optreden in; het gaat om arbitrage (DIERKENS, R., *a.w.*, 342). Art. 6, 5° belet vanzelfsprekend niet het tuchtrechtelijk optreden in geval van een klacht inzake het honorarium (*t.a.p.*; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 936).

De provinciale raden zijn niet verplicht op te treden als arbiter inzake honorariumbetwistingen. Dit is een vrijwillige aangelegenheid (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 74). De arbitrage is beperkt tot het bedrag van de gevraagde honoraria en mag geen betrekking hebben op de waarde van de uitgevoerde prestaties of de professionele aansprakelijkheid (*t.a.p.*).

Door het gezamenlijk verzoek tot arbitrage, wordt de betwisting inzake het bedrag van het honorarium onttrokken aan de bevoegdheid van de gewone rechtbanken. Een teleurgestelde partij kan dezelfde betwisting niet meer aanhangig maken bij de gewone rechtbank. Wel kan, op grond van art. 1704 Ger.W. een vordering tot nietigverklaring voor de rechtbank van eerste aanleg worden ingesteld (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 74).

Overigens zijn de bepalingen uit het Ger.W. inzake arbitrage niet van toepassing. Zie hierover uitvoerig het advies van de Nationale Raad van 17 november 1979 inzake "de provinciale raden van de orde der geneesheren en de arbitrage" (*T. Orde Gen.*, 1979-80, afl. 28, 65-69).

236 Wat de uitzondering betreft die art. 6, 5° vermeldt op de mogelijkheid van arbitrage, komen thans in de overeenkomsten of akkoorden gesloten inzake de Z.I.V. geen bedingen voor tot toekenning van bevoegdheid.

Het Wetsontwerp 172 voorzag in een ruimere en ook meer logische uitzondering op de arbitragemogelijkheid, nl. met uitzondering van betwistingen omtrent honoraria bepaald in de aangegane overeenkomsten of door reglementaire beschikkingen inzake de verzekering van gezondheidszorgen (*Gedr. St.*, Senaat, 1962-63, nr. 172, 11). Als motivering werd erop gewezen dat voor een scheidsrechtelijke procedure geen plaats is wanneer een betwisting is gerezen tussen een zieke en een arts die aanvaard heeft zijn zorgen te verstrekken in de voorwaarden bepaald in het kader van de Z.I.V.

Art. 14, §2 Voorontwerp vertrouwt de arbitrageopdracht inzake honorariabetwistingen toe aan de raden van beroep. Voor het overige zijn er geen veranderingen. Gelet op de samenstelling van de raden van beroep wordt verwacht dat deze alle nodige garanties van onpartijdigheid zal kunnen bieden. Dit zou de vrees moeten wegnemen die sommigen koesteren t.a.v. de provinciale raden, namelijk dat de leden ervan partij zouden kiezen voor hun collega.

E. ADVISEREN INZAKE HONORARIUMBETWISTINGEN

237 De provinciale raden zijn bevoegd gevolg te geven aan elk verzoek om advies vanwege de hoven en rechtbanken omtrent betwistingen betreffende honoraria (art. 6, 6° Wet Orde Geneesheren).

Volgens RYCKMANS moet een provinciale raad gevolg geven aan een dergelijk verzoek (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 936). Volgens DIERKENS is een provinciale raad bevoegd, niet verplicht (DIERKENS, R., *a.w.*, 343). Het standpunt van DIERKENS verdient de voorkeur, gelet op de gebruikte formulering.

238 Volgens LOUVEAUX is de provinciale raad die het advies geeft, niet gehouden de partijen te horen indien uit de meegedeelde stukken voldoende informatie blijkt (LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 74).

Of de raad aan wie advies wordt gevraagd de advocaten van arts en patiënt dient te horen indien de rechter dit in het vonnis dat de adviesaanvraag bevat heeft gestipuleerd, werd betwist. De Vrederechter van Jette meende dat dit het geval diende te zijn. Door een vonnis van 3 oktober 1984 had deze vrederechter een honorariumbetwisting voor advies verstuurd naar de provinciale raad van Brabant. Die raad wenste beide partijen te horen buiten de aanwezigheid van beide advocaten. Bij vonnis van 13 maart 1985 besliste de vrederechter dat het advies diende te worden voorafgegaan door het horen van beide advocaten, omdat dit een "natuurlijk recht" is van de partijen. Niettemin bracht de provinciale raad een advies uit zonder de advocaten noch de partijen te hebben gehoord. De vrederechter beschouwde dit als een miskenning van het gezag van gewijsde van het vonnis van 13 maart 1985 en aanzag het advies als niet geldig wegens schending van de rechten van de verdediging (Vred. Jette, 5 december 1985, *J.T.*, 1986, 95, noot; op dezelfde plaats is een uittreksel van het vonnis van 13 maart 1985 te vinden).

239 Het advies dat de provinciale raad verstrekt dient niet te worden gevolgd (Gent, 3 oktober 1968, *R.W.*, 1968-69, 744 inzake orde der architecten; Vred. Antwerpen, 22 maart 1951, *R.W.*, 1950-51, 1427-1428; LOUVEAUX, C., *a.w.*, nr. 74).

240 Volgens LOUVEAUX kan de provinciale raad door de rechtbank slechts om advies worden gevraagd op verzoek van de beide partijen en met hun instemming (LOUVEAUX, C, *a.w.*, nr. 74). Dit standpunt lijkt ingegeven door een verwarring met de vorige bevoegdheid van de provinciale raden, nl. arbitrage inzake honorariumbetwistingen.

F. BEPALEN VAN DE BIJDRAGE

241 De provinciale raden zijn bevoegd ieder jaar de bijdrage te bepalen die mag worden geëist van de op de lijst ingeschreven artsen, met inbegrip van de bedragen die door de Nationale Raad voor ieder ingeschreven lid werden vastgesteld (art. 6, 7° j° art. 3 Wet Orde Geneesheren).

De niet-betaling van deze bijdrage kan tuchtrechtelijk worden bestraft (art. 18).

Uit art. 3, vierde lid Wet Orde Geneesheren leidt DIERKENS af dat de bijdrage alleen gerechtvaardigd is voor zover ze noodzakelijk is om de orde toe te laten haar opdracht te vervullen (DIERKENS, R., *a.w.*, 343).

In dit verband dient melding te worden gemaakt van een arrest van de Franse Raad van State (Raad van State Fr., Barry, 22 juli 1977, *Rev. Dr. Sanitaire*, 1978, 40, noot DUBOUIS, L.). De verzoeker vroeg de vernietiging van de beslissing van de Nationale Raad van de Franse orde der geneesheren tot vaststelling van de bijdrage voor het jaar 1975 wegens overschrijding van haar bevoegdheid door haar tussenkomsten in het debat tot wijziging van de abortuswetgeving. Volgens de Franse Raad van State kan de opportuniteitsappreciatie die bij de Nationale Raad voorzit bij het bepalen van het bedrag van de bijdrage niet worden aangevochten voor de administratieve rechter wanneer deze appreciatie niet klaarblijkelijk in een wanverhouding staat tegenover de wettelijke opdrachten van de orde en wanneer zij niet door een materiële vergissing, een dwaling in rechte of bevoegdheidsafwending is aangetast. In zijn noot onder dit arrest leidt DUBOUIS de volgende beginselen af uit dit arrest. De bijdragen zijn wettelijk in de mate dat zij dienen tot het dekken van de uitgaven verbonden aan de opdrachten van de orde. Binnen deze grens beschikt de orde over een zeer ruime discretionaire bevoegdheid om het bedrag te bepalen en de inning ervan te verzekeren (DUBOUIS, L., "Légalité de décisions du conseil national de l'ordre des médecins

fixant le montant de la cotisation ordinale. Etendue du contrôle jurisdictionnel", *Rev. Dr. Sanitaire,* 1978, 40).

242 De verplichting bijdragen te betalen aan de orde der geneesheren is niet strijdig met art. 9 E.V.R.M. of art. 18 BUPO-pakt (gewetensvrijheid en vrijheid van meningsuiting)(Cass. Fr., 26 april 1983, *J.C.P.*, 1983, 4, 208; *Gaz. Pal.*, 8 november 1983, noot DORSNER-DOLIVET, A. en SCEMAMA, M.; *Rev. Dr. Sanitaire,* 1984, 49, noot DUBOUIS, L., "L'ordre des médecins, la Convention Européenne des droits de l'homme et le Pacte International relatif aux droits civils et politiques").

243 Zoals in Frankrijk, heeft ook in België de verplichte betaling van een bijdrage aan de orde der geneesheren aanleiding gegeven tot juridische betwistingen. Deze betwistingen hadden betrekking op twee elementen. Vooreerst werd de vraag gesteld of de mogelijke onwettigheid van bepaalde aspecten van de procedure voor de raden van de orde, met name wat het besloten karakter ervan betreft, geen invloed kon hebben op de bevoegdheid de betaling van de bijdrage tuchtrechtelijk af te dwingen. Voorts of de inning van de bijdrage langs de gewone rechter kon worden gevorderd.

244 De Vrederechter te Sint Niklaas oordeelde dat ondanks het mogelijke beroep op de burgerlijke rechtbank de kwestie van de niet-betaling van bijdragen aan de orde der geneesheren toch een tuchtrechtelijke aangelegenheid is. Vermits een schending van art. 6 E.V.R.M. mogelijk blijft, mag de orde niet worden toegelaten deze onwettigheid te omzeilen door via de gewone rechter te doen afdwingen wat tuchtrechtelijk niet zou kunnen (Vred. St.Niklaas, 20 juli 1983, *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 89, noot NYS, H.). Het Hof van Cassatie vernietigde deze uitspraak wegens schending van art. 3, laatste lid Wet Orde Geneesheren (Cass., 7 juni 1984, *Arr. Cass.*, 1984, 1325; *Pas.*, 1984, I, 1233; *R.W.*, 1984-85, 1025; *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 316; zie ook Vred. St. Gillis, 27 september 1983, *T.Vred.*, 1984, 273, noot). Op de vraag of de inning van de bijdrage afdwingbaar is voor de burgerlijke rechter werd tot nog toe door de rechtspraak unaniem positief geantwoord (Vred. Beveren, 8 maart 1983, *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 88, noot NYS, H.; Vred. Marchienne-au-Pont, 6 april 1984, *J.Proc.*, 1984, afl. 41, 29; Vred. Herentals, 18 december 1984, *Turnh. Rechtsl.*, 1988, 16; Vred. Mol, 22 oktober 1985, *Turnh. Rechtsl.*, 1988, 15) (zie NYS, H., "De weigering tot betaling van de bijdrage door leden van de orde der geneesheren", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 89). Vermits alleen de Nationale Raad van de orde rechtspersoonlijkheid bezit kan hij alleen, met uitsluiting van de provinciale raden, eventueel de invordering van de bijdrage vervolgen en te dien einde, in rechte optreden (*Gedr. St.*, Senaat, 1962-63, nr. 172, 9).

In het voorontwerp blijft de bevoegdheid van de provinciale raden om het bedrag van de jaarlijkse bijdrage te bepalen, met inbegrip van het aandeel bestemd voor de Nationale Raad, behouden. De Nationale Raad zal perken kunnen stellen t.a.v. de hoogte van dit bedrag (art. 11, 6°). Ook de verplichting om de bijdrage te betalen blijft behouden (art. 3, laatste lid). Voorts krijgen de

provinciale raden de bevoegdheid geheel of gedeeltelijke vrijstelling te verlenen van deze bijdrage aan de arts die zich "in nood, quasi-nood of in een behartenswaardige toestand bevindt" (art. 11, 6°). Art. 18 Wet Orde Geneesheren dat de niet-betaling van de bijdrage tuchtrechtelijk strafbaar stelt komt niet meer voor in het voorontwerp. In Frankrijk is de niet-betaling van de bijdrage al sedert 1986 geen misdrijf meer (zie MEMETEAU, G., *Droit médical*, 1986, 47). Volgens de Memorie van toelichting zal het niet betalen van de bijdragen geen reden meer zijn om een arts een tuchtstraf op te leggen. De vordering door de orde van het bedrag van de bijdragen blijft "uiteraard mogelijk" voor de rechtbanken.

Om verkiesbaar te zijn voor de provinciale raden van de orde der geneesheren moet men sedert de voorgaande verkiezing zijn bijdrageplicht hebben vervuld (art. 7, 3°).

G. REGLEMENT VAN ORDE

245 Elke provinciale raad maakt zijn reglement van orde op; het wordt voorgelegd aan de Nationale Raad die zijn tekst voorgoed vaststelt (art. 5, laatste lid Wet Orde Geneesheren). Volgens DIERKENS is deze werkwijze te gebiedend (DIERKENS, R., *a.w.*, 343).

In het voorontwerp is voorzien dat iedere provinciale raad zijn reglement van orde opstelt dat ter goedkeuring moet worden voorgelegd aan de Nationale Raad (art. 5, laatste lid). Indien nodig kan de Nationale Raad bovendien een door hem opgesteld model van huishoudelijk reglement opleggen (art. 16, §2, 7°).

§3. Territoriale bevoegdheid van de provinciale raden

246 In iedere provincie wordt een provinciale raad van de orde der geneesheren opgericht die "gezag en rechtsmacht" heeft over de artsen die op de lijst van de orde van die provincie zijn ingeschreven, alsook over de onderdanen van een E.G.-lidstaat die als arts in een andere lidstaat dan België gevestigd zijn en die een dienstverrichting uitoefenen in het ambtsgebied van deze provincie (art. 5, eerste lid Wet Orde Geneesheren).

Wat de provincie Brabant betreft bestaan er twee provinciale raden, de ene met het Nederlands en de andere met het Frans als voertaal. De eerste heeft gezag en rechtsmacht over de artsen die woonachtig zijn in de gemeenten waarvan de bestuurstaal het Nederlands is; de tweede over de artsen die woonachtig zijn in de gemeenten waarvan de bestuurstaal het Frans is. In de Wet Orde Geneesheren van 25 juli 1938 werd aan de artsen woonachtig in de administratief tweetalige gemeenten van Brabant de keuze gelaten om zich bij de ene of de andere raad aan te sluiten (art. 3, vierde lid Wet 25 juli 1938). Die bepaling werd vervangen door art. 5, tweede lid K.B. nr. 79 dat de keuzevrijheid beperkte tot de artsen woonachtig in de gemeenten van het administratief arrondissement Brussel-Hoofdstad. Die bepaling werd door de Raad van State vernietigd omdat de Koning niet de nodige bevoegdheid kon halen uit de Wet van 31 maart 1967 om de taalregeling te wijzigen die voorzien was door de Wet van 25 juli 1938 (R.v.St., Sacré en Vandenbroeck, nr. 15.513, 17 oktober 1972). Men nam aan dat ten gevolge van deze vernietiging de vroegere bepaling opnieuw van kracht werd en in het voorontwerp wordt uitdrukkelijk naar die bepaling verwezen. In zijn advies over dit ontwerp heeft de Raad van State zich verzet tegen deze interpretatie. Volgens dit advies kan "bezwaarlijk worden aangenomen dat ingevolge het voornoemde arrest art. 3, vierde lid Wet 25 juli 1938 zou zijn gaan gelden voor de orde zoals deze door K.B. nr. 79 helemaal opnieuw werd ingericht". De in art. 3, vierde lid vervatte regeling was in 1967 reeds - en *a fortiori* in 1990 - niet meer aanvaardbaar, noch principieel, noch technisch-juridisch omdat het begrip "administratief tweetalige gemeente" niet meer kan worden toegepast "zonder een hoogst bedenkelijke transpositie". Volgens de Raad komt het toe aan de wetgever een nieuwe regeling uit te werken.

AFDELING II

RADEN VAN BEROEP

§1. Samenstelling

247 Zie boven, nr. 190.

§2. Bevoegdheden

A. HOGER BEROEP

248 De raden van beroep nemen kennis van het hoger beroep tegen de beslissingen die zijn genomen door de provinciale raden en die betrekking hebben op het opmaken van de lijst (zie boven, nr. 118) of werden genomen in het kader van hun tuchtrechtelijke bevoegdheid (zie boven, nr. 210; art. 13, eerste lid Wet Orde Geneesheren).

Hoger beroep staat bovendien op tegen alle beslissingen van de provinciale raden, ook die genomen buiten hun bevoegdheid, tenzij de wet bepaalt dat zij in laatste aanleg gewezen zijn (Cass., 4 februari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 633; *Pas.*, 1975, I, 575; Cass., 5 januari 1989, *Arr. Cass.*, 1989, 535; *Pas.*, 1989, I, 481).

Het voorontwerp behoudt deze bevoegdheid. Bovendien neemt de raad van beroep kennis van het hoger beroep tegen de beslissingen van de provinciale raden i.v.m. de verenigbaarheid van overeenkomsten tussen artsen onderling en met derden, met de regels van de medische deontologie alsook over de aanvraag tot vrijstelling van de bijdrage. Zie art. 14, §1 j° art. 11, 3° en 6°.

B. BETWISTINGEN INZAKE VERKIEZINGEN

249 De raden van beroep doen in eerste en laatste aanleg uitspraak over de bezwaren inzake de regelmatigheid van de verkiezingsverrichtingen; indien deze bezwaren slaan op feiten die de uitslag van de stemming zouden kunnen wijzigen kan de raad van beroep deze verkiezing nietig verklaren (art. 13, tweede lid, 1°).

C. VERVALLENVERKLARINGEN VAN VERKOZEN LEDEN

250 De raden van beroep doen in eerste en laatste aanleg uitspraak over de vervallenverklaringen van verkozen leden van de provinciale raden, de raden van beroep en de Nationale Raad die, zonder wettige reden drie achtereenvolgende zittingen niet hebben bijgewoond of aan wie een tuchtstraf werd opgelegd die niet meer vatbaar is voor beroep of die strafrechtelijk werden veroordeeld door een in kracht van gewijsde gegane beslissing waaruit de morele of beroepsonwaardigheid van de arts blijkt om zijn mandaat uit te oefenen (art. 13, tweede lid, 2°; zie ook art. 25, §2).

Enkel verkozen leden kunnen worden vervallenverklaard van hun mandaat. Door de Koning benoemde leden kunnen door de Koning van hun mandaat worden ontheven (*Gedr. St.*, Senaat, 1962-63, nr. 172, 13).

D. LAATTIJDIGE BESLISSINGEN VAN PROVINCIALE RADEN

251 De raden van beroep doen in eerste en laatste aanleg uitspraak over de aanvragen om inschrijving op de lijst of de klachten of verzoekschriften waarover de provinciale raden niet tijdig hebben beslist (art. 13, tweede lid, 3°, zie ook boven, nr. 179).

E. BETWISTINGEN OMTRENT DE WOONPLAATS

252 Ieder geschil tussen provinciale raden omtrent de woonplaats van een arts wordt, naar gelang van het geval, voorgelegd aan de ene of aan de andere raad van beroep of aan beide raden samen wanneer het geschil is gerezen tussen provinciale raden met een verschillend taalstelsel (art. 13, derde lid; zie ook art. 25, §3).

F. REGLEMENT VAN ORDE

253 Analoog met reglement van orde van de provinciale raden (art. 12, §6)(zie boven, nr. 245).

In het voorontwerp wordt voorts aan de raden van beroep de bevoegdheid toegekend om, op gezamenlijk verzoek van de betrokkenen, betwistingen over erelonen te beslechten. Zie art. 14, §2, 1°. Die bevoegdheid komt thans toe aan de provinciale raden (zie boven, nr. 234).

AFDELING III

NATIONALE RAAD

§1. Samenstelling van de Nationale Raad

254 De Nationale Raad is samengesteld uit een voorzitter (zie verder, nr. 255), tien verkozen leden, zes leden door de Koning benoemd en een griffier (art. 14, §1 Wet Orde Geneesheren).

De verkozen leden worden door de provinciale raden verkozen. Iedere provinciale raad verkiest uit zijn midden of daarbuiten, een gewoon lid en een plaatsvervangend lid. De benoemde leden worden voorgedragen door de geneeskundige faculteiten van de Universiteiten van Brussel (V.U.B. en U.L.B.) Gent, Leuven, Liège en Louvain.

Het voorontwerp wijzigt de samenstelling van de Nationale Raad als volgt. De tien verkozen leden blijven behouden. Het aantal benoemde leden stijgt met twee tot acht : één voorgedragen door de medische faculteit van de U.I. Antwerpen en één door de drie franstalige medische faculteiten tezamen. Voorts worden twee leden door de Koning benoemd op voordracht van de Koninklijke Academies voor Geneeskunde van België; zij hebben enkel een raadgevende stem. Verder worden nog vier leden, ambtenaren-artsen, aangewezen door de Ministers van Volksgezondheid. Ook zij

hebben enkel een raadgevende stem. De griffier zal geen deel meer uitmaken van de Nationale Raad, maar hem bijstaan. Zie art. 15, §1 en §4.

§2. Afdelingen van de Nationale Raad

255 De Nationale Raad van de orde omvat twee afdelingen : de ene met het Nederlands, de andere met het Frans als voertaal (art. 14, §1, eerste lid). Beide afdelingen worden voorgezeten door dezelfde magistraat, benoemd door de Koning onder de (ere)raadsheren bij het Hof van Cassatie. Iedere afdeling kiest één ondervoorzitter, die ook ondervoorzitter is van de Nationale Raad (art. 14, §2).

Het voorontwerp bevat een gelijkluidende bepaling, met dit verschil dat de afdelingen geen ondervoorzitter kiezen, maar een voorzitter, die ondervoorzitter is van de Nationale Raad. Zie art. 15, §2.

256 Art. 14, §1, eerste lid bepaalt dat de beide afdelingen "samen kunnen beraadslagen en beslissen inzonderheid over de bij art. 15, §1 en §2, 2°, 3° en 4° voorgeschreven onderwerpen". Dit zijn een aantal van de onderwerpen die tot de bevoegdheid van de Nationale Raad alszodanig behoren.

De interpretatie van art. 14, §1, eerste lid en meer bepaald van het "kunnen" samen beraadslagen en beslissen heeft aanleiding gegeven tot meningsverschillen. Een parlementslid was het opgevallen dat deze bepaling niet verwees naar art. 15, §2, 1° dat betrekking heeft op het bijhouden van het repertorium van de tuchtrechtspraak. Betekent zulks, zo vroeg hij de minister, dat elke afdeling op basis van de tuchtrechtspraak de Code van medische plichtenleer kan aanpassen? Mag hieruit worden afgeleid dat het mogelijk wordt een afzonderlijke Code van medische plichtenleer in beide landsgedeelten op te stellen? In zijn antwoord gaf de minister toe dat de bevoegdheden van de Nationale Raad en van zijn afdelingen onvoldoende afgebakend waren. In afwachting van een wetswijziging dienden de afdelingen maar zelf een regeling uit te werken (*Vr. en Antw.*, Kamer, 20 juli 1982, 2122, Vr. nr. 29 KUYPERS). Rond deze periode besliste de meerderheid van de leden van de Nederlandstalige afdeling afzonderlijk zitting te houden, waarbij die meerderheid de nadruk legde op het woord "kunnen" om daaruit af te leiden dat de afzonderlijke beraadslagingen en beslissingen de regel zijn. In een omzendbrief van de voorzitter van de Nationale Raad gericht aan de voorzitters van de provinciale raden werd deze beslissing getoetst aan de Wet Orde Geneesheren. In die omzendbrief wees de voorzitter erop dat uit art. 15 blijkt dat het de Nationale Raad alszodanig is die de algemene principes van de medische plichtenleer bepaalt en eventueel aanpast. "Men is het erover eens dat slechts één code van deontologie mag bestaan voor alle geneesheren van het land". De andere taken van de Nationale Raad worden door art. 15, §2 bepaald. Daaruit volgt, volgens de voorzitter, dat in die aangelegenheden de Nationale Raad de beslissingen moet nemen. Voorts verwees hij naar art. 28 Wet Orde Geneesheren dat bepaalt dat bij staking van stemmen in de Nationale Raad, de stem van de voorzitter doorslaggevend is. Hier is geen sprake van afdelingen. Uit een en ander kan worden afgeleid dat, gelet op de beslissing van de Nederlandstalige afdeling, de problemen die rijzen in aangelegenheden die specifiek een afdeling aanbelangen, door haar kunnen worden voorbereid om daarover haar verslag aan de Nationale Raad voor te leggen. "Het is echter de Nationale Raad die uiteindelijk moet beslissen, overeenkomstig de wettelijke regels". Deze omzendbrief maakte het voorwerp uit van een verzoek tot vernietiging door de Raad van State. De orde der geneesheren wierp de exceptie van niet-ontvankelijkheid op omdat deze omzendbrief geen uitvoerbaar karakter had. De Raad van State volgde dit standpunt. De omzendbrief had geen bindend karakter. Het feit dat de tekst later werd verstuurd naar de voorzitters van de provinciale raden kan in rechte niet voor gevolg hebben dat

de tekst achteraf een bindend karakter heeft verkregen, dat hij aanvankelijk niet had (R.v.St., Steeno, nr. 27.156, 20 november 1986).

257 De in art. 14, §1, eerste lid gebruikte formulering is ingegeven door een suggestie van de Raad van State bij het wetsontwerp 172. In het voorontwerp was enkel bepaald dat de afdelingen samen kunnen "beraadslagen". De Raad van State stelt voor daaraan toe te voegen "beslissen" want "wanneer men de bevoegdheid van de Nationale Raad nagaat is het duidelijk dat de twee afdelingen samen niet alleen zullen m o e t e n beraadslagen maar ook beslissen" (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Senaat 1963-63, nr. 172, 47).

Hieruit mag worden besloten dat art. 14, §1, eerste lid in de eerste plaats is bedoeld om te benadrukken dat de beide afdelingen gezamenlijk als Nationale Raad kunnen beraadslagen en beslissen. Uit deze bepalingen kunnen geen verregaande conclusies worden getrokken t.a.v. de autonome bevoegdheden van de beide afdelingen afzonderlijk.

Wel is de wijze waarop art. 14, §1, eerste lid werd geformuleerd allerminst duidelijk. In het advies bij het voorontwerp heeft de Raad van State dat eveneens opgemerkt. "Het voorschrift van art. 15 (thans nog art. 14), §1, eerste lid moet blijkbaar zo worden verstaan dat het voor de afdelingen niet een faculteit maar een verplichting is om samen te beraadslagen en te beslissen wanneer het gaat om onderwerpen bedoeld in art. 16 (thans nog art. 15). Men dient dus te schrijven "Zij beraadslagen en beslissen samen over ..." i.p.v. "Zij kunnen samen beraadslagen en beslissen over ...".

§3. Bevoegdheden

258 De belangrijkste bevoegdheden van de Nationale Raad hebben betrekking op de totstandkoming van de medische deontologie. Zie verder, nr. 140 (Code van medische plichtenleer) nr. 152 (repertorium van tuchtrechtelijke beslissingen) en nr. 154 (eigen adviesbevoegdheid en de bevoegdheid adviezen van de provinciale raden goed te keuren).

259 Verder is de Nationale Raad bevoegd de nodige maatregelen te treffen voor de verwezenlijking van het doel van de orde (art. 15, §2, 3° Wet Orde Geneesheren).

260 De Nationale Raad bepaalt het jaarlijks bedrag dat, naast de bijdrage voor de provinciale raad, wordt geëist van de artsen als bijdrage voor de orde (art. 15, §2, 4°).

Het voorontwerp kent aan de Nationale Raad de bevoegdheid toe het minimum en maximum bedrag van de jaarlijks te betalen bijdrage vast te stellen, met vermelding van het aandeel dat voor de Nationale Raad is bestemd. Zie verder, nr. 244 (art. 16, §2, 5°).

261 De Nationale Raad is het bevoegde orgaan om in het kader van de artsenrichtlijnen van de E.G. een verklaring af te geven aan artsen die de uitoefening van hun beroep in een andere E.G.-lidstaat wensen aan te vangen, waar-

uit blijkt dat aan de voorwaarden inzake goed gedrag en betrouwbaarheid die vereist zijn voor de toegang tot de geneeskundige beroepsuitoefening is voldaan. De Nationale Raad doet voorts mededeling van de consequenties die hij trekt uit de beoordeling van ernstige en nauwkeurige feiten die van invloed kunnen zijn op de toegang tot of de uitoefening van de geneeskunde en die werden meegedeeld door een andere E.G.-lidstaat die op haar grondgebied een Belgische arts of een uit België afkomstige arts ontvangt en die de uitoefening van zijn beroep in die andere lidstaat wenst te beginnen of verder te zetten (art. 15, §2, 5° en 6°).

Het voorontwerp kent daarnaast aan de Nationale Raad nog een aantal nieuwe bevoegdheden toe. Zo het opleggen van een model huishoudelijk reglement aan de provinciale raden en de raden van beroep (art 16, §2, 7°). Voorts het publiceren van een jaarverslag waarin melding wordt gemaakt van het gevolg dat aan klachten werd gegeven en waarin een overzicht wordt gegeven van de genomen tuchtbeslissingen (art. 16, §2, 10°).

TITEL III

RECHTSVERHOUDINGEN TUSSEN ARTS EN PATIENT

HOOFDSTUK I

RECHTEN EN PLICHTEN VAN ARTS EN PATIENT

AFDELING I

GEEN OMVATTENDE WETTELIJKE REGELING

262 Er bestaat geen omvattende wettelijke regeling van de plichten die artsen dienen na te leven in het kader van de uitoefening van hun beroep jegens patiënten en meer in het algemeen jegens iedereen die op hun diensten een beroep doet in het kader van de preventieve of de curatieve gezondheidszorg.

Op het niveau van de Raad van Europa werd in 1984 een ontwerp aanbeveling opgesteld door een commissie van deskundigen inzake gezondheidsrechtelijke problemen. Het ontwerp werd tot op heden niet bekrachtigd door de Raad van Ministers (zie NYS, H., "Ontwerp-aanbeveling van de Raad van Europa over de plichten van artsen t.a.v. patiënten", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 280, zie voor de tekst van de ontwerp gebleven Aanbeveling R(85)3 van het *Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe sur les devoirs juridiques des médecins vis-à-vis de leurs patients*, *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 55-57). Doorgaans wordt een andere benadering gevolgd, in deze zin dat niet de plichten van artsen, maar wel de rechten van patiënten worden geaffirmeerd. Een voorbeeld van deze benadering vindt men in het Europees Charter van de ziekenhuispatiënt, in 1979 goedgekeurd door de (privaatrechtelijke) Europese Ziekenhuiscommissie (zie voor de tekst van dit Charter en toelichting erbij, BOSMANS, A., "Rechten van de ziekenhuispatiënt", in PEERS, J., (ed), *Het Ziekenhuis : een wereld in de wereld*, Leuven, Davidsfonds, 1983, 161-201 en SCHUTYSER, K., "De rechten van de ziekenhuispatiënt", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, 363 e.v.; zie over patiëntenrechten voorts, BOSMANS, A., "Het structureel beveiligen van patiëntenrechten in ziekenhuizen. Enkele beschouwingen", *A. Hosp.*, 1984, afl. 4, 21-37; ROSCAM ABBING, H., "Rechten van de patiënt", *A. Hosp.*, 1984, afl. 2, 21-29; QUISTHOUDT, J. en CAEYERS-DE HONDT, A., "De rechten van de patiënt en internationale instellingen", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 343-357; "Patiëntenrechten : theorie en praktijk", Bijdragen voor het vierde symposium van de Vlaamse Vereniging voor Gezondheidsrecht, deel I, *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 117; deel II, *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 165.

263 Her en der verspreid vindt men in de wetgeving die de beroepsuitoefening in de gezondheidszorg regelt en de organisatie en de financiering, bepalingen die een verplichting in hoofde van de beoefenaars van de geneeskunde bevatten (zie hierover, maar dan benaderd vanuit het perspectief van de patiënt i.p.v. de arts, NYS, H., "Rechten van de patiënt anno 1985 : 'geduld' zonder einde?", in X., *De patiënt als partner in de eerste lijnzorg*, Brussel, Koning Boudewijnstichting, 1986, 107.

Men denke hierbij in de eerste plaats aan de Wet Uitoefening Geneeskunst, die meerdere bepalingen bevat waardoor een verplichting wordt opgelegd aan een arts. Daarop wordt hieronder ingegaan. Daarnaast kan worden verwezen naar recente en specifieke wetgeving, meer bepaald de Orgaantransplantatiewet 1986, en de Wet Persoon Geesteszieke 1990 die allebei verplichtingen bevatten in hoofde van artsen (zie daarover de desbetreffende titels in dit werk). Vervolgens vindt men in het Strafwetboek bepalingen die weliswaar een algemene draagwijdte hebben maar die

toch in de praktijk zijn geëvolueerd naar verplichtingen voor artsen. Denk aan art. 458 Sw. (medisch beroepsgeheim) en meer nog aan art. 422*bis* Sw. (hulpverleningsplicht aan een persoon in groot gevaar; deze bepaling komt in andere verbanden ter sprake in dit werk maar zal hieronder in het algemeen worden besproken).

In 1985 kwam als belangrijkste besluit uit de studie van de patiëntenrechten in de gezondheidswetgeving naar voor dat die rechten van patiënten waarbij de belangen van artsen en patiënten grotendeels samenlopen, het meest erkenning hadden gekregen (zie NYS, H., *a.w.*,). Het recht op beschikbaarheid van zorg als men die nodig heeft was daarvan het beste voorbeeld. Zowel in de Wet Uitoefening Geneeskunst (art. 8 en 9) als in art. 422*bis* Sw. als in de Wet Dringende Medische Hulpverlening vindt men dit recht, en meer nog de daartegenover staande plicht tot beschikbaarheid in hoofde van artsen terug. De affirmatie van deze verplichting is telkenmale de bekrachtiging van het wettelijk monopolie van de artsen voor de uitoefening van de geneeskunde. Ook het recht op vrije keuze van hulpverlener is hiervan een illustratie.

AFDELING II

HULPVERLENINGSPLICHT

264 De patiënt die beroep doet op een arts verlangt medische hulp. De hulpverleningsplicht van de arts staat vooraan in een bespreking van de plichten van artsen en de rechten van de patiënt. Die verplichting vloeit in het algemeen voort uit de overeenkomst tot het verrichten van medische handelingen die tussen arts en patiënt ontstaat (zie verder, nr. 329). De hulpverleningsplicht kan ook een wettelijke grondslag hebben. Deze afdeling heeft het hierover.

§1. Wet Uitoefening Geneeskunst

265 Overeenkomstig art. 8, §1 Wet Uitoefening Geneeskunst mag een arts, wetens en zonder wettige reden, een in uitvoering zijnde behandeling niet onderbreken zonder vooraf alle maatregelen te hebben getroffen om de continuïteit van de verzorging te verzekeren door een ander arts.

Deze bepaling bevat de verplichting de continuïteit van de verzorging te waarborgen ofwel zelf ofwel via een andere arts. Zij heeft, naar de letter genomen, slechts een beperkte draagwijdte omdat zij betrekking heeft op "een in uitvoering zijnde behandeling". Art. 8, §1 herhaalt een deontologische verplichting. Krachtens art. 15, §1, derde lid Wet Orde Geneesheren dient de Code van medische plichtenleer regels te bevatten i.v.m. de continuïteit van de verzorging (zie art. 113 e.v. van deze code). Overigens kan de naleving van art. 8, §1 Wet Uitoefening Geneeskunst enkel door de raden van de orde der geneesheren worden afgedwongen (art. 8, §1, tweede lid en art. 38, §3, a : in afwachting van de inwerkingtreding van de Code van medische plichtenleer worden tuchtmaatregelen toegepast op de arts die art. 8 overtreedt).

266 Krachtens art. 9, §1 Wet Uitoefening Geneeskunst mogen de representatieve beroepsverenigingen van artsen of groeperingen die met dit doel werden opgericht, wachtdiensten instellen, die de bevolking

een regelmatige en normale verstrekking van de gezondheidszorg, zowel in het ziekenhuis als daarbuiten, waarborgen.

De Wet Uitoefening Geneeskunst bevat geen enkele bepaling om de representativiteit van een beroepsvereniging van artsen te bepalen. In dit verband kan worden verwezen naar de regeling die in het kader van de Z.I.V.-Wet bestaat (zie art. 147*bis* Z.I.V.-Wet en K.B. 9 december 1977, *B.S.*, 13 december 1977).

Wat de groeperingen die worden opgericht met het doel een wachtdienst te organiseren betreft, blijkt uit geen enkele wettelijke bepaling dat, om een dergelijke groepering te vormen, een daartoe bijeengekomen groep van *in casu* apothekers van hetzelfde gewest dient vast te stellen dat zij "een permanente en onafhankelijke" vereniging willen vormen teneinde een wachtdienst in te stellen en te organiseren (Cass., 8 oktober 1987, *Arr. Cass.*, 1988, 175; *Pas.*, 1988, I, 163). Vermits art. 9, §1 zowel geldt voor artsen, tandartsen en apothekers is deze uitspraak *mutatis mutandis* van toepassing op groeperingen van artsen. Geen enkele wettelijke bepaling verleent aan apothekers een recht om op grond van de ligging van hun officina te worden opgeroepen voor een vergadering die andere apothekers van de streek samenbrengt teneinde regels betreffende de wachtdienst in die streek vast te stellen (Cass., 8 oktober 1987, *Arr. Cass.*, 1988, 175; *Pas.*, 1988, I, 163). Ook dit is *mutatis mutandis* geldig voor artsen.

267 De bevoegdheid om wachtdiensten in te stellen, impliceert tevens de bevoegdheid om sluitingsuren op te leggen (Cass., 28 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1002; *Pas.*, I, 1978, 992).

268 Art. 9, §1 Wet Uitoefening Geneeskunst bevat alszodanig geen wettelijke verplichting in hoofde van een arts om deel te nemen aan de wachtdienst. De vraag of een beroepsvereniging of groepering in de zin van art. 9, §1 een dergelijke verplichting kan opleggen heeft tot enige rechtspraak geleid voor de apothekers.

Wanneer een apotheker lid is van een representatieve beroepsvereniging die een reglementering heeft vastgesteld inzake de sluitingsuren van de apotheken en de wachtdiensten, mag hij niet systematisch en zonder wettige reden weigeren de sluitingsuren na te leven alleen maar omdat een ander apotheker er zich niet aan houdt. Zoniet kan hij tuchtrechtelijk worden bestraft (Cass., 28 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1002; *Pas.*, I, 1978, 992; zie ook Cass., 12 januari 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 490; *Pas.*, I, 1973, 468 : een beroepsvereniging van apothekers kan, op voorwaarde dat de regelmatige en behoorlijke toediening van de gezondheidszorg wordt gevrijwaard, aan haar leden een regeling opleggen m.b.t. wachtdiensten, sluitingsuren en vakantieperiodes).

269 Moeilijker te beantwoorden is de vraag of een dergelijke regeling ook aan niet-leden kan worden opgelegd. Geen enkele wetsbepaling kent namelijk aan zo'n vereniging het recht toe om beroepsbeoefenaren die geen lid zijn van de vereniging aan een dergelijke regeling te onderwerpen (Cass., 12 januari 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 490; *Pas.*, I, 1973, 468). Het recht op vrije uitoefening van het beroep brengt met zich dat een beroepsbeoefenaar die geen lid is van zo'n vereniging niet verplicht is deel te nemen aan de wachtdienst en vrij de sluitingsuren bepaalt. Dit recht is niet onbeperkt. De betrokken beroepsbeoefenaar mag het recht op vrije beroepsuitoefening niet zodanig uitoefenen dat hij opzettelijk de inrichting of de werking van een wachtdienst belemmert, zo-

niet kan de orde waartoe hij behoort hem een tuchtsanctie opleggen (Cass., 12 januari 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 490; *Pas.*, I, 1973, 468). Evenmin mag hij zonder wettige reden en misbruik makend van zijn recht om zijn beroep vrij uit te oefenen, systematisch niet samenwerken met zijn collega's, zodat hij de toepassing van een dergelijke regeling bemoeilijkt, zonder dat het nodig is dat hij de uitoefening van zijn beroep inricht met het enkel oogmerk nadeel te berokkenen (Cass., 12 januari 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 490; *Pas.*, I, 1973, 468; Cass., 20 september 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 89; *Pas.*, I, 1975, 79; Cass., 15 september 1978, *Arr. Cass.*, 1979, 55; *Pas.*, I, 1979, 63; Cass., 8 oktober 1987, *Arr. Cass.*, 1988, 175; *Pas.*, 1988, I, 163).

De beslissing waarbij een provinciale raad van de orde der apothekers de wens van de meerderheid van de betrokken apothekers om de zaterdagvoormiddag hun officina te sluiten als regel stelt die door alle apothekers moet worden nageleefd is voor vernietiging door de Raad van State vatbaar. Aangezien een provinciale raad geen normatieve of regelende bevoegdheid heeft, moet deze regel worden vernietigd (R.v.St., De Block-Bury, nr. 20.831, 19 december 1980; zie ook R.v.St., Vereniging van Coöperatieve Apothekers van België, nr. 23.811, 16 december 1983).

270 Inzake de organisatie van wachtdiensten kent de Wet Uitoefening Geneeskunst aan de provinciale geneeskundige commissies meerdere opdrachten toe.

Vooreerst moeten de beroepsverenigingen of groeperingen de door hen opgestelde wachtrol en desgevallend de wijzigingen die worden aangebracht, meedelen aan de bevoegde provinciale geneeskundige commissie (art. 9, §1, tweede lid). Voorts bepalen deze commissies de behoeften inzake wachtdiensten en controleren zij de werking ervan. Wanneer een provinciale geneeskundige commissie vaststelt dat een wachtdienst tekort schiet of ontoereikend functioneert, doet zij, op eigen initiatief of op aanvraag van de provinciegouverneur, een beroep op de medewerking van de belanghebbende organisaties of beroepsbeoefenaars met het oog op het inrichten of het aanvullen van deze wachtdienst (art. 9, §2).

271 De Wet Uitoefening Geneeskunst legt alszodanig, zoals reeds gezegd, geen wettelijke verplichting op deel te nemen aan een wachtdienst. Een dergelijke verplichting kan evenwel ontstaan wanneer is vastgesteld dat een wachtdienst ontoereikend werkt. Wanneer na het verstrijken van een door de provinciegouverneur te bepalen termijn, de wachtdienst nog niet op een voldoende wijze werkt, neemt de gezondheidsinspecteur alle maatregelen met het oog op het inrichten of het aanvullen van de wachtdienst in functie van de behoeften die desgevallend werden bepaald door de geneeskundige commissie (art. 9, §3).

Een van de maatregelen die aldus aan een arts kunnen worden opgelegd is het verlenen van medewerking aan een wachtdienst. Het niet naleven van deze verplichting is strafbaar gesteld door art. 38, §1, 3° Wet Uitoefening Geneeskunst dat tevens de voorwaarden bepaald waaronder het niet meewerken aan de wachtdienst is gerechtvaardigd.

Het vervullen van een dringender beroepstaak, een ernstige reden, of het zich laten vervangen door een andere arts die zelf niet gehouden is zijn medewerking te verlenen aan de wachtdiensten

rechtvaardigen het niet naleven van de verplichting mee te werken aan de wachtdienst. De twee eerst genoemde gronden van rechtvaardiging lijken in hun formulering sterk op deze die men aantreft in art. 4 Wet 8 juli 1964 op de dringende geneeskundige hulpverlening, *B.S.*, 25 juli 1964. Daarin wordt gesproken over "dringender beroepsplichten" of "enige andere reden van uitzonderlijke ernstige aard". Dit laatste is strikter dan "een ernstige reden" in art. 38, §1, 3° Wet Uitoefening Geneeskunst (zie in dit verband ook, Cass., 7 oktober 1981, *Arr. Cass.*, 1982, 200; *Pas.*, I, 1982, 203 : de overtreding van art. 422*bis* Sw. kan onder meer worden gerechtvaardigd door dringender beroepsverplichtingen of door andere uitzonderlijke gewichtige redenen).

Het niet verlenen van medewerking aan een wachtdienst is slechts een misdrijf wanneer die medewerking werd opgelegd ingevolge de toepassing van art. 9, §3 Wet Uitoefening Geneeskunst (zie art. 38, §1, 3° dat enkel verwijst naar art. 9, §3). De arts die zijn medewerking heeft toegezegd aan een wachtdienst maar deze toezegging niet nakomt, zonder zich te kunnen beroepen op een van de hoger vermelde rechtvaardigingsgronden is niet strafbaar op grond van art. 38, §1, 3° Wet Uitoefening Geneeskunst (*anders*, klaarblijkelijk, RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 546, noot 15 en Brussel, 14 mei 1974, *Pas.*, II, 1975, 18. De arts van wacht werd vervolgd wegens schending van art. 38, §1, 3° maar uit de feiten blijkt nergens dat het om een door de provinciale geneeskundige commissie georganiseerde wachtdienst ging). Wel is de arts desgevallend vervolgbaar wegens overtreding van art. 422*bis* Sw. (zie verder, nr. 274).

272 Een verplichting tot deelneming aan een wachtdienst wordt opgelegd door M.B. 1 december 1987 tot vaststelling van de erkenningscriteria voor de huisartsgeneeskunde, *B.S.*, 17 december 1987, err. *B.S.*, 30 december 1987.

Om erkend te worden als huisarts moet de arts de geneeskunde uitoefenen en deelnemen aan een wachtdienst van de streek waar hij werkzaam is (art. 3). Om erkend te blijven dient de huisarts onder meer aan een wachtdienst van huisartsen in de streek deel te nemen (art. 5, §1). De sanctie op het niet naleven van deze verplichting kan de weigering of intrekking van de erkenning zijn.

Voorts bevatten verschillende bepalingen verplichtingen i.v.m. de permanente aanwezigheid van een arts in een ziekenhuis (zie K.B. 30 januari 1989 houdende vaststelling van aanvullende normen voor de erkenning van ziekenhuizen en ziekenhuisdiensten, *B.S.*, 21 februari 1989, art. 2, §1, 4° en de diverse M.B.'s tot vaststelling van de bijzondere criteria voor de erkenning van geneesheren-specialisten, stagemeesters en stagediensten).

273 Art. 8 en 9 Wet Uitoefening Geneeskunst hebben met elkaar gemeen dat zij de beschikbaarheid en bereikbaarheid van artsen waarborgen. Art. 10 van dezelfde wet sluit aan bij dit streven.

Dit artikel verbiedt de regelmatige en normale uitoefening van de geneeskunde door een persoon die aan de vereiste voorwaarden voldoet, door feitelijkheden of door geweld te verhinderen of te belemmeren. Zie voor strafsancties, art. 38, §1, 4°. De preciese draagwijdte van deze bepaling is moeilijk te achterhalen, omdat er geen parlementaire voorbereiding bestaat. Dit art. 10, alsook de art. 8 en 9, moeten worden geïnterpreteerd in het licht van de moeilijke verhoudingen tussen de Belgische overheid en de artsenorganisaties tussen 1964 en 1967. Ongetwijfeld hebben de artsenstakingen in die periode de Regering ertoe aangezet zich te wapenen tegen dergelijke stakingen en vergelijkbare acties. Art. 10 strekt er toe te kunnen optreden tegen al wie een arts hindert in de uitoefening van zijn beroep door geweld of door feitelijkheden. Volgens ANRYS zou op grond van art. 10 nochtans niet kunnen worden opgetreden tegen een stakingspiket (ANRYS, H., *a.w.*, nr. 277).

Het feit dat de installatie van zware medische apparatuur afhankelijk wordt gesteld van een toelating is niet in strijd met dit art. 10 (Corr. Brugge, 20 oktober 1986, *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 383).

§2. Art. 422bis en 422ter Sw.

A. ART. 422*BIS* SW.

274 Art. 422*bis* Sw. kwam, evenals art. 422*ter*, tot stand door de Wet van 6 januari 1961 waarbij sommige gevallen van s c h u l d i g v e r z u i m strafbaar worden gesteld, *B.S.*, 14 januari 1961.

Die wet is het resultaat van een parlementair initiatief (wetsvoorstel waarbij sommige gevallen van schuldig verzuim strafbaar worden gesteld, *Gedr. St.*, Kamer, 1954-55, nr. 294/1) dat zeer duidelijk was geïnspireerd door art. 63 Franse Code Pénal (*id.* 3 en 9). Hoewel deze bepaling een algemene draagwijdte heeft, is het bekend dat zij in het bijzonder t.a.v. artsen toepassing heeft gevonden. Dit blijkt trouwens uit de jurisprudentie die in de toelichting bij het wetsvoorstel werd geciteerd en die vrijwel uitsluitend op artsen betrekking heeft. In de loop van de parlementaire discussies, die lang hebben aangesleept - ten gevolge van een ontbinding van de wetgevende kamers en meningsverschillen tussen Kamer en Senaat - kwam evenwel een tekst tot stand die steeds minder gelijkenis vertoonde met art. 63 Franse Code Pénal. Zodanig dat de verslaggever van de bevoegde Senaatscommissie noteerde : "de tekst die uw commissie ter goedkeuring voorlegt, wijkt sterk af van de Franse wet" (Verslag van de Commissie van Justitie, belast met het onderzoek van het wetsontwerp waarbij sommige gevallen van schuldig verzuim strafbaar worden gesteld, *Gedr. St.*, Senaat, 1957-58, nr. 150).

1. Toepasbaarheid op artsen

275 Over de toepasbaarheid van art. 422*bis* t.a.v. artsen kan geen twijfel bestaan. Vermits hulpverlening tot de dagdagelijkse taken van een arts behoort, wordt van hem meer vereist in noodsituaties dan van een gewone burger, wiens vorming noch beroepsuitoefening zijn toegespitst op (medische) hulpverlening (zie DU JARDIN, J., "Schuldig verzuim", in *Comm. Strafr.*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, losbl., 9). In deze zin heeft ook de rechtspraak zich uitgesproken; zie uitdrukkelijk, Kr., 5 juli 1977, *R.G.A.R.*, 1979, 10.009 en 10.064; het eerste cassatiearrest betreffende de toepassing van art. 422*bis* heeft overigens betrekking op een arts; zie Cass., 9 november 1964, *Pas.*, 1965, I, 242; *R.D.P.*, 1964-65, 502).

276 Afgezien van de interpretatiemoeilijkheden die de toepassing van art. 422*bis* Sw. in het algemeen oplevert (zie verder) stelt zich inzake artsen een specifiek probleem, m.n. de gecombineerde toepassing van art. 422*bis* Sw. met de bepalingen inzake de wachtdienst. Enerzijds stelt zich de vraag naar de toepassing van art. 422*bis* Sw. op een arts die niet van wacht is. Anderzijds stelt zich dezelfde vraag voor de arts die juist wel van wacht is en geacht wordt zich op een bepaalde plaats, meestal een spoedgevallendienst in een ziekenhuis, te bevinden.

Het feit dat een arts op het ogenblik waarop een beroep wordt gedaan op zijn diensten niet van wacht is, stelt hem niet vrij van de wettelijke hulpverleningsplicht van art. 422*bis*. Dit artikel legt een algemene verplichting tot solidariteit op. De rechter oordeelt van geval tot geval en in feite of die verplichting voorrang heeft op andere. De inrichting van een wachtdienst van artsen kan

door de rechter eventueel mee in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de vraag of de weigering van een arts hulp te verlenen een misdrijf oplevert, maar die omstandigheid kan hem in beginsel niet ontslaan van de verplichting tot hulpverlening wanneer hij geen wachtdienst heeft (Cass., 7 oktober 1981, *Arr. Cass.*, 1982, 200; *Pas.*, 1982, I, 203; *R.D.P.*, 1982, 90; zie hieromtrent HENNAU-HUBLET, Chr., *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 672 - 679). ANRYS lijkt in dit verband een andere mening te verdedigen. Art. 422*bis* en *ter* Sw., art. 9 Wet Uitoefening Geneeskunst en de Wet Dringende Medische Hulpverlening 1964 moeten als één geheel worden beschouwd. Dankzij de twee laatst genoemde wettelijke bepalingen bestaat er een voorziening voor medische hulpverlening in noodgevallen. Hierdoor is de draagwijdte van art. 422*bis* Sw. voor artsen gewijzigd. Meer bepaald gold art. 422*bis* Sw. nu op dezelfde wijze voor artsen als voor andere burgers, daar waar vóór het bestaan van die bepalingen, art. 422*bis* Sw. zwaarder woog voor artsen omdat de verplichting ook gold als men niet zelf het gevaar had vastgesteld (ANRYS, H., *L'abstention coupable de secours, la réquisition et l'aide médicale urgente*, Braine-l'Alleud, Ed. Chambre Syndicale des Médecins, 1969, 85-86). Deze mening kan niet worden gedeeld. Ook voor de arts die niet van wacht is geldt nog dat hij zich niet in de onmogelijkheid mag plaatsen de ernst van het gevaar in te schatten. Weliswaar mag hij de hulpvrager doorverwijzen naar de arts van wacht maar dit volstaat op zich niet voor een arts om te voldoen aan art. 422*bis*, daar waar men van een gewone burger dikwijls niet meer zal verwachten. De arts die niet van wacht is zal met zijn collega van wacht contact dienen te nemen om na te gaan of deze laatste daadwerkelijk zal kunnen optreden. Desgevallend zal hij zelf moeten handelen.

277 Moeilijker te beantwoorden is de tweede vraag. In hoeverre mag of moet een arts die instaat voor de opvang van spoedgevallen in een ziekenhuis, de dienst verlaten om te voldoen aan art. 422*bis* Sw.?

Een chirurg die wachtdienst had in een ziekenhuis en die geweigerd had zich naar de plaats van een ongeval te begeven om een zwaar gekwetste te verzorgen, werd vervolgd wegens overtreding van art. 422*bis* Sw. Hij beriep er zich op dat één van de voorwaarden van dat artikel, nl. kunnen hulp verlenen "zonder ernstig gevaar .... voor anderen" niet was vervuld. Zou hij het ziekenhuis hebben verlaten, dan zou hij daarmee de patiënten in het ziekenhuis en de slachtoffers van ongevallen die naar het ziekenhuis zouden worden overgebracht, mogelijk in gevaar brengen. Het Hof van Cassatie heeft deze redenering niet gevolgd. Geen ernstig gevaar voor anderen is de mogelijkheid voor een chirurg van wacht in een ziekenhuis verzorging te moeten toedienen aan patiënten die in het ziekenhuis verblijven of aan gekwetsten die er zouden binnen gebracht worden (Cass., 28 maart 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 721; *Pas.*, 1972, I, 710). Evenmin kan die mogelijkheid worden ingeroepen als een dringender beroepsplicht of enige andere reden van uitzonderlijk ernstige aard die een inbreuk op art. 422*bis* Sw. rechtvaardigt (Cass., 28 maart 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 721; *Pas.*, 1972, I, 710 j°; Cass., 7 oktober 1981, *Arr. Cass.*, 1982, 200; *Pas.*, 1982, I, 203; *R.D.P.*, 1982, 90). Hulpverlening bij een bestaand en groot gevaar gaat voor op een mogelijk gevaar waarvan de ernst niet op voorhand gekend is.

Volgens een al wat oudere uitspraak bestaat er overigens geen beginsel volgens hetwelk een arts van wacht zich op permanente wijze in een ziekenhuis dient te bevinden of desgevallend bij hem thuis bereikbaar is (Corr. Luik, 2 maart 1965, *J.T.*, 1965, 624-625; *in casu* was de arts van wacht niet aanwezig in het ziekenhuis omdat hij aanzat aan het banket van de vereniging van oudstudenten in de geneeskunde...). Een dergelijke uitspraak is thans ondenkbaar, rekening houdend met de reglementering inzake medische permanentie in ziekenhuizen (zie K.B. 30 januari 1989 houdende vaststelling van aanvullende normen voor de erkenning van ziekenhuizen en ziekenhuisdiensten, *B.S.*, 21 februari 1989, art. 2, §1, 4°)

Maar ook bij het beoordelen van de uitspraak van het Hof van Cassatie van 28 maart 1972 dient te worden rekening gehouden met de evolutie die zich inzake spoedgevallenhulpverlening heeft voorgedaan. Dat de enige arts van wacht in een ziekenhuis dit dient te verlaten om hulp te verlenen aan het slachtoffer van een ongeval dat klaarblijkelijk niet naar dit of een ander ziekenhuis kan worden overgebracht is een situatie die wellicht op het einde van de jaren zestig nog niet steeds vermijdbaar was, maar het thans moet zijn.

2. Constitutieve bestanddelen van art. 422bis

a) Groot gevaar

278 Degene die hulp behoeft, moet in "groot gevaar" verkeren. Het gevaar moet reëel zijn d.w.z. dat "schijngevaar" of een mogelijk, eventueel gevaar of een bedreiging niet volstaan. Het gevaar moet groot zijn, wat een gevaar voor het leven of een ernstig gevaar voor de fysieke integriteit impliceert (DU JARDIN, J., *a.w.*, 3-4; Corr. Aarlen, 17 november 1976, *Jur. Liège*, 1977, 290). De ernst van het gevaar moet worden beoordeeld op het ogenblik dat de noodsituatie zich voordoet (Cass., 9 november 1964, *Pas.*, 1965, I, 242; *R.D.P.*, 1964-65, 502). Die beoordeling moet op een objectieve wijze geschieden en niet op een subjectieve wijze vanuit het aanvoelen van degene die hulp dient te bieden. Dat de beoordeling van het gevaar enkel zou toekomen aan de arts onder de controle van zijn professioneel geweten, is dan ook betwistbaar (Corr. Aarlen, 17 november 1976, *Jur. Liège*, 1977, 290). Uiteindelijk zal de feitenrechter soeverein, zich steunend op alle elementen van de zaak, uitmaken of er sprake is van een groot gevaar (Kr., 5 juli 1977, *R.G.A.R.*, 1979, 10.009 en 10.064).

De oorzaak van de gevaarssituatie heeft geen belang : dat kan toeval zijn, een zelfmoordpoging, een misdrijf of nog een andere oorzaak (Gent, 1 juni 1973, *R.W.*, 1973-74, 1190).

Zie over het groot gevaar waarin een stervende zich kan bevinden en het groot gevaar waarin iemand zichzelf heeft gebracht b.v. door een zelfmoordpoging, verder nr. 712 e.v.).

b) Kennis van het groot gevaar

279 Art. 422*bis* Sw. vereist dat de verzuimer van hulp zelf het groot gevaar heeft vastgesteld ofwel dat het groot gevaar hem is beschreven door degenen die zijn hulp inroepen. De verzuimer van hulp moet kennis hebben van het groot gevaar (DU JARDIN, J., *a.w.*, 5).

Vooral op dit punt weegt art. 422*bis* Sw. zwaarder voor artsen dan voor gewone burgers, in deze zin dat van een arts meer wordt verwacht teneinde zich op de hoogte te stellen van de ernst van het gevaar. Het probleem stelt zich voornamelijk wanneer een arts via de telefoon wordt opgeroepen voor een noodgeval of voor wat alszodanig wordt voorgesteld door de oproeper. Aangezien de beschrijving die een leek op medisch gebied kan geven doorgaans niet voldoende gegevens zal bevatten om de arts de mogelijkheid te geven zich een oordeel te vormen over het groot gevaar, zal hij zich bij twijfel ter plaatse moeten begeven. Dit is de enige manier om zich van de ernst der situatie te vergewissen (Kr., 5 juli 1977, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10.009 en 10.064; VANSWEEVELT, T., "Telefonisch advies en schade wegens verlies van een kans", *Vl. T. Gez.*, 1989-90, 215). De arts mag zich niet tevreden stellen met de beschrijving van de toestand door degene die zijn hulp inroept, ook al is dat een collega (Corr. Brussel, 19 januari 1965, *J.T.*, 1965, 214). Aldus wordt van de arts, bij twijfelgevallen, verwacht dat hij zich persoonlijk en ter plaatse vergewist van de ernst van het gevaar. Zo beschouwd, wordt op de arts een verplichting gelegd die art. 422*bis* Sw. niet bevat. Wanneer uit de gegevens die de oproeper heeft verschaft en uit de bijko-

mende informatie die de arts na het stellen van gerichte vragen de ernst van het gevaar niet kan worden afgeleid, dient deze twijfel in het voordeel van de arts te spelen. In dit verband is de volgende passage uit het verslag van de bespreking van het wetsontwerp dat heeft geleid tot art. 422*bis* Sw., in de bevoegde Kamercommissie van groot belang. "Uw Commissie heeft andermaal als haar mening te kennen gegeven dat duidelijk moet worden bepaald dat het de wil van de wetgever is dat de hoven en rechtbanken, wanneer degene aan wie schuldig verzuim is ten laste gelegd, niet zelf de toestand heeft vastgesteld van de persoon voor wie zijn hulp wordt gevraagd, zorgvuldig dienen na te gaan of de beklaagde niet verschoonbaar is op grond van omstandigheden die hem in de mening hebben kunnen doen verkeren dat de oproep niet ernstig was, dat de hulp niet dringend nodig was of dat er gevaren aan verbonden waren. Niettemin achtte uw Commissie het nodig deze vorm van misdrijf te behouden, waarbij zij vertrouwen stelt in de voorzichtigheid en wijsheid van de hoven en rechtbanken" (Wetsontwerp waarbij sommige gevallen van schuldig verzuim strafbaar worden gesteld, *Gedr. St.*, Kamer, 1958-59, nr. 272/1, 10). Het is de vraag of het in overeenstemming is met deze voorzichtigheid en wijsheid, van een arts die goede redenen meent te hebben om te twijfelen aan de ernst van het groot gevaar, te verlangen dat hij zich ter plaatse begeeft om deze ernst te verifiëren. Men vergete bij dit alles niet dat de arts die er zorg voor draagt niet bereikbaar te zijn op een ogenblik dat hij niet van wacht is, en die zich daardoor a.h.w. in de onmogelijkheid stelt hulp te verlenen, niet kan worden vervolgd wegens de overtreding van art. 422*bis* Sw. Aldus kan de arts die geen nachtbel heeft en daardoor niet bereikt wordt, geen schuldig verzuim plegen bij gebrek aan het moreel bestanddeel van de kennis (Brussel, 14 mei 1974, *J.T.*, 1975, 191). Weliswaar kan men, rekening houdend met de omstandigheden, een dergelijke houding moreel afkeuren, zij is juridisch onaanvechtbaar. Men dient er zich dan ook voor te hoeden de arts die wel beschikbaar blijft voor de eigen patiënten, ook al is hij niet van wacht, te verplichten in gegronde twijfelgevallen zich persoonlijk en ter plaatse te vergewissen van de ernst van het gevaar. Dit zou op de duur kunnen leiden tot een situatie waarin artsen die niet van wacht zijn zich onbereikbaar opstellen, met een verzakelijking van de arts-patiënt relatie als gevolg. Dit alles betekent evenwel niet dat art. 422*bis* Sw. niet meer zou eisen van een arts dan van een gewone burger. Kan deze laatste er meestal mee volstaan een beroep te doen op een deskundige hulpverlener, dan mag van een arts die de gevaarssituatie niet zelf heeft vastgesteld worden verwacht dat hij d.m.v. gerichte vragen tracht zich een opvatting te vormen over de ernst van het gevaar. Voorts zal hij, indien hij de oproeper doorverwijst naar een arts van wacht, zelf deze laatste moeten contacteren om er zich van te vergewissen of deze in staat is in te grijpen of niet.

c) Weigering hulp te verlenen of te verschaffen

280 De overtreding van art. 422*bis* Sw. is enkel strafbaar wanneer ze w e t e n s e n w i l l e n s werd gepleegd (Cass., 7 oktober 1981, *Arr. Cass.*, 1982, 200; *Pas.*, I, 1982, 203). Dit houdt in dat de passieve gedraging, het verzuim, het gevolg is van een wilsuiting van iemand die de ernst van het gevaar kent en beslist niet op te treden (DU JARDIN, J., *a.w.*, 7). Nog anders uitgedrukt : men handelt niet, daar waar het handelen zich opdrong (DU JARDIN, J., "La jurisprudence et l'abstention de porter secours", *R.D.P.*, 1983, 966). Niet handelen uit onachtzaamheid of gebrek aan voorzichtigheid volstaan niet.

Het onderscheid tussen niet handelen uit onachtzaamheid en wetens en willens niet handelen zal niet steeds eenvoudig kunnen worden gemaakt. Dit blijkt ook uit de genuanceerde formulering die het Hof van Cassatie terzake heeft gebruikt. "De overtreding van art. 422*bis* is weliswaar enkel strafbaar wanneer ze wetens en willens werd gepleegd doch dan enkel in die betekenis dat de handeling (in de Franse en originele versie : doit avoir agi) van beklaagde niet kan worden gerechtvaardigd, onder meer door dringender beroepsverplichtingen of door andere uitzonderlijke gewichtige redenen" (Cass., 7 oktober 1981, *Arr. Cass.*, 1982, 200; *Pas.*, 1982, I, 203; *R.D.P.*, 1982, 90; zie hierover HENNAU-HUBLET, Chr., *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 674).

281 Het is niet vereist dat de beklaagde gehandeld heeft met het bijzonder opzet zijn hulp te onthouden aan de persoon in gevaar, daar art. 422*bis* Sw. niet het vereiste van bijzonder opzet stelt (Cass., 7 oktober 1981, *Arr. Cass.*, 1982, 200; *Pas.*, 1982, I, 203; DU JARDIN, J., *a.w.*, 8).

282 Art. 422*bis* Sw. maakt een onderscheid tussen hulp verlenen en hulp verschaffen. Hulp verlenen doet men zelf. Hulp verschaffen betekent dat men beroep doet op een derde die de hulp kan verlenen. Beide mogelijkheden zijn niet gelijkwaardig in deze zin dat wie met een gevaarssituatie wordt geconfronteerd en in staat is hulp te verlenen niet mag volstaan met het verschaffen van hulp. De eerste plicht is persoonlijk de hulp te verlenen. De hulp inroepen van een ander kan slechts ter aanvulling komen van het onmiddellijk en rechtstreeks optreden (DU JARDIN, J., *a.w.*, 9).

d) Geen ernstig gevaar voor zichzelf of voor anderen

283 Voor het misdrijf is bovendien vereist dat de verzuimer kon helpen zonder ernstig gevaar voor zichzelf of voor anderen (art. 422*bis*, tweede lid Sw.).

De wetgever verwacht van niemand dat hij zich als een held gedraagt (Verslag van de Commissie van Justitie, belast met het onderzoek van het wetsontwerp waarbij sommige gevallen van schuldig verzuim strafbaar worden gesteld, *Gedr. St.*, Senaat 1957-58, nr. 150, 6-7). Evenmin kan men verlangen dat men de ene redt door de andere in een ernstig gevaar te brengen. Wat men wint bij de ene, mag niet verloren gaan bij de andere.
Het gevaar moet ernstig zijn. De ernst van het gevaar moet objectief worden beoordeeld, d.i. naar verhouding van de reactie die een redelijk mens met gelijkaardige persoonlijke eigenschappen zou hebben gehad in soortgelijke omstandigheden (DU JARDIN, J., *a.w.*, 15).

Geen ernstig gevaar voor anderen is de mogelijkheid voor een chirurg die in een ziekenhuis van wacht is, hulp te moeten verlenen aan patiënten die in het ziekenhuis verblijven of aan gekwetsten die kunnen worden opgenomen (Cass., 28 maart 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 721; *Pas.*, 1972, I, 710).

Het feit dat hulpverlening iemand aan een gerechtelijke vervolging zou blootstellen, b.v. wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde, kan evenmin als een ernstig gevaar voor zichzelf ter rechtvaardiging van het niet optreden worden ingeroepen (DU JARDIN, J., *a.w.*, 15) (zie, zij het hypothetisch geformuleerd, Rb. Antwerpen, 17 februari 1969, *R.W.*, 1968-69, 1571 : art. 422*bis* Sw. zou toepasselijk zijn indien een apotheker met een hoogdringende noodsituatie wordt geconfronteerd, zonder dat een beroep kan worden gedaan op een arts; in dat geval zou de apotheker op grond van zijn persoonlijke kunde medisch mogen en moeten optreden; zie over dit vonnis ook nog, NYS, H., "Wettelijke hulpverleningsplicht", in DE BAUW, M. e.a., *Recht voor verpleegkundigen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, tweede herwerkte uitgave, 173). Wie evenwel op gewoonlijke wijze onwettig de geneeskunde beoefent, kan zich niet op art. 422*bis* Sw. beroepen (zie in deze zin t.a.v. een arts die door een raad van de orde der geneesheren was geschorst en tijdens de schorsing verder medische handelingen stelde, Brussel, 18 maart 1976, *Pas.*, 1977, II, 37; zie ook RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 548).

B. ART. 422*TER* SW.

284 Art. 422*ter* Sw. bedreigt met strafsancties hij die, hoewel hij in staat is hulp te bieden zonder ernstig gevaar voor zichzelf of voor anderen, weigert of nalaat aan iemand die in gevaar verkeert, de hulp te bieden waartoe hij wet-

telijk wordt opgevorderd. Het tweede lid van art. 422*ter* Sw. bevat de verplichting gevolg te geven aan opvordering in specifieke situaties.

Het specifiek karakter van het misdrijf vervat in art. 422*ter* Sw. ligt niet in het verzuim hulp te bieden maar in de weigering gevolg te geven aan een overheidsbevel (DU JARDIN, J., *a.w.*, 11). In dit geval is geen "groot" gevaar vereist en evenmin dat de schuldige het gevaar zelf heeft vastgesteld of dat het hem werd meegedeeld (Wetsontwerp waarbij sommige gevallen van schuldig verzuim strafbaar worden gesteld, *Gedr. St.*, Kamer, 1958-59, nr. 272/2, 7).

Zie voor een praktische toepassing, R.v.St., C.O.O. Tienen, nr. 17.491, 10 maart 1976. Een arts weigerde aanvankelijk 's nachts naar het ziekenhuis te komen om een door de dienst 100 binnengebrachte patiënt te onderzoeken en kwam slechts nadat hij, op bevel van het parket, telefonisch door een rijkswachter was opgevorderd.

Voor andere bepalingen inzake opvordering, doch buiten het kader van de hulpverlening, zie verder, nr. 972 i.v.m. verrichten van bloedafneming; zie ook RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 114 tot 119, nr. 262, nr. 797).

§3. Wet Dringende Medische Hulpverlening

285 Art. 4 van de Wet van 8 juli 1964 betreffende de dringende geneeskundige hulpverlening, *B.S.*, 25 juli 1964, bevat eveneens de verplichting gevolg te geven aan de opvordering van een bevoegde overheid. Anders dan art. 422*ter* Sw. is art. 4 specifiek gericht op artsen.

Op aanvraag van de aangestelde van het eenvormig oproepstelsel (de zgn. 100) dat door deze wet werd ingesteld, is de arts tot wie de aanvraag persoonlijk werd gericht, verplicht zich op de aangeduide plaats te begeven en er de eerste noodzakelijke verzorging toe te dienen aan de personen die zich op de openbare weg of in een openbare plaats bevinden en van wie de gezondheidstoestand, ingevolge ongeval of ziekte, onmiddellijke verzorging vereist (art. 4, eerste lid). Niet-naleving van deze verplichting kan worden gestraft met gevangenisstraf van 8d. tot 6m. en/of geldboete van 50 tot 500 fr. (art. 11, eerste lid). De arts tot wie de aanvraag wordt gericht is van deze verplichting enkel ontslagen in geval van verhindering gerechtvaardigd door dringender beroepsplichten of wegens enige andere reden van uitzonderlijke ernstige aard; op het ogenblik van de oproep moet hij aan de aangestelde kennis geven van de verhindering (art. 4, tweede lid). Deze laatste bepaling werd opgenomen na een suggestie in die zin van de Raad van State. Het oorspronkelijk ontwerp van wet bevatte enkel de verplichting gevolg te geven aan de oproep van de aangestelde. Daardoor zou, volgens de Raad van State, "de medische noodhulp volstrekte medische voorrang" hebben gekregen. Dat zou niet verenigbaar geweest zijn met de medische deontologie die wil dat de arts op eigen verantwoordelijkheid oordeelt over de betrekkelijke spoed van de gevallen waarmee hij te maken krijgt (Wetsontwerp betreffende de dringende geneeskundige hulpverlening, *Gedr. St.*, Kamer, 1963-64, nr. 677/1, 6 en 8). Nochtans komt de beoordeling van het bestaan van dringender beroepsplichten of een andere reden van uitzonderlijk ernstige aard niet toe aan de betrokken arts alleen. Zij is onderworpen aan de controle van de rechter (Cass., 28 maart 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 721; *Pas.*, 1972, I, 710). De mogelijkheid voor een chirurg die van wacht is in een ziekenhuis, dat hij patiënten die in het ziekenhuis verblijven of dat hij gekwetsten die zullen worden opgenomen, zal moeten helpen, kan niet worden beschouwd als een dringender beroepsplicht of een andere reden van uitzonderlijk ernstige aard in de zin van art. 4, tweede lid Wet Dringende Medische Hulpverlening (Cass., 28 maart 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 721; *Pas.*, 1972, I, 710).

286 De verplichtingen bepaald in de Wet Dringende Medische Hulpverlening gelden slechts voor zover onder meer de persoon in nood zich op de openbare weg of in een openbare plaats bevindt (art. 1).

Voor de toepassing van deze bepaling dient als openbare plaats te worden beschouwd iedere plaats die niet als een private woning kan worden beschouwd (Cass., 28 maart 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 721; *Pas.*, 1972, I, 710; aldus dient een akker als een openbare plaats te worden beschouwd; zie ook Vred. Andenne, 19 december 1985, *T. Vred.*, 1990, 75).

Wanneer het ongeval zich in een private woning voordoet, kan men niet beletten dat een beroep wordt gedaan op de dringende medische hulpverlening via het centraal oproepnummer, maar aan een dergelijke oproep zijn de verplichtingen en waarborgen die de Wet Dringende Medische Hulpverlening bevat, niet verbonden (Ontwerp van wet betreffende de dringende geneeskundige hulpverlening, *Gedr. St.*, Senaat, 1963-64, nr. 240, 3-4; DU JARDIN, J., *a.w.*, 12).

287 De verplichting in art. 4 Wet Dringende Medische Hulpverlening betreft de opvordering, niet de eigenlijke hulpverlening. Het komt niet toe aan de aangestelde van het eenvormig oproepstelsel uit te maken of er daadwerkelijk medische hulp dient te worden verleend. De arts die zich naar het ongeval heeft begeven, zal dat onder eigen verantwoordelijkheid moeten beoordelen (Ontwerp van wet betreffende de dringende geneeskundige hulpverlening, *Gedr. St.*, Senaat, 1963-64, nr. 240, 10).

288 Iedereen die verantwoordelijk is voor de opneming in een ziekenhuis is verplicht de persoon die naar het ziekenhuis wordt gevoerd in toepassing van de Wet Dringende Medische Hulpverlening op te nemen en onmiddellijk alle maatregelen te treffen die zijn toestand vereist (art. 6).

Zie voor ziekte of ongeval dat zich voordoet buiten de openbare weg of openbare plaats, art. 58 O.C.M.W.-Wet (zie hierover, VAN BENEDEN, J. en VAN DAMME, M., *Openbaar Centrum voor Maatschappelijk welzijn*, in *A.P.R.*, Brussel, E. Story-Scientia, 1986, nr. 506-510).

AFDELING III

RESPECT VOOR DE PRIVACY VAN DE PATIENT

§1. Algemene beschouwing

289 Het respect dat de arts dient op te brengen voor de privacy van de patiënt vertoont verscheidene aspecten. Voor zover het recht op privacy wordt opgevat als het recht om zelf te beslissen over medische handelingen valt dit grotendeels samen met het recht op toestemming en informatie (zie verder, nr. 300 e.v.). Een ander aspect van het recht op privacy is de ruimtelijke privacy. Tenslotte wordt het recht op privacy dikwijls beschouwd als het recht op informationele privacy. Dit houdt in dat de arts zich niet alleen dient te onthouden van opzettelijke inbreuken op de geheimhoudingsplicht die art 458 Sw. hem oplegt (zie verder, nr. 897 e.v.) maar tevens maatregelen dient te nemen om de bescherming van medische gegevens m.b.t. de patiënt te waarborgen. Tot nu toe ontbreekt in België een wettelijke regeling in dit verband. Een voorontwerp van wet circuleert sedert enige tijd, terwijl vroeger al meerdere wets-

ontwerpen bij het Parlement werden ingediend. Gezien het grote praktische belang van de bescherming van de informationele privacy zal bij de behandeling van dit onderwerp worden gebruik gemaakt van het voorontwerp van wet. De geheimhoudingsplicht wordt in titel IX uitvoerig besproken.

§2. Privacybescherming en de verwerking van medische (persoons) gegevens

290 Recente Belgische rechtsliteratuur omtrent privacybescherming en medische gegevensbanken in België is beperkt. Verwezen kan worden naar X., *Geïnformatiseerde medische databanken en privacy : verslag van het eerste symposium van de Vlaamse Vereniging voor Gezondheidsrecht*, Heule, UGA, 1985, 101 blz. en de daarin opgenomen bijdragen en literatuurverwijzingen. Voor specifieke bijdragen die nadien verschenen zie CORBISIER, I., "Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique", *R.G.A.R.*, 1990, 11.682, nr. 13-15; DE BECKER, P., "Internationale en nationale initiatieven ter bescherming van de privacy van de patiënt : enkele beschouwingen", *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 103-116; MEERT-VAN DE PUT, R., "La confidentialité des données et le secret médical : aspect juridique", *Louvain Médical*, 1986, 521-529; NYS, H., "Medisch beroepsgeheim en informatisering in de arbeidsgeneeskunde : enkele juridische aspecten", *Soc. Kron.*, 1987, 233-237; NYS, H. "Vers une réglementation de la protection de la liberté et de la vie privée à l'hôpital", *Louvain Médical*, 1986, 539-545; POULLET, E., "Sécurité informatique et données médicales", *Louvain Médical*, 1986, 531-537.

1. Bepalingen die specifiek gelden voor de verwerking van medische persoonsgegevens

a) Verbod van verwerking

291 Art. 8, §1 van het ontwerp stelt als regel dat het verboden is p e r s o o n s g e g e v e n s t e v e r w e r k e n d i e b e t r e k k i n g h e b b e n o p d e g e z o n d h e i d s t o e s t a n d , m e d i s c h o n d e r z o e k , g e n e e s k u n d i g e v e r z o r g i n g , a l s m e d e o p d e b e h a n d e l i n g e n w e g e n s a l c o h o l i s m e o f a n d e r e i n t o x i c a t i e s . Deze gegevens worden in de toelichting bij het ontwerp "medische gegevens " genoemd. Het ontwerp alszodanig kent deze term niet en uiteraard wordt daarvan geen definitie gegeven. In de Wet van 15 januari 1990 betreffende de Sociale Kruispuntbank, *B.S.*, 22 februari 1990, is sprake van "medische gegevens van persoonlijke aard" (art. 2, 7°). Daaronder wordt verstaan alle sociale gegevens van persoonlijke aard m.b.t. een natuurlijke persoon die is of kan worden geïdentificeerd en waaruit informatie kan worden afgeleid omtrent diens vroegere, huidige of toekomstige fysieke of psychische gezondheidstoestand, met uitzondering van de louter administratieve of boekhoudkundige gegevens betreffende de geneeskundige behandelingen of verzorging". De opsomming in het ontwerp is in die zin ruimer dat niet alleen de gegevens m.b.t. de ge-

zondheidstoestand worden vermeld. Wat de administratieve en boekhoudkundige gegevens betreft en die uitdrukkelijk worden uitgesloten in de definitie van de Kruispuntbankwet, is het onduidelijk of art. 8, §2 ze als medische persoonsgegevens onderworpen aan een bijzondere regeling beschouwt, dan wel eveneens als uitzonderingen.

Hoewel de opsomming in art. 8, §1, eerste lid van het ontwerp ruimer is, ontbreken daarin nog een aantal elementen. Zo worden wel gegevens vermeld i.v.m. het medisch onderzoek, maar niet die i.v.m. de diagnose. Niet duidelijk is verder waarom niet alle behandelingen worden vermeld. Behandelingen wegens alcoholisme of andere intoxicaties zijn meestal erg privacy gevoelige gegevens maar het is niet moeilijk om andere behandelingen te bedenken (denk maar aan AIDS) die minstens even privacy gevoelig zijn.

Volledigheidshalve vermelden we dat art. 7 de verwerking van persoonsgegevens m.b.t. seksueel gedrag (wat een zekere relevantie kan hebben bij het opsporen van AIDS) en m.b.t. het lidmaatschap van een ziekenfonds slechts toelaat voor doeleinden vastgelegd door of krachtens een wet, een decreet of een ordonnantie.

b) Eerste uitzondering : bijzondere schriftelijke toestemming

292 Het verbod over te gaan tot de verwerking van medische persoonsgegevens geldt niet wanneer de betrokkene zijn b i j z o n d e r e s c h r i f t e l i j k e t o e s t e m m i n g heeft gegeven (art. 8, §1, eerste lid). Merkwaardig is dat deze bepaling niet voorziet dat de verwerking door of onder de leiding van een bevoegde beoefenaar van de geneeskunde dient te gebeuren. Art. 26, §1 Kruispuntbankwet bepaalt wel dat de instellingen van sociale zekerheid en de Kruispuntbank een arts dienen aan te wijzen onder wiens toezicht en verantwoordelijkheid de behandeling, de uitwisseling en de bewaring van medische gegevens van persoonlijke aard gebeurt.

Uit de toelichting art 8, §1, eerste lid kan men afleiden dat het achterwege laten van de vermelding van een bevoegde beoefenaar van de geneeskunde geen toeval is. Volgens deze toelichting is het onvermijdelijk en in het belang van de betrokkene zelf, dat de mogelijkheid is voorzien dat met zijn bijzondere schriftelijke toestemming andere personen dan een arts gerechtigd zijn medische persoonsgegevens te registreren. Als voorbeelden vermeldt de toelichting personeel van een rusthuis of de "diensten van telefoonwacht".

c) Tweede uitzondering : verwerking door een arts

293 De gegevens bedoeld in art. 8, §1, eerste lid kunnen zelfs zonder de bijzondere schriftelijke toestemming van de patiënt worden verwerkt onder h e t t o e z i c h t e n d e v e r a n t w o o r d e l i j k h e i d v a n e e n a r t s (art. 8, §1, tweede lid). Deze bepaling doet meerdere vragen rijzen.

Zo valt op dat hier sprake is van de toestemming van de patiënt, daar waar art. 8, §1, eerste lid ruimer spreekt over de toestemming van de betrokkene. Als het inderdaad de bedoeling is om de toepassing van art. 8, §1, tweede lid te beperken tot gegevens die op een patiënt betrekking hebben, dan volgt daaruit dat deze uitzondering niet kan worden ingeroepen voor de verwerking van medische persoonsgegevens in de preventieve gezondheidssector. Denk aan de bedrijfsgezond-

heidszorg, jeugdgezondheidszorg, keuringen bij aanwervingen, verzekeringen, enz. De persoon die in het kader van een dergelijke preventieve gezondheidsvoorziening of keuring aan een medisch onderzoek wordt onderworpen is geen patiënt. De verwerking van de medische persoonsgegevens die een dergelijk onderzoek oplevert zal niet zonder de toestemming van de onderzochte kunnen gebeuren.

Een volgende bemerking betreft de vermelding "zonder de bijzondere schriftelijke toestemming". Die formulering is overgenomen uit art. 8, §1, eerste lid. De vraag rijst of die formulering inhoudt dat een "algemene" schriftelijke toestemming of een mondelinge toestemming toch vereist is alvorens tot verwerking van medische persoonsgegevens op grond van de tweede uitzondering mag worden overgegaan.

294 De belangrijkste bedenking t.a.v. deze bepaling is de volgende. Het ontwerp voorziet niet dat deze arts de behandelend arts van de patiënt moet zijn. Hierdoor wordt het mogelijk dat in een ziekenhuis de verwerking van de medische persoonsgegevens m.b.t. alle patiënten gebeurt onder het toezicht en de verantwoordelijkheid van een arts die bij de patiëntenzorg op geen enkele wijze betrokken is. Daardoor kan de regel, nl. geen verwerking behoudens bijzondere schriftelijke toestemming van de betrokkene, volledig uitgehold worden in de ziekenhuissector en in de curatieve sector in het algemeen. In dit opzicht wijkt het ontwerp ten gronde af van vroegere ontwerpen. Zo was in het ontwerp van VANDERPOORTEN de verwerking van medische persoonsgegevens zonder toestemming uitdrukkelijk beperkt tot de verwerking door de behandelend arts (Ontwerp van wet tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer, *Gedr. St.*, Senaat, 1975-76, nr. 846, art. 24, 2°).

In de toelichting bij art. 8 van het huidige ontwerp WATHELET wordt evenwel een beperking aangebracht in de lijn van het ontwerp VANDERPOORTEN die men niet terugvindt in de tekst zelf van het ontwerp. Volgens deze toelichting kunnen medische persoonsgegevens zonder de bijzondere toestemming van de patiënt verwerkt worden onder het toezicht en de verantwoordelijkheid van een arts wanneer alleen die arts, zijn vervanger, zijn opvolger en hun medische ploeg daartoe toegang hebben. Dat de behandelend arts zonder de schriftelijke toestemming van de patiënt de medische persoonsgegevens m.b.t. zijn patiënten mag verwerken is een opvatting die verdedigbaar is. Zij zou best met zoveel woorden in de tekst van de wet worden opgenomen.

d) Bijzondere waarborgen bij de verwerking van medische persoonsgegevens

- Bij naam aanwijzing van tussenkomende personen

295 Overeenkomstig art. 8, §1, derde lid van het ontwerp moeten de personen die bij de verwerking van die gegevens tussen beide komen bij naam worden aangewezen door de verantwoordelijke voor de verwerking. De inhoud en de draagwijdte van de toegangsmachtiging worden vastgelegd en er wordt melding van gemaakt in een regelmatig bijgehouden register.

- Verbod van mededeling aan derden

296 Art. 8, §1, vierde lid verbiedt de mededeling van medische persoonsgegevens aan derden. Op dat mededelingsverbod, dat een bevestiging inhoudt van art. 458 Sw. bestaan meerdere uitzonderingen.

Ingevolge een bijzondere wettelijke of reglementaire bepaling kan worden voorzien in de mededeling van deze gegevens aan een derde. Zo kan, luidens de toelichting bij deze bepaling, in het kader van de sociale zekerheid worden bepaald dat voor de vaststelling van bepaalde rechten sommige noodzakelijke medische gegevens kunnen worden meegedeeld.

Met de bijzondere schriftelijke toestemming van de patiënt kunnen medische persoonsgegevens eveneens worden meegedeeld. Hier rijst een ander interpretatieprobleem. Art. 8, §1, vierde lid, laatste zin luidt volledig als volgt. "Met de bijzondere schriftelijke toestemming van de patiënt of met het oog op zijn medische behandeling kunnen zij worden meegedeeld aan een geneesheer en aan diens medische ploeg." Die bepaling bevat twee uitzonderingen op het mededelingsverbod, nl. met de bijzondere schriftelijke toestemming enerzijds en met het oog op de medische behandeling anderzijds in welk geval geen schriftelijke toestemming vereist is. Wanneer de gegevens worden meegedeeld met het oog op de medische behandeling kan dat vanzelfsprekend alleen aan een arts die de behandeling zal verderzetten. Dat wordt uitgedrukt in het ontwerp door de woorden "een geneesheer en diens medische ploeg". De vraag is nu of die woorden nog een andere betekenis hebben dan de b e h a n d e l e n d e arts en diens medische ploeg. Wanneer de mededeling gebeurt met de bijzondere schriftelijke toestemming van de patiënt dan moet die mededeling namelijk iemand anders betreffen dan de behandelende arts. Zoniet ware geen schriftelijke toestemming nodig. Het ontwerp is dus onduidelijk over aan wie mededeling met bijzondere toestemming van de patiënt mag gebeuren. Aan een arts die niet met de behandeling is belast doch handelt in opdracht van een derde zoals de werkgever van de patiënt, een verzekeringsmaatschappij e.d.? Of zelfs aan een niet-arts? Als deze interpretatie van het ontwerp juist is, dan bevat het ontwerp op dit punt een zeer belangrijke vernieuwing in het Belgisch medisch recht. Tot nu toe geldt als regel dat de toestemming van de patiënt de arts niet ontheft van zijn verplichting het beroepsgeheim te eerbiedigen. Weliswaar wordt deze opvatting in de rechtsleer bestreden maar tot op heden is zij zowel in de cassatierechtspraak als de medische deontologie onaantastbaar gebleken (zie verder, nr. 952). Het medisch beroepsgeheim wordt geacht van openbare orde te zijn en arts noch patiënt kunnen daarover beschikken. Zo kan een arts, zelfs met toestemming of op verzoek van zijn patiënt, geen medische gegevens bekend maken aan een andere arts die handelt in opdracht van een verzekeringsmaatschappij. Het ontwerp maakt dit wel mogelijk.

Zoals reeds vermeld, bevat de laatste zin van art. 8, §1, vierde lid nog een andere uitzondering op het mededelingsverbod. Met het oog op de medische behandeling van de patiënt mogen medische persoonsgegevens worden meegedeeld aan een arts en diens medische ploeg. Deze uitzondering vertoont een grote gelijkenis met artikel 13 Wet Uitoefening Geneeskunst (zie verder, nr. 1009).

De uitdrukking "medische ploeg" is een novum met een onduidelijke betekenis. In de toelichting wordt daaromtrent gezegd dat het begrip medische ploeg in de ruime zin van het woord wordt beschouwd. Zo bestaat, aldus de toelichting, de medische ploeg bij de overheid uit al diegenen die handelen onder het gezag en het toezicht van een geneesheer-hoofd van dienst. Die toelichting roept zelf ook nogal wat vragen op. Onder meer de verwijzing naar de overheid doet twijfelen of hier enkel behandelende artsen zijn bedoeld (zie de bespreking hierboven). Onder de medische ploeg worden wellicht verstaan de medische, verpleegkundige en paramedische medewerkers van een arts. In die zin is de benaming "medisch" wat misleidend. Hoedanook kan men zich afvragen of het uit een oogpunt van bescherming van privacy wijs is toe te laten dat de medische persoonsgegevens rechtstreeks aan de medische ploeg mogen worden meegedeeld en niet aan de arts die verantwoordelijkheid draagt. De strekking van het ontwerp is van die aard dat rechtstreekse mededeling aan de medische ploeg, inclusief niet-medici, mogelijk wordt gemaakt.

e) Recht om mededeling te krijgen van opgenomen gegevens

297 Art. 10, §2 van het ontwerp kent aan iedereen die zijn identiteit bewijst het recht toe om mededeling te verkrijgen van de hem betreffende gegevens die in het bestand zijn opgenomen. Art. 10, §4 voorziet in een afwijkende regeling van dit mededelingsrecht wanneer het medische persoonsgegevens betreft, dit zijn de gegevens vermeld in art. 8, §1. In dat geval worden de gegevens meegedeeld aan wie er om verzoekt door toedoen van een door hem gekozen arts. Deze regeling wordt in de toelichting summier gemotiveerd : "met het oog op de bescherming van de betrokkene zelf schrijft §4 voor dat de medische gegevens hem alleen worden meegedeeld door tussenkomst van een arts". Als het werkelijk gaat om de bescherming van de betrokkene dan komen nog andere dan medische gegevens in aanmerking voor een bijzondere regeling van het mededelingsrecht. De mededeling dat een bank iemand als insolvabel beschouwt of dat een personeelsdienst iemand als definitief uitgesloten van promoties aanziet, kan de fysieke en psychische gezondheid even ernstig aantasten als de mededeling dat men een ernstige ziekte onder de leden heeft. Nu is het niet de eerste keer dat de wetgever blijk geeft van een paternalistische ingesteldheid en gehechtheid aan een bepaalde opvatting in de medische deontologie die overigens minder eenvormig is dan sommigen geloven, waar het gaat om het mededelingsrecht of inzagerecht in medische gegevens. Een gelijkaardige bepaling treft men aan in de Kruispuntbankwet. Volgens art. 19 van deze wet heeft iedere persoon recht op mededeling van de hem betreffende sociale gegevens van persoonlijke aard die zijn opgenomen in de sociale gegevensbanken of in de Kruispuntbank. De Koning stelt de voorwaarden en modaliteiten vast inzake de uitoefening van deze rechten. Volgens de toelichting wordt hierbij gedacht aan een beperking van het informatierecht, o.a. "indien de informatieverstrekking schadelijke gevolgen zou kunnen inhouden voor de gezondheidstoestand van de betrokkene, in welk geval de uitoefening van dit recht via de bemiddeling van een geneesheer kan worden gerealiseerd" (Wetsontwerp houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de Sociale Zekerheid, *Gedr. St.*, Kamer, 1988-89, nr. 899/1, 26).

Deze bepalingen zijn ingegeven door art. 40 van de Franse Wet van 6 januari 1978 "relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés" (zie THOUVENIN, D., "Fichiers médicaux et information de la personne fichée", *Rev. Dr. Sanitaire*, 1984, 303). Van belang bij de uiteindelijke beoordeling van art. 10, §4 is de vraag naar de rol van de arts op wie door de patiënt een beroep wordt gedaan. Er zijn twee mogelijkheden. De tussenkomende arts dient alle gegevens die in het bestand zijn opgenomen mee te delen aan de patiënt en zijn rol bestaat er in essentie in dit te doen op een zodanige wijze dat de patiënt de inhoud ervan begrijpt en zijn draagkracht niet overschrijdt. Artsen zijn gewend en in toenemende mate ook opgeleid om te gaan met deze afgewogen waarheidsmededeling. In dat geval kan men spreken van een onrechtstreeks mededelingsrecht. De mededeling slaat dan in een of andere vorm op het geheel van de opgenomen gegevens maar geschiedt onrechtstreeks. De tweede mogelijke functie van de tussenkomende arts bestaat erin de gegevens die in het bestand zijn opgenomen te selecteren naargelang de mededeling ervan aan de patiënt al dan niet aangewezen wordt geacht om reden van bescherming van de betrokkene, zoals de toelichting het stelt. In het tweede geval reikt de taak van de tussenkomende arts veel verder.

In dat geval is het mededelingsrecht niet alleen onrechtstreeks, maar bovendien geclausuleerd of beperkt. Het is niet duidelijk welke van beide mogelijkheden in het ontwerp is bedoeld. Ook de toelichting spreekt zich er niet over uit. De mededeling door toedoen van een zelf gekozen arts, zoals het ontwerp het formuleert, sluit evenwel niet zonder meer een selectie opdracht in. Art. 40 van de Franse wet, dat diende als inspiratiebron voor art. 10, §4 van het ontwerp wordt door THOUVENIN zo begrepen dat de arts die tussenkomt als gemandateerde geen eigen recht heeft. Hij mag niet selecteren tussen de gegevens die in het bestand zijn opgenomen. Hij oefent slechts namens de patiënt, de mandaatgever, het recht op mededeling uit en dit recht slaat op alle gegevens die zijn opgenomen in het bestand. Voor wie de arts-patiënt relatie ook juridisch als een relatie tussen gelijkwaardigen bekijkt, is deze interpretatie van art. 10, §4 het meest aangewezen. De opdracht van de arts die dient tussen te komen bij de uitoefening van het recht op mededeling in het kader van de Kruispuntbankwet houdt evenmin een selectie in. Volgens de toelichting heeft deze arts geen discretionaire bevoegdheid omtrent het al dan niet meedelen van de gegevens aan de betrokkene, voor zover deze hierom verzoekt (Wetsontwerp houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid, *Gedr. St.*, Kamer, 1988-89, nr. 899/1, 26; zie ook CORBISIER, I, *a.w.*, nr. 11.682, nr. 15 *in fine*).

2. Weerslag van de algemene bepalingen van het ontwerp op de verwerking van medische persoonsgegevens

a) Toepasselijkheid van het ontwerp op bestanden van medische dossiers

298 Overeenkomstig art. 3, §2 zal de wet niet van toepassing zijn op de verwerkingen van persoonsgegevens, beheerd door natuurlijke personen, die wegens hun aard bestemd zijn voor persoonlijk gebruik. Vallen de al dan niet geautomatiseerde bestanden van medische gegevens die huisartsen en medische specialisten aanleggen, onder deze bepaling of niet? De vraag is des te moeilijker te beantwoorden omdat in de toelichting bij art. 1 van het ontwerp wordt gezegd dat "een reeks dossiers, in alfabetische of rekenkundige orde gerangschikt, geen bestand vormt in de zin van de wet, ongeacht of het om geautomatiseerde dossiers gaat of niet". En verder : "De wet zal dus niet van toepassing zijn op de geïnformatiseerde dossiers alsdusdanig". Op basis van deze toelichting is men geneigd de bestanden van medische dossiers, die dikwijls alfabetisch zijn gerangschikt, uit het toepassingsgebied van de wet te sluiten. Of deze conclusie, die in het licht van het voorgaande vanzelfsprekend belangrijke consequenties heeft voor de verwerking van medische persoonsgegevens, strookt met de bedoeling van het ontwerp, is niet zeker. Nochtans zou men er ook nog op kunnen wijzen dat deze dossiers in het algemeen bestemd zijn voor persoonlijk gebruik als men daaronder begrijpt dat ze enkel door de betrokken arts en desgevallend diens naaste medewerkers worden geraadpleegd en aangevuld.

b) Rechten van de geregistreerde

299 Behalve het recht op mededeling dat hiervoor reeds uitvoerig ter sprake kwam, kent het wetsontwerp nog andere rechten toe aan de geregistreerde. Overeenkomstig art. 10, §1 dient een persoon die voor de eerste maal in een bestand wordt geregistreerd daarvan onverwijld in kennis te worden gesteld.

Op die verplichting bestaan een aantal uitzonderingen. Aldus wanneer de verwerking kadert in een contractuele relatie tussen de betrokken persoon en de houder van het bestand. Aangezien tussen arts en patiënt in vele gevallen een contractuele relatie (zie verder, nr. 329) bestaat zou men op grond hiervan kunnen besluiten dat de kennisgevingsplicht niet geldt. Afgezien hiervan, rijst de vraag of deze kennisgevingsplicht wel verenigbaar is met de mogelijkheid die het ontwerp biedt aan artsen om zonder toestemming van de patiënt medische persoonsgegevens te verwerken (zie boven, nr. 293).

Soortgelijke vragen rijzen m.b.t. de toepassing van art. 11 van het ontwerp. Dit artikel kent aan iedereen het recht toe de verbetering te vragen van alle hem betreffende persoonsgegevens die als onjuist worden beschouwd. Voorts heeft iedereen het recht de verwijdering of het verbod van aanwending van alle hem betreffende persoonsgegevens te bekomen die als onvolledig of irrelevant worden beschouwd. Uitoefening van deze rechten veronderstelt wel dat men op de hoogte is van de verwerking. Wanneer de verwerking geoorloofd is zonder de uitdrukkelijk toestemming, zoals bij medische persoonsgegevens, zal daarvan in het algemeen geen sprake zijn. Overigens moet hier opnieuw worden verwezen naar het mededelingsrecht en de rol van de tussenkomende arts in dat verband. Het zal in belangrijke mate van die arts afhangen of het correctierecht en verwijderingsrecht daadwerkelijk zullen kunnen worden uitgeoefend.

AFDELING IV

INFORMATIE EN TOESTEMMING

§1. Informed consent

300 De verplichting van een arts om de toestemming van de patiënt te vragen voor een medische handeling wordt doorgaans samen behandeld met de verplichting aan de patiënt zodanige informatie te geven dat deze de toestemming kan geven of weigeren. Het samengaan van beide verplichtingen komt goed tot uiting in de uit de Verenigde Staten afkomstige uitdrukking "informed consent". Omdat deze uitdrukking niet behoorlijk kan worden vertaald, wordt zij alszodanig ook in de Nederlandstalige literatuur gebruikt (zie b.v. SCHOTSMANS, P., "Informed Consent. Een ethische verkenning van het recht op informatie en toestemming in de arts-patiënt relatie", *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 433-440; zie over "informed consent", FADEN, R. en BEAUCHAMP, T.L., *A history and theory of informed consent*, Oxford University Press, 1986, 392 blz. en de bespreking ervan door SCHOORDIJK, H.C.F., *N.J.B.*, 1987, 53).

Hoewel beide verplichtingen, vragen van toestemming en geven van informatie, eng met elkaar zijn verbonden is het toch niet geheel juist ze als onafscheidelijk te beschouwen. Daardoor dreigt namelijk de informatieverplichting enigszins in de verdrukking te raken. De informatie dient dan enkel om het pad te effenen naar de toestemming voor een of andere diagnostische of therapeutische ingreep.

Meer en meer groeit het besef dat aan de informatie in de arts-patiënt relatie een zelfstandige betekenis toekomt en derhalve ook aan de juridische verplichting die daarmee verband houdt. Dit wordt b.v. duidelijk wanneer men let op de groeiende impact van het zgn. predictieve of voorspellende vermogen van de hedendaagse geneeskunde, zonder dat de therapeutische mogelijkheden gelijke tred houden met die ontwikkeling. Denk b.v. aan het uitvoeren van een bloedonderzoek om HIV-seropositiviteit vast te stellen of aan genetisch onderzoek. In deze gevallen heeft het opsporen en doorgeven van informatie een zelfstandige betekenis, los van de toestemming voor een ingreep. Dit is eveneens het geval wanneer de conditie van een patiënt van die aard is dat geen enkele beschikbare therapie nog kan worden toegepast. Als men de informatieplicht te eng verbindt met het vereiste van toestemming voor een ingreep, zou de informatieplicht in zo'n geval dreigen te vervallen. Terwijl juist dan informatie over zijn toestand, hoe infaust de prognose ook mag zijn, voor de patiënt zeer belangrijk kan zijn. Het verdient daarom de voorkeur het recht op informatie en het recht op toestemming afzonderlijk te behandelen.

§2. Recht op informatie

A. GRONDSLAG VAN HET RECHT OP INFORMATIE

301 Voor VAN QUICKENBORNE ligt de grondslag van de informatieplicht van de arts die de keerzijde vormt van het recht op informatie van de patiënt "nogal voor de hand" (VAN QUICKENBORNE, M., "De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, nr. 21). Het recht op fysieke integriteit houdt in dat de patiënt een hem voorgestelde ingreep kan aanvaarden of weigeren. Hij dient zijn instemming, die door VAN QUICKENBORNE wordt onderscheiden van de verbintenisrechtelijke toestemming (zie verder), met kennis van zaken te kunnen geven en daartoe moet hij over alle relevante informatie beschikken.

De grondslag van de voorlichtingsplicht wordt aldus gevormd door het recht op fysieke integriteit, ook wel zelfbeschikkingsrecht genoemd, zij het dat deze laatste uitdrukking nog een andere, ruimere betekenis heeft (zie hieromtrent NYS, H., "De overeenkomst in het kader van de uitoefening van de geneeskunde" in STORME, M. e.a. (ed.), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, nr. 71-76).

302 Aldus beschouwd, is de voorlichtingsplicht juridisch sterk verankerd. Die basis van de voorlichtingsplicht is soms ontoereikend. Aldus voor de aankondiging dat iemand lijdt aan een niet meer te behandelen ziekte, die op korte tijd zal leiden tot zijn dood. Indien men de relatie tussen arts en patiënt opvat als een contractuele relatie (zie verder, nr. 329) dan kan de voorlichtingsplicht in een dergelijk geval worden gebaseerd op de goede trouw. De goede trouw die de uitvoering van iedere overeenkomst beheerst, vereist in principe dat de arts zijn patiënt ook op de hoogte brengt van een infauste prognose.

Zie omtrent de goede trouw in het contractenrecht, BOCKEN, H., "De goede trouw bij de uitvoering van verbintenissen", *R.W.*, 1989-90, 1041-1049; STORME, M.E., "De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldvorderingen", *R.W.*, 1989-90, 137-141; VEROUGSTRAETE, I, "Wil en vertrouwen bij de tot standkoming van verbintenissen" en tot verslag van de bespreking van dit preadvies door CATTOIR, B., *R.W.*, 1989-90, i.h.b. 1505, waar als basis voor de informatieplicht die op o.a. artsen rust wordt vermeld het t.a.v. leken verwekte vertrouwen. Het bestaan van zo'n plicht werd evenwel door de preadviseur ontkent, behalve "wanneer zij inherent is aan de te leveren prestatie (b.v. arts) of wanneer de wet zulks bepaalt").

303 Ook VANSWEEVELT verbindt de informatieplicht van de arts aan het recht op fysieke integriteit van de patiënt en de goede trouw die de arts-patiënt relatie beheerst. Deze auteur wijst er op dat het recht op informatie ook buiten een strikte therapeutische context bestaat. Zelf geeft hij het voorbeeld van de keuring voor specifieke doeleinden, maar dit is eveneens geldig voor de informatie bij een infauste prognose. VANSWEEVELT knoopt de informatieplicht van de arts ook nog vast aan de algemene zorgvuldigheidsplicht die op de arts rust (VANSWEEVELT, T., *Aids en recht*, Antwerpen, Maklu, 1989, nr. 30 en 31). Voor de verdere levensplanning van de patiënt kan het van wezenlijk belang zijn dat hij de prognose kent (beëindiging van sommige professionele activiteiten, nemen van beslissingen in de financiële sfeer, relaties met partner, kinderen, ouders enz.).

VAN QUICKENBORNE, die zich nadrukkelijk beperkt tot de therapeutische context, gaat niettemin toch in op de plicht van de arts een zgn. fatale prognose mee te delen (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 28). Wanneer de patiënt uitdrukkelijk en werkelijk naar zijn overlevingskansen vraagt teneinde allerlei schikkingen te kunnen treffen "voor de tijd dat hij er niet meer zal zijn", kan de arts de harde werkelijkheid moeilijk uit de weg gaan. De vraag of de arts spontaan een dergelijke prognose moet meedelen is heel wat delicater. Wellicht, aldus nog deze auteur, zal hij zijn patiënt of diens naaste familieleden moeten inlichten over de zeer ernstige ziekte waaraan de patiënt lijdt, wanneer hij redelijkerwijze kan veronderstellen dat deze wetenschap voor de patiënt een reden zal vormen om bepaalde maatregelen op materieel of geestelijk vlak te treffen. Maar de arts mag de patiënt nooit alle hoop ontnemen. De opvattingen die hieromtrent in art. 33 Code geneeskundige plichtenleer zijn neergelegd, stemmen op het eerste gezicht niet overeen met de hierboven geschetste verplichting. Volgens deze bepaling "moet een noodlottige prognose hem slechts uitzonderlijk en met veel omzichtigheid worden meegedeeld". Uit het vervolg blijkt evenwel dat ook art. 33 het beginsel van de mededeling van een infauste prognose aanvaard heeft : "In het algemeen worden de naastbestaanden er echter te gepasten tijde van op de hoogte gebracht tenzij de patiënt zich van te voren tegen die bekendmaking heeft verzet of de personen heeft aangeduid aan wie deze mededeling moet worden gedaan". Volgens MEMETEAU, die art. 43 van de Franse code voor medische plichtenleer becommentarieert dat identiek is aan het aangehaalde artikel, hebben deze beperkingen slechts betrekking op de vorm van de informatieverstrekking, niet op de verplichting alszodanig (MEMETEAU, G. en MELENNEC, L., "Le contrat médical", in MELENNEC, L., *Traité de droit médical*, Maloine, Parijs, 1982, 33). Dat is nog niet zo zeker. Wanneer de naastbestaanden de patiënt in het ongewisse laten en zelf nalaten de maatregelen te treffen die de patiënt zou hebben genomen met kennis van zaken, is het resultaat hetzelfde als ware niemand op de hoogte gebracht. Zie over art. 33 ook, CORBISIER, I, *a.w.*, noot 62 en 66; zie verder NYS, H., "Informatie aan (stervende) patiënten. Op zoek naar (rechts)regels", *A. Hosp.*, 1986/4, 63-64, n.a.v. het destijds geruchtmakende voorstel van dr. EMMERECHTS om artsen te verbieden hun patiënt te informeren over een fatale prognose.

304 Het recht op informatie van de patiënt bestaat tegenover de door hem aangesproken arts. Op hem rust de verplichting tot informatie (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 32; LEENEN, *Handboek Gezondheidsrecht*, 169).

Wanneer deze arts oordeelt dat een doorverwijzing naar een medisch specialist noodzakelijk is, mag de doorverwijzende arts er niet zonder meer van uitgaan dat de specialist de informatie zal geven. Hoewel ook deze laatste gehouden is de patiënt voor te lichten, rust ook op de verwijzende arts nog een informatieplicht. Er bestaan dan twee plichten tot informatie naast elkaar.

De opvatting van het Hof van Beroep te Brussel, dat de arts naar wie wordt verwezen erop mag rekenen dat de doorverwijzende arts de patiënt reeds op de hoogte heeft gebracht van de alternatieve behandelingsmethoden, omdat dit zo de gewoonte zou zijn, is onjuist (Brussel, 21 juni 1967, *Pas.*, 1968, II, 42; *J.T.*, 1968, 27). Zeker wanneer de verwijzende arts minder deskundig is dan de collega naar wie hij verwijst gaat zo'n veronderstelling niet op (zie Rb. Antwerpen, 17 januari 1980, *De Verz.*, 1981, 183; *Vl. T. Gez.*, 1980-81, nr. 3, 37 : een huisarts mocht er op rekenen dat de chirurg de gevolgen van een sterilisatie ingreep zou toelichten of toch tenminste de huisarts op de hoogte zou brengen van de nog te nemen voorzorgen en controlemaatregelen).

Vermits de informatieverstrekking deel uitmaakt van het wezen zelf van de medische beroepsuitoefening, kan de uitvoering ervan niet worden gedelegeerd aan een verpleegkundige of een paramedicus (zie NYS, H., "Gezondheidsrecht", in DE BAUW, M. e.a., *Recht voor verpleegkundigen*, Kluwer rechtswetenschappen, Antwerpen, 1990, tweede herwerkte uitgave, nr. 766). Zulks neemt niet weg dat op verpleegkundigen en paramedici ook een informatieplicht rust voor de uitvoering van die handelingen waartoe zij wettelijk bevoegd zijn. Een en ander brengt de noodzakelijkheid met zich mee van klare afspraken, opdat het recht op informatie zou worden geëerbiedigd door alle betrokken hulpverleners.

B. INHOUD VAN DE INFORMATIEPLICHT

305 De inhoud van de informatie die moet worden meegedeeld hangt samen met de redenen waarvoor een beroep op de arts wordt gedaan. Wanneer iemand zich om een zeer specifieke reden tot een arts wendt, b.v. het uitvoeren van een onderzoek naar HIV-seropositiviteit, dan zal de informatie die door de arts moet worden meegedeeld in dit specifieke kader moeten worden beoordeeld. Meestal zal de vraag van de patiënt niet specifiek geformuleerd zijn, maar biedt hij zich met vage klachten bij de arts aan. Het is dan heel wat moeilijker om een normatief kader aan te geven waarbinnen de inhoud van de informatie moet worden beoordeeld.

Volgens VAN QUICKENBORNE moet de arts zijn patiënt inlichten over wat er met hem aan de hand is. Hij moet hem het hoe en het waarom van de voorgestelde ingreep meedelen, zonder dat hij daarbij in medisch-technische details hoeft te treden. Hij moet de noodzakelijkheid van de ingreep aangeven, de mogelijke alternatieven alsook de nadelige gevolgen van de ingreep uitleggen die onvermijdelijk en functioneel met het bereiken van het beoogde resultaat verbonden zijn, zoals verminkingen, langdurige dysfuncties en arbeidsongeschiktheid, ontsieringen, ongemakken en andere consequenties voor het lichamelijk en geestelijk welzijn. Dit voor wat de zgn. onvermijdelijke gevolgen aangaat. Wat de mededeling betreft van de complicatierisico's, d.i. een nadelig gevolg van de ingreep dat niet noodzakelijk en met zekerheid uit de ingreep voortvloeit, maar zich

in een aantal gevallen kan voordoen, onderscheidt VAN QUICKENBORNE een aantal criteria om de vraag naar de mededeling van dergelijke risico's te beantwoorden. Vooreerst de therapeutische noodzakelijkheid van de voorgestelde ingreep. Kort gezegd : hoe noodzakelijker de ingreep des te minder complicatierisico's moeten worden meegedeeld, hoewel de werkelijk belangrijke risico's nooit onvermeld mogen blijven. Vervolgens is er het belang van het risico : risico's waaraan slechts kleine, onbelangrijke en voorbijgaande ongemakken verbonden zijn moeten minder vlug worden meegedeeld dan risico's die ernstig en blijvend letsel voor gevolg kunnen hebben. Naast het belang of intensiteit van het risico is er de frequentie waarmee het zich voordoet. Risico's die zich min of meer vaak voordoen omdat zij typisch verbonden zijn met de ingreep moeten eerder worden meegedeeld dan zich uiterst zelden voordoende risico's. Naast deze drie, min of meer objectiveerbare, criteria speelt ook de houding van de patiënt mee : de arts zal in beginsel op diens vragen moeten beantwoorden (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 26). Er moet op gewezen worden dat deze criteria niet alle in dezelfde richting wijzen. Wat bijvoorbeeld met risico's met belangrijke gevolgen doch die zich slechts zeldzaam voordoen? Of omgekeerd : risico's met eerder onbelangrijke gevolgen maar met een hoge frequentie? Waar ligt overigens de grens tussen onvermijdelijk en een statistisch hoge frequentie?

306 De schaarse rechtspraak inzake de informatieverplichting van de arts heeft betrekking op het meedelen van de complicatierisico's.

Een eerste geval betrof een patiënte die een alcoholisatie van de ganglion van Gasser had ondergaan, ter behandeling van een faciale neuralgie. Aan een dergelijke ingreep is een niet uitzonderlijk maar evenmin erg risico verbonden van keratitis (ontsteking van het hoornvlies) en voorts het eerder uitzonderlijke, maar belangrijke risico van gezichtsverlamming. Geen van beide risico's waren aan de patiënte meegedeeld (de feiten speelden anno 1958) terwijl beide zich voordeden. Zowel in eerste aanleg als in beroep werd de arts niet aansprakelijk gehouden (Brussel, 21 juni 1967, *Pas.*, 1968, II, 42; *J.T.*, 1968, 27). Het risico van gezichtsverlamming was zo zeldzaam en uitzonderlijk dat de arts het niet diende mee te delen aan de patiënte. Na cassatie wegens schending van de motiveringsplicht (Cass., 23 april 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 802; *Pas.*, 1969, I, 754) werd de zaak verwezen naar het Hof van Beroep te Luik (Luik, 24 november 1971, *J.T.*, 1974, 297). In beginsel mag een arts geen riskante therapie toepassen zonder de toestemming van de voorgelichte patiënt, aldus dit Hof van Beroep. Maar niet alle risico's van de voorgenomen ingreep moeten worden meegedeeld, inzonderheid niet de meest hypothetische en zeldzame risico's. Deze informatie zou de patiënt ertoe kunnen brengen om, zonder redelijk motief, een voor zijn gezondheid heilzame ingreep te weigeren. Het Hof van Beroep besloot dat de arts, zonder een fout te begaan, de alcoholisatie had kunnen verrichten, met toestemming van de patiënte, zonder haar beter te hebben voorgelicht omtrent de risico's van de ingreep. Tegen het arrest werd opnieuw cassatieberoep ingesteld. Met name werd ertegen aangevoerd dat de regels betreffende de toestemming als bestanddeel van de overeenkomst tussen arts en patiënt werden geschonden. Het Hof van Cassatie wees dit middel af met de overweging dat het Hof van Beroep zonder tegenstrijdigheid had beslist dat de arts de toestemming van de patiënte om operatief in te grijpen had bekomen nadat hij haar, met inachtneming van haar lichamelijk en psychische toestand, voldoende had voorgelicht (Cass., 4 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 132; *Pas.*, 1974, I, 121; *J.T.*, 1974, 296, noot FAGNART, J.L.).

Men moet er zich voor hoeden uit dit arrest te veel af te leiden. Alleszins blijkt uit het geheel van deze uitspraken dat de informatieverplichting impliceert dat "voldoende" informatie aan de patiënt wordt gegeven, en dat hieraan is voldaan ook al worden exceptionele doch grote risico's (gezichtsverlamming) en minder uitzonderlijke, maar kleine risico's (keratitis) niet meegedeeld (zie NYS, H., "De toestemming van de patiënt", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 258).

In de rechtsleer werd het arrest van het Hof van Cassatie van 4 oktober 1973 aanvankelijk stevig op de korrel genomen (zie DALCQ, R.O., "La responsabilité médicale", *T.P.R.*, 1974, 360; FAGNART, J.L., noot onder Cass., 4 oktober 1973, *J.T.*, 1974, 300 aarzelt zelfs niet om het arrest als een voorbeeld van "despotisme médical" te bestempelen. Voor VAN QUICKENBORNE daarentegen

leek het resultaat van het arrest (van het Hof van Beroep te Luik) "op het vlak van de beginselen (afgezien dus van de feitelijke appreciaties) aanvaardbaar of is het althans niet duidelijk dat het het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt met voeten heeft getreden" (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 30).

Aldus wordt een zeer minimalistische stelling ingenomen m.b.t. de voorlichtingsplicht van de arts. Het lijkt te volstaan dat de voorlichting zodanig wordt verstrekt dat het recht op fysieke integriteit niet met voeten wordt getreden eerder dan dat op een positieve wijze het recht op fysieke integriteit kan worden beleefd en uitgeoefend.

In een tweede geval werd geoordeeld dat de arts gehouden was om de patiënt op de hoogte te brengen van de ernstige risico's op onomkeerbare nevenverschijnselen verbonden aan een diagnostische ingreep, nl. de angiografie (Luik, 23 april 1980, *R.G.A.R.*, 1981, 10.294 en 10.351, noot DALCQ, R.O.). Het cassatieberoep werd verworpen zonder dat het Hof van Cassatie zich uitsprak over de omvang van de informatieplicht van de arts. De arts had nl. zonder dringende noodzaak zijn patiënte aan een gevaarlijke behandeling onderworpen en dit volstond om zijn aansprakelijkheid mee te brengen (Cass., 8 oktober 1981, *R.G.A.R.*, 1983, 10.590, noot).

I.v.m. het meedelen van de mogelijkheid dat een sterilisatie mislukt, zie verder, nr. 357.

307 Samenvattend schaart VAN QUICKENBORNE zich achter een in het buitenland gebruikt criterium, nl. dat de arts die risico's moet meedelen welke voor een redelijk mens, die zich in de bijzondere situatie van de patiënt bevindt, relevant zijn voor het nemen van de beslissing of hij al dan niet met de ingreep zal instemmen (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 33; zie ook LEENEN, *Handboek Gezondheidsrecht*, 167).

C. THERAPEUTISCHE EXCEPTIE

308 De therapeutische exceptie staat een afwijking toe op de voorlichtingsplicht van de arts in deze zin dat informatie die alszodanig schade zou toebrengen aan de patiënt niet moet worden meegedeeld (LEENEN, *Handboek Gezondheidsrecht*, 163; VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 27).

De betekenis van de therapeutische exceptie mag niet verkeerd worden begrepen. De exceptie laat niet toe informatie achter te houden omdat die informatie zou kunnen met zich brengen dat de patiënt de ingreep weigert. De bedoeling van de informatie is juist de patiënt in staat te stellen de ingreep al dan niet te weigeren. De exceptie houdt verband met informatie die op zichzelf schadelijke gevolgen kan hebben voor de gezondheid van de patiënt. Vermits de exceptie een uitzondering inhoudt op de voorlichtingsplicht, is men het erover eens dat zij beperkt moet worden geïnterpreteerd. Volgens VAN QUICKENBORNE kan de therapeutische exceptie slechts worden aanvaard voor zover, op basis van een deskundige diagnose van de patiënt, gevreesd moet worden dat mededeling van de complicatierisico's de gezondheid van de patiënt ernstig kan bedreigen. De gezondheidsschade die de patiënt zou kunnen oplopen, wanneer hij geconfronteerd wordt met de operatierisico's, moet ernstiger zijn dan de schade t.g.v. deze risico's zelf (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 28; zie voor een toepassing van de medische exceptie, Luik, 27 november 1971, *J.T.*, 1974, 297). De arts die de therapeutische exceptie inroept zal ingeval van betwisting moeten aantonen dat dit beroep verantwoord was (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 41; zie ook LEENEN, *a.w.*, 164).

De therapeutische exceptie, het achterhouden van bepaalde informatie mag niet worden verward met het bewust verdraaien van de informatie. Het recht op informatie houdt in dat de informatie

die wordt gegeven waar is. Dit betekent niet dat alle informatie in één keer over het hoofd van de patiënt moet worden uitgestort, wel dat geen halve of hele onwaarheden als informatie mogen worden voorgesteld. VAN QUICKENBORNE heeft het in dit verband over de "pessimistische medische leugen". Als een arts aan zijn patiënt opzettelijk een pessimistische diagnose meedeelt die niet met de werkelijkheid strookt, teneinde aldus de instemming van de patiënt te verkrijgen, is het oorzakelijk verband tussen de leugenachtige informatie en de schade van de patiënt vrij plausibel (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 48; zie over de 'vrome leugen' ook, LEENEN, *a.w.*, 164).

D. SANCTIE VAN DE INFORMATIEPLICHT

309 Welke ook de grondslag is waarop de informatieplicht van de arts wordt gebaseerd (contractuele verplichting, goede trouw, algemene zorgvuldigheidsplicht), de sanctionering van de niet naleving ervan is geenszins eenvoudig. Wanneer een complicatierisico waarover de patiënt niet zou zijn ingelicht zich voordoet, dan zal de patiënt het bewijs moeten leveren dat dit risico niet werd meegedeeld. Volgens VAN QUICKENBORNE is de aldus op de patiënt gelegde bewijslast zeer zwaar omdat dit het bewijs betreft van een "oneindig negatief feit".

Volgens dezelfde auteur zou men kunnen betogen dat de instemming van een patiënt die helemaal niet of totaal onvoldoende werd geïnformeerd de principiële onrechtmatigheid van de medische behandeling niet rechtvaardigt. Daarop wordt nog ingegaan wanneer de toestemming van de patiënt wordt besproken (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 41).

Als het zou vaststaan dat het risico niet werd meegedeeld, moet de patiënt nog het oorzakelijk verband aantonen tussen de gebrekkige informatie en de schade. Ook dat betreft het bewijs van een negatief element, nl. dat hij de ingreep zou hebben geweigerd of daarin niet zou hebben toegestemd als hij het risico had gekend. Wegens de samenhang die er bestaat tussen voorlichting en toestemming wordt daarop nader ingegaan in de volgende §.

CORBISIER verdedigt, tegen de meerderheidsopvatting van de rechtsleer en de rechtspraak in, dat de verplichting de patiënt te informeren een resultaatsverbintenis inhoudt, geen inspanningsverbintenis (CORBISIER, I, *a.w.*, 11.682, nr. 10). Hieruit volgt dat de arts zal dienen te bewijzen dat hij de patiënt op een toereikende wijze heeft geïnformeerd, als daarover een betwisting ontstaat. Bevreemdend is dat de inhoud van het te bereiken resultaat door de arts, zijnde de schuldenaar van de verbintenis, mag worden bepaald. "En raison de la complexité et de l'incertitude de la matière médicale, il semble que l'obligation d'un médecin quant à l'étendue et à l'exactitude des renseignements procurés doive faire l'objet d'une appréciation marginale ...". Nu is die onzekerheid en complexiteit juist de reden waarom op de arts in het algemeen een inspanningsverbintenis rust. Dit betekent evenwel niet dat het voorstel van CORBISIER geen overweging verdient. Het argument van de onzekerheid van de afloop lijkt namelijk niet zo erg relevant waar het gaat om de aard van de verbintenis de patiënt te informeren. Alleen is niet duidelijk waarom CORBISIER haar eigen voorstel niet consequent verdedigt.

E. VORMASPECTEN VAN DE INFORMATIEPLICHT

310 De vraag naar de vorm waarin de informatie wordt gegeven hangt nauw samen met het bewijs van de naleving van de informatieplicht en de sanctionering ervan. Vermits het bewijs van de naleving van deze verplichting rust op

de patiënt en de patiënt in de morele onmogelijkheid verkeert schriftelijke bewijzen van de arts te vragen en *vice versa* wordt de informatie veelal mondeling verstrekt.

Er bestaat daarop een groeiend aantal uitzonderingen, voornamelijk m.b.t. medische ingrepen waarvan het therapeutisch nut niet vaststaat. Bij in vitro fertilisatie en sterilisatie b.v. wordt thans bijna altijd een brochure overhandigd. Maar door de overhandiging van schriftelijke informatie is nog niet aan de informatieverplichting voldaan. De inhoud van deze brochure moet overeenstemmen met de stand van de kennis ter zake, (zie voor een treffend voorbeeld, Rb. Kortrijk, 3 januari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1171 met noot) en de arts zal zich ook dan moeten vergewissen in hoeverre de inlichtingen door de patiënt zijn begrepen. Schriftelijke informatie gaat dikwijls gepaard met schriftelijke toestemmingsformulieren (zie verder, nr 326).

Indien de informatie niet schriftelijk wordt overgemaakt aan de patiënt, mag van de arts worden verwacht dat hij in het medisch dossier aantekeningen maakt over de verstrekte informatie. Dit kan van belang zijn bij betwistingen tussen arts en patiënt, zeker wanneer in de toekomst de bewijslast gedeeltelijk zou verschuiven naar de arts. Juist wanneer zou blijken dat nergens in het dossier dergelijke aantekeningen werden gemaakt, zou dat als een reden voor een verschuiving van de bewijslast kunnen worden aanzien. Omtrent de documentatieplicht, dossiervorming en inzage van de patiënt in het dossier, zie verder.

F. RECHT-OM-NIET-TE-WETEN

311 Naarmate de geneeskunde steeds meer in staat is de aanleg voor een of andere ziekte te voorspellen, denk aan de erfelijkheidsdiagnose en de bepaling van HIV-seropositiviteit, zonder dat daar vooralsnog afdoende therapeutische mogelijkheden tegenover staan, is de vraag gerezen of iemand het recht heeft om-niet-te-weten. Het besef drager te zijn van een gen of van een virus dat, misschien, na verloop van een onzeker aantal jaren kan leiden tot een dan onbehandelbare ziekte wordt wel eens met een tijdbom vergeleken, waarvan men weet dat ze er is, zonder haar te kunnen onschadelijk maken. Als iemand wenst verschoond te blijven van deze zware belasting, moet deze wens dan niet worden gerespecteerd? Bestaat er een recht-om-niet-te-weten?

Voor wat specifiek een HIV-seropositieve uitslag betreft, wordt in de rechtsleer het recht om deze uitslag niet te kennen aanvaard (zie NYS, H., "Recht en Aids", *Panopticon*, 1988, 1, 19; VANSWEEVELT, T., *Aids en recht*, nr. 34). Deze opvatting wordt doorgaans gebaseerd op het recht op fysieke en psychische integriteit van de patiënt en diens recht op eerbiediging van zijn privacy welke het recht inhouden te worden gevrijwaard van schadelijke informatie. Overigens gaat het om een recht, geen plicht, op informatie. De patiënt beslist derhalve zelf tot op welke hoogte hij wenst te worden geïnformeerd. Komt de arts deze afspraak niet na en deelt hij het testresultaat toch mee, tegen de wil in van de patiënt, dan begaat hij een wanprestatie (VANSWEEVELT, T., *Aids en recht*, nr. 34). Zie voor het recht om niet op de hoogte te worden gebracht van genetische gegevens, GEVERS, J., *Juridische aspecten van erfelijkheidsonderzoek en -advies*, Vereniging voor Gezondheidsrecht, 1987, 16-18). Zoals het recht op informatie niet absoluut is, denk aan de therapeutische exceptie, zo zijn ook uitzonderingen mogelijk t.a.v. het recht-om-niet-te-weten. Ook in dit geval kan men een therapeutische exceptie laten gelden. Als door het niet-informeren aanzienlijke schade te verwachten is bij de patiënt zelf of bij derden kan de wens van bepaalde wetenschap verschoond te blijven worden doorbroken.

In een zuiver therapeutische context heeft men met het recht-om-niet-te-weten meestal heel wat minder moeite. Zo meent VAN QUICKENBORNE dat de patiënt afstand kan doen van zijn recht te worden geïnformeerd over de risico's van de hem voorgestelde behandeling. Het zelfbeschikkingsrecht mag geen bescherming worden die aan de patiënt tegen wil en dank wordt opgedrongen. Wel pleit hij voor een expliciete afstand van het recht om te worden geïnformeerd. Een impliciete afstand zou teveel rechtsonzekerheid creëren (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr 35).

§3. Recht op toestemming

A. GRONDSLAG VAN HET RECHT OP TOESTEMMING

312 Bij het bespreken van het recht op toestemming van de patiënt dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de toestemming voor het aangaan van de medische behandelingsovereenkomst, in de zin van art. 1108 B.W. en de toelating voor de inbreuk op de fysieke integriteit die met de medische handeling gepaard gaat. In het eerste geval spreekt men van toestemming (consentement); in het tweede geval van toelating of instemming (assentiment) (zie NYS, H., "De toestemming van de patiënt", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 255-256; VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 2). In deze afdeling handelt het voornamelijk over de toelating of instemming, hoewel, om conventionele redenen, in de titel sprake is van toestemming.

313 Een medische handeling waardoor de fysieke integriteit van de patiënt wordt geschonden voldoet aan de kwalificatie opzettelijke slagen en verwondingen (art. 392 Sw. e.v.). Over de grond van rechtvaardiging van deze inbreuk bestaan in de rechtsleer meerdere opvattingen, zoals het ontbreken van misdadig opzet, de noodtoestand, de toelating van de wet, *in casu* de Wet Uitoefening Geneeskunst alsook de toestemming van de benadeelde *in casu* de patiënt (zie uitvoeriger, NYS, H., "De toestemming van de patiënt", 252-254). Waar tot voor een aantal jaren de rechtvaardiging hoofdzakelijk werd gezocht in de toelating van de wet in samenhang met de aanwezigheid van een aanwijsbaar diagnostisch of curatief nut voor de patiënt, terwijl de toelating van de patiënt als een weliswaar noodzakelijke, maar op zichzelf onvoldoende voorwaarde ter rechtvaardiging van de inbreuk werd beschouwd, wordt meer dan vroeger de toestemming van de patiënt als de enige zoniet belangrijkste, en meest noodzakelijke voorwaarde beschouwd.

Zie reeds in die zin, DUPONT, L., *Beginselen van strafrecht*, Acco, Leuven, 1980, I, nr. 432. In een recente herwerking van dit boek legt deze auteur evenwel meer nadruk op de toelating van de wet dan op de toestemming van de patiënt. Zie DUPONT en VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, 1990, nr. 393 : "Het delictuele karakter van de gedraging verdwijnt op dat ogenblik echter niet als gevolg van de toestemming van het slachtoffer, doch wel op grond van een uitdrukkelijke of impliciete toelating van de wet. Het typevoorbeeld hiervan zijn de chirurgische ingrepen, die materialiter beantwoorden aan de delictomschrijving van slagen en verwondingen, doch die door de wetgever toegelaten zijn, vermits deze het beroep van chirurg heeft gereglementeerd. Hieruit vloeit voort dat het delictuele karakter van de gedraging slechts wegvalt wanneer de ingreep geschiedt met curatieve doeleinden en volgens de regels en gebruiken van het beroep". Het is niet duidelijk waarop deze wending steunt. Zelf hebben we in 1984 de opvatting van DU-

PONT uit 1980 nog bestempeld als een "minderheidsopvatting", die door de rechtspraak niet was aanvaard (NYS, H., "De toestemming van de patiënt", *a.w.*, 253). We gaven toen de voorkeur aan de toelating van de wet, wat tevens de aanwezigheid van een diagnostisch en curatief oogmerk impliceert. Enerzijds dient men evenwel vast te stellen dat het begrip "gezondheid" zeer ruim kan worden begrepen, in de zin van de definitie van de Wereld Gezondheid Organisatie (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 4, voor kritische bemerkingen hierbij, zie verder, nr. 367). Anderzijds gaat de rechtspraak inzake geslachtswijzigende ingrepen en sterilisaties zonder meer voorbij aan de vraag naar de geoorloofdheid van dergelijke ingrepen en wordt impliciet maar zeker vrede genomen met de toestemming van de patiënt (zie inzake de sterilisatie of heelkundige anticonceptie, zie verder, nr. 354; voor de medisch begeleide bevruchtingstechnieken, zie verder, nr. 364; voor ingrepen gericht op de wijziging of aanpassing van het geslacht, zie verder, nr. 510; voor medische experimenten zonder direct therapeutisch nut voor de proefpersoon, zie verder, nr. 800). In het bijzonder de daar besproken opvattingen van HENNAU-HUBLET zijn m.i. significant voor de gewijzigde opvattingen over de rechtvaardiging van het medisch handelen dat geen direct diagnostisch of curatief oogmerk heeft. Zie in dit verband ook nog CORBISIER, I, *a.w.*, 11.682, nr. 8, noot 24.

314 Met VAN QUICKENBORNE kan men dus vaststellen dat het belang van de toelating van de patiënt toeneemt. "In feite", aldus deze auteur, "wil het me voorkomen dat een medische ingreep in onze maatschappij wordt geaccepteerd, mits hij wordt uitgevoerd door een arts, mits de patiënt er de toelating voor heeft gegeven en mits hij wordt ingegeven door motieven die, volgens de gangbare maatschappelijke normen, als achtenswaardig, minstens als niet onachtenswaardig worden aangevoeld" (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 5).

B. VERONDERSTELDE TOESTEMMING

315 Voor alle medische handelingen geldt het recht op toestemming. De toestemming kan ofwel uitdrukkelijk worden gegeven, ofwel impliciet. In dit geval wordt zij verondersteld te zijn gegeven.

De opvatting van VAN QUICKENBORNE dat voor banale diagnostische of therapeutische handelingen, die nauwelijks enig risico inhouden en die zo courant zijn dat de patiënt die een arts consulteert dergelijke handelingen verwacht, geen toelating vereist zou zijn, is betwistbaar (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 5). In dergelijke gevallen is de toelating wel vereist, maar zij mag worden verondersteld te zijn gegeven, rekening houdend met de aard van de handelingen en de wijze waarop de patiënt zich gedraagt.

VAN QUICKENBORNE beroept zich voor zijn opvatting op het Cassatiearrest van 4 oktober 1973 waarin hij leest dat volgens het Hof het instemmingsvereiste enkel zou gelden voor medische handelingen "waaraan ernstig gevaar verbonden is" (Cass., 4 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 132; *Pas.*, 1974, I, 121; *J.T.*, 1974, 296, noot FAGNART, J.L.). Of een dergelijke lezing van dit arrest overeenstemt met de inhoud ervan, is niet zeker. Wel kan worden verdedigd dat in dit arrest het Hof van Cassatie de veronderstelde toestemming minstens impliciet heeft aanvaard, zelfs voor niet banale medische ingrepen, zoals *in casu* een alcoholisatie van de ganglion van Gasser. Het in cassatie bestreden arrest had als beginsel vooropgesteld dat "behoudens uitzonderingen zoals spoedgevallen, de arts die meent een therapie te moeten toepassen waaraan een ernstig gevaar verbonden is, dit niet mag doen dan nadat zijn voorgelichte patiënt daarin vrij heeft toegestemd". Toch besliste het bestreden arrest dat de arts geen fout had begaan door "de alcoholisatie te verrichten met toestemming van de patiënte zonder haar beter te hebben voorgelicht omtrent de geva-

ren van de ingreep". Volgens het Hof van Cassatie besliste dit arrest zonder enige tegenstrijdigheid dat de arts de toestemming van de patiënte had bekomen nadat hij haar, met inachtneming van haar lichamelijke en morele toestand, voldoende had voorgelicht. Deze uitspraak kan men zo begrijpen dat er een zeker automatisme is tussen het geven van de informatie en het bekomen van de toestemming. Weigert de patiënt de ingreep niet na "voldoende" informatie, dan mag hij geacht worden toe te stemmen.

Eenzelfde redenering kan men vaststellen in het cassatiearrest van 8 oktober 1981 (Cass., 8 oktober 1981, *R.G.A.R.*, 1983, 10.590). Het Hof van Cassatie bevestigde een arrest waarin als foutief werd bestempeld het niet op de hoogte te brengen door de arts van de grote risico's verbonden aan een angiografie waardoor de patiënte niet de gelegenheid had gekregen om de ingreep te weigeren.

316 Dat de toestemming van de patiënt ook bij niet alledaagse ingrepen met ernstige complicatierisico's mag worden verondersteld nadat hij van de arts "voldoende" informatie heeft ontvangen over die risico's, is een opvatting die door de grote meerderheid van de auteurs wordt gedeeld. Zij baseren zich hiervoor op "een feitelijk vermoeden dat een medische behandeling samengaat met de toestemming van de patiënt" (VANDENBERGHE, H., "Aansprakelijkheid van ziekenhuizen en geneesheren", in VANDENBERGHE, H., (ed), *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 131; zie daarover NYS, H., "De toestemming van de patiënt", *Vl. T. Gez.* 259).

317 Een verhelderende aanvulling op de leer van de veronderstelde toestemming geeft VANSWEEVELT (VANSWEEVELT, T., *Aids en recht*, 12). Een patiënt kan wel impliciet toestemmen in een medische behandeling, als zijn wilsverklaring maar zeker is. Die zekerheid zal er meestal niet zijn als de patiënt "louter stilzwijgend" is. Een voldoende graad van zekerheid omtrent het werkelijk bestaan van de toestemming wordt pas bereikt, wanneer het stilzwijgen van de patiënt als een zgn. omstandig stilzwijgen kan worden begrepen. Dit houdt in dat in de gegeven omstandigheden het stilzwijgen van de patiënt niet anders kan worden uitgelegd dan in de zin van een toestemming in de behandeling. Of dit in een bepaald geval zo is, hangt volgens VANSWEEVELT hoofdzakelijk af van de aard van de medische handeling, de mogelijke gevolgen van die handeling op de patiënt en het gedrag van de patiënt.

C. DRAAGWIJDTE VAN DE TOESTEMMING

318 De toestemming van de patiënt omvat geen andere, noch uitgebreidere handeling dan waarvoor de toestemming werd gegeven (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 7). De arts moet daarom rekening houden met de mogelijkheid dat bij een operatie nog andere aandoeningen aan het licht kunnen komen, die tevens een behandeling vergen, zodat hij ook daarvoor de toestemming kan vragen (id.; LEENEN, *Handboek Gezondheidsrecht*, 171). Het kan zich evenwel voordoen dat tijdens een ingreep een andere aandoening aan het licht komt, die moet behandeld worden en die redelijkerwijze niet kon worden voorzien.

VAN QUICKENBORNE maakt een onderscheid naargelang de behandeling van de niet te voorziene aandoening al dan niet belangrijke nadelige consequenties heeft voor het fysiek, psychisch of sociaal functioneren van de patiënt. Zijn dergelijke consequenties niet te verwachten dan mag de toestemming van de patiënt voor deze "extended operation" worden verondersteld. In het andere geval moet daarentegen de toestemming van de patiënt worden gevraagd, behalve wanneer zich een "acuut noodgeval" voordoet, omdat dan de zorgplicht primeert boven het toestemmingsbeginsel. Men kan hieraan toevoegen dat niet alleen moet worden gelet op de consequenties van de niet voorziene behandeling, maar eveneens op de consequenties die kunnen optreden wanneer niet behandeld wordt en de spoed waarmee dient te worden opgetreden.

319 Tot nu toe ging de aandacht in de Belgische rechtsleer voornamelijk naar de draagwijdte van de oorspronkelijke toestemming bij niet voorziene therapeutische ingrepen. In de toekomst zal, naar verwachting, veel meer discussie ontstaan over de draagwijdte van de toestemming voor onderzoek met het oog op een diagnose.

Wanneer een arts of verpleegkundige een bloedstaal heeft genomen bij een patiënt om er een aantal routine onderzoekingen op uit te voeren voorafgaand aan een heelkundige ingreep, mag dan van de gelegenheid gebruik worden gemaakt om een HIV-test uit te voeren op dit bloed? Of dient hiervoor de toestemming van deze patiënt afzonderlijk te worden gevraagd? Deze concrete vraagstelling overschrijdt de grenzen van dit werk. Er kan hier worden volstaan met een verwijzing naar de literatuur (NYS, H., "Recht en Aids", *Panopticon*, 1988, 18-19; NYS, H., "Aids : juridisch modethema of bedreiging voor de mensenrechten", *V.J.V.*, 1989, 1; VANSWEEVELT, T., *Aids en recht*, *t.a.p.*, nr.13-14). Niet alleen over de draagwijdte van de toestemming voor bloedonderzoek, maar ook over de toestemming voor het gebruik van weefsels en lichaamsbestanddelen bestaat in toenemende mate discussie (zie hieromtrent GEVERS, J., *Beschikken over cellen en weefsels*, Deventer, Kluwer, 1990).

D. SANCTIE VAN HET TOESTEMMINGSVEREISTE

320 De afdwingbaarheid van de verplichting van de arts de toestemming van de patiënt te vragen is in het bestaande recht geenszins gewaarborgd (NYS, H., "De toestemming van de patiënt", 254-258; VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 37 e.v.). Wanneer een arts een medische handeling verricht die een inbreuk op de fysieke integriteit met zich brengt, zonder de toestemming van de patiënt, begaat hij alszodanig een fout, en zelfs een misdrijf, naargelang het belang dat wordt gehecht aan de toestemming van de benadeelde (zie boven, nr. 313).

Over de burgerrechtelijke kwalificatie van de fout van de arts bestaat reeds lang discussie. Voor het Franse Hof van Cassatie is het vragen van de toestemming aan de patiënt een contractuele verplichting van de arts. Die plicht maakt deel uit van de medische behandelingsovereenkomst (Cass. Fr., 29 mei 1951, *J.C.P.*, 1952, 6421, noot PERROT; *D.*, 1952, 53, noot SAVATIER, R.). Meestal wordt het niet vragen van de toestemming als een quasi-delictuele fout beschouwd (in deze zin DEL CARRIL, M., "Le consentement du malade dans le cadre du contrat médical," *R.G.A.R.*, 1966, 7677; VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 37). Een originele benadering vindt men bij DALCQ die het niet naleven van de verplichting toestemming te vragen en informatie te geven wil onttrekken aan het foutbegrip, omdat dit steeds tot een impasse leidt. Als de patiënt er al in slaagt de fout van de arts te bewijzen, dan stoot hij op een nog moeilijker te nemen hindernis, nl. de schade en het oorzakelijk verband. In de hypothese dat de medische ingreep feilloos werd uitgevoerd, zal het niet eenvoudig zijn aan te tonen dat er überhaupt schade werd veroor-

zaakt. Werd door een kunstfout toch schade berokkend, dan zal het vrijwel onmogelijk zijn aan te tonen dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen het niet vragen van de toestemming en de schade. Volgens DALCQ neemt de patiënt die toestemt in een medische handeling de risico's die inherent verbonden zijn aan de ingreep, voor zijn rekening. Wanneer een arts een ingreep uitvoert zonder die toestemming van de patiënt, blijven deze risico's op hem rusten (DALCQ, R.O., "La responsabilité médicale", *T.P.R.*, 1974, 355 e.v.; DALCQ, R.O., "A propos du consentement du malade", in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Brussel, Larcier, 1982, 289-297). Deze opvatting heeft tot nu toe in de rechtspraak weinig weerklank gevonden (zie Brussel, 21 juni 1967, *Pas.*, 1968, II, 42; *J.T.*, 1968, 27). Ook de rechtsleer heeft haar niet overgenomen (zie de kritiek van FAGNART en DIJON, aangehaald in NYS, H., "De toestemming van de patiënt", 257). VAN QUICKENBORNE staat er evenmin positief tegenover. De beweerde overeenkomst over de risicoverdeling kan hoogstens impliciet zijn. De instemming van de patiënt met de hem voorgestelde ingreep zou, in deze optiek, erg restrictief moeten worden geïnterpreteerd : de patiënt zou slechts die complicatierisico's aanvaarden die de arts hem heeft meegedeeld, terwijl hij de andere risico's voor rekening van de arts zou laten. Een zodanige interpretatie is volgens VAN QUICKENBORNE vrij onwaarschijnlijk : de impliciete overeenkomst heeft meer weg van een fictieve overeenkomst. Daarbij moet men voor ogen houden dat de arts niet verplicht is alle mogelijke complicatierisico's mee te delen, maar enkel de courante en dat hij bovendien nog de therapeutische exceptie kan inroepen (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 45-46).

321 De meeste auteurs houden het erbij dat een medische handeling zonder de toestemming van de patiënt als een fout moet worden beschouwd, waardoor de risico's verbonden aan de ingreep door de arts moeten worden gedragen (in deze zin, KRUITHOF, R., *a.w.*, 196; VANDENBERGHE, H., *a.w.*, 129). Of dit dan een contractuele dan wel quasi-delictuele fout is wordt in het midden gelaten.

322 VAN QUICKENBORNE legt de bewijslast voor het vragen van de toestemming op de arts. De arts heeft een handeling gepleegd die *in se* onrechtmatig is en voor de rechtmatigheid waarvan de instemming van de patiënt vereist is. Principieel dient daarom de bewijslast op de arts te moeten liggen. De arts mag evenwel de toestemming van de patiënt met alle middelen bewijzen, aangezien hij zich in de morele onmogelijkheid bevindt zich een schriftelijk bewijs te verschaffen. Aldus kan hij het bewijs van de toestemming leveren d.m.v. getuigen en vermoedens (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 38-39). Ook DEL CARRIL legt de bewijslast voor de toestemming op de arts (DEL CARRIL, M., *a.w.*). ANRYS heeft de opvatting van DEL CARRIL heftig bestreden (ANRYS, H., *La responsabilité civile médicale*, Brussel, Larcier, 1971, 63. Zie NYS, H., "De toestemming van de patiënt", 256).

Men mag hier toch niet uit het oog verliezen dat de Belgische rechtspraak en de meerderheid van de rechtsleer aanvaarden dat de toestemming van de patiënt door de arts mag worden verondersteld nadat "voldoende" informatie aan de patiënt werd verstrekt en de patiënt hierop niet afwijzend, doch stilzwijgend, althans "omstandig" stilzwijgend heeft gereageerd. Een verdeling van de bewijslast dringt zich dan ook op, in deze zin dat de arts zal moeten kunnen duidelijk maken dat hij "voldoende" informatie heeft verstrekt, terwijl het aan de patiënt is om aan te tonen dat hij hierop afwijzend althans omstandig stilzwijgend heeft gereageerd.

323 Stel dat de fout van de arts, nl. het niet vragen van de toestemming werd bewezen, dan zal nog de schade moeten worden aangetoond en het o o r z a k e l i j k v e r b a n d t u s s e n f o u t e n s c h a d e.

Wanneer de medische ingreep op een feilloze manier werd uitgevoerd en zich evenmin een complicatierisico voordeed, is er wel een fout, maar geen schade. Of, zoals VAN QUICKENBORNE het correcter uitdrukt : de schadelijke gevolgen zullen helemaal niet opwegen tegen de heilzame gevolgen van de ingreep waarvoor geen toestemming werd gegeven. Bij onderstelling heeft men immers te maken met een correct uitgevoerde en therapeutisch noodzakelijke ingreep. De tijdelijke pijn en de mogelijke arbeidsongeschiktheid zullen normaal niet opwegen tegen de gezondheidswinst (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 37). Men zou voorts kunnen stellen dat er morele schade is (in die zin, DEL CARRIL, M., *a.w.*). Een ander alternatief is het verlies van de kans om een ingreep te weigeren als schade voor te stellen (zie, zij het in een wat andere context, VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 43). Het is echter de vraag of het wel opgaat te spreken over een kans, waarvan de vervulling per definitie onzeker is. Er gaat niet zozeer een kans verloren, maar wel een mogelijkheid waarover men zelf beslist of men ze al dan niet zal gebruiken.

Wat hiervan ook zij, men ziet het niet vlug gebeuren dat een arts wordt gedagvaard omdat hij een medische handeling verrichtte op een medisch-technisch feilloze manier, maar zonder de toestemming van de patiënt (in deze zin FAGNART, J.L., noot onder Cass., 4 oktober 1973, *J.T.*, 1974, 299).

Doorgaans wordt het probleem bekeken vanuit een t h e r a p e u t i s c h e ingreep die o p e e n c o r r e c t e w i j z e maar zonder toestemming werd uitgevoerd. Er is dan geen schade of als die er toch is weegt ze niet op tegen de voordelen van de behandeling. Deze redenering gaat niet zonder meer op wanneer de medische handeling die zonder toestemming van de patiënt werd gesteld, geen therapie inhoudt, maar een medisch onderzoek. Wanneer een bijzonder pijnlijk diagnostisch onderzoek werd verricht zonder de toestemming van de patiënt, dat geheel overbodig blijkt te zijn, dan kan men de nadelen niet afwegen tegen de voordelen die er niet zijn (zie Antwerpen, 9 november 1987, *R.W.*, 1987-88, 1336, noot VANSWEEVELT, T.). Wanneer een arts zonder toestemming van zijn patiënt een HIV-test uitvoert, en het resultaat hiervan blijkt seropositief te zijn, dan is er volgens VANSWEEVELT wel degelijk schade zowel morele als materiële. De morele schade zou er volgens deze auteur in bestaan dat het recht-om-niet-te-weten van de patiënt werd gekrenkt. Ongewild wordt de patiënt op de hoogte gebracht dat hij drager is van het HIV-virus, wat grote psychische en sociale problemen voor de patiënt met zich mee kan brengen. De materiële schade of vermogensschade zou bestaan uit toekomstige, maar naar gelang van de omstandigheden, zekere schade, zoals de benadeling bij het aangaan van een levensverzekering of een hypotheek. Ook de vermogensvermindering t.g.v. een echtscheiding kan een schadepost uitmaken (VANSWEEVELT, T., *Aids en recht*, nr. 25).

324 Wanneer de zonder toestemming uitgevoerde handeling wel degelijk schade heeft veroorzaakt omdat zich een complicatierisico heeft voorgedaan, zal het oorzakelijk verband moeten worden aangetoond tussen de fout en de schade.

Dit is geen gemakkelijke opdracht. De arts zal immers kunnen opwerpen dat de patiënt hoe dan ook zou hebben ingestemd met de ingreep indien hij hem erom zou hebben gevraagd. Deze ontkenning van het oorzakelijk verband is volgens VAN QUICKENBORNE slechts geloofwaardig wanneer de arts kan duidelijk maken dat de door hem uitgevoerde ingreep gelet op de ziekte waaraan de patiënt leed en de effectiviteit en de risico's van de ingreep, de toestemming van een normaal redelijk mens zou wegdragen. En vermits een normaal redelijk mens geen toestemming geeft dan na "voldoende" te zijn voorgelicht, komt het probleem van de oorzakelijkheid van het nietvragen van de instemming in feite neer op de vraag naar de oorzakelijkheid van een fout of onvoldoende informatieverstrekking (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 40). De patiënt zal derhalve moeten aantonen dat hij niet zou hebben ingestemd met de voorgestelde ingreep als hij had geweten welke risico's daaraan verbonden waren. Bij hypothese gaat het evenwel om een therapeutisch noodzakelijke ingreep. In dergelijke omstandigheden zal elk normaal en redelijk mens de ingreep, met de eraan verbonden risico's, verkiezen boven het blijven voortduren van de ziektetoestand en de daaraan verbonden nefaste gevolgen. VAN QUICKENBORNE spreekt van een feitelijk vermoe-

den van niet-oorzakelijkheid in deze omstandigheden. Daarentegen zou men van een feitelijk vermoeden van oorzakelijkheid kunnen spreken wanneer de behandeling minder dringend is, en de complicatierisico's ervan aanzienlijk. Wanneer een arts, verondersteld dat hij een juiste diagnose heeft gesteld, overgaat tot een medische ingreep die zeer ingrijpend is en tevens levensreddend althans levensverlengend, denk aan een beenamputatie bij botkanker, zonder de patiënt te hebben ingelicht of zonder hem in voldoende mate te hebben ingelicht, dan zal dit gebrek aan informatie niet in een oorzakelijk verband staan met een zich voordoend complicatierisico. Een normaal en redelijk patiënt kiest in dergelijke omstandigheden voor de amputatie. Wanneer de arts daarentegen een foute diagnose heeft gesteld en een dijhalsfractuur heeft aanzien voor een botkanker en op grond daarvan tot beenamputatie heeft beslist, kan men ten zeerste betwijfelen of de patiënt, als hij de waarheid had gekend, met de ingreep zou hebben toegestemd.

Besluitend kan de niet nakoming van de informatieplicht, volgens VAN QUICKENBORNE slechts worden gesanctioneerd wanneer de arts een achteraf onjuist gebleken diagnose als zeker en onbetwistbaar voorstelt en op basis daarvan een bepaalde ingreep vooropstelt (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 42). Nochtans gaat het dan niet meer om de zuivere hypothese van schending van de informatie- en toestemmingsplicht. De arts heeft tevens een kunstfout begaan, nl. een foute diagnose gesteld, en die fout vormt de basis voor zijn aansprakelijkheid.

325 De ruime interpretatie die aan de veronderstelde toestemming wordt gegeven en de zware bewijslast die op de patiënt rust wanneer hij zijn arts verwijt geen of onvoldoende informatie te hebben verstrekt en zijn toestemming niet te hebben gevraagd, kunnen er toe leiden dat het recht op informatie en het recht op toestemming van de patiënt een dode letter blijven (DIJON, X., *Le sujet de droit en son corps*, nr. 713; NYS, H., "De toestemming van de patiënt", 258; VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 43).

Opnieuw kan dit worden genuanceerd voor het uitvoeren van een onderzoek met het oog op het stellen van een diagnose (zie Antwerpen, 9 november 1987, *R.W.*, 1987-88, 1337, noot VANSWEEVELT, T., waar de oorzakelijkheidsproblematiek kon worden omzeild doordat de toegepaste ingreep, nl. een pneumo-angiografie, overbodig was, daar de diagnose reeds vaststond op basis van andere gegevens. Het uitvoeren van deze riscante ingreep was op zichzelf al foutief). Wat het verrichten van een HIV-test zonder toestemming van de onderzochte betreft, is VANSWEEVELT van mening dat *in casu* de bewijslast van de patiënt niet zo zwaar is. Het lijkt redelijk dat een normaal mens, in dezelfde omstandigheden als de patiënt, helemaal geen HIV-test wenst te ondergaan, wegens de schrijnende gevolgen op psychosociaal vlak die daaraan zijn verbonden. Dit zal, aldus deze auteur, des te meer het geval zijn nu er toch geen doeltreffende behandeling voorhanden is om AIDS te bestrijden (VANSWEEVELT, T., *Aids en recht*, nr. 25). Hierbij rijst de vraag wie uitmaakt hoe een normaal en redelijk mens denkt en handelt in vergelijkbare omstandigheden. Niet alleen subjectieve opvattingen en gevoelens spelen hierin een rol maar, in het algemeen, de primaire medische kennis bij de bevolking, de effecten van voorlichtingscampagnes en het overheidsbeleid. In het geval van de HIV-test zal het al dan niet weigeren van zo'n test, zeker worden beïnvloed door een zgn. ontmoedigingsbeleid.

E. VORMELIJKE ASPECTEN VERBONDEN AAN HET RECHT OP TOESTEMMING

326 In de regel zal de toestemming mondeling en, meer nog, stilzwijgend worden gegeven (zie boven, nr. 315). Voor ingrepen waarvan het therapeutisch nut niet voor de hand ligt, stelt men in de praktijk een toenemend gebruik van geschreven toestemmingsformulieren vast. Men denke aan de sterilisatie of heelkundige anticonceptie.

In dergelijke omstandigheden heeft geschreven informatie en toestemming het voordeel dat de patiënt er toe wordt aangezet de gunstige effecten die hij verwacht van de ingreep nog eens extra af te wegen tegenover mogelijke complicatierisico's. Met VAN QUICKENBORNE zijn we evenwel geneigd daarin een gevaar te zien, nl. dat het proces van informatie-overdracht en toestemming geven op een stereotype wijze zal verlopen, niet aangepast aan de individuele behoeften van een patiënt.

Bovendien, en dat leeft in de medische praktijk toch wel, bestaat het gevaar dat men de geschreven toestemming van de patiënt gaat beschouwen als een middel om zich tegen vorderingen in te dekken, als ware het toestemmingsformulier een exoneratie clausule. Nu wordt algemeen de geldigheid van een dergelijke clausule, waardoor een arts zijn aansprakelijkheid beperkt of zelfs uitsluit, afgewezen in de rechtsleer (zie MEULDERS-KLEIN, M. en MAINGAIN, B., "Le droit de disposer de soi-même", in *Licéité en droit positif et références legales aux valeurs*, Brussel, Bruylant, 1982, 247, nr. 40; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 589-591).

AFDELING V

VERPLICHTINGEN VAN PATIENTEN

327 De patiënt verbindt zich er toe aan de arts een honorarium te betalen (zie verder, titel XI).

328 De patiënt verbindt er zich geenzins toe "zijn lichaam effectief ter beschikking te stellen voor de ingreep" (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 13). Een dergelijke verplichting bestaat evenmin teneinde de chirurg de gelegenheid te geven de schade die hij aan het lichaam van de patiënt heeft veroorzaakt, te herstellen door een nieuwe ingreep (Bergen, 13 december 1983, *Rev. Rég.Dr.*, 1984, 175, noot DIJON, X.).

Een patiënt moet er zich voor hoeden een aansprakelijkheidsvordering tegen een arts in te stellen, zonder de minste schijn of het minste element van bewijs. Zoniet kan hij zelf worden veroordeeld wegens een tergend en roekeloos geding (Rb. Luik, 8 september 1985, *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 140, noot HEYLEN, R.).

HOOFDSTUK II

OVEREENKOMST TOT VERRICHTEN VAN MEDISCHE HANDELINGEN

AFDELING I

CONTRACTUELE AARD VAN DE RELATIE TUSSEN ARTS EN PATIENT

329 In de rechtspraak wordt de kwestie van de juridische aard van de arts-patiënt relatie op een veeleer pragmatische wijze benaderd, meestal in samenhang met het antwoord op de aansprakelijkheidsvraag in een concreet geval. Aangezien een medische fout dikwijls als een misdrijf kan worden gekwalificeerd en de patiënt in dat geval zijn vordering zowel *ex contractu* als op een onrechtmatige daad kan steunen is de vraag naar de al dan niet contractuele aard van die relatie niet zo belangrijk (GEENS, K., *Het vrij beroep*, nr. 362; zie voor meer details, NYS, H., "De overeenkomst in het kader van de uitoefening van de geneeskunde", nr. 1-32).

De formulering die het Franse Hof van Cassatie in het arrest Mercier gebruikte (Cass. Fr., 20 mei 1936, *D.P.*, 1936, 1, 88, concl. MATTER) werd door Belgische hoven en rechtbanken overgenomen (zie bv. Rb. Turnhout, 24 februari 1981, *R.G.A.R.*, 1982, 10.480; Rb. Bergen, 4 november 1980, *R.G.A.R.*, 1982, 10.467). Het Belgische Hof van Cassatie heeft deze formulering nooit overgenomen. Maar in zijn conclusies bij het arrest van 16 mei 1974 liet Procureur-Generaal W. GANSHOF VAN DER MEERSCH duidelijk verstaan dat de relatie arts-patiënt contractueel van aard is : "De geneesheer die met de zieke verbonden is door een medisch contract, dat wil zeggen een contract waarbij de geneesheer zich ertoe verbindt de patiënt met normale zorgvuldigheid en voorzichtigheid te behandelen en hem overeenkomstig de gegevens van de wetenschap te verzorgen" (Cass., 16 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1039, concl. W.G.; *Pas.*, 1974, I, 967). De gelijkenis met de overweging in het arrest Mercier valt wel op.

330 De rechtsleer spreekt zich in meerderheid en sedert lang uit voor de contractuele aard van de arts-patiënt relatie (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 219; DIJON, X., *Le sujet de droit en son corps*, nr. 584 en de door hem aangehaalde rechtsleer).

Merkwaardig is dat nog maar recent enkele gezaghebbende auteurs twijfels hebben geuit over het bestaan van een "werkelijk contract" tussen arts en patiënt. Het meest uitgesproken is DIJON, die weliswaar op vele plaatsen spreekt over een "contrat médical", maar deze uitdrukking steeds tussen aanhalingstekens plaatst (DIJON, X., *a.w.*, nr. 584). Op die manier drukt hij de ontoereikendheid uit van de contractsformule om de realiteit van de arts-patiënt relatie te duiden. Volgens DIJON zijn de voorwaarden voor de geldige totstandkoming van een overeenkomst (toestemming, bekwaamheid, voorwerp en oorzaak) nauwelijks vervuld en te vervullen. Slechts via allerlei kunstgrepen en uitzonderingen kan men nog een contract herkennen. VAN QUICKENBORNE begrijpt de twijfels van DIJON: "De arts is eerder belast met een ministerium, met een wettelijke opdracht dan met een contractuele verbintenis. Wegens zijn functie als arts is hij gehouden aan zijn patiënt

de best mogelijke zorgen te verlenen, moet hij diens instemming vragen, en is hij gehouden tot het beroepsgeheim. Het contract is er eigenlijk alleen maar nodig om de verplichting van de patiënt te verklaren om het honorarium te betalen (en in Frankrijk te ontsnappen aan de verkorte verjaringstermijn), ofschoon moet worden erkend dat slechts weinig patiënten met hun arts over het honorarium onderhandelen" (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 15; zie i.v.m. deze discussie uitgebreider, NYS, H., "De overeenkomst in het kader van de uitoefening van de geneeskunde", nr. 8-15).

331 Het B.W. kent geen overeenkomst tot het verrichten van medische handelingen. Ofwel past men deze overeenkomst in één van de bestaande benoemde overeenkomsten, ofwel besluit men tot het bestaan van een op zichzelf staande, onbenoemde overeenkomst of een overeenkomst *sui generis*. De rechtspraak heeft zich met deze kwestie nauwelijks ingelaten. De praktische relevantie van deze discussie is overigens gering (zie SCHUTYSER, K., "De juridische kwalificatie van de verhouding geneesheer-patiënt en ziekenhuispatiënt", *A. Hosp.*, 1972, 63-64).

Wat de benoemde overeenkomsten betreft, komen voornamelijk de volgende in aanmerking : de lastgeving (mandaat)(art. 1984 B.W.) en de aannemingsovereenkomst (huur van werk; huur van diensten)(art. 1779 B.W. e.v.). Lastgeving moet worden afgewezen : de arts (lasthebber) handelt inderdaad niet in naam van de patiënt (lastgever) maar handelt voor eigen rekening. Hoewel de lastgeving als zodanig ongeschikt is om de arts-patiënt relatie te duiden, kan er niet aan worden voorbij gegaan dat de lastgevingsidee vaak de realiteit van de arts-patiënt relatie dekt. Er zijn patiënten die hun lot in handen leggen van de arts, die zelf geen beslissingen willen en kunnen nemen en die verlangen dat hun arts, voor en namens henzelf beslist over de medische handelingen die zich opdringen (VAN QUICKENBORNE, M., *a.w.*, nr. 35). Vanzelfsprekend betreft het hier beslissingen m.b.t. materiële handelingen, zoals het al dan niet ondergaan van een heelkundige ingreep, het nemen van een geneesmiddel en geen rechtshandelingen. Vermits lastgeving krachtens de wet uitsluitend rechtshandelingen (en daaraan duidelijk accessoire materiële handelingen) kan betreffen, is ook in deze gevallen de arts-patiënt relatie niet onder te brengen in de lastgevingsovereenkomst.

Huur van arbeid (art. 1779, 1° B.W.) komt evenmin in aanmerking als kwalificatie van de overeenkomst tot het verrichten van medische handelingen, omdat er geen sprake is van enig ondergeschikt verband tussen arts en patiënt. De enige uitzondering hierop zou men in de "lijfarts" kunnen zien, maar die komt tegenwoordig niet meer voor.

Huur van diensten (art. 1779, 3° B.W.), ook wel aannemings- of ondernemingsovereenkomst genoemd, komt volgens sommige auteurs wel in aanmerking (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 225), maar wordt door anderen afgewezen (SCHUTYSER, K., *a.w.*, 64). Meestal wordt dan ook besloten dat het gaat om een contract *sui generis*, een onbenoemde overeenkomst.

AFDELING II

OVEREENKOMST TOT VERRICHTEN VAN MEDISCHE HANDELINGEN TUSSEN ZIEKENHUIS EN PATIENT

332 In de type-situatie komt de overeenkomst tot verrichten van medische handelingen tot stand tussen de hulpverlener, d.i. de arts, en de hulpvrager,

zijnde de patiënt. In het algemeen wordt probleemloos aanvaard dat een dergelijke overeenkomst tot stand kan komen tussen een ziekenhuis en de patiënt die wordt opgenomen (zie KRUITHOF, R., "Tendenzen inzake medische aansprakelijkheid", *Vl. T. Gez.*, 1982-83, 181; VANDENBERGHE, H., "De aansprakelijkheid der ziekenhuizen", in *Recht in beweging, Liber Amicorum R. Victor*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1973, 1087).

333 Niet iedereen deelt deze mening zonder meer. Volgens SCHUTYSER is voor het sluiten van een "volwaardig medisch contract" een "handelingsbekwaamheid van publiekrechtelijke aard vereist" (SCHUTYSER, K., *a.w.*, 65). Met name de hulpverlenende partij moet voldoen aan de in de wetgeving op de uitoefening van de geneeskunde gestelde voorwaarden. Nu enkel de arts zich kan beroepen op die bijzondere handelingsbekwaamheid, lijkt het uitgesloten dat een medische behandelingsovereenkomst kan worden gesloten tussen een niet-arts, b.v. een ziekenhuis en een patiënt, behalve in het louter denkbeeldige geval dat ziekenhuis en arts één en dezelfde (rechts)persoon zouden zijn. In zijn rede over "Leven en dood van het contract" handelt KRUITHOF over "de steeds talrijker wordende wettelijke maatregelen die het sluiten van bepaalde contracten aan bepaalde personen voorbehouden. Deze personen bezitten als het ware een wettelijk monopolie; aan de overige burgers wordt verbod opgelegd om er zich contractueel toe te verbinden ... diensten ... te verstrekken. Men denkt b.v. aan de uitoefening van de geneeskunde die voorbehouden is aan geneesheren" (KRUITHOF, R., "Leven en dood van het contract", *R.W.*, 1985-86, 2746). Personen die niet de bevoegdheid hebben om de geneeskunde uit te oefenen, zouden derhalve geen overeenkomsten tot het verrichten van medische handelingen kunnen afsluiten.

Zie voor een uitgebreide bespreking van dit standpunt, NYS, H., "De overeenkomst in het kader van de uitoefening van de geneeskunde", nr. 21-24.

334 Zoals reeds gezegd, heeft de rechtsleer er doorgaans geen moeite mee dat een patiënt, die werd opgenomen in een ziekenhuis, enkel met dit laatste een contract afsluit, en niet met de arts die de medische handelingen stelt.

Men zegt dan dat het om zgn. "gesloten ziekenhuizen" gaat, dit zijn "inrichtingen, waarin de opgenomen zieken uitsluitend en alleen behandeld worden door daartoe door het ziekenhuis aangestelde geneesheren" (VANDENBERGHE, H., *a.w.*, 1097, noot 3). Tegenover de "gesloten" ziekenhuizen, plaatst men dan de zgn. "open ziekenhuizen", d.w.z. "inrichtingen, waarin geneesheren, die daarvoor de toelating van het ziekenhuis hebben bekomen, hun patiënten doen opnemen en behandelen; de bestaande overeenkomst geneesheer-zieke wordt voortgezet" (VANDENBERGHE, H., *a.w.*, 1097, noot 10). In een gesloten ziekenhuis bestaat er geen contractuele relatie tussen arts en de patiënt, enkel tussen de patiënt en het ziekenhuis. De overeenkomst tot het verrichten van medische handelingen zou dan bestaan tussen patiënt en ziekenhuis.

Het lijkt voorbarig om deze conclusie zonder meer te verbinden aan het zgn. gesloten karakter van het ziekenhuis.

Als men onder "gesloten" ziekenhuis verstaat een ziekenhuis met een vaste medische staf, zodat niet iedere arts er toegang toe heeft, dan is op dit ogenblik ieder Belgisch ziekenhuis een gesloten ziekenhuis, met uitzondering van de materniteiten. Het is ondenkbaar dat een arts zich met zijn patiënt zou aanmelden in een ziekenhuis, als ware het een hotel, en verzoekt om een operatiekamer en verplegend personeel om een heelkundige ingreep uit te voeren. Zowel de ziekenhuisdirectie als de zittende medische specialisten zouden zo'n verzoek, om uiteenlopende redenen (organisatie en planning, risico's, inkomstenverlies) niet kunnen honoreren. Het onderscheid tussen "gesloten" en "open" ziekenhuis, zoals het traditioneel wordt gemaakt in de literatuur, beantwoordt niet meer aan de sociale werkelijkheid, als dat ooit al het geval is geweest. Wel is het zo dat in veel ziekenhuizen waar een vaste medische staf ter beschikking staat van de patiënten, de artsen over de mogelijkheid beschikken om nog een medische praktijk buiten het ziekenhuis te beoefenen. Zo beschouwd, is in vele gesloten ziekenhuizen tevens een element aanwezig van de definitie van open ziekenhuis, nl. het voortzetten van een buiten het ziekenhuis aangegane arts-patiënt relatie binnen het ziekenhuis.

335 Vermits de meeste Belgische ziekenhuizen thans een gesloten karakter hebben zou hieruit, volgens de klassieke opvatting, dienen te volgen dat nagenoeg steeds de overeenkomst tot het verrichten van medische handelingen tot stand komt tussen patiënt en ziekenhuis. Een dergelijk besluit miskent de werkelijkheid en in recente rechtspraak wordt daar ook mee rekening gehouden. "De wezenlijke vraag om te weten wie zich verbonden heeft is niet te onderscheiden of het een open dan wel gesloten kliniek betreft, maar wel te bepalen of de zieke zijn keuze op de arts dan wel op het ziekenhuis liet vallen" (Brussel, 14 januari 1982, *R.G.A.R.*, 1983, 10688; *vgl.* Rb. Brugge, 10 november 1986, *R.W.*, 1987-88, 293).

Richtinggevend maar niet doorslaggevend bij het beantwoorden van de vraag naar wie de keuze van de patiënt is uitgegaan, is de aard van de rechtsverhoudingen tussen de ziekenhuisarts en het ziekenhuis. Wanneer de arts in het ziekenhuis voltijds werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst of op basis van een statutaire benoeming is er nauwelijks nog ruimte voor een contractuele relatie tussen patiënt en arts. In een arrest van 2 mei 1989 liet het Hof te Antwerpen nochtans duidelijk de mogelijkheid open dat, zelfs indien er een arbeidsovereenkomst bestaat tussen het ziekenhuis en de arts, er toch nog ruimte is voor een contractuele relatie tussen patiënt en arts (Antwerpen, 2 mei 1989, *R.W.*, 1989-90, 260, noot NYS, H.; *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 301, noot HEYLEN, R.). M.a.w. de overeenkomst tot het verrichten van medische handelingen kan tot stand komen tussen arts en patiënt, en niet tussen patiënt en ziekenhuis.

Zulks lijkt toch wel fundamenteel in strijd met de ratio van een arbeidsovereenkomst, nl. het verrichten van arbeid onder gezag van een werkgever. De werknemer, *in casu* de arts, beschikt dan niet meer vrij over zijn arbeid (*vgl.* GEENS, K., "Kan een éénpersoonsvennootschap ziekenhuisgeneesheer zijn"?, *T.R.V.*, 1990, 377).

336 Betwist wordt of tussen een ziekenhuis dat wordt beheerd door een O.C.M.W. en een patiënt een overeenkomst tot verrichten van medische handelingen kan tot standkomen (zie VANSWEEVELT, T., "De wettelijke opdracht van het O.C.M.W. en de cumulatieve aansprakelijkheid van werkgever en gelegenheidsaansteller voor fouten van aangestelden", *R.W.*, 1987-88, 297-298).

Tot voor kort werd door een unanieme rechtsleer die mogelijkheid aanvaard. Wanneer O.C.M.W.-ziekenhuizen betalende patiënten opnemen, en deze patiënten vormen thans de over-

grote meerderheid, dan treden zij buiten hun wettelijke opdracht. In dat geval handelt een O.C.M.W.-ziekenhuis zoals een ziekenhuis dat wordt beheerd door een V.Z.W. Tussen patiënt en ziekenhuis kan dan een overeenkomst tot stand komen. Voor zover dit besluit gebaseerd is op het al dan niet optreden van het O.C.M.W. binnen zijn wettelijke opdracht, wordt het door VANSWEEVELT bestreden om twee redenen. Het onderscheid tussen een overheid optredend als "overheid" en als "particulier" is niet zonder moeite toe te passen en kan tot ernstige betwistingen aanleiding geven. Bovendien is het onderscheid niet ter zake : de overheid wordt immers geacht steeds te handelen in het kader van één alomvattende opdracht, nl. de behartiging van het algemeen belang. Voorts vindt het gelijkstellen van de O.C.M.W.-ziekenhuizen met private ziekenhuizen wanneer zij niet optreden binnen hun wettelijke opdracht, nl. het verzorgen van behoeftigen, geen steun in de wet. Die wettelijke opdracht is nl. veel ruimer dan alleen maar het verzorgen van behoeftigen. Ook wanneer het betalende patiënten opneemt, blijft een O.C.M.W.-ziekenhuis binnen zijn wettelijke opdracht.

Moet nu hieruit worden afgeleid dat niet alleen de behoeftige patiënten, maar alle patiënten die opgenomen worden in een O.C.M.W.-ziekenhuis een beroep doen op een openbare dienst en zich dus in een reglementaire en buitencontractuele situatie bevinden? Op die vraag geeft VANSWEEVELT een ontkennend antwoord. Wat ook zijn situatie is, uiteindelijk beslist de patiënt zelf of hij een bepaalde ingreep in een O.C.M.W.-ziekenhuis wil ondergaan. Hieruit kan worden besloten dat in alle gevallen een contractuele relatie tussen patiënt en O.C.M.W.-ziekenhuis tot stand kan komen (zie ook CORBISIER, I, *a.w.*, noot 27; DALCQ stelt dat de relatie tussen een O.C.M.W.-ziekenhuis en een patiënt door het administratief recht wordt beheerst; DALCQ, R.O., "Belgium", in DEUTSCH, E. en SCHREIBER, H.L., (ed.), *Medical responsibility in Western Europe*, Berlin, Springer, 1985, 75, B14).

AFDELING III

AFWEZIGHEID VAN EEN CONTRACTUELE VERHOUDING

337 De rechtsbetrekkingen tussen een arts en een patiënt zijn niet altijd van contractuele aard. Wie het bestaan van een contractuele verhouding tussen arts en patiënt afwijst (zie boven, nr. 330) zal die rechtsbetrekkingen in alle gevallen op een andere wijze moeten duiden. Maar ook als men in de typesituatie het bestaan van een overeenkomst aanvaardt, kunnen omstandigheden met zich brengen dat in een concreet geval geen overeenkomst kan ontstaan omdat een van de voorwaarden daartoe ontbreekt.

Is de patiënt bewusteloos en kan niemand voor hem optreden zodat geen toestemming kan worden gegeven, dan is een overeenkomst uitgesloten (voor minderjarigen en psychiatrische patiënten, zie evenwel verder, titel V en titel VI).

338 Naast deze, met concrete omstandigheden verbonden, onmogelijkheid tot een overeenkomst te komen tussen arts en patiënt, kunnen ook structurele factoren met zich brengen dat de relatie tussen arts en patiënt niet contractueel van aard is.

Met name wordt hierbij gedacht aan situaties waarin iemand zich verplicht dient te onderwerpen aan een medisch onderzoek of behandeling, al dan niet bij een arts van zijn keuze, enerzijds en situaties waarin er weliswaar geen verplichting is zich te onderwerpen aan een onderzoek of behandeling maar waar van een vrije keuze van arts geen sprake is anderzijds.

339 Een verplichting zich te onderwerpen aan onderzoek of behandeling kan voortvloeien uit een wettelijke bepaling. Art. 2 Besluitwet 24 januari 1945, betreffende de profylaxe der geslachtsziekten, *B.S.*, 26 januari 1945, verplicht iedere persoon, bij wie gevaar voor verspreiding van één der in art. 1 genoemde geslachtsziekten aanwezig is, zich te laten behandelen door een arts van zijn keuze. Art. 1 Wet Medisch Schooltoezicht 21 maart 1964, *B.S.*, 15 april 1964, stelt het medisch schooltoezicht verplicht. Dit medisch schooltoezicht bestaat uit verplichte medische onderzoeken en profylactische maatregelen (zie B.Vl.Ex. 30 juli 1985 betreffende de verplichtingen en de opdrachten inzake medisch schooltoezicht, *B.S.*, 15 november 1985) en wordt uitgevoerd door erkende equipes voor medisch schooltoezicht die daarmee door de school werden belast. Wie onder de verplichting van het medisch schooltoezicht valt (meerderjarige leerlingen en leraren, ouders in geval van minderjarige leerlingen) heeft geen vrije keuze van arts; deze personen worden "geacht in te stemmen met de keuze van de equipe die door de inrichtende macht werd gedaan" (art. 5, tweede lid Wet Medisch Schooltoezicht). Als de betrokkenen zich tegen die keuze verzetten zijn zij verplicht het medisch schooltoezicht te laten uitoefenen door een andere erkende equipe voor medisch schooltoezicht (art. 6, eerste lid Wet Medisch Schooltoezicht). Het thans opgeheven Uitvoeringsbesluit van 12 oktober 1964 bevatte een verplichting een proef op tuberculinegevoeligheid en radiografische onderzoekingen te ondergaan in het kader van het verplicht medisch schooltoezicht. Een dergelijke verplichting heeft geen onduldbare gevolgen voor de lichamelijke integriteit van de personen die eraan worden onderworpen en is niet in strijd met de grondwet en de wetten, noch met art. 8 E.V.R.M. (Cass., 8 september 1982, *Arr. Cass.*, 1983, 47; *Pas.*, 1983, I, 43; *R.W.*, 1982-83, 2257; *Vl. T. Gez.*, 1982-83, 144-145, noot LEMMENS, P.; zie het bestreden arrest, Luik, 24 februari 1982, *Jur. Liège,* 1982, 315; in dezelfde zin, Luik, 10 februari 1982, *J.T.*, 1982, 481 : zie ook Corr. Namur, 28 november 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1981, 72; Corr. Dinant, 22 januari 1981, *J.T.*, 1981, 306. Zie i.v.m. de verplichte intradermo-injectie in het kader van het medisch schooltoezicht ook nog, Cass., 22 juni 1982, *Arr. Cass.*, 82, 1315; *Pas.*, 1982, I, 1231).

Het K.B. 26 oktober 1966 stelt de inenting tegen poliomyelitis verplicht, *B.S.*, 6 december 1966. De inenting gebeurt kosteloos door een niet vrij gekozen arts. Op hun kosten mogen de ouders hun kinderen laten vaccineren door een vrij gekozen arts. Deze verplichte vaccinatie is niet in strijd met art. 8 E.V.R.M. (Luik, 9 april 1986, *Jur. Liège,* 1986, 409, noot GENET, L.). Het K.B. 9 november 1978 tot bepaling van de preventieve vaccinaties en inentingen bij de Krijgsmacht, *B.S.*, 30 december 1978, bepaalt welke inentingen voor welke militairen verplicht zijn. Ook de verplichting zich te onderwerpen aan een bloedmonsterneming met het oog op de vaststelling van het alcoholgehalte in verkeerszaken behoort tot deze categorie (art. 34 en 63 Wegverkeersnet). De bloedafname is opgelegd bij wet en is in een democratische samenleving nodig in het belang van de openbare veiligheid. Het recht op de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst wordt niet miskend wanneer een "Getui-

ge van Jehovah'' aan een dergelijke bloedafname wordt onderworpen (Pol. Hasselt, 18 november 1988, *Limb.Rechtsl.*, 1988, 234). Zie ook Cass., 4 april 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 839; *Pas.*, 1977, I, 832; *J.T.*, 1977, 554, het nemen van een bloedstaal met het oog op het bepalen van de bloedgroep is niet in strijd met art. 8 E.V.R.M.

In al deze gevallen gaat het om verplichtingen waaraan de betrokkenen zich niet kunnen onttrekken op gevaar strafrechtelijk te worden gesanctioneerd. Van een vrije toestemming in de medische behandeling kan dan ook niet worden gesproken. In die omstandigheden kan geen contractuele relatie tussen arts en "patiënt" tot stand komen. Het feit dat in een aantal gevallen de verplichting kan worden uitgevoerd door een vrij gekozen arts doet daaraan ten gronde niets af. Ook al is de arts vrij gekozen, de verplichting zich te onderwerpen aan een onderzoek of een behandeling blijft onverminderd bestaan.

340 Behalve situaties waarin iemand d.m.v. dreiging met strafsancties wordt gedwongen zich te onderwerpen aan een onderzoek (dwang) doen zich omstandigheden voor waarin iemand onder druk wordt gezet een bepaalde medische behandeling of onderzoek te ondergaan op straffe van het niet bekomen of het verlies van het recht op een uitkering of een schadevergoeding, of een ander voordeel zoals een arbeidsovereenkomst, een benoeming, een promotie of van anderszins in een nadelige positie te worden geplaatst.

Dergelijke verplichtingen kunnen voortvloeien uit een wettelijke of reglementaire bepaling. Voorbeelden hiervan treft men voornamelijk aan in de sociale wetgeving. Aldus in de werkloosheidsreglementering die van het recht op een werkloosheidsuitkering uitsluit degene die omwille van gezondheidsredenen een dienstbetrekking verlaat en zijn arbeidsongeschiktheid niet laat vaststellen door een arts aangewezen door de R.V.A. (zie hieromtrent, Cass., 23 juni 1980, *Arr. Cass.*, 1980, 1323; *Pas.*, 1980, I, 1303; *R.W.*, 1980-81, 446, noot LEMMENS, P.). Terecht stelt LEMMENS de vraag of een medisch onderzoek als voorwaarde voor het verkrijgen van werkloosheidsuitkeringen, en men kan eraan toevoegen, voor het verkrijgen van andere sociale zekerheidsuitkeringen en voordelen in het algemeen, als een verplicht medisch onderzoek kan worden beschouwd. Men kan zich daaraan onttrekken zonder het risico te lopen strafrechtelijk te worden vervolgd. Weliswaar zal, eventueel slechts tijdelijk, de uitkering worden geweigerd of ingetrokken doch de druk die hiervan uitgaat leidt niet tot een juridisch afdwingbare verplichting het onderzoek te ondergaan (LEMMENS, P., "Verplicht medisch onderzoek, beperking van vrije keuze van arts en eerbiediging van het privé-leven", *R.W.*, 1980-81, 450; zie ook DE BOER, J., *Art. 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1990, 28 e.v.). Zie voor een ander voorbeeld art. 72, derde lid O.C.M.W.-Wet (R.v.ST., Nulens, nr. 27.240, 11 december 1986). In de Nederlandse gezondheidsrechtelijke literatuur wordt in dit verband gesproken over drang, ter onderscheiding van de wettelijk geregelde en quasi-onontkoombare dwang (LEENEN, *Handboek Gezondheidsrecht*, 184).

In andere gevallen bestaat de sanctie bij weigering van een onderzoek hierin dat de betrokkene procesrechtelijk in een nadelige positie terecht komt. Overeenkomstig art. 331*octies* B.W. kunnen de rechtbanken inzake afstammingsgeschillen een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methode gelasten, zelfs tegen de wil in van een van de betrokken partijen. Dergelijk bevel kan niet met dwang op de persoon ten uitvoer gelegd worden. Doch uit een ongemotiveerde weigering van een procespartij om zich aan het bevolen onderzoek te onderwerpen, kan de rechter wel een feitelijk vermoeden afleiden tegen de stelling van de betrokken partij (VANDENBERGHE, A., VAN BROECKHOVEN, Chr. en HEYVAERT, A., "De genetische vinger-

afdruk en zijn betekenis in het nieuwe afstammingsrecht", *R.W.*, 1986-87, 2565; SENAEVE, P., *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 1989, 163-164).

Een dergelijke drang kan ook zonder uitdrukkelijke wettelijke basis door de rechter worden georganiseerd of althans erkend. Als het slachtoffer van een ongeval weigert zich te laten opereren alhoewel vaststaat dat de letsels door die operatie fel zouden kunnen verbeteren heeft het slachtoffer geen recht op schadevergoeding wat betreft die letsels (zie hieromtrent RONSE, J., *Schade en schadeloosstelling*, in *A.P.R.*, Gent, E. Story-Scientia, 1988, I, nr. 478-483; KRUITHOF, R., "De schadebeperkingsplicht van slachtoffers met letselschade", *Vl. T. Gez.*, 1990-91, 5-36).

341 Een derde categorie van gevallen waarin de relatie tussen arts en patiënt niet contractueel van aard kan zijn, naast de d.m.v. strafsancties opgelegde dwang en de door drang ondersteunde verplichtingen, betreft deze waarin weliswaar geen sprake is van een verplichting inzake behandeling of onderzoek, maar waarin de v r i j e k e u z e v a n a r t s door de wetgever is uitgesloten of beperkt.

Tot vóór de omzendbrief van 16 oktober 1985 van de Minister van Justitie (zie FATIK, 1985, afl. 18, 12) hadden veroordeelde gevangenen niet het recht om zich te wenden tot een arts van hun keuze. Zij dienden een beroep te doen op de gevangenisarts wanneer zij medische verzorging nodig hadden (Rb. Luik, Kort ged., 22 mei 1984, *Jur. Liège*, 1984, 393 : "la sauvegarde des droits de l'homme n'exige pas qu'un condamné dispose, sans contrôle, du libre choix de son médecin généraliste"; *vgl.* Rb. Charleroi, Kort ged., 10 januari 1983, *Jur. Liège*, 1983, 171, vernietigd door Bergen, 15 september 1983, *Jur. Liège*, 1984, 161).

In die omstandigheden is een overeenkomst tussen deze arts en de patiënt uitgesloten.

Art. 29 Arbeidsongevallenwet bepaalt dat het slachtoffer van een arbeidsongeval vrij een arts kan kiezen, behoudens wanneer de werkgever of de verzekeraar, op eigen kosten en onder bepaalde voorwaarden een eigen medische dienst heeft ingesteld. Een van deze voorwaarden is dat de werkgever of de verzekeraar tenminste 3 artsen heeft aangewezen tot wie het slachtoffer zich kan wenden. Daardoor behoudt hij toch enigszins de vrije keuze. Die vrije keuze blijkt in het geheel niet te bestaan wanneer het slachtoffer van het arbeidsongeval een militair is (Vred. Marche-en-Famenne, 5 juni 1984, *Jur. Liège*, 1984, 471).

Ook in de relatie tussen een arbeidsgeneesheer en een werknemer is er geen sprake van een vrije keuze (zie in deze zin QUISTHOUDT, J., "Aspecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid bij de uitoefening van de arbeidsgeneeskunde", *Soc. Kron.*, 1989, 122, nr. 6).

HOOFDSTUK III

AANSPRAKELIJKHEID VAN DE ARTS

342 De aansprakelijkheid van de arts wordt niet door specifieke wettelijke bepalingen geregeld. Zowel inzake de strafrechtelijke aansprakelijkheid als de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de arts gelden de gemeenrechtelijke bepalingen, die "eeuwenoud" zijn (KRUITHOF, R., "Tendenzen inzake medische aansprakelijkheid", *Vl. T. Gez.*, 1982-83, 177. Dit artikel wordt afgesloten met een volledig overzicht van de rechtsliteratuur inzake medische aansprakelijkheid. Zie voor later, DALCQ, R.O., "Belgium", in DEUTSCH, E. en SCHREIBER, H.L., *Medical Responsibility in Western Europe*, Berlin, Springer, 1985, 65; DEWALLENS, F., "Errare humanum est, erratum probare diabolicum; een overzicht van rechtspraak inzake medische aansprakelijkheid 1980-88", *Jura Falc.*, 1989-90, afl. 1, 1-27 en PRIMS, A., VANSWEEVELT, T. en VAN LIL, M., "Ontwikkeling van het gezondheidsrecht in België", *T.Gez.*, 1989, 212-217, zie ook "Aansprakelijkheid in de gezondheidszorg", Uiteenzettingen gehouden tijdens het symposium van de Vl. Vereniging voor gezondheidsrecht op 21 oktober 1989, *Vl. T. Gez.*, 1989-90, afl. 3 en afl. 4; VANSWEEVELT, T., "Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de arts" in *Handboek Artsenpraktijk*, Brussel, Ced Samsom, losbl., 81-93).

Door PRIMS e.a. is opgemerkt dat het medische aansprakelijkheidsrecht sinds het begin der jaren tachtig in België "een ongekende groei" heeft doorgemaakt. Het aantal gepubliceerde jurisprudentiële beslissingen stijgt voortdurend. Over de periode 1980-1989 werden inderdaad een 50-tal vonnissen en arresten gepubliceerd. Dit is een vervijfvoudiging vergeleken met het decennium 1970-1979. Ook de rechtsleer is "in actie geschoten". In dat verband wordt in dit artikel melding gemaakt van twee in voorbereiding zijnde doctoraatsproefschriften over de burgerrechtelijke medische aansprakelijkheid. Deze grote belangstelling wekt enige verwondering. Er zijn menigvuldige andere raakvlakken tussen recht en geneeskunde die voor de uitoefening van de geneeskunde veel meer relevantie vertonen en die tot op heden, zoals uit dit werk blijkt, veel minder belangstelling mochten genieten van de zijde van juristen. Daarbij komt dat de rechterlijke uitspraken inzake medische aansprakelijkheid, weinig of geen belang hebben voor de medische praktijk. Een verklaring hiervoor is dat tussen de feiten en de uiteindelijke uitspraak gemakkelijk 5 à 10 jaren kunnen verlopen waardoor, op het ogenblik dat die uitspraak valt, de in het geding zijnde medische techniek allang niet meer wordt toegepast. Er zijn uitzonderingen. Het vonnis van de Correctionele Rechtbank te Charleroi van 23 november 1989 inzake epidurale anesthesie bij bevalling (Corr. Charleroi, 23 november 1989, *Jur. Liège*, 1990, 348, heeft, in combinatie met het ministerieel antwoord op een parlementaire vraag in dit verband, in meerdere ziekenhuizen geleid tot een gewijzigde medische praktijk in dit verband (zie verder, nr. 1223). En ook rechterlijke uitspraken waarin niet een technische fout wordt beoordeeld maar waarin de toestemming en de informatie centraal staan, hebben zeker veel aandacht gekregen in medische beroepskringen. Het blijven eventueel de uitzonderingen. Daar komt nog bij dat in de meeste rechterlijke uitspraken en in nogal wat bijdragen in de rechtsleer de casuïstiek de bovenhand haalt. De discussies betreffen niet zozeer de beginselen, die inderdaad "eeuwenoud" zijn en dus, begrijpelijkerwijze, min of meer duidelijk, maar wel de (reconstructie van) de feiten en de toepasselijkheid van deze beginselen op die feiten. Een volgende reden om dit hoofdstuk eerder beperkt te houden is dat in de andere titels,

waar nodig, uitvoeriger ingegaan wordt op de aansprakelijkheid van de arts in specifieke omstandigheden. Ten slotte lijkt deze materie rijp te zijn voor wetgevende tussenkomst binnen niet al te lange tijd. In dit verband kan worden verwezen naar een voorstel van richtlijn betreffende de aansprakelijkheid voor dienstverleningen of dienstprestaties met een gebrekkige veiligheid, naar analogie met de E.G.-richtlijn inzake produktaansprakelijkheid (zie CLAESSENS, H., "Verzekering en medische aansprakelijkheid in de gezondheidszorg", *Vl. T. Gez.*, 1989-90, 199; VERCRUYSSEN, W., "De aansprakelijkheid voor gebrekkige dienstverlening en de gevolgen ervan binnen ziekenhuisverband. Voorstel tot E.G.-richtlijn", *Hospitalia*, 1990, 107-110).

343 Toepassing van de gemeenrechtelijke regels inzake aansprakelijkheid betekent dat een arts slechts tot schadeloosstelling veroordeeld kan worden indien hij een fout heeft begaan, er schade is en er een oorzakelijk verband bestaat tussen die fout en de schade.

344 Begaat een fout de arts die zich bij de uitoefening van zijn beroep niet gedragen heeft als een normaal zorgvuldig arts van hetzelfde specialisme, geplaatst in dezelfde externe omstandigheden. In de literatuur wordt niet nagelaten er op te wijzen dat een arts zich t.o.v. de patiënt niet ertoe verbindt de patiënt te genezen, maar wel die inspanning te doen die een normaal zorgvuldig arts die hetzelfde specialisme beoefent zou doen teneinde die genezing te bekomen. De arts verbindt zich niet tot een resultaat maar tot een inspanning.

Hier moet toch worden opgemerkt dat patiënten die achteraf een vordering aanspannen tegen hun arts, hem niet verwijten hen niet te hebben genezen of zelfs niet onvoldoende inspanning te hebben gedaan om hem te genezen. De vordering wordt dikwijls ingeleid omdat de patiënt meent dat hij, achteraf bekeken, er slechter aan toe is dan vóór de medische ingreep. Het is voor de gemiddelde patiënt die aan een ernstige ziekte lijdt zeker te begrijpen dat de arts hem niet zonder meer kan genezen. Wat veel minder wordt begrepen is dat een verblijf in een ziekenhuismilieu nadelig kan zijn voor de gezondheid. Dit kan verklaren waarom in de meeste vorderingen aan de arts wordt verweten iets niet te hebben gedaan. Aldus het nalaten van een onderzoek (Antwerpen, 27 mei 1980, *Vl. T. Gez.*, 1980-81, afl. 3, 38; Bergen, 13 december 1983, *Rev. Rég. Dr.*, 1984, noot DIJON, X.; Rb. Turnhout, 6 februari 1984, *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 386; Brussel, 1 oktober 1987, *R.G.A.R.*, 1990, 11598); het niet waarschuwen voor grote risico's verbonden aan een diagnostische techniek (Cass., 8 oktober 1981, *R.G.A.R.*, 1983, 10590); nalaten een diagnose te stellen alvorens een therapie te starten (Brussel, 29 juni 1982, *R.G.A.R.*, 1983, 10719); het niet tijdig instellen van een therapie (Brussel, 28 oktober 1982, *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 38, noot HEYLEN, R.; Cass., 19 januari 1984, *Arr. Cass.*, 1984, 585; *Pas.*, 1984, I, 548; *R.G.A.R.*, 1986, 11084, noot VANSWEEVELT, T.); het niet gebruiken van beschikbare apparatuur voor monitoring (Rb. Antwerpen, 18 april 1986, *Vl. T. Gez.*, 1989, 294, noot HEYLEN, R.; Antwerpen, 2 mei 1989, *R.W.*, 1989-1990, 260, noot NYS, H.; *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 301, noot HEYLEN, R.; Luik, 10 december 1985, *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 237, noot).

Hieruit afleiden dat "iets" doen dus beter is dan "niets" doen, is een overhaaste conclusie. De arts die op onmiddellijke en voorbarige wijze zijn toevlucht neemt tot het nemen van een angiografie en luchtencephalogram terwijl er geen enkele spoed was en zonder dat de patiënt verwittigd werd, begaat een fout (Luik, 23 april 1980, *R.G.A.R.*, 10.294 en 10.351, noot DALCQ, R.). De arts die na een röntgenonderzoek een longembolie heeft vastgesteld en toch nog een pneumoangiografie laat uitvoeren begaat een fout (Antwerpen, 9 november 1987, *R.W.*, 1987-88, 1336, noot VANSWEEVELT, T.).

Dat de arts zich dient in te spannen om de patiënt te genezen, zoals de auteurs ons leren, is slechts een halve waarheid. De arts moet zich evenzeer inspannen om te vermijden dat de patiënt het zie-

kenhuis moet verlaten in een slechtere gezondheidstoestand dan toen hij werd opgenomen en dit ten gevolge van een ongewenst neveneffect van de behandeling of ten gevolge van het niet adekwaat handelen.

345 KRUITHOF heeft de inspanningsverbintenis van de arts genuanceerd. Als de verbintenis van de arts in haar geheel wordt beschouwd dan kan zij als inspanningsverbintenis gekwalificeerd worden. Maar die verbintenis kan worden opgesplitst in een hoofdverbintenis, het verlenen van medische hulp, en meerdere nevenverbintenissen. Sommige daarvan kunnen als een resultaatsverbintenis worden gekwalificeerd. Zo vermeldt KRUITHOF de belofte van een huisarts een patiënt aan huis te bezoeken. Of de radioloog die belooft een opname van de knie van een patiënt te maken (KRUITHOF, R., *a.w.*, 182, nr. 9). Men kan daar nog aan toevoegen, de verbintenis een bepaald lidmaat, b.v. het linkeronderbeen te amputeren en dus geen ander (Corr. Rb. Brugge, 15 januari 1990, *Vl. T. Gez.*, 1990-91, 70) (i.v.m. een sterilisatie, zie verder, nr. 355; zie voor kritische bedenkingen bij deze opsplitsing zonder dat ze wordt afgewezen, GEENS, K., *a.w.*, nr. 368).

In dit zelfde verband wordt meestal ook de aansprakelijkheid van de arts voor schade veroorzaakt door een gebrek in een door hem gebruikt instrument of door hem geleverde "grondstof" (bloed, sperma e.d.) ter sprake gebracht (zie hieromtrent uitgebreid, VANSWEEVELT, T., *Aids en recht*, nr. 61-89).

346 Het voor de medische praktijk meest belangrijke cassatiearrest inzake medische aansprakelijkheid is ongetwijfeld het zgn. amputatiearrest van 19 januari 1984 waarin het Hof van Cassatie alle twijfels wegnam omtrent de aanvaarding van de leer inzake het verlies van genezings- of overlevingskans (Cass., 19 januari 1984, *Arr. Cass.*, 1984, 585; *Pas.*, 1984, I, 548; *R.G.A.R.*, 1986, 11.084, noot VANSWEEVELT, T.; zie ook DIRIX, E., "Het verlies van genezings- en overlevingskansen", *Vl. T. Gez.*, 1981-82, 105-107). Sedert dit arrest werd reeds meerdere keren een arts tot schadevergoeding veroordeeld omdat door zijn fout een kans verloren zou zijn gegaan voor de patiënt (zie Rb. Antwerpen, 30 november 1987, *Vl. T. Gez.*, 1989-90, 213, noot VANSWEEVELT, T.; Rb. Kortrijk, 3 januari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1171, noot; Antwerpen, 2 mei 1989, *R.W.*, 1989-90, 260, noot NYS, H., *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 301, noot HEYLEN, R.). In geen van de geciteerde gevallen kon aan de arts een kunstfout in de strikte zin van het woord verweten worden d.w.z. een fout bij de uitvoering van een medisch-technisch handelen (zie voor kritische bedenkingen bij het verlies van een kans als schade, HENNAU-HUBLET, Chr., *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 527-543; in dezelfde zin CORBISIER, I., *a.w.*, noot 74).

347 Wanneer de gepubliceerde uitspraken uit de jaren tachtig worden bestudeerd dan blijkt hieruit in de eerste plaats dat uitsluitend ziekenhuisartsen en met hen de ziekenhuizen en verpleegkundigen worden geconfronteerd met aansprakelijkheidsvorderingen. Slechts één uitspraak had betrekking op een

huisarts die had nagelaten zich persoonlijk naar een patiënt thuis te begeven nadat hij meerdere malen telefonisch was opgeroepen, daar waar een onmiddellijk huisbezoek hem in staat had gesteld de juiste gezondheidstoestand te beoordelen. De huisarts werd aansprakelijk gesteld voor het verlies van een kans op een minder ongunstig resultaat (Rb. Antwerpen, 30 november 1987, *Vl. T. Gez.*, 1989-90, 213, noot VANSWEEVELT, T.; *vgl.* Corr. Aarlen, 30 mei 1984, *Jur. Liège,* 1985, 108-109 : het voorschrijven via de telefoon van een therapie aan een dronken patiënt is een professionele nalatigheid. *In casu* was geen oorzakelijk verband aangetoond tussen het in coma raken en het overlijden van de patiënt). Beide uitspraken zijn illustratief voor risico's verbonden aan een diagnose en een therapie zonder persoonlijk onderzoek van de patiënt, *in casu* via de telefoon.

348 Dat de uitoefening van de ziekenhuisgeneeskunde meer aanleiding geeft tot aansprakelijkheidsvorderingen dan de huisartsgeneeskunde wekt geen verwondering. Vooreerst wordt in ziekenhuizen veel meer dan in huisartspraktijken gebruik gemaakt van hoogtechnologische diagnostische en therapeutische apparatuur waarvan de bediening een grote mate van deskundigheid en zorgvuldigheid vereist. Ziekenhuizen zijn in dit opzicht als risicovolle bedrijven te beschouwen. Vele vorderingen houden dan ook verband met die apparatuur.

Een eerste reeks uitspraken betreft vorderingen waarin aan de arts en/of het ziekenhuis wordt verweten dat de gebruikte apparatuur een defect vertoont. Aldus Brussel, 17 november 1989, *Jur. Liège,* 1990, 331. (Een chirurg moet de instrumenten kennen die hij gebruikt. Wanneer hij een verouderd en ondanks het verbod van de fabrikant hersteld, apparaat gebruikt begaat hij een fout; de technische dienst van het ziekenhuis dat het apparaat herstelde ondanks het verbod van de fabrikant begaat eveneens een fout).

Een tweede categorie uitspraken betreft vorderingen waarin het onjuist of ondeskundig gebruik van beschikbare apparatuur wordt aangeklaagd. Doorgaans hangt daarmee samen het verwijt dat onvoldoende toezicht werd uitgeoefend op degene aan wie het gebruik van de apparatuur was opgedragen.

Voornamelijk de beoefenaars van de anesthesie werden met dergelijke vorderingen geconfronteerd (Rb. Brugge, 10 november 1986, *R.W.*, 1987-88, 293, noot VANSWEEVELT, T., *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 284, noot HEYLEN, R. : verkeerd aansluiten door een verpleegkundige van het hiervoor niet geschikte aanzetstuk van de zuurstofleiding op het koppelstuk van de endotracheale tube; de anesthesist werd als enige aansprakelijk gesteld. Hij had ofwel de verpleegkundige moeten informeren ofwel toezicht moeten uitoefenen op het gebruik van het apparaat; Corr. Brussel, 13 december 1985, *R.G.A.R.*, 1986, 11.092; *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 138 : het rechtstreeks aansluiten van de zuurstofleiding op de endotracheale tube, zonder tussenstuk, sonde of ventiel door een verpleegkundige is een fout; aan de anesthesist kon niet verweten worden dat hij niet zelf de zuurstof had toegediend of geen toezicht had uitgeoefend). Zie ook Corr. Neufchâteau, 23 november 1989, *Jur. Liège,* 1990, 554 : een chirurg draagt een verpleegkundige op een intraveneus infuus toe te dienen, zonder de bekwaamheid van de verpleegkundige na te gaan en zonder de uitvoering van de opdracht te controleren. De verpleegkundige voert de opdracht niet juist uit. Als gelegenheidsaansteller van de verpleegkundige wordt de arts aansprakelijk gesteld.

Ook het niet gebruiken van beschikbare en in goede staat verkerende apparatuur heeft aanleiding gegeven tot aansprakelijkheidsvorderingen. In deze derde categorie van vorderingen verband houdend met medische technologie treffen we opnieuw de anesthesisten aan (Antwerpen, 2 mei 1989, *R.W.*, 1989-90, 260, noot NYS, H.; *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 301, noot HEYLEN, R.; het niet gebrui-

ken van de binnen handbereik beschikbare moderne monitoring apparatuur, *in casu* capnograaf en continu registrerende thermometer, die het de anesthesist moet mogelijk maken in een zeer vroeg stadium het gevaarlijk syndroom van maligne hyperthermie te onderkennen is in hoofde van de anesthesist een fout; zie ook Rb. Antwerpen, 18 april 1986, *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 294, noot HEYLEN, R.; Luik, 10 december 1985, *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 237, noot : het gebruik van de beschikbare monitoring apparatuur is vereist tijdens de hele duur van de operatieve ingreep welke ook de ernst daarvan is).

Ten slotte zijn er vorderingen waarin aan de arts of het ziekenhuis wordt verweten dat bepaalde apparatuur en deskundig personeel om het te gebruiken niet beschikbaar is (zie Rb. Charleroi, 23 mei 1986, *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 299 : een ziekenhuis moet voldoende anesthesieverpleegkundigen, middelen en uitrusting ter beschikking stellen van de anesthesist zodat deze niet gedwongen wordt tot prestaties die de veiligheid van de geopereerden in gevaar brengen; zie evenwel Rb. Turnhout, 4 juni 1984, *R.W.*, 1986-87, 2646, noot VANSWEEVELT, T. : van een algemeen ziekenhuis kan niet worden verwacht en vereist dat het qua instrumentarium en qua menselijk potentieel zou zijn uitgerust zoals een universitair ziekenhuis).

349 Een ander kenmerk van het hedendaagse ziekenhuis, naast de aanwezigheid van hoogtechnologische apparatuur en instrumentarium, is dat patiënten er doorgaans enige tijd moeten verblijven. Weliswaar maakt het verblijf alszodanig geen wezenlijk bestanddeel meer uit van de ziekenhuisfunctie (*vgl.* de definitie van ziekenhuis in art. 2 Gecoördineerde Ziekenhuiswet waar sprake is van "kunnen verblijven"). Dit neemt niet weg dat voor ernstige ingrepen een verblijf in het ziekenhuis, zowel vóór als na de ingreep, veeleer regel dan uitzondering is. Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt dat ook dit kenmerk van het ziekenhuis aanleiding is voor aansprakelijkheidsvorderingen. De opname van patiënten brengt risico's met zich mee. Een aantal van die risico's liggen in de "hotelfunctie" van het ziekenhuis, zoals het bewaren van de kleding en de persoonlijke goederen van patiënten, het waarborgen van de kwaliteit van de terbeschikking gestelde voeding, de verwarming en het waken over de veiligheid van de patiënt (Luik, 23 september 1988, *J.T.*, 1989, 217 : een O.C.M.W.-ziekenhuis is in het kader van de zgn. ziekenhuisovereenkomst gehouden de fysieke veiligheid van de patiënt te bewaken; het betreft hier een inspanningsverbintenis).

Het verblijf van patiënten in een ziekenhuis is vanzelfsprekend niet in de eerste plaats een kwestie van comfort maar van medische noodzakelijkheid. Het preoperatief en post-operatief toezicht kan veel gemakkelijker worden georganiseerd dan wanneer de patiënt thuis verblijft. Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt dat de organisatie en de uitoefening van dit toezicht een bron is van aansprakelijkheidsvorderingen.

Vooreerst kunnen de uitspraken worden vermeld waarin in het geheel geen toezicht werd uitgeoefend, niettegenstaande de patiënt in het ziekenhuis was opgenomen (Bergen, 14 oktober 1985, *R.G.A.R.*, 1986, 11.093). Na een heelkundige ingreep brengt de chirurg geen bezoek meer aan de patiënt. Pas nadat deze door een andere arts uit het ziekenhuis is ontslagen en 3 weken na de ingreep onderzoekt de chirurg de patiënt. Door niet persoonlijk de evolutie van de patiënt te volgen heeft de chirurg een fout gemaakt. Ook in hoofde van de verpleegkunde aanvaardde het Hof een fout omdat zij, ondanks de klachten van de patiënt over hevige pijnen, niet de chirurg had gewaarschuwd. Ten slotte was ook het ziekenhuis tekort geschoten in de organisatie van de verzorging omdat er geen enkel medisch toezicht was in de uren vlak na de ingreep).

Andere uitspraken houden verband met het tekort aan pre-operatief onderzoek wanneer de patiënt reeds was opgenomen in het ziekenhuis (Brussel, 1 oktober 1987, *R.G.A.R.*, 1990, 11.598: een patiënt die een heelkundige ingreep dient te ondergaan wijst de chirurg erop dat zijn nichtje tijdens zo'n ingreep is gestorven t.g.v. maligne hyperthermie. De arts slaat deze waarschuwing in de wind hoewel hij tijd en mogelijkheid had om zich te informeren. De patiënt overlijdt eveneens. De arts wordt hiervoor aansprakelijk gesteld; Antwerpen, 27 mei 1980, *Vl. T. Gez.*, 1980-81, 38; voorafgaand aan een volledige narcose, vergenoegt een anesthesist zich met een vluchtige ondervraging van de patiënt en de huisarts, terwijl het nemen van een elektrocardiogram hem had kunnen inlichten over het bestaan van een ernstig aangeboren hartgebrek).

De meeste uitspraken i.v.m. de bewaking en het toezicht op patiënten houden verband met de post-operatieve faze.

Opnieuw valt hier de anesthesie op (Rb. Brugge, 10 november 1986, *R.W.*, 1987-88, 293, noot VANSWEEVELT, T.; *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 284, noot HEYLEN, R. : de anesthesist is als gelegenheidsaansteller aansprakelijk voor de foutieve uitvoering van zijn onderrichtingen door de verpleegkundigen tijdens het toezicht op de patiënt in de ontwakingskamer; Corr. Brussel, 13 december 1985, *R.G.A.R.*, 1986, 11.092 : de patiënt die nog niet volledig tot bewustzijn is gekomen moet in de ontwakingskamer steeds onder permanente bewaking blijven. Die bewaking moet hetzij door monitoring hetzij door de aanwezigheid van een arts of gekwalificeerd verpleegkundig personeel gebeuren. De arts die als diensthoofd weet of moet weten dat het verpleegkundig personeel dat hij belast met de bewaking nog andere opdrachten heeft te vervullen begaat een fout vermits hij dient te weten dat in die omstandigheden de eigenlijke bewaking van de patiënt tijdens de ontwaking niet verzekerd is; anders dan beide vorige uitspraken, Gent, 21 mei 1979, *R.G.A.R.*, 1986, 11.094 : De anesthesist handelt in overeenstemming met de huidige normen van de medische wetenschap en begaat noch een fout noch een nalatigheid noch een onvoorzichtigheid wanneer hij, na afloop van de operatie en nadat de patiënt de primaire ontwaking heeft doorgemaakt, de patiënt laat overbrengen naar de ontwakingskamer onder toezicht van verpleegkundigen terwijl hijzelf zich begeeft naar een aangrenzende ruimte van waaruit hij geen visueel contact heeft met de patiënt maar wel snel bereikbaar is. De bewaking van psychiatrische patiënten stelt bijzondere problemen (zie verder, nr. 677).

350 Nog een kenmerk van het hedendaagse ziekenhuis is dat de patiënt niet met één arts wordt geconfronteerd, zoals in een huisartsenpraktijk of polikliniek, maar met meerdere artsen die ieder een verschillend specialisme beoefenen en met verpleegkundigen en paramedici. Afgezien van het feit dat de risico's op vergissingen of fouten kunnen toenemen naarmate meer personen betrokken worden bij een behandeling, kan hier een specifieke moeilijkheid ontstaan voor de patiënt als hij meent schade te hebben ondervonden tijdens het ziekenhuisverblijf. De hiërarchische verbanden zijn in een ziekenhuis niet eenvoudig te doorgronden. Artsen kunnen als bediende (of ambtenaar in een O.C.M.W.-ziekenhuis) zijn tewerkgesteld of als zelfstandige hun medische arbeid verrichten. In één en hetzelfde ziekenhuis kunnen sommige artsen werknemer zijn, anderen zelfstandige. Op hun beurt kunnen artsen werkgever zijn van verpleegkundigen. Maar zij kunnen ook beroep doen op verpleegkundigen die door het ziekenhuis worden tewerkgesteld. Een patiënt is doorgaans niet op de hoogte van de arbeidsvoorwaarden waaronder artsen in een ziekenhuis zijn tewerkgesteld, de relaties tussen de artsen onderling, meer bepaald tussen chirurgen en anesthesisten, en de gezagsverhoudingen tussen artsen en verpleegkundigen. Naast hun eigenlijke medische functie, vervullen artsen bovendien nog administratieve en representatieve functies. De chirurg en de anesthesist die deel uitmaken van eenzelfde operatieteam, kunnen elkaar en-

kele uren later ontmoeten als respectievelijk diensthoofd van de dienst heelkunde en de dienst anesthesie en nog later als lid van de medische raad. Evenmin is het ondenkbaar dat de chirurg voorzitter is van de medische raad en de anesthesist hoofdgeneesheer in hetzelfde ziekenhuis. Als tegen een dergelijke achtergrond zich een schadegeval voordoet, dan is het geen eenvoudige taak te achterhalen wie de verantwoordelijke is.

Een mogelijke benaderingswijze bestaat erin de ziekenhuisgeneeskunde als analoog aan de (huis)artsenpraktijk te analyseren. De patiënt sluit dan met iedere specialist een overeenkomst af voor het verlenen van specifieke medische diensten. Vermits de patiënt doorgaans niet uitdrukkelijk kiest voor een of andere arts, dient beroep te worden gedaan op de stilzwijgende overeenkomst (zie in deze zin, Bergen, 24 maart 1987, *R.G.A.R.*, 1989, 11458 : ook al werd de anesthesist gekozen door de chirurg of zelfs door het ziekenhuis, dan kan de patiënt die keuze uitdrukkelijk of stilzwijgend goedkeuren. Een dergelijke goedkeuring kan worden afgeleid uit de omstandigheden van het geval. *In concreto* is de keuze goedgekeurd wanneer een zieke zich vrijwillig en met kennis van zaken onderwerpt aan een pre-operatief onderzoek en pre-operatieve verzorging door de anesthesist. Er ontstaat dan een overeenkomst tussen zieke en anesthesist. Alsof een patiënt die reeds in het ziekenhuis is opgenomen er nog aan zou denken de tussenkomst van die bepaalde anesthesist te weigeren. De stilzwijgende overeenkomst heeft hier meer weg van een fictieve overeenkomst.

Een meer realistische benadering vindt men in een vonnis van de Rechtbank te Brugge (Rb. Brugge, 10 november 1986, *R.W.*, 1987-88, 293, noot VANSWEEVELT, T.; *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 284, noot HEYLEN, R.). Volgens de rechtbank zal een patiënt er maar zelden aan denken ook met de anesthesist een overeenkomst te sluiten wanneer hij een heelkundige ingreep moet ondergaan. Zelfs in de veronderstelling dat hij een voorkeur zou hebben voor een bepaalde anesthesist, lijkt het weinig waarschijnlijk dat met die voorkeur rekening zal worden gehouden. Meestal bestaat er derhalve geen contractuele relatie tussen patiënt en anesthesist (zie ook Rb. Namen, 29 februari 1988, *Rev. Rég. Dr.*, 1988, 270). Niettemin werd de anesthesist door de Brugse Rechtbank aansprakelijk gesteld voor de gevolgen van het verkeerd aansluiten van de zuurstofleiding door een verpleegkundige, en wel op buitencontractuele basis. De rechtbank beschouwde de anesthesist als de gelegenheidsaansteller van de verpleegkundige. Het ziekenhuis werd niet veroordeeld; de verpleegkundige evenmin. In zijn noot onder dit vonnis betreurt VANSWEEVELT dat het ziekenhuis als werkgever van de verpleegkundige niet mee aansprakelijk werd gesteld. Uit de feitelijke gegevens bleek nl. duidelijk dat het ziekenhuis toezicht kon uitoefenen over de verpleegkundige tijdens de post-operatieve verzorging, nl. via de hoofdverpleegkundige. De cumulatieve aansprakelijkheid van ziekenhuis en *in casu* anesthesist waarvoor VANSWEEVELT pleit (VANSWEEVELT, T., *a.w.*, 299), sluit inderdaad veel dichter aan bij de maatschappelijke realiteit dan een benadering die het ziekenhuis nog steeds lijkt te beschouwen als een collectief dak boven individuele artsenpraktijken, uitsluitend verbonden door de buizen van het centraleverwarmingssysteem.

TITEL IV

ARTS BIJ ZWANGERSCHAP EN GEBOORTE

HOOFDSTUK I

MEDISCHE TUSSENKOMST VOOR EN BIJ ZWANGERSCHAP

AFDELING I

VOORKOMEN VAN ONGEWENSTE ZWANGERSCHAP

§1. Niet-heelkundige anticonceptie

A. JURIDISCH STATUUT VAN ANTICONCEPTIEVE MIDDELEN

351 Anticonceptieve middelen worden geregeld door K.B. 9 juli 1973 betreffende de anticonceptionele middelen, *B.S.*, 9 augustus 1973.

Art. 1 bepaalt de anticonceptieve middelen als voorwerpen en stoffen die voorgesteld worden de zwangerschap te kunnen voorkomen. Uit art. 4, §2 blijkt een ruime opvatting over het voorkomen van zwangerschap. Ook het I.U.D. wordt daarin voorgesteld als een anticonceptief middel terwijl het niet de conceptie maar wel de nidatie van de bevruchte eicel verhindert (zie DELVA, W. en DIERKENS, R., "Enkele civielrechtelijke aspecten van contraceptie, sterilisatie en kunstmatige inseminatie", *T.P.R.*, 1974, 479). Om die reden beschouwen beide auteurs het I.U.D. alsmede de "morning after pill" als een abortivum i.p.v. een contraceptivum.

Art. 2 K.B. 9 juli 1973 stelt de anticonceptieve middelen gelijk met geneesmiddelen, op grond van art. 1, §2 Geneesmiddelenwet. Deze bepaling werd opgeheven bij Wet van 21 juni 1983, *B.S.*, 15 juli 1983, en vervangen door art. 1*bis*, §1, 4° Geneesmiddelenwet. Deze bepaling is veel meer geschikt voor het gelijkstellen van middelen die bestemd zijn om zwangerschap te voorkomen met geneesmiddelen dan het vervallen art. 1, §2 Geneesmiddelenwet. De art. 3, 4 en 5 K.B. 9 juli 1973 werken de gelijkstelling met geneesmiddelen verder uit. Zo wordt de reglementering i.v.m. de registratie van geneesmiddelen, de fabricage, bereiding en distributie in het groot en de terhandstelling alsook de reclame en voorlichting inzake geneesmiddelen van toepassing verklaard op anticonceptieve middelen. Art. 4, §2 bevat strengere regels voor de anticonceptieve middelen bestemd voor intrauteriene of intracervicale toepassing. Art. 4, §3 en §4 alsook art 5, §2 bevat minder strenge regels voor condomen en diafragma's. Deze meer soepele regels zijn totstandgebracht in het kader van de strijd tegen de verspreiding van het HIV-virus.

B. VOORSCHRIJVEN VAN ANTICONCEPTIEVE MIDDELEN

352 Een van de gevolgen van de gelijkstelling van anticonceptieve middelen met geneesmiddelen is dat de aflevering ervan in beginsel afhankelijk is van een medisch voorschrift.

Art. 6, derde lid Geneesmiddelenwet bindt de aflevering van ieder geregistreerd geneesmiddel aan een doktersvoorschrift tot op het ogenblik van de opheffing van deze beperking door een beslissing van de Minister van Volksgezondheid op advies van een of meer door de Koning aangewezen wetenschappelijke autoriteiten.

Art. 1 van het Decreet van de Franse Gemeenschap van 10 juli 1984 betreffende de gezondheidsopvoeding en voorlichting van de jeugd en de hulp en bijstand inzake anticonceptiva, *B.S.*, 22 augustus 1984, verplicht de inrichtende machten van hulpverleningscentra werkzaam op het gebied van anticonceptie, informatie hieromtrent ter beschikking te stellen van hun personeelsleden.

Die personeelsleden zijn op hun beurt verplicht de echtparen en andere belanghebbenden hierover te informeren. De personeelsleden die, omwille van gewetensbezwaren, dergelijk informatie niet willen of mogen verschaffen zijn verplicht de belanghebbenden door te verwijzen naar een instelling waar deze informatie wel wordt verstrekt (art. 2). Art. 3 van dit decreet dat een zeer dubbelzinnige bepaling bevat (zie verder, nr. 392) kan onder meer worden uitgelegd als een verplichting om in bepaalde gevallen anticonceptiva voor te schrijven. Inbreuken op de bepalingen van het decreet zijn strafbaar (art. 5).

Art. 350, 6° Sw. verplicht de arts of een andere bevoegde persoon van de instelling voor gezondheidszorg waar een zwangerschapsafbreking is uitgevoerd, aan de vrouw de nodige voorlichting te verstrekken inzake contraceptiva (zie verder, nr. 438).

353 Het voorschrijven van anticonceptieve middelen aan een minderjarige is alszodanig nergens verboden. De vraag wordt gesteld of het voorschrijven van anticonceptiva aan minderjarigen zonder het medeweten van hun ouders geoorloofd is. De achterliggende vraag is vanaf welke leeftijd een minderjarige kan toestemmen in het medisch onderzoek dat het voorschrijven van de anticonceptiva dient vooraf te gaan.

Volgens VANSWEEVELT is een 16-jarige voldoende rijp en verstandig om alleen een arts te raadplegen en naar anticonceptiva te vragen en zich daarvoor te laten onderzoeken (VANSWEEVELT, T., "Persoonlijkheidsrechten van minderjarigen en grenzen aan het ouderlijk gezag : de toestemming van de minderjarige in een medische behandeling", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, nr. 15).

Volgens DELVA en DIERKENS ligt de leeftijd waarbeneden het voorschrijven van anticonceptiva aan een minderjarige niet geoorloofd is op 14 jaar. Die grens wordt afgeleid uit art. 375 Sw. volgens hetwelk seksueel verkeer met een minderjarige van minder dan 14 jaar steeds als verkrachting geldt. Nochtans zal de toestemming van de ouders daar weinig aan af doen. Bovendien moet een onderscheid worden gemaakt tussen het voorschrijven van anticonceptiva enerzijds en het seksueel verkeer anderzijds. Overigens laten beide auteurs ruimte voor uitzonderingen (DELVA, W. en DIERKENS, R., *a.w.*, 479) (zie ook RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 675).

§2. Heelkundige anticonceptie of sterilisatie

A. GEOORLOOFDHEID VAN STERILISATIE

354 De klassieke opvatting over het geoorloofd karakter van de sterilisatie vindt men bij VANHOUDT en CALEWAERT. Medische handelingen die inbreuk maken op de fysieke integriteit van de patiënt zijn gerechtvaardigd voor zover er een curatief of diagnostisch oogmerk is. Bij een sterilisatie, zeker de anticonceptieve maar ook de zgn. therapeutische, ontbreekt een curatief doel, wat de sterilisatie "volkomen strafbaar laat, ook wanneer het slachtoffer erin toegestemd had" (VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., *Belgisch Strafrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1976, nr. 882).

In de rechtspraak wordt met deze opvatting evenwel geen rekening gehouden.

De Rechtbank te Antwerpen wees de stelling van de chirurg af dat "het contract tussen arts en patiënt gesloten om het beoogde resultaat van steriliteit te bekomen, een immorele oorzaak heeft". In een folder verspreid door het Ministerie van Volksgezondheid werd de sterilisatie voor-

gesteld als een middel van "verantwoord ouderschap" (Rb. Antwerpen, 17 januari 1980, *De Verz.*, 1981, 183; *Vl. T. Gez.*, 1980-81, nr. 3, 34; zie in dezelfde zin Rb. Leuven, 17 december 1987, *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 292; *T.B.B.R.*, 1989, 85). Ook in recentere rechtsleer wordt niet meer uitgegaan van het principieel verbod van de sterilisatie (zie DELVA, W. en DIERKENS, R., *a.w.*, 480; HENNAU-HUBLET, Chr., *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 38; VANDERMEERSCH, D., "Medische fout, sterilisatie en medische experimentatie", *T.P.R.*, 1983, 850-851; *vgl.* uitgebreider NYS, H., "Het kind en de rekening. Fout, schade en schadevergoeding naar aanleiding van een mislukte sterilisatie", *R.W.*, 1988-89, 1157; VAN LIL, M., "De geboorte van een kind na een mislukte sterilisatie : wie betaalt de rekening?", *T. Orde Gen.*, 1989, afl. 45, 43). Ook de opvattingen in de medische deontologie zoals die tot uiting komen in de Code voor geneeskundige plichtenleer zijn grondig geëvolueerd (zie voor een vergelijking van de vroegere en de huidige versie van art. 54 van de code, NYS, H., *a.w.*, 1157; zie ook RENAER, M., "Medische en deontologische aspecten van de heelkundige sterilisatie", *T. Orde Gen.*, 1988, afl. 42, 14).

B. AANSPRAKELIJKHEID BIJ GEBOORTE VAN EEN KIND NA STERILISATIE

1. Onvruchtbaarheid : resultaat of inspanning

355 Algemeen wordt tegenwoordig aanvaard dat de vrouwelijke sterilisatie geen absolute onvruchtbaarheid garandeert. In de huidige stand van de medische kennis blijft er een, zij het gering, risico bestaan op bevruchting. Bovendien zou de controle van de onvruchtbaarheid ingrijpend zijn.

In deze zin sprak de Rechtbank te Kortrijk zich uit (Rb. Kortrijk, 3 januari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1171, noot; zie eveneens NYS, H., *a.w.*, 1158 en de in noot 13 geciteerde buitenlandse rechtspraak en Belgische rechtsleer). De Rechtbank te Leuven aarzelde hieromtrent nog en beval terzake een deskundigenonderzoek (Rb. Leuven, 17 december 1987, *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 292; *T.B.B.R.*, 1989, 85).

356 Meer discussie bestaat er over de garantie die de mannelijke sterilisatie of vasectomie zou bieden. Ook hier is het risico op blijvende vruchtbaarheid niet uitgesloten.

De Rechtbank te Antwerpen maakte een onderscheid tussen het einddoel, nl. de definitieve onvruchtbaarheid, wat een resultaat inhoudt, en de onvruchtbaarheid onmiddellijk na de ingreep die niet kan worden gegarandeerd (Rb. Antwerpen, 17 januari 1980, *De Verz.*, 1981, 183; *Vl.T. Gez.*, 1980-81, nr. 3, 34). Hetzelfde onderscheid treft men aan bij STOLKER (STOLKER, C.J.J.M., *Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, Deventer, Kluwer, 1988, 88; zie NYS, H., *a.w.*, 1158). Vasectomie en nacontrole tezamen zouden dus een resultaatsverbintenis inhouden. Toch blijft er een kleine kans op spontane rekanalisatie bestaan.

Gelet op de lagere mislukkingspercentages bij een vasectomie, het feit dat mislukking vrij snel na de ingreep duidelijk kan worden en, anders dan bij vrouwelijke sterilisatie, controle op mislukkingen relatief eenvoudig is via spermaonderzoek, heeft de arts bij de geboorte van een kind na een mislukte vasectomie meer de schijn tegen zich dan bij een mislukte vrouwelijke sterilisatie.

2. Informatie over mogelijke vruchtbaarheid

357 Omdat bij een sterilisatie de onvruchtbaarheid niet kan worden gewaarborgd terwijl toch bij velen de verwachting leeft van een absolute onvruchtbaarheid, rust op de arts de verplichting het paar in te lichten over de mogelijkheid van vruchtbaarheid (DELVA, W. en DIERKENS, R., *a.w.*, 484; Rb. Antwerpen, 17 januari 1980, *De Verz.*, 1981, 183; *Vl. T. Gez.*, 1980-81, nr. 3, 34).

De draagwijdte van deze informatieplicht moet niet te beperkend worden uitgelegd (zie daarover NYS, H., *a.w.*, 1159-1160). Niet alleen de kans op blijvende vruchtbaarheid moet worden vermeld maar ook de alternatieve vormen van anticonceptie. Wordt voor sterilisatie gekozen, dan is het geraadzaam nog een tijdlang andere anticonceptiva aan te bevelen, zeker bij een sterilisatie van de vrouw. Schriftelijke informatie of een combinatie van geschreven en mondelinge informatie is in een aangelegenheid als deze, waar doorgaans geen dringende beslissingen moeten worden genomen en de voor- en nadelen rustig kunnen worden afgewogen, aangewezen. Deze informatie moet vanzelfsprekend beantwoorden aan de stand van de medische kennis (zie in dit verband Rb. Kortrijk, 3 januari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1172, noot; in de verstrekte informatiebrochure werd de sterilisatie als definitief voorgesteld).

358 Indien de arts een informatiefout kan worden verweten, rijst de vraag of een oorzakelijk verband kan worden aangetoond tussen deze fout en de mogelijke schade.

Het Franse Hof van Cassatie heeft een dergelijk oorzakelijk verband aanvaard, zij het met nuances (Cass. Fr., 9 mei 1983, *D.*, 1984, 122, noot PENNEAU, J.). Volgens PENNEAU kan een oorzakelijk verband tussen de gebrekkige informatie en de schade maar worden aanvaard wanneer vaststaat dat het echtpaar, bij correcte informatie, de zwangerschap had kunnen voorkomen. Hij betwijfelt dat. Andere auteurs delen die twijfels (DORSNER-DOLIVET, A., *J.C.P.*, 1984, II, 20. 262; STOLKER, C.J.J.M., *Aansprakelijkheid van de arts voor mislukte sterilisaties*, Deventer, Kluwer, 1986, 35).

De Rechtbank te Kortrijk vermeed de vraag naar het oorzakelijk verband tussen de onjuiste informatie en de zwangerschap, door niet de zwangerschap als schade te beschouwen maar wel het verlies van een kans de nodige maatregelen te nemen ter voorkoming van een mogelijke zwangerschap (Rb. Kortrijk, 3 januari 1990, *R.W.*, 1988-89, 1172, noot). Problematisch hierbij is of men wel kan spreken van een kans, d.w.z. een mogelijkheid of een waarschijnlijkheid waarover men geen zekerheid heeft (zie NYS, H., *a.w.*, 1161).

3. Zwangerschap en geboorte van een kind als schade

359 De Rechtbank te Kortrijk aanvaardde het bestaan van materiële schade die het gevolg is van de zwangerschap, de geboorte en de opvoeding van het kind. Het echtpaar had ernaar gestreefd deze kosten te vermijden door een sterilisatie te laten uitvoeren. Het doen mislukken van de gezinsplanning geeft aanleiding tot de vergoeding van deze kosten nu gezinsplanning een recht is en niet strijdig is met de openbare orde of goede zeden.

Behalve de kosten i.v.m. zwangerschap, geboorte en opvoeding erkende de Rechtbank te Kortrijk nog als schade de medische kosten gemaakt n.a.v. de (mislukte) sterilisatie en de ongemakken die werden ondervonden.

De kosten verband houdend met de sterilisatie van de man na de mislukte sterilisatie van de vrouw werden niet als schade beschouwd die in oorzakelijk verband stond met de fout van de arts (Rb. Kortrijk, 3 januari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1162) (i.v.m. de geboorte van een kind als mogelijke schade, zie verder, nr. 473 en NYS, H., *a.w.*, 1161-1162).

C. HEELKUNDIGE ANTICONCEPTIE BIJ MINDERJARIGEN

360 Gelet op de belangrijke inbreuk op de fysieke integriteit waarmee de sterilisatie gepaard gaat, het nagenoeg onherroepelijke karakter ervan en het voorhanden zijn van valabele alternatieven, kan een sterilisatie bij een minderjarige nauwelijks als een geoorloofde handeling worden beschouwd. In het uitzonderlijke geval waarin een arts toch tot een dergelijke ingreep wenst over te gaan zal de toestemming van de ouders alleen geenszins kunnen volstaan. Wel zal, naast de toestemming van de minderjarige zelf die steeds vereist is gezien het hoogst persoonlijk karakter van de ingreep, de toestemming van de ouders vereist zijn (VANSWEEVELT, T., *a.w.*, nr. 15).

D. HEELKUNDIGE ANTICONCEPTIE BIJ MENTAAL GEHANDICAPTEN

361 Gedwongen of onvrijwillige anticonceptie kan op zichzelf worden beschouwd als een inbreuk op het recht op voortplanting dat beschermd wordt door art. 8 en art. 12 E.V.R.M. Anderzijds beschermt art. 8 E.V.R.M. ook het recht op seksueel verkeer of seksualiteitsbeleving (E.H.R.M., Dudgeon, 22 oktober 1981, A, vol. 45).

Doorgaans stelt de gecombineerde uitoefening van het recht op seksueel verkeer en voortplanting weinig problemen. Het ligt anders wanneer de betrokkene, gezien zijn geestelijke onvolwaardigheid, de seksualiteitsbeleving niet kan ordenen via anticonceptiva of het slachtoffer dreigt te worden van derden die misbruik maken van zijn seksualiteitsbeleving. De vraag naar onvrijwillige anticonceptie kan dan aan de orde komen. Er zal dan een afweging dienen te gebeuren tussen twee rechten die beide beschermd worden door art. 8 E.V.R.M., nl. het recht op voortplanting en het recht op seksualiteitsbeleving. Afzondering van de mentaal gehandicapte houdt een keuze in die afbreuk doet aan beide rechten terwijl een dergelijke vrijheidsberoving strijdig kan zijn met art. 5 E.V.R.M.

362 Bij het beantwoorden van de vraag naar het geoorloofd karakter van onvrijwillige sterilisatie van mentaal gehandicapten wordt een onderscheid gemaakt naargelang er al dan niet een wettelijke vertegenwoordiger is (PAUWELS, J., "Juridische aspecten van contraceptie, seksualiteit en ouderschap bij mentaal gehandicapten", in NIJS, P. en CHRISTIAENS, M., (eds), *Seksualiteit bij gehandicapten : (on)gewoon?*, Leuven, Acco, 1981, 202).

Een minderjarige mentaal gehandicapte en een meerderjarige mentaal gehandicapte t.a.v. wie het statuut van verlengd minderjarige van toepassing is verklaard, worden in rechte vertegenwoordigd door de ouders of de voogd. Volgens PAUWELS kan in een dergelijke situatie de arts overgaan tot heelkundige anticonceptie mits hij de geldige toestemming van de vertegenwoordiger heeft bekomen. Neemt men dit aan, dan is er rechtens van een onvrijwillige sterilisatie geen sprake, vermits er (vervangende) toestemming werd gegeven. De Nati-

onale Raad van de orde der geneesheren heeft in een advies uitgebracht op 13 juni 1981 eenzelfde houding aangenomen.

De adviesaanvraag betrof een minderjarig mentaal gehandicapt meisje dat in een gemengde instelling verbleef. De arts die om advies vroeg, overwoog ten gevolge van de mislukking van gewone anticonceptiva, "de heelkundige sterilisatie bij de ernstige mentaal gehandicapte meisjes van de instelling". Daarop antwoordde de Nationale Raad dat een systematische sterilisatie van mentaal gehandicapten onaanvaardbaar is en dat elk geval individueel dient onderzocht en besproken te worden. Opdat een sterilisatie bij een mentaal gehandicapte geoorloofd zou zijn moet een "onbetwistbare" indicatie aanwezig zijn en moeten volgende voorwaarden zijn vervuld. De noodzaak is bewezen. Gewone anticonceptiva bieden geen afdoende oplossing. De wettelijke vertegenwoordiger is voldoende ingelicht over het definitief karakter van de ingreep en de problemen die zich achteraf nog kunnen stellen. Ten slotte dient de wettelijke vertegenwoordiger vrij hierover te beslissen en zijn toestemming moet schriftelijk worden bevestigd. Bovendien voorziet het advies in een verplichte rapportering en een intercollegiale beslissing. Het rapport moet worden overgemaakt aan de provinciale raad van de orde der geneesheren (*T. Orde Gen.*, 1980-81, afl. 29, 40-41; het advies heeft betrekking op mentaal gehandicapte meisjes maar is volgens RENAER ook geldig t.o.v. jongens. Zie RENAER, M., "Medische en deontologische aspecten van de heelkundige sterilisatie", *T. Orde Gen.*, 1988, afl. 42, 33). Volgens VANSWEEVELT mag worden uitgegaan van het vermoeden dat de ouders van een mentaal gehandicapte de gezondheid van het kind op de eerste plaats stellen. Zou dat niet het geval zijn, dan is een beroep op de jeugdrechter mogelijk (VANSWEEVELT, T., *a.w.*, nr. 31).

De vraag rijst of ouders of voogd wel bevoegd zijn om een zodanig ingrijpende beslissing te nemen t.a.v. een hoogstpersoonlijk rechtsgoed als de mogelijkheid tot voortplanting. Bij het beantwoorden van deze vraag dient het onderscheid tussen een therapeutische en een anticonceptieve sterilisatie niet te strikt te worden gehanteerd. Ook al bedreigt een zwangerschap niet rechtstreeks het leven van de vrouw, dan toch nog kan een zwangerschap bij een mentaal gehandicapte de gezondheid op een indirecte manier bedreigen, onder andere doordat ten gevolge van zwangerschapsbraken geneesmiddelen die de mentaal gehandicapte dient te nemen, niet kunnen worden ingenomen. Ook kan zwangerschap leiden tot neigingen tot zelfdestructie. Men kan dus sneller dan in gewone omstandigheden het bestaan van een therapeutische indicatie aanvaarden en dus de bevoegdheid van de ouders of de voogd. Hier ligt ook een onderscheid tussen mentaal gehandicapte meisjes en jongens. De redenen die het bestaan van een therapeutische indicatie bij een meisje aannemelijk maken, zijn er niet bij jongens. Dat het advies van de Nationale Raad van de orde der geneesheren analogisch zou gelden voor jongens, zoals door RENAER wordt voorgehouden, is niet vanzelfsprekend. Ten voordele van de bevoegdheid van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger wordt er in de literatuur op gewezen dat deze personen bevoegd zijn te beslissen tot opname en eventueel afzondering van de mentaal gehandicapte in een instelling. Op die wijze kan de vertegenwoordiger ingrijpen t.a.v. de voortplanting. Dus heeft hij die bevoegdheid ook t.a.v. sterilisatie (in die zin, HIRSCH, G. en HIERSCHE, W., "Sterilisation geistiger Behinderten", *Medizin-Recht*, 1987, afl. 2, 59-61). Er wordt dan aan voorbij gegaan dat de sterilisatie een definitieve maatregel is, en de afzondering slechts tijdelijk kan zijn. In re B was het House of Lords van mening dat een mentaal gehandicapte door een onvrijwillige sterilisatie niet wordt beroofd van een hoogstpersoonlijk recht omdat de mentaal gehandicapte toch niet in staat zou zijn de draagwijdte van dit recht naar waarde te schatten (In re B - a minor, wardship : sterilisation -, *The Weekly Law Reports*, 15 may 1987, 1213-1224); zie in dezelfde zin HIRSCH, G. en HIERSCHE, W., a.w.). LEE en MORGAN hebben deze uitspraak van het House of Lords afgekeurd. Of sprake is van een fundamenteel mensenrecht kan niet afhankelijk worden gesteld van bepaalde opvattingen over het volwaardig mens zijn (LEE, R. en MORGAN, D., "Sterilisation and mental handicap : sapping the strength of the state?", *Journal of Law and Society*, 1988, 232).

363 Wanneer de mentaal gehandicapte meerderjarig is en niet onder een beschermingsstatuut valt, i.h.b. de verlengde minderjarigheid, kan niemand in zijn plaats een geldige toestemming geven voor de sterilisatie.

Naar de mening van PAUWELS stellen zich alleen dan juridische problemen (PAUWELS, J., *a.w.*, 202-203). De oplossing waarbij de verwanten van de mentaal gehandicapte in de besluitvorming worden betrokken wordt door PAUWELS, terecht, van de hand gewezen. Hij is van oordeel dat de arts zelf een beslissing kan nemen en overgaan tot sterilisatie. Hij suggereert dat, zoals bij hoogdringendheid een medische ingreep zonder toestemming mag gebeuren, een sterilisatie zonder toestemming mag worden verricht wegens het permanente gevaar van zwangerschap, dat met de hoogdringendheid zou kunnen worden gelijk gesteld. Maar hij benadrukt de rechtsonzekere toestand die hier bestaat en meent dat de wetgever hierin klaarheid moet brengen (PAUWELS, J., *a.w.*, 204). In een advies dat de Nationale Raad van de orde der geneesheren op 16 maart 1974 uitbracht over de sterilisatie van een "zwaar debiel meerderjarig meisje" beaamde de Nationale Raad de door de arts voorgestelde oplossing, nl. het plaatsen van het meisje onder het statuut van verlengde minderjarigheid (*T. Orde Gen.*, 1973-74, afl. 23, 77-78). Op die manier ontstaat een toestand zoals reeds beschreven in nr. 362).

Een beroep op de noodzakelijkheid of hoogdringendheid zoals door PAUWELS voorgesteld, treft men aan in de uitspraak van een Engelse rechter over de sterilisatie van een meerderjarig mentaal gehandicapt meisje (T.v.T., *Weekly Law Reports*, 5 february 1988, 189). Vermits noch de meerderjarige zelf noch haar moeder toestemming konden geven voor de sterilisatie, vroegen en verkregen de artsen een verklaring van de rechter dat zij niet in strijd met de wet handelden door zonder toestemming tot de sterilisatie over te gaan op het ogenblik dat zij bij de mentaal gehandicapte, die reeds zwanger was, een zwangerschapsafbreking zouden uitvoeren (zie voor kritiek op het beroep op de noodzakelijkheid FORTIN, J., "Sterilisation, the mentally ill and consent to treatment", *The Modern Law Review*, 1988, 634-642).

AFDELING II

MEDISCH BEGELEIDE BEVRUCHTING

§1. Geoorloofd karakter van de medisch begeleide bevruchting

364 Onder de medisch begeleide bevruchtingstechnieken verstaat men vnl. k u n s t m a t i g e i n s e m i n a t i e (K.I.) en i n v i t r o f e r t i l i s a t i e (I.V.F.) gevolgd door e m b r y o t r a n s f e r (E.T.). Kunstmatige inseminatie doet zich voor in twee vormen, nl. kunstmatige inseminatie met sperma van de echtgenoot (K.I.E.) of met sperma van een donor (K.I.D). Bij I.V.F. worden mannelijke en vrouwelijke gameten buiten het lichaam van een vrouw *in vitro* samengesmolten, waarna het aldus ontstane embryo bij de vrouw wordt ingeplant (E.T.). I.V.F./E.T. kan gebeuren met gameten van de betrokken vrouw en man, maar ook hier is donatie van eicellen en/of sperma mogelijk. Zelfs het aldus ontstane embryo kan worden afgestaan.

365 De wetgever heeft zich tot op heden niet ingelaten met K.I. en I.V.F., één uitzondering buiten beschouwing gelaten.

Volgens art. 318, §4 B.W. is de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot niet ontvankelijk wanneer de echtgenoot toestemming heeft gegeven tot K.I. of tot "een andere daad die de voortplanting tot doel had", tenzij de verwekking van het kind niet het gevolg kan zijn van die handeling (zie hierover, HEYVAERT, A., "De nieuwe procreatietechnieken en de afstammingswet van

31 maart 1987", *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 235 e.v.). Hoe algemeen deze bepaling ook is, men kan er wel een impliciete erkenning in zien van het geoorloofd karakter van de medisch begeleide bevruchtingstechnieken.

366 K.I. en I.V.F./E.T. kunnen worden toegepast als e e n r e m e d i e tegen natuurlijke onvruchtbaarheid of ter voorkoming van de overdracht van erfelijke aandoeningen. Er stellen zich in dat geval geen juridische problemen. De inbreuk op de fysieke integriteit van de vrouw waarmee de inseminatie of de inplanting gepaard gaat wordt gerechtvaardigd door het therapeutisch of preventief doel, zij het dat in het laatste geval de vrucht, en niet de vrouw, de rechtstreekse beneficiant is van het optreden, hoewel ook de vrouw voordeel haalt uit de behandeling. Vanzelfsprekend zal een dergelijk ingrijpen slechts op uitdrukkelijk verzoek van de vrouw mogen worden toegepast (SENAEVE, P., "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.*, 1985-1986, 644).

367 Gelet op het nagestreefde doel, kunnen K.I. en I.V.F./E.T. in deze gevallen worden beschouwd als handelingen welke behoren tot de uitoefening van de geneeskunde in de zin van art. 2 Wet Uitoefening Geneeskunst. De toepassing van de medisch begeleide bevruchtingstechnieken is daarom voorbehouden aan artsen (MEULDERS-KLEIN, M.Th. en HENNAU-HUBLET, Chr., "Aspects juridiques de la fécondation in vitro", *Louvain Médical*, 1988, 377-378; NYS, H., "Het medisch recht en het kunstmatig leven", *Kultuurleven*, 1986, 263, SENAEVE, P., *a.w.*, 643).

MEULDERS-KLEIN en HENNAU-HUBLET wijzen, behalve op art. 2 Wet Uitoefening Geneeskunst, nog op art. 3 van de Wet van 7 februari 1961 betreffende de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong, *B.S.*, 22 mei 1964. Volgens deze bepaling mogen therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong alleen door een arts of onder diens leiding worden afgenomen en gebruikt. Als therapeutisch bestanddeel van menselijke oorsprong kunnen sperma, eicellen en zelfs bevruchte eicellen in aanmerking komen, tenminste voor zover deze bestanddelen een aangepaste behandeling hebben ondergaan (MEULDERS-KLEIN, M.Th. en HENNAU-HUBLET, Chr., *a.w.*, 378; in dezelfde zin SENAEVE, P., *a.w.*, 641).

I.V.F./E.T. is een zodanige ingreep dat de tussenkomst van een arts nauwelijks kan worden gemist. Dat is niet het geval bij K.I. Het toepassen van K.I. door een persoon die niet voldoet aan de voorwaarden voor de uitoefening van de geneeskunde is onwettige uitoefening van de geneeskunde. Zelfinseminatie daarentegen valt buiten het bereik van het recht.

368 K.I. en I.V.F./E.T. kunnen, behalve als remedie (of preventie) ook worden toegepast als een alternatief voor natuurlijke voortplanting. Aldus wanneer de inseminatie of inplanting gebeurt bij een vrouw die niet via seksuele betrekking tot bevruchting wenst te komen. In dat geval stelt zich de vraag naar het geoorloofd karakter van het gebruik van de medisch begeleide bevruchtingstechnieken wel. Hetzelfde geldt wanneer de technieken worden toegepast om eugenetische redenen of om selectie naar geslacht mogelijk te maken.

In een ontwerp aanbeveling inzake medische begeleide bevruchting van het ministercomité van de Raad van Europa, die werd opgesteld door het CAHBI (Comité Ad Hoc des experts sur la bioéthique) wordt het gebruik van K.I. en I.V.F./ET beperkt tot heteroseksuele koppels, al dan niet gehuwd, wanneer onvruchtbaarheid of gevaar voor overdracht van erfelijke aandoeningen of een

aangeboren ziekte bestaat. Deze technieken dienen niet als een alternatief voor natuurlijke voortplanting te worden aangewend bij alleenstaanden of homoseksuele paren (regel 1 van de ontwerp-aanbeveling) Zie voor een bespreking van de ontwerp-aanbeveling in een rechtsvergelijkend kader NYS, H., "Medisch begeleide bevruchting. Ontwikkelingen m.b.t. regelgeving in België en Europa", in *Recht en medische begeleide bevruchting*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, 3-58. Wanneer men aanvaardt dat naar huidig recht de inbreuk op de fysieke integriteit slechts gerechtvaardigd wordt door een therapeutisch of preventief oogmerk en de toestemming van de betrokken vrouw, dan vindt regel 1 van de ontwerp-aanbeveling steun in het huidige recht (in deze zin MEULDERS-KLEIN, M.Th., "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et des procréations médicalement assisteés", in *Internationaal colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, Brussel, *Belgisch Staatsblad*, 1988, 169). *De lege ferenda* bepleit SENAEVE een basisregeling voor het gebruik van kunstmatige inseminatie die er dient voor te zorgen dat deze techniek enkel zou worden aangewend tot bestrijding van infertiliteit (SENAEVE, P., *a.w.*, 644).

Andere auteurs daarentegen menen dat het bestaande recht geen uitspraken toelaat over het juridisch geoorloofd karakter van het gebruik van deze technieken (in deze zin HEYVAERT, A., "Opmerkingen over 'juridische' stellingen in verband met de nieuwe procreatietechnieken en afstammingsafspraken", in APOSTEL, L. e.a. (ed), *Beschikken over lijf en leven*, Leuven, Acco, 1987, 90). Deze auteur komt tot het besluit dat uit de bestaande wetgeving geen regels kunnen worden afgeleid, volgens welke de toepassing van de nieuwe procreatietechnieken op zichzelf of in bepaalde omstandigheden juridisch ongeoorloofd zou zijn (*id.*, 93).

In de bestaande wetgeving op de uitoefening van de geneeskunde en de strafrechtelijke bepalingen inzake slagen en verwondingen steun zoeken om het ongeoorloofd karakter van K.I. en I.V.F./ET te bepleiten vindt hij "een verregaande extrapolatie", want "bij de uitwerking van de desbetreffende bepalingen waren de nieuwe procreatietechnieken onbekend" (*id.* 92). Overtuigend is het laatste niet. Ook de zgn. progressieve of evolutieve interpretatie is toegelaten in het strafrecht. Dit is een vorm van extensieve interpretatie "waarbij de strafwet toepasselijk verklaard wordt op uitingen of technieken die door de historische wetgever niet voorzien zijn of niet voorzien konden worden" (DUPONT en VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, nr. 156).

HEYVAERT beroept zich nog op een ander argument, met name een ruime interpretatie van therapie. Als men aanvaardt dat de gezondheid de toestand is van fysiek, psychisch en sociaal welzijn van de persoon, is de procreatieve bijstand aan een vrouw die lijdt door het uitblijven van een gewenste zwangerschap, onbetwistbaar medisch verantwoord handelen (HEYVAERT, A., a.w., 92). HEYVAERT beroept zich hier op de definitie van gezondheid zoals die door de World Health Organisation wordt gehanteerd. Volgens WILLEKENS is dat een begrip zonder inhoud : "geeft men woorden zo'n allesomvattende betekenis dan ontneemt men ze elke specifieke betekenis en elke mogelijkheid te discrimineren in de beschrijving van feitelijke toestanden" (WILLEKENS, H., "De rol van het recht in de medicalisering van de maatschappelijke besluitvorming : abdicatie en organisatie", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, noot 24). Het valt overigens niet goed in te zien waarom voornamelijk (Belgische) juristen de neiging vertonen om deze definitie, die bedoeld is als een beleidsverklaring, voortdurend uit haar context te lichten en er een normatieve betekenis aan te geven. Zie voor een ander voorbeeld, FAGNART, J.L., "La réforme de la responsabilité médicale : responsabilité ou assurance"?, *Rapport Belge au Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, Montréal, augustus 1990. Het volstaat om (sociaal) geneeskundige literatuur te raadplegen om deze definitie, die overigens naar Belgisch recht geen bindend karakter heeft, in haar juist kader te kunnen plaatsen. Zie b.v. THUNG, P.J., "Gezondheid als ziekte", in *Handboek Gezondheidsethiek*, 125. Zie voor andere referenties, v° *World Health Organisation* in het zojuist genoemde handboek. De Nederlandse hoogleraar in de sociale geneeskunde J.B. STOLTE placht de toestand beschreven in de definitie van de World Health Organisation aan te duiden als de manische fase van een manisch-depressieve aandoening.

§2. Gebruik van gameten afkomstig van een donor

369 Het gebruik maken van sperma of eicellen afkomstig van een donor kan meerdere juridische problemen stellen. Vooreerst is er de wijze waarop de gameten worden bekomen. Het wegnemen van eicellen veronderstelt een medische ingreep bij de donor waardoor de fysieke integriteit wordt aangetast. Ook rijst weer de vraag naar het geoorloofde karakter ervan, vermits er van een therapeutisch oogmerk voor de betrokkene zelf geen sprake is.

Volgens HEYVAERT kan de ontoelaatbaarheid van een dergelijke ingreep bezwaarlijk uit de bestaande wetgeving worden afgeleid. Hij wijst op de Wet van 7 februari 1961 betreffende de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong, *B.S.*, 24 mei 1964, en het Uitvoeringsbesluit van 10 november 1971, B.S., 5 mei 1972. De wegneming van eicellen wordt daarin tot nu toe evenwel niet geregeld. Voorts vermeldt hij de Orgaantransplantatiewet welke betrekking heeft op gevallen waarin aan iemand letsels worden toegebracht met het oog op de medische behandeling van iemand anders die vaak ernstiger zijn dan wat gebeurt bij het wegnemen van eicellen. Dit mag op zichzelf juist zijn, maar het neemt niet weg dat het wegnemen en gebruiken van eicellen uitdrukkelijk uit het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet is gesloten (zie art. 1, §1, tweede lid).

Een en ander betekent dat het wegnemen van eicellen bij een donor niet vrij is van juridische complicaties.

370 De wegneming van eicellen zonder de toestemming van de vrouw is onaanvaardbaar. Zo zouden soms bij het uitvoeren van een sterilisatie zonder medeweten van de vrouw eicellen worden weggenomen die dan later worden gebruikt bij I.V.F. Niet alleen wordt hier een niet gerechtvaardigde inbreuk gepleegd op de fysieke integriteit van de vrouw. Wie zich op zulke wijze eicellen toeëigent, maakt zich schuldig aan diefstal. De meeste auteurs nemen aan dat stoffen uit of delen van het lichaam als zelfstandige zaak in de zin van het vermogensrecht te beschouwen zijn (SENAEVE, P., *a.w.*, 628; *anders*, maar klaarblijkelijk te wijten aan een onjuist begrip van de nederlandstalige rechtsliteratuur MEULDERS-KLEIN, M.Th., *a.w.*, 164, noot 61).

371 Bij het gebruik-maken van donorgameten, meer bepaald donorsperma, dient de arts die tot K.I. of I.V.F. overgaat acht te slaan op de kwaliteit van de gebruikte gameten.

De arts dient de nodige onderzoekingen te (laten) verrichten naar de kwaliteit van het donorsperma, waarbij in het bijzonder dient te worden gelet op het HIV vrij zijn van het sperma (VANSWEEVELT, T., *Aids en recht*, nr. 70-71). Toch zou de verplichting van de arts om de kwaliteit van het donorsperma te waarborgen slechts een inspanningsverbintenis inhouden, indien de algemene contractuele aansprakelijkheidsregels hier toepassing vinden. Daardoor komt het slachtoffer in een zeer nadelige positie terecht. VANSWEEVELT verdedigt de opvatting dat de arts die onvoldoende voorzorgsmaatregelen heeft genomen om de kwaliteit van het donorsperma te waarborgen, contractueel kan worden aangesproken als verkoper van een zaak die een verborgen gebrek vertoont. Sperma dat met het HIV-virus is besmet, vertoont een verborgen gebrek. Wanneer de arts sperma heeft gebruikt dat in zijn eigen spermabank werd bewaard, kan hij aansprakelijk worden gesteld voor de veroorzaakte schade, wanneer de patiënt aantoont dat hij het gebrek ken-

de of behoorde te kennen. Wanneer de arts daarentegen het sperma heeft betrokken bij een door een derde beheerde spermabank dan zal het de patiënt moeilijker vallen de arts aansprakelijk te stellen. De arts mag er immers op vertrouwen dat het geleverd sperma onbesmet is. Het is hem redelijkerwijze onmogelijk om zelf over te gaan tot het onderzoeken van het geleverde sperma o.a. op HIV. De patiënt zal zich in dat geval dienen te richten tot de bank die het sperma heeft geleverd (VANSWEEVELT, T., *Aids en recht*, nr. 72-76). Een en ander betekent voorts dat het gebruik van zgn. vers sperma niet strookt met wat een goed arts geplaatst in vergelijkbare omstandigheden zou doen.

372 Bij het gebruik van donorgameten, wordt groot belang gehecht aan het waarborgen van de anonimiteit van de gametendonor zowel tegenover de ouders als het kind.

Dit is in het bijzonder zo bij K.I.D. Het wegnemen van eicellen bij een donorvrouw is van die aard dat het waarborgen van de anonimiteit tegenover de ouders op praktische moeilijkheden kan stuiten. Het invriezen van onbevruchte eicellen is tot nu toe niet mogelijk en de wegneming veronderstelt een medische ingreep in een ziekenhuis. Maar tegenover het kind doet zich inzake handhaving van de anonimiteit geen verschil voor tussen K.I.D. en I.V.F..

373 De arts onder wiens verantwoordelijkheid het donorsperma wordt verzameld en bewaard is tegenover derden door een geheimhoudingsplicht gebonden op grond van art. 458 Sw. Zowel de afstand van sperma als de naam van de donor vallen onder die geheimhoudingsplicht. Het doorbreken van de anonimiteit van de spermadonor maakt een inbreuk uit op art. 458 Sw. en zou niet kunnen zonder een wetswijziging. DIJON is van mening dat de verplichting van de arts om de anonimiteit van de donor te garanderen, steunt op een contractuele afspraak die evenwel nietig zou zijn. Die mening kan niet worden gevolgd. Evenmin kan men het eens zijn met het standpunt van deze auteur dat K.I.D. geen medische handeling is en daarom niet wordt beschermd door art. 458 Sw. (DIJON, X., "La filiation paternelle de l'enfant né par l'insémination artificielle avec donneur", *T.B.B.R.*,1990, 108, nr. 26 en noot 40).

Regel 13 van de ontwerp-aanbeveling over medisch begeleide bevruchting van de Raad van Europa gaat eveneens uit van de verplichting de anonimiteit van de donor te handhaven. §2 van deze regel geeft aan de lidstaten de bevoegdheid om regels totstand te brengen zodanig dat aan het kind de identiteit van de donor mag worden meegedeeld. Dit gebeurde om rekening te houden met de Zweedse K.I.-Wet van 20 december 1984 die aan het kind het recht geeft op de hoogte te worden gebracht van de informatie die over de donor werd opgeslagen, wanneer het voldoende ontwikkeld is. Zie hierover NYS, H., "Medische begeleide bevruchting. Ontwikkelingen m.b.t. regelgeving in België en Europa", *a.w.*, 18.

374 De verplichting de anonimiteit van de donor te eerbiedigen wordt, behalve op de medische geheimhoudingsplicht, ook wel gebaseerd op het onmogelijk maken van vorderingen vanwege het kind of de moeder van het kind tegenover de donor.

Volgens HEYVAERT is het principieel mogelijk dat buiten de hypothese van art. 318, §4 B.W. en wanneer de spermadonor nog leeft op het ogenblik van de K.I., een vordering tot vaststelling van

het vaderschap wordt ingesteld tegen de man met wie het kind een onmiddellijke genetische band heeft. Een eventuele voorafgaande overeenkomst tussen de donor en de toekomstige moeder waarbij wordt vastgelegd dat de spermagift niet mag leiden tot het vaderschap van de donor is waardeloos. Van het vorderingsrecht betreffende de afstamming kan niet worden afgezien (art. 331*quater* B.W.). De moeder zou derhalve achteraf in eigen naam een vordering tot vaststelling van de vaderlijke afstamming van haar kind kunnen instellen. *A fortiori* kan het kind zelf dergelijke vordering instellen (HEYVAERT, A., "De nieuwe procreatietechnieken", *a.w.*, 238-239). Volgens deze auteur is het dan ook een elementaire plicht van de arts dat hij op deze mogelijke consequenties wijst wanneer een vrouw zich met een door haar gekozen donor aanbiedt met het oog op K.I. of I.V.F. Volgens dezelfde auteur zou in deze hypothese een vordering tot levensonderhoud tegen de spermadonor eveneens mogelijk zijn, niettegenstaande de formulering van art. 336 B.W. Daarin is sprake van "met zijn moeder gemeenschap heeft gehad" (HEYVAERT, A., *a.w.*, 239-240; zie hierover ook DIJON, X., *a.w.*, 24).

375 Een andere kwestie dan de anonimiteit van de donor is of het kind ervan op de hoogte dient te zijn dat het via K.I.D. werd verwekt. Zoals bij adoptie is het een zaak van de ouders het kind daarvan op de hoogte te brengen. Het recht dient zich daar niet mee in te laten (in deze zin ook SENAEVE, P. *a.w.*, 647).

376 Nog een andere kwestie dan de anonimiteit van de donor betreft het verzamelen en registreren van medische gegevens omtrent de donor en het recht van de ouders en/of het kind op inzage in deze gegevens.

Regel 13, tweede lid van de ontwerp-aanbeveling van de Raad van Europa inzake de medisch begeleide bevruchting laat toe dat in het belang van de gezondheid van het kind of met het oog op genetische advisering genetische gegevens over de donor worden ter beschikking gesteld van ouders of kind. Voor het kind zelf en voor zijn nageslacht kan het van essentieel belang zijn dat het zijn genetische oorsprong kent. Om deze reden moeten de genetische karakteristieken van iedere donor worden verzameld en op een of andere wijze worden geregistreerd. Wanneer het kind later inzage wenst te hebben van deze gegevens dan kan het zich, via de behandelende arts, wenden tot de arts die deze gegevens bewaart, zo het al mogelijk is deze arts te achterhalen. Bovendien stelt zich hier een probleem inzake geheimhoudingsplicht. Een arts mag medische gegevens over een patiënt meedelen aan een andere arts wanneer deze laatste die gegevens nodig heeft voor de behandeling van dezelfde patiënt. Dit is hier niet het geval. De huidige interpretatie van de geheimhoudingsplicht maakt het meedelen van genetische gegevens over een donor aan het K.I.D.-kind vrijwel onmogelijk. Slechts een wetswijziging of een beroep op de noodtoestand, nl. een afweging tussen geheimhoudingsplicht en hulpverleningsplicht, kan hier een oplossing bieden (zie verder, nr. 958).

377 Niet enkel de anonimiteit van de donor tegenover het kind moet worden beschermd. Het omgekeerde geldt evenzeer. De gametendonor moet in principe elke aanspraak ontzegd worden op kennisneming van enig gegeven omtrent de kinderen die via de donorgameten werden verwekt. Op die manier wordt iedere aanspraak van de donor op omgangsrecht uitgesloten (SENAEVE, P., *a.w.*, 648).

§3. Draagmoederschap

378 Een overeenkomst afgesloten tussen enerzijds een vrouw die er zich toe verbindt om zich te laten bevruchten via K.I. of I.V.F./ET., het kind te dra-

gen en te baren en het na de geboorte af te staan en anderzijds een echtpaar of een alleenstaande die er zich toe verbinden om na de geboorte dit kind bij zich op te nemen, eventueel met het oog op adoptie, is naar Belgisch burgerlijk recht nietig (NYS, H., *a.w.*, 270; SENAEVE, P., *a.w.*, 31; SENAEVE, P, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 250; zie ook WILS, W., "Bio-ethiek en recht : het geval van draagmoederschap", *N.Tijd.Pol.*, 1989, afl. 5, 7).

De reden voor de nietigheid van deze zgn. draagmoederovereenkomst ligt hierin dat alleen zaken die in de handel zijn het voorwerp van een geldige overeenkomst kunnen uitmaken (art. 1128 B.W.). Derhalve is de overeenkomst nietig omdat het voorwerp ervan ongeoorloofd is (SENAEVE, P., "Juridische aspecten van het draagmoederschap", 250). Bovendien is deze overeenkomst nietig omdat zij een ongeoorloofde oorzaak heeft, nl. de beschikking over het recht op fysieke integriteit, wat in strijd is met de openbare orde (art. 1131 en 1133 B.W.) (*anders*, SENAEVE, P., "Overeenkomsten tussen en met samenlevende personen andere dan echtgenoten", in STORME, M., e.a. (ed), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, nr. 9).

Het gevolg van deze nietigheid is dat wanneer een van de contracterende partijen weigert haar verbintenis na te komen, de andere partij de naleving van deze verbintenis via de rechter niet kan afdwingen. Zo zal een draagmoeder die na de geboorte weigert om het kind af te staan aan de wensouders daartoe niet kunnen gedwongen worden. Omgekeerd kunnen de wensouders die na de geboorte het kind weigeren op te nemen evenmin worden gedwongen de overeenkomst na te leven (SENAEVE, P., *a.w.*, 250-251).

DIRIX is wat het laatste betreft meer genuanceerd. Hij acht het wel mogelijk dat iemand op geoorloofde wijze een contractuele aantasting van zijn grondrechten toelaat. Het kan echter niet zo zijn dat die aantasting daardoor onherroepelijk wordt. Met name de menselijke waardigheid - het fundamenteel rechtsbeginsel waarin alle rechten convergeren - zou op een onduldbare wijze in het gedrang komen wanneer de nakoming van een overeenkomst die een grondrecht aantast, zou worden afgedwongen in rechte. Wanneer de contractant op enig ogenblik gedurende de uitvoering van de overeenkomst tot de vaststelling komt dat de verdere uitvoering tot een ondraaglijke belasting wordt, dan moet hij zijn vrijheid kunnen herwinnen. In die zin blijven grondrechten als het recht op fysieke integriteit onvervreemdbaar. DIRIX past deze redenering vervolgens toe op de draagmoederovereenkomst. Rechtsvergelijking toont volgens hem aan dat dergelijke overeenkomsten niet overal meer als ongeoorloofd worden beschouwd. Gelet op het voorgaande, kan de nakoming van de overeenkomst nochtans niet van de draagmoeder worden afgedwongen. De wensouders zijn daarentegen wel gebonden : zij kunnen niet meer weigeren het ouderschap op te nemen. De draagmoeder moet daarentegen na de geboorte van het kind vrij kunnen beslissen om het moederschap over te dragen (DIRIX, E., "Overeenkomsten en menselijke waardigheid", *R.W.*, 1989-90, 686-687).

379 Wanneer voor de uitvoering van de eerste fase van de draagmoederovereenkomst een beroep wordt gedaan op een arts - vanzelfsprekend is dat niet gezien de mogelijkheid van natuurlijke bevruchting of zelf-inseminatie - rijst de vraag of een arts hieraan zijn medewerking wel kan verlenen.

Zowel burgerrechtelijk als strafrechtelijk is de afspraak tussen de arts en de vrouw, die K.I. of I.V.F./ET. wenst te laten toepassen in uitvoering van een draagmoederovereenkomst, betwistbaar. Burgerrechtelijk deelt de overeenkomst tussen de arts en de draagmoeder-in-spe het lot van de draagmoederovereenkomst. Deze overeenkomst is *ab initio* nietig wegens een ongeoorloofd voorwerp en een ongeoorloofde oorzaak. En ook al zou de overeenkomst geldig zijn, dan kan de draagmoeder-in-spe niet tot nakoming ervan verplicht worden. Strafrechtelijk pleegt de arts

een inbreuk op de fysieke integriteit van de draagmoeder-in-spe bij het toepassen van de K.I. of de embryo inplanting. Haar toestemming volstaat niet om deze inbreuk te rechtvaardigen en bovendien gebeurt de ingreep niet met een voor deze vrouw aanwijsbare curatieve bedoeling (NYS, H., *a.w.*, 270; SENAEVE, P. *a.w.*, 251).

AFDELING III

PRENATALE DIAGNOSTIEK EN ADVISERING

§1. Prenatale diagnostiek

380 Zoals ieder medisch handelen, moet ook de p r e n a t a l e d i a g n o s t i e k gebeuren met een redelijk doel. De gangbare indicaties voor prenatale diagnostiek zijn de gevorderde leeftijd van de moeder; antecedenten met herhalingsrisico van aandoeningen die door één of andere techniek prenataal opspoorbaar zijn en probleemzwangerschappen (op basis van anamnese, biologische onderzoekingen, echografische bevindingen) zonder persoonlijke of familiale antecedenten (X, "Genetica van het beginnend leven", in *Bioethica in de jaren '90*, Gent, Omega editions, I, 1987, 320).

Als voorbeeld van een ongeoorloofde indicatie vermeldt GEVERS een verzoek om prenatale diagnostiek uitsluitend met het oog op bepaling van het geslacht van de foetus, los van eventuele genetische risico's (GEVERS, J.K.M., *Juridische aspecten van erfelijkheidsonderzoek en -advies*, Preadvies uitgebracht t.b.v. de jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Gezondheidsrecht op 10 april 1987, z.pl., z.j., 10).

381 Op de arts die wordt geconfronteerd met een indicatie voor prenatale diagnosestelling, rust de verplichting om de betrokkenen in verstaanbare bewoordingen te wijzen op deze indicatie.

GEVERS vermeldt in zijn preadvies de uitspraak van het medisch tuchtcollege in Den Haag over de plicht van een arts om bij een zwangerschap op hogere leeftijd, in verband met het verhoogde risico op geboorte van een kind met het syndroom van Down (mongolisme) op de mogelijkheid van vruchtwaterpunctie te wijzen (GEVERS, J.K.M., *a.w.*, 10-11).

382 Langs de andere kant rijst de vraag in hoeverre op de zwangere vrouw een verplichting rust om een beroep te doen op prenatale diagnostiek wanneer een van de gangbare indicaties zich voordoet.

Art. 8 E.V.R.M. beschermt het recht om te beslissen zich al dan niet voort te planten. Uit deze bepaling kan een recht op (natuurlijke) procreatie worden afgeleid (zie FAHRENHORST, I., "Fortpflanzungstechnologien und Europäische Menschenrechtskonvention", *EuGRZ.*, 1988, 126) in deze zin dat de overheid of, bij aanvaarding van de horizontale werking van art. 8 E.V.R.M., derden, iemand niet mogen afhouden van (natuurlijke) voortplanting (LEENEN, *Handboek Gezondheidsrecht*, 96). Tegenover het recht op procreatie kan een morele plicht voor een gezond nageslacht te zorgen worden gesteld. Afgezien van de vraag of het bestaan van een dergelijke morele

plicht mag worden verondersteld, is het onzeker of een dergelijke plicht juridisch kan worden afgedwongen. Dit zou op een onrechtstreekse wijze kunnen gebeuren indien men de vordering van een kind dat met een ernstige handicap ter wereld komt tegenover zijn ouders, de zgn. "wrongful life" vordering, toelaatbaar acht.

KRUITHOF acht een dergelijke vordering naar Belgisch recht uitgesloten. Een eerste vraag in dit verband is of het denkbaar is dat een man en/of vrouw door het verwekken of ter wereld brengen van een kind tegenover dat kind een fout begaan. Dat lijkt uitgesloten. Maar zelfs als men een fout in hoofde van de ouders zou aanvaarden, stuit de vordering van het kind af op het ontbreken van schade. Voor sommige auteurs is het gewoon onmogelijk om de schade vast te stellen. Schade kan slechts worden vastgesteld door de vergelijking te maken tussen de huidige toestand van slachtoffer en de hypothetische toestand waarin het slachtoffer zich zou hebben bevonden ware geen fout gemaakt. Dan zou men leven met een handicap dienen te vergelijken met niet leven wat menselijkerwijze niet mogelijk is. Andere auteurs ontkennen het bestaan van schade : het loutere feit met een handicap te worden geboren kan geen schade opleveren in de persoon van het kind, omdat het kind in de absurde positie zou worden geplaatst zijn eigen bestaansrecht te ontkennen. Door het ontbreken van fout en schade is de "wrongful life" vordering naar Belgisch recht niet ontvankelijk (KRUITHOF, R., "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind", *R.W.*, 1986-87, 2748-2754).

Ten tijde dat KRUITHOF dit artikel schreef kon als schade evenmin worden aangevoerd dat een "kans" op zwangerschapsafbreking was verloren gegaan, gelet op het strafrechtelijk verbod. De Wet van 3 april 1990, *B.S.*, 5 april 1990, heeft dit verbod aanzienlijk versoepeld (zie verder). Maar ook na de wetswijziging kan van het verlies van een "kans" op zwangerschapsafbreking in hoofde van het kind geen sprake zijn. De wet laat zwangerschapsafbreking slechts toe voor zover de vrouw oordeelt zich in een noodsituatie te bevinden. Slechts in haar hoofde kan desgevallend sprake zijn van het verlies van een "kans" op zwangerschapsafbreking. En dan nog. Niet zozeer een kans, maar wel een mogelijkheid gaat verloren (*vgl.* boven, nr. 358 inzake sterilisatie; zie in dezelfde zin GRIDEL, J.P., noot onder Trib.Gr.Inst. Montpellier, 15 december 1989, *J.C.P.*, 1990, II, 21.556).

Van een afdwingbare plicht in hoofde van de vrouw om zich te onderwerpen aan prenatale diagnostiek kan derhalve niet worden gesproken (zie NYS, H., "Juridische problemen rond erfelijkheidsvoorlichting", *R.W.*, 1982-83, 613; GEVERS, J.K.M., *a.w.*, 70).

383 Het stellen van een prenatale diagnose dient te gebeuren op een deskundige wijze.

In sommige publikaties wordt de eis gesteld dat "genetic counseling", dit is het communicatieproces waarbij de counseler een patiënt of een familielid van een patiënt met een mogelijke genetische aandoening informeert omtrent de aard van de aandoening (juiste diagnose), het vermoedelijke verloop van de aandoening (prognose), de mogelijke behandeling ervan (de therapie), het herhalingsrisico en de bestaande preventieve mogelijkheden, dient te gebeuren door een "arts-geneticus" (X, "Genetica van het beginnend leven", *a.w.*, 311). Zonder twijfel behoort de prenatale diagnostiek tot de uitoefening van de geneeskunde, wat evenwel niet wegneemt dat niet-artsen van nabij betrokken zijn bij de verschillende fazen van het genetisch counselingsproces, waarvan de diagnostiek een onderdeel is (zie hieromtrent NYS, H., "Predictief genetisch onderzoek : enkele juridische aspecten", *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 236; het daar vermelde M.B. 12 augustus 1988 houdende aanduiding van de paramedische beroepen, *B.S.*, 7 oktober 1988, werd intussen vernietigd door de Raad van State, zie verder, nr. 1220).

Juridisch is het stellen van een genetische diagnose niet voorbehouden aan de arts-geneticus. Gelet op de algemene bevoegdheid van de doctor in de geneeskunde is iedere arts hiertoe wettelijk bevoegd, zij het niet altijd feitelijk bekwaam. Menselijke erfelijkheid of genetica is tot op heden

geen erkend medisch specialisme. Art. 5, §1 K.B. 14 december 1987 houdende vaststelling van de normen waaraan de centra voor menselijke erfelijkheid moeten voldoen, *B.S.*, 25 december 1987, eist dat een dergelijk centrum wordt geleid "door een geneesheer die, na zijn basisopleiding, een specifieke voltijdse opleiding heeft gevolgd ten belope van vijf studiejaren in een Belgisch of buitenlands centrum voor menselijke erfelijkheid". Art. 5, §2 eist dat de medische ploeg bestaat uit tenminste twee voltijdse artsen, zonder dat wordt gespecifieerd dat deze aan dezelfde kwalificaties moeten voldoen als de leidende arts van het centrum. Ook de omschrijving die art. 1 K.B. 14 december 1987 geeft van de taken van zo'n centrum laat niet toe hieruit met zekerheid af te leiden dat het stellen van een genetische diagnose enkel door zo'n centrum zou mogen gebeuren (NYS, H., *a.w.*, 236-237).

De deskundigheid die wordt gevergd van de arts die een genetische diagnose stelt hangt af van de opleiding die hij in dit verband heeft verworven. Aan een huisarts of een algemeen specialist kunnen niet dezelfde eisen worden gesteld als aan een medische specialist met een bijkomende opleiding in de genetica. Anderzijds mag men van de niet-gespecialiseerde artsen verwachten dat zij de grenzen van de eigen deskundigheid kennen en doorverwijzen naar een centrum voor menselijk erfelijkheid (zie ook GEVERS, J.K.M., *a.w.*, 9).

I.v.m. de juiste diagnose, zie verder, nr. 386 (foutief genetisch advies).

384 Bij de diagnosestelling van genetische aandoeningen wordt zowel gebruik gemaakt van individu gerichte methodes (medisch onderzoek van de patiënt en eventuele familieleden) als van collectieve methodes (gedetailleerde familiale anamnese met opstellen van stamboom) (X, "De genetica van het beginnend leven", *a.w.*, 316; NYS, H., "Juridische problemen rond erfelijkheidsvoorlichting", *a.w.*, 609-610).

Zowel de individuele als de collectieve diagnostische methoden kunnen juridische problemen stellen. Toch doen deze zich voornamelijk voor bij de collectieve methoden. Kenmerkend voor dergelijke methoden is namelijk het gebruik van medische gegevens van derden. De vraag rijst in hoeverre het medisch beroepsgeheim zich tegen dit gebruik verzet.

Is de persoon, van wie men genetische gegevens wenst te gebruiken, reeds overleden dan kan hij uiteraard geen toestemming meer geven. Algemeen wordt aanvaard dat de dood van een patiënt de arts niet ontslaat van de verplichting de geheimhouding te eerbiedigen. Ook de erfgenamen kunnen niet beschikken over het geheim van de overledene. Het meedelen van genetische gegevens van een overleden persoon aan een arts die de genetische diagnose wenst te stellen van een familielid van de overledene is dus problematisch. Men zou kunnen uitgaan van de veronderstelde toestemming van de overledene behoudens bewijs van het tegendeel. Maar zal men de toestemming van de geheimgerechtigde, en *a fortiori* de veronderstelde toestemming, aanvaarden als rechtvaardiging van de inbreuk op de zwijgplicht? In de huidige stand van de jurisprudentie is dit geen vanzelfsprekendheid (Zie uitgebreider verder, nr. 952). Wanneer de arts gebruik wenst te maken van genetische gegevens van een verwante die nog in leven is, is de vraag opnieuw hoe relevant de toestemming van de betrokkene is. Een beroep op art. 13 Wet Uitoefening Geneeskunst levert weinig op vermits dit artikel betrekking heeft op gegevens over dezelfde patiënt (zie NYS, H., *a.w.*, 611-612). Behalve de toestemming tot mededeling door de betrokkenen - waarbij vervolgens de vraag rijst of over een weigering mag worden heen gestapt - kan een oplossing erin bestaan de genetische gegevens te beschouwen als collectieve gegevens die vrij in familiaal verband kunnen circuleren en waarop ieder familielid, als er behoefte aan bestaat, beroep kan doen (zie

voor deze gedachte GEVERS, J.K.M., *a.w.*, 32-34, die tevens aangeeft waarom hij deze idee weinig genegen is. Naarmate steeds meer ziekten erfelijke factoren vertonen, zal er van het medisch beroepsgeheim in familieverband niet veel overblijven).

§2. Prenatale advisering

385 T.a.v. het genetisch advies dat door een arts wordt verstrekt aan het adviesvragend echtpaar kunnen als eisen worden gesteld dat het bevattelijk, begrijpbaar en juist dient te zijn (GEVERS, J.K.M., *a.w.*, 10).

Zie art. 6, §3 K.B. 14 december 1987 houdende vaststelling van de normen waaraan de centra voor menselijke erfelijkheid moeten voldoen, *B.S.*, 25 december 1987 :"In de mate van het mogelijke moet aan de betrokkenen alle noodzakelijke informatie worden verstrekt die zij nodig hebben om met kennis van zaken te kunnen oordelen" (zie hierover NYS, H., "Predictief genetisch onderzoek : enkele juridische aspekten", *a.w.*, 238). Met de woorden "in de mate van het mogelijke" wordt wellicht verwezen naar de draagkracht van degene aan wie de informatie wordt meegedeeld. Vrij algemeen wordt aanvaard dat om schade te voorkomen bepaalde informatie mag worden achtergehouden (therapeutische exceptie) (zie GEVERS, J.K.M., *a.w.*, 18-20).

386 Het verstrekken van onjuiste informatie kan bij een preconceptuele of prenatale advisering zeer zware consequenties hebben.

Denk aan de geboorte van een kind met een zware handicap of het ten onrechte afbreken van een zwangerschap, terwijl de foetus in werkelijkheid geen afwijkingen vertoonde. In dit verband rijst de vraag of de ouders van een kind dat met een handicap ter wereld komt de genetische adviesgever in rechte kunnen aanspreken. Het gaat hier om de vraag naar de toelaatbaarheid van de "wrongful birth" vordering. Deze vordering dient niet te worden verward met de "wrongful life" vordering van het kind jegens zijn ouders (zie boven, nr. 382).

In de veronderstelling dat aangetoond werd dat de verstrekte informatie daadwerkelijk onvolledig of onjuist was en dat een fout werd gemaakt, zal de vraag rijzen of de geboorte van een kind met een handicap als schade kan worden beschouwd. Volgens KRUITHOF is het zeer wel mogelijk om als schade te aanvaarden de kosten verbonden aan de zwangerschap en de geboorte van het kind; de kosten verbonden aan het grootbrengen en opvoeden van het kind en als morele schade het zien lijden van een ernstig gehandicapt kind (KRUITHOF, R., *a.w.*, 2755). KRUITHOF zet zijn stelling kracht bij door te verwijzen naar de inwilliging in het verleden van de schadeëis van een vrouw die door de schuld van een man een ongewenst buitenechtelijk kind ter wereld heeft gebracht. Ook de vraag of er wel een rechtmatig belang werd geschonden beantwoordt KRUITHOF positief. In de hedendaagse samenleving is het rechtmatig om geen kinderen te willen hebben, of het nu om een gehandicapt of een gezond kind gaat.

Bij het beantwoorden van de vraag of er sprake is van de schending van een rechtmatig belang wanneer d.m.v. een genetisch advies getracht wordt de geboorte van een kind met een handicap te vermijden, terwijl dit verijdeld wordt door een onjuist advies, kan een onderscheid worden gemaakt naargelang het advies vóór of na de conceptie werd gevraagd. Het vermijden van de geboorte van een kind met handicap d.m.v. anticonceptie is alleszins aanvaard en het onjuiste advies schendt een rechtmatig belang. Werd het advies pas na de verwekking gevraagd, dan stelt zich de vraag naar de rechtmatigheid van de vermijding van een kind met handicap d.m.v. een zwangerschapsafbreking. Waar tot vóór de Wet van 3 april 1990, *B.S.*, 5 april 1990, een dergelijke zwangerschapsafbreking steeds onwettig zou zijn geweest, is dat thans niet meer het geval (zie verder, nr. 452). KRUITHOF meent dat het gehandicapte kind geen vordering zal kunnen instellen tegen de arts, omdat een oorzakelijk verband ontbreekt tussen de fout van de arts en de handicap van het kind. De oorzaak van de handicap is niet gelegen in het foutieve advies maar in de geneti-

sche afwijking (KRUITHOF, R., *a.w.*, 2755, *anders*, zij het voorzichtig, GEVERS, J.K.M., *a.w.*, 23-25). Het Trib.Gr.Inst. Montpellier veroordeelde een laboratorium dat verkeerde prenatale informatie had gegeven aan een 42-jarige vrouw die beducht was voor een mongoloïde kind tot morele en materiële schadevergoeding. De fout was niet gelegen in de onjuiste diagnose - ook prenatale diagnostiek houdt een inspanningsverbintenis in - maar in het niet waarschuwen voor het weinig betrouwbare karakter van het gegeven advies. Als schade aanvaardde de rechtbank het verlies van een "kans" op zwangerschapsafbreking (Trib.Gr.Inst. Montpellier, 15 december 1989, *J.C.P.*, 1990, II, 21.556, met kritische noot GRIDEL, J.P.).

387 Voor wat de omvang van de informatieplicht jegens de adviesvrager betreft gelden in het algemeen de regels i.v.m. informatieverstrekking (zie boven, nr. 301 e.v.). Een bijzonder probleem dat hier opduikt is of de arts de verwanten van de adviesvragers op de hoogte mag brengen van de resultaten van het genetisch onderzoek. Deze vraag wordt prangend wanneer de adviesvrager zich verzet tegen het verstrekken van informatie aan zijn verwanten. Het recht op privacy brengt mee dat de weigering om genetische gegevens aan derden over te maken in principe moet worden gerespecteerd. Bovendien zou de arts zijn zwijgplicht schenden. Op grond van de hulpverleningsplicht van deze arts tegenover de verwanten en het conflict tussen deze plicht en de zwijgplicht zou men over deze weigering heen kunnen stappen (zie NYS, H., *a.w.*, 239; zie eveneens verder, nr. 964).

De verplichting om de privacy te respecteren van de patiënt brengt voorts met zich mee dat de wens om bepaalde informatie niet te ontvangen in beginsel moet worden gerespecteerd (zie over dit zgn. recht-om-niet-te-weten GEVERS, J.K.M., *a.w.*, 17-18; boven, nr. 311). De patiënt beschikt over een recht-om-niet-te-weten, op grond van zijn recht op privacy en respect voor zijn (psychische) integriteit. Hij kan er niet toe worden gedwongen bepaalde informatie op te nemen. Wanneer de arts de wens van een patiënt om niet te worden geïnformeerd niet zou eerbiedigen, dan kan zijn aansprakelijkheid in het gedrang komen. Toch is het recht-om-niet-te-weten niet absoluut. Volgens GEVERS is het denkbaar dat zich in verband met de belangen van derden dusdanige omstandigheden voordoen, dat de arts tot de overtuiging komt dat hij de wens van de patiënt om niet te weten moet negeren. Aldus wanneer de arts meent dat verwanten moeten worden geïnformeerd terwijl dit tevens betekent dat de adviesvrager zal worden ingelicht (GEVERS, J.K.M., *a.w.*, 19-20).

388 Over de maatregelen die dienen te volgen op het genetisch advies, zoals afzien van nageslacht, accepteren van het risico op een gehandicapt kind, medisch begeleide bevruchting met donorgameten, zwangerschapsafbreking, beslissen de adviesvragers. Niettemin houdt een genetisch advies meer in dan zuiver neutrale, zgn. wetenschappelijke informatie. Een advies moet richtinggevend zijn, maar mag niet richtingbepalend worden (zie GEVERS, J.K.M., *a.w.*, 13-14; NYS, H., "Juridische aspecten van erfelijkheidsvoorlichting", *a.w.*, 620).

AFDELING IV

BEEINDIGING VAN EEN ZWANGERSCHAP DOOR EEN ARTS

§1. Overzicht van de wettelijke regels inzake zwangerschapsafbreking

389 De Wet van 3 april 1990 betreffende de zwangerschapsafbreking tot wijziging van art. 348, 350, 351 en 352 van het Sw. en tot opheffing van art. 353 van hetzelfde wetboek, *B.S.*, 5 april 1990, heeft de wettelijke bepalingen inzake het beëindigen van een zwangerschap door een arts grondig gewijzigd. Deze wet wordt verder aangehaald als Wet Zwangerschapsafbreking.

Art. 353 Sw., dat werd opgeheven door art. 5 van deze wet, bepaalde dat het verrichten van een vruchtafdrijving bij een vrouw die daarin toestemde zwaarder werd gestraft wanneer dit gebeurde door een arts dan wanneer een niet medicus zich daaraan had schuldig gemaakt. In de plaats is een regeling gekomen waarin de hoedanigheid van arts, als alle andere voorwaarden vervuld zijn, met zich brengt dat zwangerschapsafbreking geen misdrijf is. Die regeling vindt men in art. 350 Sw., zoals gewijzigd door art. 2 Wet Zwangerschapsafbreking. Art. 348 Sw. dat strafbaar stelt de vruchtafdrijving bij een vrouw die daarin niet heeft toegestemd bleef inhoudelijk en wat strafmaat betreft ongewijzigd. Enkel de formulering werd aangepast. Art. 349 Sw. dat strafbaar stelt de vruchtafdrijving die het niet gewilde gevolg is van opzettelijk geweld bleef ongewijzigd. Art. 351 Sw. bestraft de vrouw die een zwangerschapsafbreking laat verrichten, behalve wanneer dit gebeurt onder de voorwaarden bepaald in art. 350 Sw., waardoor er van een misdrijf geen sprake is. Art. 352 Sw. betreft het geval waarin de vruchtafdrijving de dood van de vrouw voor gevolg heeft. Dit artikel werd gewijzigd in functie van het gewijzigde art. 350 Sw.

390 Ongewijzigd bleven het voorlaatste en laatste lid van art. 383 Sw.

Deze bepalingen stellen strafbaar degene die het gebruik van enig middel om vruchtafdrijving te veroorzaken aanprijst, aanwijzingen verstrekt omtrent de wijze waarop het wordt aangeschaft of gebruikt, personen die zo'n middel toepassen doet kennen met het doel hen aan te bevelen en hij die middelen speciaal bestemd om vruchtafdrijving te veroorzaken, tentoonstelt, verkoopt, verspreidt, vervaardigt of doet vervaardigen, doet invoeren of vervoeren, aan een vervoer- of een distributieagent overhandigt of door enig publiciteitsmiddel bekendmaakt.

De strafsancties zijn vastgesteld in art. 384 Sw.

391 Voorts werd door de Wet van 13 augustus 1990, *B.S.*, 20 oktober 1990, een nationale evaluatiecommissie inzake de toepassing van de wetgeving betreffende de zwangerschapsafbreking ingesteld (zie verder, nr. 464).

392 Art. 3 van het Decreet van de Franse Gemeenschapsraad van 10 juli 1984 inzake de seksuele voorlichting, *B.S.*, 22 augustus 1984, (zie boven, nr. 352) kan eveneens van belang lijken voor de problematiek van de zwangerschapsafbreking.

Dit art. 3 verplicht artsen, paramedici en ander personeelsleden werkzaam in ziekenhuizen en instellingen met een opdracht inzake seksuele voorlichting en gezinsproblemen, ieder op hun gebied, aan vrouwen in nood "technische en medische hulp" te verstrekken in geval van "moeilijkheden bij het gebruik

van contraceptieve methoden". Wanneer zij omwille van gewetensbezwaren deze hulp niet kunnen verlenen moeten zij, behalve bij hoogdringendheid, de vrouw doorverwijzen naar een ander centrum.

Op zichzelf beschouwd zou de tekst van art. 3 kunnen suggereren dat ook de zwangerschapsafbreking wordt bedoeld met "technische en medische hulp" (Arbitragehof, 13 juli 1989, *B.S.*, 2 september 1989; *Vl. T. Gez.*, 1989-90, 63, noot VAN LIL, M., *Rev.Rég. Dr.*, 1989, 445; *J. Proc.*, 1989, afl. 156, 37). Die stelling kan volgens het Arbitragehof steun vinden in de verklaring van sommige interveniënten tijdens de parlementaire voorbereiding en "in een betrekkelijke dubbelzinnigheid van de tekst".

Nochtans kunnen in de voorbereidende werken bij het decreet veel meer aanwijzingen worden gevonden dat art. 3 de zwangerschapsafbreking niet beoogt, dan omgekeerd. In de toelichting bij het decreet wordt van een verplichting om over te gaan tot zwangerschapsafbreking in welk geval dan ook niet gerept. Wel wordt in de toelichting een verband gelegd tussen het decreet en de in onbruik geraakte bepalingen uit het Sw. inzake zwangerschapsafbreking. De leemte die hierdoor dreigt te ontstaan en de rechtsonzekerheid voor de artsen wil het decreet opvullen. Over de wijze waarop dit dient te gebeuren is de toelichting onduidelijk. Ook de oorspronkelijke indiener van het voorstel, DEFOSSET, heeft herhaaldelijk benadrukt dat zijn voorstel zich beperkt tot het geven van informatie over anticonceptiva en over verantwoord ouderschap. Aldus tijdens de mondelinge toelichting van het voorstel in de bevoegde commissie (Proposition de décret relatif à l'éducation sanitaire, *Gedr. St.*, Cons.Comm.Fr., 1981-82, nr. 66/3, 2-3), bij de algemene bespreking van het voorstel in de commissie (*id.*, 8) en bij de bespreking van art. 3 zelf in de commissie. Op dat ogenblik werd, na akkoord van de auteur, een amendement goedgekeurd waarbij de woorden "in geval van moeilijkheden" werden toegevoegd. De motivering van deze toevoeging ligt aan de basis van de interpretatiemoeilijkheden m.b.t. art. 3. Volgens de auteurs van het amendement zou de oorspronkelijke tekst van het voorstel "semble viser l'acceuil des femmes qui demandent une interruption de grossesse". Maar dan zou het niet juist zijn om te benadrukken, zoals de auteur dat herhaaldelijk deed, dat de hulp enkel betrekking heeft op informatie en anticonceptiva. Teneinde de indruk weg te nemen dat de hulp betrekking heeft op situaties waarin geen of een verkeerd gebruik is gemaakt van anticonceptiva, en dan spreekt men vanzelfsprekend over zwangerschapsafbreking, werd de toevoeging voorgesteld : het gaat wel degelijk om moeilijkheden bij het gebruik maken van anticonceptiva. Hiertegen werd vervolgens opnieuw een amendement ingediend door commissieleden die meenden dat de geamendeerde tekst toch nog meer inhield aan hulp dan informatie en opvoeding. Evenwel, de auteurs trokken hun amendement in, wellicht omdat zij inzagen dat de goedgekeurde tekst minder ver ging. Wat er van zij, de auteurs van de uiteindelijk goedgekeurde tekst hebben nergens verklaard dat art. 3 een verplichting zou inhouden om tot zwangerschapsafbreking over te gaan (Proposition de decret relatif à l'éducation sanitaire, *Gedr. St.*, Cons.Comm.Fr., 1981-82, nr. 66/3, 11-13). Ook tijdens de bespreking van het voorstel in de plenaire vergadering bleef de houding van de auteur ongewijzigd. Toen hem werd gesuggereerd dat art. 3 een verplichting bevatte om tot zwangerschapsafbreking over te gaan antwoordde DEFOSSET klaar en duidelijk : "Il ne s'agit pas de ça" (*Hand.*, Cons.Comm.Fr., 17 mei 1984, 10-11). Op de vraag wat "aide technique" anders kan betekenen dan zwangerschapsafbreking antwoordde hij dat een medisch voorschrift technische hulp is (*id.*, 12). Wellicht werd bedoeld het voorschrijven van anticonceptiva door een arts. De interpretatie die DEFOSSET aan art. 3 gaf werd bij getreden door andere leden, zoals PETRY (*id.*, 11) en BRUNEZ, verslaggeefster van de commissiebesprekingen (*id.*, 7).

393 Uit de voorbereidende werken kan men, als men rekening houdt met de verklaringen van de auteur van het voorstel zelf, niet besluiten tot een verplichting over te gaan tot de afbreking van een zwangerschap.

In de rechtsleer is wel de stelling verdedigd als zou art. 3 een dergelijke verplichting wel inhouden.

In deze zin LEGROS die zich enkel steunt op de verklaringen van MONFILS tijdens de plenaire bespreking van het voorstel, hoewel die door de auteur van het voorstel en door anderen werden tegengesproken (LEGROS, P., "L'interruption de grossesse ordonnée par la loi?", *J. Proc.*, 1985, afl. 59, 4-5; Enkele weken later bleek deze auteur zelf al minder overtuigd van zijn eigen stelling: hij spreekt dan niet meer over een verplichting, doch over een toelating, LEGROS, P., "Le décret, la loi et la Cour d'Arbitrage", *J. Proc.*, 1985, afl. 60, 7; in hetzelfde nummer van *J. Proc.*, wordt door MOUREAUX, S. de verplichting verdedigt, zij het slechts in noodgevallen. Dat begrip wordt niet nader toegelicht, zie MOUREAUX, S., "Soyons clairs", *J. Proc.*, afl. 60, 8-9.

Volgens VANDENBOSSCHE is art. 3 van dit decreet "een vrij duistere bepaling" (VANDENBOSSCHE, D., "De bestraffing van abortus provocatus : over de oorsprong van de Belgische abortuswetgeving", in *Abortus provocatus*, Gent, Omega Editions, 1986, 68).

394 Door de rechtspraak werd het bestaan van een verplichting in hoofde van artsen om over te gaan tot zwangerschapsafbreking op grond van art. 3 van het decreet niet aanvaard.

Verschillende uitspraken hebben duidelijk gesteld dat art. 3 met zwangerschapsafbreking geen uitstaans heeft. Het Hof van Beroep te Brussel beperkte de draagwijdte van de hulpverleningsplicht krachtens het decreet tot vóór de conceptie (Brussel, 28 juni 1985, *J. Proc.*, 1985, afl. 67, 29). Hetzelfde Hof van Beroep leidde uit de voorbereidende werken van het Decreet af dat het noch direct noch indirect de Strafwet heeft willen wijzigen maar zich beperkt tot het domein van de contraceptie en de informatie te geven aan koppels in nood (Brussel, 28 september 1988, *Jur. Liège*, 1988, 1448). Nog hetzelfde Hof van Beroep, en dezelfde kamer, maar anders samengesteld, legde de prejudiciële vraag voor aan het Arbitragehof of de Franse Gemeenschap bij haar decreet van 10 juli 1984 al dan niet haar bevoegdheid had overschreden met het oog op de regels die bij de Grondwet in art. 59, §2, lid 2*bis* worden vastgesteld (Brussel, 7 december 1988, *J. Proc.*, afl. 140, 28-30 met anonieme noot; *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 188, noot VAN LIL, M.; *Jur. Liège*, 1989, 106, noot.

395 Volgens het Arbitragehof zou de tekst van art. 3 van het decreet, op zichzelf beschouwd, kunnen suggereren dat ook de zwangerschapsafbreking valt onder de woorden "technische en medische hulp". In die interpretatie schendt het decreet de bevoegdheidsregels. De nationale wetgever alleen heeft de bevoegdheid behouden om expliciet of impliciet de art. 348 tot 353 Sw. te wijzigen.

Maar, bekeken in de context van het gehele decreet, kan art. 3 zo worden uitgelegd dat het geen enkele verplichting of toelating voor de personeelsleden - artsen of anderen - bevat om hetzij een zwangerschapsafbreking uit te voeren hetzij deel te nemen aan de uitvoering ervan. Het decreet legt voornamelijk nadruk op de wil tot een actief beleid inzake informatie, opvoeding en hulp bij contraceptie met het oog op het bevorderen en veilig stellen van een verantwoord ouderschap. Volgens het Arbitragehof hebben de in art. 3 gebruikte bewoordingen slechts betrekking op "moeilijkheden" bij het gebruik van contraceptieve methodes en niet op het falen daarvan. In deze interpretatie schendt het decreet de bevoegdheidsregels niet (Arbitragehof, 13 juli 1989, *B.S.*, 2 september 1989; *Vl. T. Gez.*, 1989-90, 63, noot VAN LIL, M.).

§2. Kort historisch overzicht van de strafwetgeving inzake zwangerschapsafbreking

396 De vroegere wettelijke regeling inzake zwangerschapsafbreking was niet van recente datum.

De art. 348 tot 353 Sw. maakten deel uit van het Sw. van 8 juni 1867, *B.S.*, 9 juni 1867, en werden nooit gewijzigd. Het (huidige) voorlaatste en laatste lid van art. 383 Sw. werd ingevoegd bij Wet van 20 juni 1923, *B.S.*, 25 juni 1923. Het Sw. uit 1867 verving de Napoleontische Code Pénal uit 1810 en daarin werd de zwangerschapsafbreking geregeld in art. 317. De meeste beginselen die aan art. 317 ten grondslag lagen bleven behouden in het Sw. van 1867. Een verandering was wel de situering van het misdrijf in het Sw. Waar het Sw. van 1810 zwangerschapsafbreking bij de misdrijven tegen personen rangschikte, kwam het misdrijf in 1867 terecht bij de misdaden en wanbedrijven tegen de orde der familie en tegen de openbare zedelijkheid (VAN LOOK, M., "Abortus provocatus. Juridische status questionis en perspectieven", *T.P.R.*, 1974, 424-426). Niettegenstaande deze wijzigingen en aanpassingen mag men stellen dat wat de beginselen betreft, de zwangerschapsafbreking gepleegd door een arts bij een toestemmende vrouw sedert 1810 steeds en ononderbroken strafbaar is geweest (Brussel, 30 juni 1983, *J.T.*, 1983, 525; *J. Proc.*, 2 september 1983, 16, noot BRADES, Fr.).

397 Inzake de toepassing van de vroegere art. 348 tot 353 Sw. kunnen in het algemeen drie perioden worden onderscheiden.

A. VAN 1867 TOT DE OPRICHTING VAN DE STAATSCOMMISSIE VOOR ETHISCHE PROBLEMEN

398 Gedurende deze eerste periode die loopt van 1867 tot aan de oprichting van de Staatscommissie voor ethische problemen in 1974 werd de wet zonder veel discussie toegepast, voor zover tot vervolging werd overgegaan.

Ook toen reeds werd erkend dat veel zwangerschapsafbrekingen niet werden vervolgd omdat het parket niet op de hoogte was (VERSELE, S.C., "Preventie en repressie van de vruchtafdrijving", *R.W.*, 1953-54, 1758-1759).

Door de raden van de orde der geneesheren werd in deze periode streng opgetreden tegenover artsen die door de strafrechter waren veroordeeld wegens het plegen van zwangerschapsafbreking.

Vlak na de eigenlijke oprichting van de orde der geneesheren na WO2 werden zeer zware sancties opgelegd en werd in sommige gevallen de inschrijving op de lijst van de orde geweigerd aan artsen die vóór de inschrijving veroordeeld waren wegens zwangerschapsafbreking. Een definitief verbod de geneeskunde uit te oefenen werd nog tot in 1963 opgelegd (Gemengde Franstalige Raad van Beroep, 15 oktober 1963, *T.Orde Gen.*, 1962-63, afl. 20, 119-120). Wel kan men bij het nazien van de gepubliceerde uitspraken een mildere houding van de tuchtrechters constateren vanaf ongeveer 1955-1956. De sancties zijn dan maar zelden meer dan een schorsing van één jaar.

B. MORATORIUM (1974-1980)

399 Tijdens het zgn. moratorium deden zich inzake de toepassing van de art. 348 tot 353 Sw. belangrijke ontwikkelingen voor.

1. "Staatscommissie voor de ethische problemen"

400 Bij K.B. van 13 december 1974, *B.S.*, 17 december 1974, werd een "Staatscommissie voor de ethische problemen" opgericht waarvan de opdracht luidde : "met het oog op te nemen beleidsmaatregelen, een wetenschappelijk gefundeerd advies uit te brengen inzake contraceptiva, het vraagstuk van de abortus, de herziening van de desbetreffende strafwetgeving, het probleem van de anonimiteit van de moeder en dit van het in anonimiteit geboren kind".

In art. 9 werd de Staatscommissie verzocht haar verslag bij de Regering in te dienen vóór de opening van de parlementaire zitting van 1975-1976. Uiteindelijk diende de Staatscommissie einde juni 1976 volgende verslagen in bij de Eerste minister. Een verslag betreffende de anticonceptiva, onderschreven door alle (25)leden van de commissie, op één na (Verslag van de Staatscommissie voor de ethische problemen, *Gedr. St.*, Senaat, 1976-77, nr. 954, deel II). Een bij eenparigheid aangenomen verslag betreffende de anonimiteit van de moeder en het in anonimiteit geboren kind (*a.w.*, deel III). En twee verslagen betreffende de zwangerschapsafbreking, met name een "voorstel inzake zwangerschapsafbreking met het oog op een verantwoord ouderschapsbeleid", onderschreven door 13 leden van de commissie (*a.w.*, deel IV) en een "minderheidsverslag van twaalf leden betreffende de herziening van de wetgeving op de zwangerschapsafbreking" (*a.w.*, deel V).

2. Opschorting van de behandeling van strafdossiers (moratorium)

401 Nadat de Minister van Justitie hun aandacht had gevestigd op de noodzakelijkheid het Parlement toe te laten in alle sereniteit een wet goed te keuren, besliste het college van Procureurs-Generaal eveneens in 1974 de behandeling van de dossiers op te schorten (zie Corr. Gent, 12 februari 1988, *T.G.R.*, 1988, 36).

3. Houding van de orde der geneesheren

402 De gewijzigde houding van de raden van de orde der geneesheren bij de bestraffing van zwangerschapsafbreking kwam op verschillende wijzen tot uiting.

Zwangerschapsafbreking door een arts werd niet meer vanzelfsprekend als een inbreuk op de eer en de waardigheid beschouwd. Significant in dit opzicht is een uitspraak van de raad van beroep van 11 juni 1974 (*T. Orde Gen.*, 1973-74, afl. 23, 62). Daarin werd aan een arts die een zwangerschapsafbreking nodig oordeelde, verweten dat hij de vrouw naar een onbevoegde engeltjesmaakster had verwezen en niet naar een gynaecoloog. Hij had ervan op de hoogte moeten zijn dat volgens de plichtenleer alleen een gekwalificeerde arts een zwangerschap mag afbreken, in een ziekenhuis dat beantwoordt aan de door de Ziekenhuiswet gestelde erkenningsnormen. In 1975 keurde de Nationale Raad van de orde der geneesheren een nieuwe Code van medische plichtenleer goed (zie boven, nr. 140). Art. 86 ervan bevat een regeling inzake zwangerschapsafbreking die veel soepeler was dan de vroegere art. 348 tot 353 Sw en de vroegere code die enkel de zgn. therapeutische zwangerschapsafbreking aanvaardde.

4. Parlementaire initiatieven

403 Vanaf 1971 werden in het Parlement regelmatig voorstellen van wet ingediend die ertoe strekten hetzij de bepalingen in het Sw. te wijzigen, hetzij de rechtsvervolgingen op grond van de bestaande bepalingen op te schorten, hetzij de toepassing van de bestaande bepalingen gedurende een zekere tijd op de schorten. Geen van deze voorstellen werd wet.

Het eerste voorstel was het voorstel van wet dat door senator CALEWAERT, W. in 1971 werd ingediend (Voorstel van wet tot opheffing van art. 351 en 353 en van sommige bepalingen van art. 383 Sw. en tot vervanging van de tekst van art. 353 van hetzelfde wetboek, *Gedr. St.*, Senaat, 1970-71, nr. 280; zie CABEAUX, E., "Considérations nouvelles sur l'avortement légalisé", *J.T.*, 1972, 21-28).

5. Wetswijzigingen in de buurlanden

404 Tijdens het moratorium wijzigden zowel de Bondsrepubliek (1975-1976), Frankrijk (1975-1979) en Luxemburg (1978) de wetgeving inzake zwangerschapsafbreking. In het Verenigd Koninkrijk was dit reeds in 1967 gebeurd en in Nederland werd de wetswijziging doorgevoerd in 1981.

Deze wetswijzigingen hadden voor Belgische artsen en patiënten niet alleen feitelijke consequenties maar ook juridische. Krachtens art. 7, §1 van de Wet van 17 april 1878 houdende de vooraf-gaande titel Sv. kan een Belg die zich buiten het grondgebied van het Rijk schuldig maakt aan een feit dat door de Belgische wet misdaad of wanbedrijf wordt genoemd, in België vervolgd worden indien op het feit een straf gesteld is door de wet van het land waar het is gepleegd (zie voor een vervolging wegens zwangerschapsafbreking in Nederland vóórdat de Nederlandse wetgeving werd gewijzigd, Gent, 28 mei 1979, *R.W.*, 1979-80, 1143. Zie voor soortgelijke uitspraken SCREVENS, R. en BERNARD-TULKENS, F., "Chronique semestrielle de jurisprudence", *R.D.P.*, 1975-76, 521-522). Opheffing van de strafbaarheid van zwangerschapsafbreking onder bepaalde voorwaarden in die landen leidde tevens tot straffeloosheid ervan in België. Dit bracht LEGROS ertoe te beweren dat zwangerschapsafbreking in België niet strafbaar was, behalve wanneer de ingreep in België zelf werd verricht (LEGROS, P., "Le problème de l'avortement et la logique", *J. Proc.*, 18 oktober 1985, 14-23).

405 Zonder rechtstreeks te leiden tot een wetswijziging, heeft het moratorium duidelijk consequenties gehad voor de rechtspraak inzake zwangerschapsafbreking, en dit in een dubbele zin. Vooreerst daalde tijdens deze periode het aantal veroordelingen wegens zwangerschapsafbreking verricht bij toestemmende vrouwen drastisch.

In 1970 werden in eerste aanleg nog 51 veroordelingen (zowel jegens artsen als niet-artsen, zowel voorwaardelijke als effectieve) uitgesproken, terwijl in 27 gevallen de uitspraak werd opgeschort en in 21 gevallen een vrijspraak viel. In 1974 waren er, steeds in eerste aanleg, slechts 7 veroordelingen, 3 opschortingen en 8 vrijspraken. In 1975 opnieuw 7 veroordelingen waarvan slechts één effectieve en 6 voorwaardelijk, 16 opschortingen en 11 vrijspraken. In 1976, 1977 en 1978 waren er geen veroordelingen. In 1979 was er een lichte heropflakkering met 7 veroordelingen, 5 opschortingen en 2 vrijspraken. In 1980 was er slechts 1 voorwaardelijke veroordeling (Voorstel van wet betreffende de zwangerschapsafbreking, *Gedr. St.*, Senaat, 1985-86, nr. 189/1, werkstuk 4,

antwoord van de Minister van Justitie op vragen van senator VAN IN; zie ook, Voorstel van wet betreffende de zwangerschapsafbreking, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, Bijlage 3).

406 Een tweede consequentie van het moratorium is geweest dat, waar na verloop van het moratorium toch tot vervolging wegens zwangerschapsafbreking werd overgegaan, het bestaan zelf van het moratorium werd ingeroepen en een enkele keer aanvaard als schuldopheffingsgrond, m.n. de dwaling.

Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde in 1983 dat de gedagvaarde artsen, die gedurende 10 jaar werden geconfronteerd met de betwistingen inzake de toepassing van de wet en de totale immuniteit waarvan artsen in andere arrondissementen genoten, in de periode 1977-1981 hadden kunnen menen dat zij de wet niet schonden. Het hof van beroep aanvaardde het bestaan van een zgn. onoverwinnelijke dwaling in hoofde van deze artsen, hun medewerkers en hun patiënten (Brussel, 30 juni 1983, *J.T.*, 1983, 525; *J. Proc.*, 1983, afl. 24, 16, noot PRADES, Fr., die van oordeel is dat het hof van beroep ten onrechte de dwaling aanvaardde). In dezelfde zaak had de correctionele rechtbank de dwaling niet aangenomen (Corr. Brussel, 10 januari 1983, *J. Proc.*, 1983, afl. 12, 27, noot PREUMONT, M. en eveneens *J. Proc.*, 1983, afl. 24, 12).

In alle andere gevallen waarin een beroep werd gedaan op dwaling ten gevolge van het moratorium, werd dit verworpen (Brussel, 28 juni 1985, *J. Proc.*, 1985, afl. 67, 29; Brussel, 28 september 1988, *Jur. Liège*, 1988, 1448; Corr. Brussel, 9 februari 1988, *J. Proc.*, 1988, afl. 124, 31; Corr. Gent, 12 februari 1988, *T.G.R.*, 1988, 36-37; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 347, noot VAN LIL, M).

C. VAN 1981 TOT DE WET VAN 3 APRIL 1990

407 Tijdens dit decennium, tevens het laatste waarin de art. 348 tot 353 Sw. ongewijzigd van kracht waren, deden zich de volgende ontwikkelingen voor die bepalend zijn geweest voor de totstandkoming van de Wet van 3 april 1990.

1. Einde van het moratorium

408 Op 27 april 1978 lichtte de Minister van Justitie het Parlement er over in dat de strafvervolgingen in het arrondissement Brussel zouden worden hervat omdat de Procureur-Generaal bij het Hof van Beroep te Brussel van oordeel was dat het openbaar ministerie de wet niet langer naast zich kon blijven neerleggen. De minister kon de Procureur-Generaal evenwel overhalen voorlopig niemand te laten dagvaarden, om het Parlement verder zijn werk te kunnen laten doen (Corr. Gent, 12 februari 1988, *T.G.R.*, 1988, 36; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 347, noot VAN LIL, M.). Op 12 maart 1981 evenwel liet de Minister van Justitie de commissie voor justitie weten dat de Procureur-Generaal bij het Hof van Beroep te Brussel hem op 23 januari 1981 had gemeld "de toepassing van de wet" te zullen vorderen nu een wijziging van de wet al die tijd was uitgebleven.

Maar ook na de beëindiging van het moratorium kwam het aantal vervolgingen en veroordelingen wegens zwangerschapsafbreking niet meer op het peil van vóór 1970. In de rechtsgebieden van de Hoven van Beroep van Antwerpen, Luik en Bergen werden sedert 1980 geen veroordelingen meer uitgesproken wegens zwangerschapsafbreking. In de periode 1980-1985 werden in het rechts-

gebied van het Hof van Beroep te Gent 8 veroordelingen uitgesproken, waarvan 5 met opschorting. In het rechtsgebied van het Hof van Beroep te Brussel daarentegen werden in 1982 12 vonnissen, in 1983 29 vonnissen en in 1985 9 vonnissen geveld. Al deze uitspraken, op één na, gebeurden in het arrondissement Brussel (Voorstellen van wet betreffende de zwangerschapsafbreking, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, Bijlage 3, 202-203).

Doordat de vervolgingen en veroordelingen zich voordeden in het arrondissement Brussel en vrijwel nergens anders plaats vonden, beriep de verdediging van de in Brussel vervolgde artsen zich meermaals op de schending van art. 6 E.V.R.M. (recht op een eerlijk proces) en art. 6 G.W. (gelijke behandeling). Volgens het Hof van Cassatie impliceert art. 6 E.V.R.M. niet dat alle personen die mogelijk bij een strafzaak kunnen betrokken zijn, zouden dienen te worden vervolgd of in de vervolging zouden dienen te worden betrokken (Cass., 5 februari 1985, *Arr. Cass.*, 1985, 760; *Pas.*, 1985, I, 670; *J. Proc.*, 1985, afl. 59, 8). Evenmin staat het grondwettelijk beginsel van de gelijkheid de opportuniteitsbeoordeling van strafvervolgingen door het O.M. in de weg : het komt toe aan het O.M. te oordelen of, in acht genomen de feitelijke gegevens en omstandigheden van een zaak, het instellen van een strafvervolging verantwoord is (Cass., 5 februari 1985, *Arr. Cass.*, 1985, 760; *Pas.*, 1985, I, 670; *J. Proc.*, 1985, afl. 59, 8; in dezelfde zin, Corr. Gent, 12 februari 1988, *T.G.R.*, 1988, 35, *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 347, noot VAN LIL, M.).

2. Decreet van 10 juli 1984 van de Franse Gemeenschapsraad

409 Door de goedkeuring van dit decreet en meer bepaald het dubbelzinnig gestelde art. 3 kreeg de discussie over de wettelijkheid van zwangerschapsafbreking verricht door een arts in een instelling voor gezondheidszorg die onder de bevoegdheid van de Franse Gemeenschap valt een extra-stimulans (over de interpretatie van art. 3, zie boven nr. 392-395).

3. Houding van de raden van de orde der geneesheren

410 Tijdens deze periode bleef de houding van de raden van de orde der geneesheren ongewijzigd. Voor zover bekend, werden geen tuchtrechtelijke vervolgingen meer ingezet of veroordelingen uitgesproken wegens zwangerschapsafbreking.

4. Parlementaire initiatieven

411 Het einde van het moratorium heeft tevens geleid tot meerdere parlementaire initiatieven om de art. 348 tot 353 Sw. te wijzigen. Tijdens de parlementaire zittingen 1980-1981 en 1981-1982 werden telkens vier wetsvoorstellen ingediend die daartoe strekten.

Het belangrijkste politieke gegeven was evenwel dat in 1986 een gezamenlijk wetsvoorstel werd neergelegd door parlementsleden van de liberale en de socialistische partijen (Voorstel van wet betreffende de zwangerschapsafbreking, strekkende om de art. 348, 350 en 351 Sw. te wijzigen en de art. 352 en 353 van hetzelfde wetboek op te heffen, *Gedr. St.*, Senaat, 1985-86, nr. 189/1). Tot dan hadden beide partijen steeds een afzonderlijk wetsvoorstel ingediend.

De besprekingen van het gezamenlijke wetsvoorstel in de verenigde commissies voor de justitie en de volksgezondheid van de Senaat konden niet worden afgerond ten gevolge van de

Parlementsontbinding op 8 november 1987. In het Regeerakkoord dat op 2 mei 1988 werd goedgekeurd werd het de taak van het Parlement genoemd om "eventuele wijziging te behandelen van de art. 348 tot 353 Sw.". De meerderheidsfracties verbonden zich in datzelfde regeerakkoord ertoe tot einde 1988 met elkaar overleg te plegen over dit onderwerp. Deze overlegperiode was gebonden aan het feit dat de regering de Minister van Justitie opdroeg de nodige initiatieven te nemen teneinde het noodzakelijke klimaat te scheppen voor een sereen debat. Reeds vóór de goedkeuring van dit regeerakkoord was het gezamenlijke voorstel van socialistische en liberale parlementsleden opnieuw bij het parlement neergelegd, nl. op 19 april 1988 (Voorstel van wet betreffende de zwangerschapsafbreking strekkende om de art. 348, 350 en 351 Sw. te wijzigen en de art. 352 en 353 van hetzelfde wetboek op te heffen, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/1). Dit voorstel ligt aan de basis van de Wet van 3 april 1990. Het voorstel werd goedgekeurd door de Senaat op 6 november 1989 en door de Kamer van Volksvertegenwoordigers op 29 maart 1990.

§3. Zwangerschapsafbreking door een arts (art. 350 Sw.)

A. TERMINOLOGIE

412 In het opschrift van de Wet Zwangerschapsafbreking is sprake van "zwangerschapsafbreking". Dezelfde term komt ook voor in art. 350, tweede lid Sw., terwijl art. 350, eerste lid Sw. spreekt over "vruchtafdrijving".

Vruchtafdrijving is steeds een misdrijf. Zwangerschapsafbreking niet, zo een aantal voorwaarden worden nageleefd.

413 Noch v r u c h t a f d r i j v i n g noch z w a n g e r s c h a p s a f b r e k i n g worden in de wet gedefinieerd.

Ook vóór de Wet van 3 april 1990 bevatte het Sw. geen definitie van vruchtafdrijving. Rekeninghoudend met de verschillende definities in de literatuur kon vruchtafdrijving worden omschreven als "de kunstmatige en vrijwillige vernietiging van het produkt van de conceptie vóór het einde van de zwangerschap, ongeacht de leeftijd en de levensvatbaarheid van de foetus" (RIGAUX, M. en TROUSSE, P.E., *Les crimes et les délits*, Bruylant, Bruxelles, 1968, 139; in dezelfde zin onder meer MEULDERS-KLEIN, M. Th., "Considérations sur les problèmes juridiques de l'avortement", *Ann. Dr. Louv.*, 1971, 427,noot 3 en DELPEREE, F., "La Cour d'arbitrage et l'avortement", in, *Annuaire International de Justice Constitutionelle*, Parijs, Economica, 1988, 109; ook in de rapporten van de "13" en van de "12" van de Staatscommissie voor ethische problemen wordt eenzelfde omschrijving gegeven, *a.w.*, 121 en 264; in het rapport van de "13" wordt na de omschrijving nog toegevoegd : "de bepalingen die betrekking hebben op de zwangerschapsafbreking dekken bijgevolg de periode die gaat van de conceptie tot bij het begin van de baring. Op dat ogenblik worden ze vervangen door de beschikkingen inzake kindermoord". Dezelfde ruime opvatting treft men aan in de rechtspraak : Bergen, 18 februari 1892, *Pas.*, 1892, III, 120; Luik, 10 november 1948, *Pas.*, 1949, II, 11; Brussel, 15 april 1950, *J.T.*, 1950, 393).

Er bestond zowel in de rechtspraak als de rechtsleer weinig discussie over die betekenis van vruchtafdrijving in de art. 348 tot 353 Sw.

Bij de bespreking van de Wet Zwangerschapsafbreking hebben de indieners van het wetsvoorstel in de Senaatscommissie een andere opvatting verdedigd. Op de bemerking van een commissielid dat, wegens het ontbreken van een beperking in de tijd, zwangerschapsafbreking mogelijk werd gemaakt "tot de dag vóór de geboorte van het kind", repliceerde een van de indieners dat dit totaal verkeerd was. "Het woord abortus heeft een specifieke betekenis en bestaat in een ingreep of het toedienen van een geneesmiddel waarbij een vrucht die nog geen zelfstandig leven kan leiden, geëxpulseerd wordt" (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 148). In deze omschrijving is de levensvatbaarheid van de foetus determinerend. Uit de verdere bespreking

in de Senaatscommissie blijkt dat de indieners van het ontwerp zich hebben gesteund op een omschrijving van zwangerschapsafbreking zoals die in het rapport van de "13" wordt gegeven (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 155). Het gaat hier nochtans om een medische omschrijving van (spontane en geprovoceerde) abortus en niet om de juridische omschrijving die in hetzelfde meerderheidsrapport wordt gegeven en die hierboven is aangehaald. Zonder nadere toelichting wordt gesteld : "die notie wordt ook door de auteurs van het voorstel gehanteerd". Met een beroep op het Senaatscommissieverslag werd in de Kamercommissie hetzelfde standpunt verdedigd (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, nr. 950/9, 125, 128 en 129).

414 Het is de vraag of deze verklaringen afgelegd in Kamer en Senaat, vermogen de klassieke opvatting omtrent vruchtafdrijving, zoals ze zowel in de rechtspraak als in een haast unanieme rechtsleer is terug te vinden, te wijzigen. Gelet op de herhaaldelijk afgelegde verklaringen in Senaat en Kamer kan men niet anders besluiten dan dat de meerderheid die de Wet Zwangerschapsafbreking heeft goedgekeurd wetens en willens en met kennis van zaken aan vruchtafdrijving, en meteen aan zwangerschapsafbreking, een andere inhoud heeft gegeven dan welke tot dan algemeen werd aanvaard. De uiterste grens voor (verboden) vruchtafdrijving en (toegelaten) zwangerschapsafbreking is gelegen in de levensvatbaarheid van de vrucht en niet meer in de nakende geboorte van het kind. Dit heeft belangrijke consequenties voor de bescherming van het ongeboren leven dat levensvatbaar is maar waarvan de geboorte nog niet in zicht is (zie verder, nr. 454). Voor zover men zou aannemen dat de vroeger aanvaarde definitie van vruchtafdrijving dient te worden gehandhaafd totdat de rechtspraak, op grond van de voorbereidende werken van de Wet van 3 april 1990 haar positie opnieuw heeft bepaald, zal men tot een ander besluit komen.

B. BESTANDDELEN VAN HET MISDRIJF VRUCHTAFDRIJVING

415 Krachtens art. 350, tweede lid Sw. is er geen misdrijf wanneer de voorwaarden vermeld in die bepaling zijn vervuld. Om te beginnen moet worden onderzocht wanneer er wel een misdrijf is. Om deze reden is het van belang de bestanddelen van het misdrijf vruchtafdrijving te bespreken.

1. Kunstmatige beëindiging van een zwangerschap

416 Vruchtafdrijving veronderstelt een handeling gericht op de beëindiging van de zwangerschap. Hierdoor onderscheidt vruchtafdrijving zich van een spontane abortus of miskraam.

Om het even welk middel komt in aanmerking. Art. 350, eerste lid Sw. laat hierover geen twijfel mogelijk. Deze formulering werd ook reeds in het vroegere art. 350 Sw. gebruikt. De terminologie in art. 348 Sw. werd daarentegen wel veranderd. Dit verschil is niet gewild door de auteurs van het wetsvoorstel maar is het resultaat van amenderingen (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/9, 96).

2. Opzettelijke beëindiging

417 Art. 350, eerste lid Sw. vermeldt, evenmin als het vroegere art. 350 Sw., dat de vruchtafdrijving opzettelijk dient te gebeuren, en dit i.t.t. art. 348 Sw. Toch werd voor de toepassing van het vroegere art. 350 Sw. opzet vereist. Nu is dat eveneens vereist.

Uit verschillende passages uit de voorbereidende werken bleek duidelijk de bedoeling alleen de opzettelijk veroorzaakte zwangerschapsafbreking strafbaar te stellen (VAN LOOK, M., *a.w.*, 430 nr. 19). Ook bij de bespreking van de Wet Zwangerschapsafbreking is het opzet vereist voor de toepassing van art. 350 Sw. opnieuw ter sprake gekomen, zij het voornamelijk i.v.m. art. 350, tweede lid Sw. (Zwangerschapsafbreking). Het woord "opzettelijk" werd niet in de tekst opgenomen omdat werd uitgegaan van de hypothese dat de vrouw uitdrukkelijk erin toestemde de ingreep te laten verrichten en de arts haar verzoek heeft ingewilligd (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/9, 114; zie ook RIGAUX, M. en TROUSSE, P.E., *a.w.*, 141).

3. Vernietiging van de vrucht

418 Vruchtafdrijving veronderstelt de kunstmatige en opzettelijke vernietiging van de vrucht. Met vernietiging wordt bedoeld : doden. Uitdrijving of uitstoting (expulsion) is niet vereist, hoewel doorgaans de uitdrijving het resultaat zal zijn van de vernietiging (*R.P.D.B.*, v° *Avortement*, 1*bis*).

Vermits de vrucht wordt vernietigd d.w.z. gedood, diende hij te leven. Als de vrucht reeds dood was op het ogenblik van de vruchtafdrijving, is er geen misdrijf (VAN LOOK, *a.w.*, 429; *anders*, Bergen, 18 februari 1892, *Pas.*, 1892, II, 120).

419 De vernietiging dient plaats te hebben *in utero*. Indien de vrucht levend ter wereld komt en blijft leven of sterft ten gevolge van omstandigheden die geen verband houden met de op vruchtafdrijving gerichte handelingen, dan kan men niet van vruchtafdrijving spreken (Cass., 3 december 1941, *Arr.* Cass., 1941, 247; *Pas.*, 1941, I, 441, noot). Maar wanneer de levend geboren vrucht sterft als gevolg van de voortijdige afdrijving, dan is het wel een vruchtafdrijving en geen kindermoord in de zin van art. 396 Sw. (*R.P.D.B.*, v° *Avortement*, 1*bis*).

De vernietiging van een embryo *in vitro* is geen vruchtafdrijving.

Over de strafbare poging tot vruchtafdrijving door een arts, zie verder, nr. 456.

4. Niet levensvatbare embryo of foetus

420 Vereist is de kunstmatige en opzettelijke vernietiging van een produkt van de conceptie d.w.z. een embryo of foetus. De leeftijd van het embryo of de foetus speelt geen rol (zie i.v.m. de vruchtafdrijving vlak na de conceptie, Cass., 14 december 1914, *Pas.*, 1915, I, 155). Onder de vroegere wetgeving

was het van geen belang of de vrucht al dan niet reeds levensvatbaar was. Gelet op de wil van de meerderheid die de Wet Zwangerschapsafbreking goedkeurde kan thans slechts van vruchtafdrijving sprake zijn voor zover de levensvatbaarheidsgrens niet is overschreden (zie boven, nr. 413-414). Acht men deze wilsuiting onvoldoende om te breken met de vroeger aanvaarde definitie van vruchtafdrijving dan speelt het al dan niet levensvatbaar zijn van de foetus geen rol.

Het Hof van Cassatie spreekt over het begin van de embryonaire ontwikkelingsfase (Cass., 14 december 1914, *Pas.*, 1915, I, 155). Gelet op het onderscheid dat thans wordt gemaakt tussen preembryo (tot 14 dagen na de conceptie) en embryo zou dit betekenen dat vruchtafdrijving juridisch niet mogelijk is gedurende de eerste dagen na de conceptie. In 1914 was dat onderscheid echter niet gekend.

421 Het vernietigen van een foetus veronderstelt uiteraard dat de vrouw zwanger is (art. 350, tweede lid Sw.; Corr. Brussel, 26 juni 1967, *R.D.P.*, 1967-68, 997).

Het bewijs van de zwangerschap moet door het O.M. worden geleverd (*R.P.D.B.*, 3). Dit bewijs is niet aan bijzondere regels onderworpen (Cass., 17 oktober 1949, *Arr. Cass.*, 1950, 79; *Pas.*, 1950, I, 84). Het bewijs van de zwangerschap en van het in het leven zijn van de vrucht is moeilijk, zeker wanneer de conceptus nog maar enkele weken oud is.

422 Dit bestanddeel van het misdrijf van vruchtafdrijving is vervuld wanneer bij een meerlingenzwangerschap een of meerdere vruchten worden vernietigd en andere niet (zgn. selectieve zwangerschapsafbreking). In dit opzicht is de term vruchtafdrijving trouwens beter op zijn plaats dan zwangerschapsafbreking en, *a fortiori*, zwangerschapsonderbreking.

5. Causaal verband

423 Tussen het wetens en willens handelen en de vernietiging van de conceptus dient een oorzakelijk verband te bestaan. Dit oorzakelijk verband mag met alle middelen worden bewezen (Cass., 22 mei 1950, *Pas.*, 1950, I, 663).

C. NIET STRAFBARE BEËINDIGING VAN EEN ZWANGERSCHAP (ART. 350, TWEEDE LID SW.)

424 Wanneer een zwangere vrouw die door haar toestand in een noodsituatie verkeert een arts verzoekt haar zwangerschap af te breken dan is deze zwangerschapsafbreking geen misdrijf, mits een aantal voorwaarden vervuld zijn (art. 350, tweede lid Sw.).

1. Noodsituatie

a) Betekenis en draagwijdte van noodsituatie

425 De wet bevat geen nadere omschrijving van noodsituatie.

Uit de voorbereidende werken blijkt dat een nadere omschrijving, in de zin van aanduiding van objectieve elementen die het mogelijk moeten maken een noodsituatie te herkennen, bewust achterwege werd gelaten. De noodsituatie waarin de vrouw verkeert berust op de weloverwogen en volgehouden weigering van een vrouw om de zwangerschap te voltooien (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/1, 9). De indieners van het voorstel wezen een objectivering van de noodsituatie van de hand, want dat zou leiden tot controles met willekeur als gevolg (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 82-83). Een preciese omschrijving van noodsituatie zou toch niet te geven zijn (*a.w.*, 13 en 23-24), vermits de noodsituatie "een subjectieve gevoelsmatige toestand is die niet objectiveerbaar is" (*a.w.*, 82). De noodsituatie is een gevolg van wat men heeft meegemaakt en uit zich in de weigering om de zwangerschap uit te dragen (*a.w.*, 89). In het verslag van de Kamercommissie wordt een en ander samengevat. "De noodsituatie waarin de vrouw zich bevindt is ongetwijfeld het doorslaggevende element. Die noodsituatie is een subjectieve toestand, eigen aan de vrouw, die tot de overtuiging is gekomen dat zij haar zwangerschap niet aankan. De criteria waarop die redenering steunt, zijn strikt persoonlijk en verschillen van vrouw tot vrouw. Die elementen kunnen bijgevolg niet geobjectiveerd of beoordeeld worden. Ze hebben betrekking op de geestelijke ingesteldheid van de vrouw, haar ervaringen, haar geweten" (Wetsontwerp betreffende de zwangerschapsafbreking, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/9, 4).

Deze opvatting over de noodsituatie is precies dezelfde als die in de Franse wet op de zwangerschapsafbreking (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 90). Art. L. 162-2 Code de la Santé Publique eist een "état de détresse". Volgens MEMETEAU gaat het om een zeer onduidelijke uitdrukking (MEMETEAU, G., *Le droit médical*, Parijs, Litec, 1984, 328, nr. 489). De uitdrukking noodsituatie treft men voorts nog aan in de Nederlandse wet en ook hier blijkt het te gaan om een subjectieve, niet in het algemeen te omschrijven, toestand. Bij de bespreking van het Nederlandse wetsontwerp werd door de regering opzettelijk aan het begrip noodsituatie geen verdere inhoud gegeven en geen criteria, noch zelfs toelichting verstrekt vanwege de individualiteit van iedere beslissing (LEENEN, *Handboek Gezondheidsrecht*, 139).

De opvattingen over het begrip noodsituatie zoals ze hiervoor werden weergegeven, brachten de Raad van State er toe te suggereren dit begrip te laten vervallen. Volgens de Raad had dit begrip geen enkele rechtsinhoud omdat het niet nauwkeurig en objectief kon worden gedefinieerd (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1989-90, nr. 247/8, 6). De indieners van het voorstel zijn op deze suggestie niet willen ingaan. Het begrip noodsituatie is niet bedoeld als een begrip met een juridische inhoud maar met een morele inhoud. Zou men de noodsituatie weglaten dan zou het voorstel veel ruimer worden en zou het geen enkele morele uitstraling meer hebben (*a.w.*, nr. 247/10, 3,4,5). In een later uitgebracht advies heeft de Raad van State de bedoelingen van de indieners zo begrepen dat "de verwijzing naar de noodtoestand gewild is als een tempering op de niet strafbaarstelling van de zwangerschapsafbreking". In hetzelfde advies herneemt de raad de mening dat het begrip noodsituatie "niet onontbeerlijk" is, d.w.z. kan worden gemist, "behalve wanneer men van oordeel is dat het om een psychologische voorwaarde gaat" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/5, 6-7).

426 De noodsituatie (situation de détresse) mag niet worden verward met de noodtoestand (état de nécessité).

Noodtoestand heeft een welbepaalde betekenis in het strafrecht, nl. de situatie waarin het overtreden van strafrechtsbepalingen en het schenden van strafrechtelijk beschermde rechtsgoederen en rechtsbelangen het enige middel is om andere - belangrijker - rechtsgoederen of rechtsbelangen te vrijwaren (DUPONT en VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, nr. 381). Als een van de klassieke voorbeelden van noodtoestand vermelden deze auteurs de therapeutische abortus. Vóór de Wet van 3 april 1990 was in geen enkele uitzondering voorzien op het verbod van zwangerschapsafbreking. Zoals ieder ander misdrijf kon de vruchtafdrijving worden gerechtvaardigd door de noodtoestand. In de rechtspraak werd noodtoestand niet eenduidig begrepen. Volgens het Hof te Brussel kon als rechtvaardigingsgrond alleen worden aanvaard de noodtoestand die

volgt uit een objectief gegeven : de toestand van de moeder en de absolute noodzakelijkheid haar leven te redden. Leven dient in zijn gebruikelijke zin te worden verklaard, d.w.z. het niet dood zijn (Brussel, 14 maart 1984, *J. Proc.*, 1984, afl. 43, 27; het cassatieberoep werd verworpen door Cass., 5 februari 1985, *Arr. Cass.*, 1985, 760; *Pas.*, 1985, I, 670; *J. Proc.*, 1985, afl. 59, 29). Het Hof te Brussel noemde een zwangerschapsafbreking in deze omstandigheden een therapeutische abortus, uitdrukking die het Hof van Cassatie nooit heeft gebruikt. Volgens BLOCH sluit deze opvatting over de therapeutische abortus aan bij de uitdrukkelijke wil van de strafwetgever in 1867 zoals die blijkt uit de voorbereidende werken (BLOCH, A., "Abortus en mensenrechten", in *Abortus provocatus*, Gent, Omega Editions, 1987, 89 en noot 77). Met een beroep op dezelfde voorbereidende werken kwam de Correctionele Rechtbank te Gent tot een ruimere interpretatie van noodtoestand bij zwangerschapsafbreking (Corr. Gent, 12 februari 1988, *T.G.R.*, 1988, 38; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 347, noot VAN LIL, M.). Volgens deze rechtbank kan leven niet louter worden beschouwd als niet dood zijn en komt het toe aan de rechter het begrip noodtoestand in te vullen. Het Hof te Gent heeft deze uitspraak vernietigd (Gent, 14 november 1988, *T.G.R.*, 1988, 172; *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 245, noot VAN LIL, M.). Ook in de rechtsleer wordt soms een ruimere interpretatie van therapeutische zwangerschapsafbreking, gerechtvaardigd door de noodtoestand, verdedigd (*vgl.* LIBIEZ, R., "Réflexions sur l'avortement et l'état de nécessité en droit pénal", *J. Proc.*, 1983,afl. 31, 10-17).

427 De beperkende interpretatie die doorgaans in de rechtspraak wordt gegeven van therapeutische zwangerschapsafbreking is door de Wet van 3 april 1990 niet achterhaald.

Er kunnen zich omstandigheden voordoen dat een arts tot zwangerschapsafbreking dient over te gaan zonder dat de voorwaarden van art. 350 Sw. kunnen worden nageleefd. In dat geval zal een beroep op de noodtoestand een rechtvaardiging kunnen geven aan deze zwangerschapsafbreking (Voorstel van wet betreffende de zwangerschapsafbreking, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 89 : Wanneer aan de in de wet bepaalde voorwaarden niet is voldaan, kan de strafrechter de noodtoestand toch in overweging nemen, b.v. wanneer het leven van de moeder in gevaar is).

428 Terwijl de noodtoestand een (niet wettelijke) rechtvaardigingsgrond is (DUPONT en VERSTRAETEN, nr. 383), is de strafrechtelijke betekenis van de noodsituatie in art. 350, tweede lid Sw. veel minder duidelijk.

Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Wet Zwangerschapsafbreking werd door sommigen de stelling verdedigd dat de noodsituatie een rechtvaardigingsgrond zou inhouden of een "strafuitsluitende verschoningsgrond" (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/9, 97; zie ook KEFER, F., "La naissance d'un enfant après l'échec d'un avortement est-elle constitutive d'un préjudice?", *J.T.*, 1990, 645). Maar volgens anderen gaat het hier om een strafrechtelijk novum : met het begrip noodsituatie worden de vertrouwde paden van rechtsleer en rechtspraak verlaten (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/9, 70). Het onderscheid tussen beide benaderingen is wezenlijk. Wanneer de noodsituatie een rechtvaardigingsgrond is, dan betekent dit dat de zwangerschapsafbreking niet wederrechtelijk is. Volgens de andere opvatting ontbreekt het materieel element zodat er van een misdrijf geen sprake is wanneer de noodsituatie aanwezig is. Een en ander is vooral van belang voor de bevoegdheid voor de strafrechter (zie verder, nr. 433). In het advies dat de algemene vergadering van de Raad van State uitbracht, treft men deze laatste opvatting aan : "Het is volgens het procédé dat gevolgd is in de aan de Raad van State voorgelegde teksten, het materieel bestanddeel van het misdrijf dat ontbreekt, wanneer is voldaan aan alle voorwaarden die voor de niet-strafbaarstelling zijn vereist" (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/5, 4).

b) Beoordeling van de noodsituatie

429 De invulling van het begrip noodsituatie en de beoordeling over de aanwezigheid ervan is de eindverantwoordelijkheid van de vrouw, de beslissing over de noodsituatie kan niet worden overgelaten aan een derde (Wetsvoorstel, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 23-24).

430 Gelet op de uiterst persoonlijke en subjectieve aard van de noodsituatie is een beoordeling van de noodsituatie niet mogelijk. Een beoordeling veronderstelt objectieve maatstaven en die ontbreken (zie boven, nr. 425). Een noodsituatie in de zin van art. 350, tweede lid Sw. wordt niet zozeer beoordeeld dan wel aangevoeld door de vrouw.

431 Toch is het niet uitsluitend de zwangere vrouw die uitmaakt of er een noodsituatie is. Ook de arts tot wie de vrouw zich wendt voor een zwangerschapsafbreking is hierbij betrokken.

Op dit punt verschilt de Belgische wet van de Franse. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd hierop meermaals gewezen. De Franse wet laat het oordeel over de noodsituatie over aan de vrouw zelf. In een arrest van de Franse Conseil d'Etat van 31 oktober 1980 is sprake van het recht van de vrouw "d'apprécier elle-même si sa situation justifie l'interruption de la grossesse" (Conseil d'Etat, 31 oktober 1980, *D.*, 1981, 38, concl. GENEVOIS). Volgens een van de indieners van het voorstel dat de Wet van 3 april 1990 is geworden verschilt het voorstel van de Franse wet doordat het geen abortus op aanvraag invoert. De arts heeft tot taak zich een oordeel te vormen van de noodsituatie door na te gaan of de vrouw weloverwogen en volgehouden weigert de zwangerschap uit te dragen (Wetsvoorstel, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 106).

Toch gaat het hier niet om een medisch-professioneel oordeel van de arts op grond van zijn medische deskundigheid. "Of de vrouw zich in een noodsituatie bevindt, kan door de arts worden vastgesteld, veeleer door zijn psychologisch inzicht en ervaring dan door zijn professionele deskundigheid" (*a.w.*, 84). Dit betekent dat de arts niet oordeelt over het bestaan van een noodsituatie, doch vaststelt of de vrouw naar haar eigen overtuiging zich al dan niet in een noodsituatie bevindt : de arts tot wie de vrouw zich wendt moet de noodsituatie vaststellen (*a.w.*, 82). Hierbij mag de arts zich niet in de plaats stellen van de vrouw om na te gaan of zij alle belangen wel correct afweegt (*a.w.*, 89).

432 Dat de noodsituatie niet enkel wordt beoordeeld door de zwangere vrouw zelf, blijkt ook uit art. 350, 2°, laatste lid. In dat artikel is sprake van "de appreciatie van de geneesheer over de vaste wil en de noodsituatie van de zwangere vrouw, op basis waarvan hij aanvaardt de ingreep uit te voeren".

Hoewel de geraadpleegde arts niet in de plaats kan oordelen van de zwangere vrouw en niet in haar plaats mag beslissen (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 10) blijkt uit deze bepaling dat ook de arts tot een zelfstandige appreciatie van de noodtoestand zal dienen te komen. Een van de indieners verklaarde dat de arts geen passief instrument is dat de wil van de vrouw moet uitvoeren; hij zal in geweten een beslissing moeten nemen en kan, indien hij niet overtuigd is, weigeren de zwangerschap af te breken (*a.w.*, 99).

433 Hoe de preciese opdracht en bevoegdheid van de geraadpleegde arts ook wordt geduid, vast staat dat de rechter en welke andere derde ook niet kan

treden in de appreciatie van de arts over de vaste wil en de noodsituatie van de zwangere vrouw voor zover is voldaan aan de in art. 350 bepaalde voorwaarden (art. 350, 2°, laatste lid Sw.).

Ook deze bepaling en de preciese juridische draagwijdte ervan heeft aanleiding gegeven tot grote meningsverschillen tijdens de parlementaire voorbereiding. Aanvankelijk kwam zij niet voor in het voorstel. De bepaling is het gevolg van een amendement van de indieners zelf met als bedoeling "elke dubbelzinnigheid i.v.m. het beoordelen van de noodsituatie weg te nemen" (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 99). Reeds vóór de indiening van dit amendement hadden de verdedigers van het voorstel laten verstaan dat voor hen het oordeel over de noodtoestand buiten de rechterlijke controle viel. In de toelichting bij het wetsvoorstel werd gesteld dat de opzettelijke zwangerschapsafbreking binnen 12 weken na de bevruchting aan het strafrecht wordt onttrokken, omdat het om een moreel probleem gaat waarbij subjectieve gegevens en innerlijke spanningen doorwegen, "die de rechter niet met objectieve maatstaven kan beoordelen" (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/1, 10). "De noodsituatie is per definitie niet voor objectivering vatbaar. Het gevolg daarvan is dat de rechter geen oordeel heeft te vellen over de grondslag ervan, maar alleen moet nagaan of de voorgeschreven procedures zijn gevolgd" (*a.w.*, 91). Zodra de arts, na zorgvuldige afweging, een evaluatie heeft gemaakt mag hij achteraf niet meer worden verplicht zich te verantwoorden (*a.w.*, 97). Vermits volgens deze opvatting de noodsituatie het materieel bestanddeel van het misdrijf vruchtafdrijving wegneemt, is er geen misdrijf en kan er van een beoordeling door de strafrechter geen sprake zijn, mits alle voorwaarden zijn vervuld. Diegenen die de noodsituatie beschouwen als een rechtvaardigingsgrond die de wederrechtelijkheid opheft, bestreden deze opvatting : "Wanneer men het beginsel van de strafbaarheid behoudt, moet men aanvaarden dat voor elk strafbaar feit een onderzoek plaats vindt" (*a.w.*, 34 en ook 43). Teneinde hieromtrent ieder misverstand weg te nemen werd het bedoelde amendement ingediend en goedgekeurd. Naar aanleiding van de discussie over dit amendement en de juiste draagwijdte ervan, werd ook nog een wijziging aangebracht in de Nederlandse versie van art. 350, tweede lid Sw. De aanhef van deze bepaling luidde oorspronkelijk "Het feit is evenwel niet strafbaar". Deze tekst zou de indruk kunnen wekken dat art. 350, tweede lid slechts een verschoningsgrond invoert (terzijde weze opgemerkt dat uit de voorbereidende werken grote misverstanden blijken omtrent de begrippen rechtvaardigingsgrond en verschoningsgrond). Om duidelijk te maken dat er van een misdrijf in het geheel geen sprake is - wat door sommigen als een rechtvaardigingsgrond wordt aangemerkt - werd de aanhef gewijzigd in : "Er is evenwel geen misdrijf" (*a.w.*, 102-103 en 116). In de Kamercommissie werd de draagwijdte van het amendement dat rechterlijke toetsing uitsluit op de volgende wijze geduid. Een zwangere vrouw die een zwangerschapsafbreking heeft gevraagd en deze heeft ondergaan in de wettelijk vereiste voorwaarden "wordt geacht in een noodsituatie te verkeren". Dit vermoeden is een "absoluut onweerlegbaar vermoeden" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/9, 30).

2. Vaste wil en verzoek de zwangerschap af te breken

434 In art. 350, 2°, laatste lid Sw. is niet enkel sprake van de appreciatie van de arts omtrent de noodsituatie van de zwangere vrouw, maar tevens van haar "vaste wil".

Tijdens de parlementaire voorbereiding is er veel te doen geweest omtrent de vraag of de vaste wil van de vrouw al dan niet samenvalt met de noodsituatie waarin zij verkeert. Zowel uit de toelichting bij het voorstel als uit verklaringen afgelegd tijdens de bespreking in de commissies, zou men kunnen afleiden dat noodsituatie en vaste wil niet te onderscheiden zijn. Volgens de toelichting berust de beslissing om de zwangerschap af te breken op de weloverwogen en volgehouden weigering van de vrouw om de zwangerschap te voltooien. De woorden "de noodsituatie waarin

de vrouw verkeert" verwijzen naar die weloverwogen en volgehouden weigering. "Hiermee wordt bedoeld de vaste wil" (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/1, 9). "De noodsituatie is het resultaat van een moreel conflict en van de vaste wil die daaraan ten grondslag ligt" (*a.w.*, 247/2, 90; zie ook 95 : "Wat de definitie van noodsituatie betreft, is het van groot belang dat de vrouw categorisch neen zegt en daarbij blijk geeft van een vaste overtuiging". In het advies dat de Raad van State op 27 oktober 1989 uitbracht over het wetsvoorstel, blijkt dat de Raad van State ook deze opvatting was toegedaan : "De noodsituatie stemt overeen met de diep doordachte en blijvende weigering van de vrouw om de gevolgen van haar zwangerschap te dragen" (...). "Daaruit volgt dat de noodsituatie naar de mening van de indieners van het voorstel overeenstemt met de vaste wil van de vrouw om haar zwangerschap te laten afbreken" (*a.w.*, nr. 247/8, 4; zie ook 8 waar wordt gezegd dat de "twee begrippen synoniem" zijn). De indieners van het wetsvoorstel hebben zich tegen deze interpretatie verzet. Dat blijkt duidelijk uit het aanvullend verslag van de vergadering van de Senaatscommissie die plaats had om zich over dit advies te beraden (*a.w.*, nr. 247/10). Een commissielid vond het "onbegrijpelijk dat de Raad van State de vaste wil van de vrouw en de noodsituatie als synoniem beschouwt" (*a.w.*, 6). Volgens een ander lid bleek uit het advies dat de Raad van State de juiste strekking van het wetsvoorstel niet goed had begrepen (*a.w.*, 4). Volgens dit lid moet er een onderscheid worden gemaakt tussen de oorzaak van een noodsituatie en het gevolg van de noodsituatie. Het gevolg van de noodsituatie is de vaste wil de zwangerschap te laten afbreken. Zo bekeken zijn vaste wil en verzoek de zwangerschap te beëindigen synoniemen van elkaar (*a.w.*, 4).

435 De noodsituatie en de vaste wil van de vrouw zijn hoe dan ook nauw met elkaar verbonden. Ofwel volgt de noodsituatie van de vrouw uit haar volgehouden weigering, haar vaste wil de zwangerschap te beëindigen. Ofwel leidt de noodsituatie tot de vaste wil de zwangerschap te laten beëindigen. In het ene geval is de vaste wil de oorzaak van de noodsituatie, in het andere geval is de vaste wil het gevolg van de noodsituatie. De samenhang tussen beide elementen blijkt ook nog hieruit dat beide door de arts moeten worden beoordeeld en dat de appreciatie van de arts over de twee elementen onttrokken is aan de rechterlijke toetsing (art. 350, 2°, laatste lid Sw.).

Uit het advies dat de algemene vergadering van de Raad van State uitbracht over het wetsontwerp kan men afleiden dat de Raad van State veeleer geneigd blijft om de vaste wil als de oorzaak van de noodsituatie en niet als het gevolg ervan te beschouwen (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/5, 6 noot 3 : "Slechts wanneer de arts heeft aanvaard de ingreep uit te voeren kan de beoordeling van de noodtoestand die als fundamentele voorwaarde geldt, niet meer worden aangevochten. Dit (d.w.z. het bestaan van de noodtoestand; de Franse tekst is duidelijker) wordt op onweerlegbare wijze afgeleid uit de vaste wil van de vrouw waarvan de arts zich heeft vergewist en uit de medische verrichting").

436 Volgens art. 350, 2°, eerste lid Sw. is er geen misdrijf wanneer de zwangere vrouw die door haar toestand in een noodsituatie verkeert, een arts ver-

zoekt haar zwangerschap af te breken en indien de zwangerschapsafbreking uitgevoerd wordt onder de voorwaarden die verder in art. 350 worden bepaald. Een van deze voorwaarden betreft het verzoek van de vrouw. De arts kan de zwangerschapsafbreking bovendien slechts verrichten wanneer de vrouw, de dag van de ingreep, schriftelijk te kennen heeft gegeven dat ze vastbesloten is de ingreep te ondergaan. Deze verklaring moet bij het medisch dossier worden gevoegd (art. 350, 3° Sw.).

3. Tussenkomst van een arts

437 Opdat een zwangerschapsafbreking geen misdrijf zou zijn is de tussenkomst van een arts ("een geneesheer" in de terminologie van art. 350 Sw.) vereist. Het verrichten van een zwangerschapsafbreking bij een toestemmende vrouw door een niet-arts levert het misdrijf vruchtafdrijving op (art. 350, eerste lid Sw.). Naargelang er al dan niet een gewoonte van wordt gemaakt kan sprake zijn van onwettige uitoefening van de geneeskunde.

Art. 350, tweede lid Sw. eist de tussenkomst van een "geneesheer" en niet van een bevoegde beoefenaar van de geneeskunde, d.w.z. de houder van het wettelijk diploma van doctor in de geneeskunde wiens titel werd geviseerd door de provinciale geneeskundige commissie en die ingeschreven is op de lijst van de orde der geneesheren. Men kan van oordeel zijn dat het onderscheid tussen "geneesheer" en "bevoegde beoefenaar van de geneeskunde" ver gezocht is. Men mag evenwel niet vergeten dat de zwangerschapsafbreking die wordt uitgevoerd vóór het einde van de 12de week na de bevruchting alszodanig geen medische handeling is of toch niet altijd. "In dat geval (d.w.z. een zwangerschapsafbreking vóór het einde van de 12 weken na de bevruchting) is het niet de gezondheidstoestand die doorweegt (...). De ondertekenaars van het voorstel hebben besloten dat geen medische gronden moeten worden aangevoerd om de zwangerschap af te breken" (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/1, 9).

438 De tussenkomst van een arts is vereist omwille van de volgende redenen.

Vooreerst dient de noodsituatie en de vaste wil van de vrouw te worden beoordeeld door een arts (art. 350, 2°, laatste lid Sw., zie boven, nr. 431-435).

Vervolgens is de medische tussenkomst vereist om uit te maken of er al dan niet reeds 12 weken zijn verstreken na de bevruchting. Als blijkt dat reeds meer dan 12 weken zijn verstreken, dan is een zwangerschapsafbreking nog slechts mogelijk mits welbepaalde indicaties in hoofde van de vrouw of de foetus aanwezig zijn (zie verder, nr. 450). Vooral bij twijfel of de 12 weken grens is overschreden zal de tussenkomst van een arts onontbeerlijk zijn, b.v. voor het verrichten van een echografie (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 121).

Verder dient de zwangere vrouw door een arts te worden ingelicht over de onmiddellijke of toekomstige medische risico's waaraan zij zich blootstelt door het afbreken van de zwangerschap en over de opvangmogelijkheden voor het ongeboren kind (art. 350, 2°, a en b Sw.). Ten slotte en vooral moet de zwangerschapsafbreking onder medisch verantwoorde omstandigheden door een arts worden verricht (art. 350, 1°, b Sw.).

Na de ingreep moet aan de vrouw de nodige voorlichting worden verstrekt inzake contraceptiva maar dat hoeft niet door een arts te gebeuren. Dat kan worden overgelaten aan "een andere bevoegde persoon" (art. 350, 5° Sw.).

439 Nergens is de hoedanigheid of de deskundigheid van de arts nader gespecifieerd.

Voor zover de ingreep gebeurt "onder medisch verantwoorde omstandigheden" kan iedere arts een zwangerschap afbreken. Hij dient geen medisch specialist in de gynaecologie te zijn.

440 De wet bepaalt niet duidelijk of al de voorwaarden die door een arts dienen te worden vervuld door één en dezelfde arts moeten zijn vervuld. In de praktijk is dan ook de vraag gesteld of bijvoorbeeld de appreciatie over de vaste wil en de noodtoestand mag gebeuren door één arts en de uitvoering van de zwangerschapsafbreking door een andere arts. Mag de wachttermijn worden berekend vanaf de consultatie bij de huisarts die naar een gynaecoloog doorverwijst of begint deze termijn pas te lopen vanaf de eerste consultatie bij de arts die uiteindelijk de zwangerschap zal afbreken?

De voorwaarden bepaald in art. 350, 2° Sw. moeten worden nageleefd door de arts tot wie de vrouw zich wendt om haar zwangerschap te laten afbreken. De wet bepaalt dit met zoveel woorden. Maar ook de andere voorwaarden moeten in hoofde van een en dezelfde arts worden vervuld. Dit volgt uit de systematiek van de wet. Slechts als alle voorwaarden zijn vervuld, is er geen misdrijf. Dat veronderstelt dat alle voorwaarden door één persoon worden vervuld. Wellicht is dit voor de voorwaarden vermeld in art. 350, 2° Sw. moeilijk te controleren. Maar voor de correcte naleving van de wachttermijn is dit wezenlijk (zie NYS, H., "Abortus provocatus, hoe moet het nu?", *Huisarts Nu*, 1990, afl. 6, 284-285).

441 Een arts kan niet worden verplicht tussen te komen bij een zwangerschapsafbreking.

Overeenkomstig art. 350, 6° Sw. kan geen arts, verpleegkundige of beoefenaar van een paramedisch beroep worden gedwongen medewerking te verlenen aan een zwangerschapsafbreking.

Medewerking verlenen is ruimer dan alleen het uitvoeren van een zwangerschapsafbreking. Alle stadia waarin de wet de tussenkomst van een arts vereist (evaluatie van noodsituatie en vaste wil, bepalen van de 12 weken grens, informatie en het verrichten van de ingreep) impliceren het verlenen van medewerking aan een zwangerschapsafbreking. Geen arts kan worden gedwongen tussen te komen in een van deze stadia. Hetzelfde geldt voor het verstrekken van informatie inzake contraceptiva na de ingreep. Art. 350, 6° Sw. geldt enkel voor die zwangerschapsafbrekingen die worden uitgevoerd conform de bepalingen van dat artikel. Wanneer een zwangerschapsafbreking moet worden verricht in omstandigheden die niet toelaten deze bepalingen te eerbiedigen omwille van een groot gevaar dat het leven van de vrouw bedreigt, d.i. de therapeutische abortus in de traditionele betekenis van het woord, is art. 350 Sw. niet van toepassing (zie boven, nr. 426-427). In de, hoogst uitzonderlijke, hypothese dat geen ander arts beschikbaar zou zijn die geen gewetensbezwaren heeft tegen de zwangerschapsafbreking in dergelijke omstandigheden, heeft de hulpverleningsplicht op grond van art. 422*bis* Sw. voorrang op de eerbiediging van art. 350 Sw., inbegrepen art. 350, 6°. De wetgever hoefde dit niet uitdrukkelijk te voorzien in art. 350, 6° zoals wel eens tijdens de parlementaire voorbereiding werd gesuggereerd. Maar wanneer al de voorwaarden voor de toepassing van art. 350 Sw. vervuld zijn kan men art. 422*bis* Sw. niet tegenwerpen t.a.v. de arts die zich beroept op art. 350, 6° Sw. Rekening houdend met de door de wetgever opgelegde wachttijd van 6 dagen kan er geen sprake zijn van een groot gevaar, zoals vereist is voor de toepassing van art. 422*bis* Sw. (zie in deze zin voor Frankrijk, Corr. Rouen, 9 juli 1975, *D.*, 1976, 531, noot ROUJOU DE BOUBEE). Noodsituatie en groot gevaar zijn begrippen met een

verschillende inhoud. In de Senaatscommissie werd ook ten onrechte gesteld dat de arts die weigert mee te werken aan een zwangerschapsafbreking het risico zou lopen te worden gedagvaard voor het betalen van schadevergoeding wegens het ter wereld komen van een kind dat ongewenst is. Daarbij werd verwezen naar de "wrongful birth action" (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 146). Die houdt evenwel verband met de vordering tegen een arts die een zwangerschapsafbreking foutief heeft uitgevoerd (zie verder, nr. 473). De weigering een zwangerschapsafbreking uit te voeren kan niet als foutief worden aanzien, omwille van art. 350, 6°.

Art. 350, 6°, eerste lid Sw. specifieert niet de redenen waarom een arts zijn medewerking niet wenst te verlenen. Die kunnen verband houden met principiële ethische bezwaren tegen zwangerschapsafbreking maar kunnen ook zijn ingegeven door de vaststelling dat een noodsituatie of de vaste wil de zwangerschap te laten afbreken ontbreekt. In deze zin bevat art. 350, 6° Sw. meer dan een gewetensbezwaarclausule.

442 Hoewel art. 350, 6° Sw. deel uitmaakt van een bepaling in het Strafwetboek zijn geen strafsancties voorzien tegen wie een arts tot medewerking aan een zwangerschapsafbreking zou hebben gedwongen (*anders*, de Minister van Justitie in antwoord op een parlementaire vraag. Wellicht misleid doordat deze bepaling deel uitmaakt van het Sw. antwoordde hij : "de toepassing van deze bepaling is, gelet op haar strafrechtelijk karakter, afdwingbaar en het komt de bevoegde overheden toe ervoor te waken dat zij wordt nageleefd" (*Vr. en Antw.*, Kamer, 1989-90, 10 juli 1990, 9582, Vr. nr. 435 ANSOMS).

Art. 350, 6° Sw. vermeldt slechts personen die een gezondheidsberoep uitoefenen. Een medisch secretaresse kan daartoe niet worden gerekend en bijgevolg kan zij zich niet beroepen op die bepaling om b.v. te weigeren een verwijsbrief voor zwangerschapsafbreking te tikken.

443 De arts die weigert een zwangerschapsafbreking uit te voeren is gehouden de vrouw bij haar eerste bezoek in kennis te stellen van zijn weigering (art. 350, 6°, tweede lid Sw.).

Uit de voorbereidende werken blijkt duidelijk dat het geenszins de bedoeling is geweest de arts die weigert een zwangerschapsafbreking te verrichten, te verplichten de zwangere vrouw door te verwijzen naar een collega die daartoe wel bereid is. Volgens een van de indieners van het voorstel is het "in beginsel moeilijk een arts die principieel tegen abortus gekant is, te dwingen een centrum aan te wijzen waar de vrouw terecht kan". Om die reden was hij gekant tegen een amendement dat een arts die weigert een ingreep uit te voeren, oplegde aan de vrouw "al de nuttige inlichtingen te verstrekken over de mogelijkheden om een opvangdienst en een geneesheer te vinden die in voorkomend geval bereid kunnen zijn de ingreep te verrichten" (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 146-147.

Uit de voorbereidende werken blijkt tevens dat de verplichting de zwangere vrouw in kennis te stellen van de weigering niet alleen geldt wanneer de weigering is gesteund op gewetensbezwaren, maar ook wanneer de arts meent dat een noodsituatie en/of een vaste wil ontbreekt (*a.w.*; tegen het amendement dat een verwijsplicht bevatte, werd aangevoerd dat het wetsvoorstel "ruimer" is : "naast de gevallen bedoeld door het amendement, is het ook nog op andere gevallen van toepassing". Welke gevallen wordt niet verduidelijkt, maar de weigering omdat de door de wet gestelde voorwaarden niet vervuld zijn is hier zeker bedoeld. Een arts die geen principiële bezwaren heeft tegen een zwangerschapsafbreking en de vrouw bij haar eerste bezoek niet in kennis

heeft gesteld van zijn weigering, kan in moeilijkheden komen wanneer hij naderhand meent vast te stellen dat de wettelijk vereiste voorwaarden niet zijn vervuld. Enerzijds is het te laat om de vrouw nog van zijn weigering op de hoogte te brengen. Anderzijds is hij strafbaar wanneer hij, ondanks het ontbreken van een van de wettelijke voorwaarden, toch tot zwangerschapafbreking zou overgaan. Wel is het zo dat de niet-naleving van art. 360, 6°, tweede lid Sw. niet strafrechtelijk kan worden gesanctioneerd (wat opnieuw de vraag doet rijzen naar de plaats van zo'n bepaling in een Strafwetboek). De arts die in zo'n geval zou weigeren tot zwangerschapsafbreking over te gaan, kan geen fout worden verweten, ook al is inmiddels de 12 weken grens misschien verstreken. Anders zou het zijn wanneer een arts die morele bezwaren heeft tegen een zwangerschapsafbreking de zwangere vrouw niet bij haar eerste bezoek heeft ingelicht over zijn weigering. Hoewel strafrechtelijk niet sanctioneerbaar, zou deze houding burgerrechtelijk als foutief kunnen worden aanzien. Indien de 12 weken grens zou zijn overschreden en een zwangerschapsafbreking wettelijk niet meer mogelijk, komt het verlies van een kans op zwangerschapsafbreking als schade in aanmerking (zie verder, nr. 386).

(I.v.m. de doorverwijzingsverplichting ook art. 3 Decreet Franse Gemeenschapsraad 10 juli 1984, zie boven, nr. 392).

4. Plaats van uitvoering

444 Een zwangerschapsafbreking moet worden verricht in een instelling voor gezondheidszorg waaraan een voorlichtingsdienst is verbonden (art. 350, 1°, b Sw.).

Instelling voor gezondheidszorg heeft luidens de toelichting bij het voorstel een ruimere betekenis dan ziekenhuis in de zin van art. 1 Gecoördineerde Ziekenhuiswet. Niet enkel ziekenhuizen, maar ook "privé-centra, soms ook abortuscentra genoemd", worden hier bedoeld (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/1, 10). Maar de "behandelkamer" (medisch kabinet) van een arts is geen instelling voor gezondheidszorg (a.w.; zie in dezelfde zin, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 126 en 130 en Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/9, 127, waar het "moeilijk denkbaar" wordt geacht dat na verloop van 12 weken sedert de bevruchting een zwangerschapsafbreking wordt verricht buiten een ziekenhuis.

Voor ziekenhuizen gelden geen bijzondere erkenningseisen naast deze die op basis van de Gecoördineerde Ziekenhuiswet moeten worden nageleefd. Voor de "abortuscentra" gelden in het geheel geen erkenningseisen.

445 Aan de instelling voor gezondheidszorg moet een voorlichtingsdienst zijn verbonden. Het volstaat derhalve niet dat de opdrachten van de voorlichtingsdienst worden waargenomen door een dienst die los staat van de instelling voor gezondheidszorg waar de zwangerschapsafbreking wordt verricht.

De wet bevat geen enkele norm voor de erkenning van deze voorlichtingsdiensten. Er is nogal wat te doen geweest over de bevoegdheid om dergelijke normen uit te vaardigen. Tijdens de bespreking in de Senaatscommissie van het eerste voorstel (*Gedr. St.*, Senaat, 1985-86, nr. 189/1) dat heeft geleid tot de wet betwijfelden sommige leden de bevoegdheid van de nationale wetgever om een voorlichtingsdienst te eisen, gelet op de bevoegdheden die door art. 5, §1, I, 1° en 2° en II, 1°, Bijz. Wet 8 augustus 1980 zijn toegekend aan de Gemeenschappen. Volgens het advies dat hieromtrent door de Raad van State werd uitgebracht (*a.w.*, nr. 189/2) bestond er tegen een dergelijke bepaling geen enkel bezwaar vanuit het oogpunt van de bevoegdheid. Maar de Raad waarschuwde ervoor dat de naleving van een wet die rechtsgevolgen verbindt aan het bestaan van een dienst waarvan de organisatie niet ten volle tot de bevoegdheid van de nationale wetgever behoort,

zou kunnen worden bemoeilijkt en zelfs onmogelijk gemaakt. Zie NYS, H., "De bevoegdheden van de Vlaamse Gemeenschap inzake gezondheidsbeleid, in het bijzonder m.b.t. de uitoefening van de geneeskunst", *T.B.P.*, 1990, 169. Tot nog toe heeft geen enkele Gemeenschap via decretale bepalingen deze voorlichtingsdiensten aan bepaalde erkenningsnormen onderworpen. In de Kamercommissie werd bij de bespreking van het wetsontwerp opgemerkt dat in art. 350, 1° b Sw. reeds voldoende duidelijke gegevens zijn vervat om de rechter in staat te stellen na te gaan of de zwangere vrouw over een geschikte opvangstructuur heeft kunnen beschikken. Een dergelijke toetsing moet steunen op materiële feiten, zoals het bestaan van voorlichtingsdocumenten, openingsuren, aanwezigheid en beschikbaarheid van het personeel enz. (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/9, 120).

5. Verplichte opvang en voorlichting. Facultatieve hulp en raad

446 De voorlichtingsdienst staat in voor de opvang van de zwangere vrouw en licht haar omstandig voor inzonderheid over de rechten, de bijstand en de voordelen die bij wet en decreet worden gewaarborgd aan de gezinnen, aan de al dan niet gehuwde moeders en hun kinderen en over de mogelijkheden om het kind dat geboren zal worden te laten adopteren (art. 350, 1°, b Sw.).

In het oorspronkelijke voorstel was de opvang en voorlichting slechts facultatief. Door een amendement dat door de opstellers van het voorstel zelf werd ingediend is dit een verplichting geworden (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 122-123). In de Kamercommissie werd beweerd dat de rechter geen genoegen zou nemen met een voorlichtingsdienst die zich beperkt tot het verspreiden van voorlichtingsfolders (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/9, 120).

447 De arts tot wie de vrouw zich wendt om haar zwangerschap af te breken moet haar inlichten over de onmiddellijke of toekomstige medische risico's waaraan zij zich blootstelt door het afbreken van de zwangerschap. Ook moet hij haar de verschillende opvangmogelijkheden voor het kind dat geboren zal worden in herinnering brengen (art. 350, 2°, a en b Sw.).

448 Op verzoek van de arts of van de vrouw geeft de voorlichtingsdienst aan de vrouw hulp en raad over de middelen waarop zij een beroep zal kunnen doen voor de oplossing van de psychologische en maatschappelijke problemen die door haar toestand zijn ontstaan (art. 350, 1°, b en 2°, b Sw.). Dit is geen verplichting, maar een mogelijkheid.

6. Tijdstip van uitvoering

449 In verband met het tijdstip waarop de zwangerschapsafbreking dient te worden uitgevoerd bevat art. 350 Sw. twee bepalingen. Volgens art. 350, 1°, a Sw. moet de zwangerschapsafbreking plaatsvinden vóór het einde van de 12de week na de bevruchting. Na deze termijn kan de zwangerschap slechts worden beëindigd mits naleving van bijkomende voorwaarden (zie verder, nr. 450).

De tweede bepaling vindt men in art. 350, 3° Sw. De arts mag de zwanger-

schapsafbreking niet eerder verrichten dan 6 dagen na de eerste raadpleging. Hierop is geen enkele uitzondering voorzien. Dit betekent dat ook voor een zwangerschapsafbreking na het verstrijken van de 12de week, 6 dagen moeten verlopen na de eerste raadpleging. Bedoeld is de eerste raadpleging bij de arts die zal overgaan tot de beëindiging van de zwangerschap (zie boven, nr. 440).

7. Zwangerschapsafbreking na verloop van 12 weken

450 Alle voorwaarden die hiervoor werden besproken, nl. de noodsituatie, de vaste wil, het verzoek en de schriftelijke bevestiging ervan op de dag van de ingreep, de tussenkomst van een arts, de plaats van uitvoering, de verplichte opvang en informatie alsook de wachtperiode van 6 dagen moeten worden nageleefd opdat een zwangerschapsafbreking geen misdrijf zou zijn in de zin van art. 350 Sw. Na het einde van de 12de week na de bevruchting moeten bovendien nog bijkomende voorwaarden worden vervuld (art. 350, 4° Sw.). Anders dan in de periode dáárvoor wordt de zwangerschapsafbreking nu afhankelijk van de beoordeling van de gezondheidstoestand van de vrouw of de foetus (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/1, 9).

a) Ernstig gevaar voor de gezondheid van de vrouw

451 Indien het voltooien van de zwangerschap een ernstig gevaar inhoudt voor de gezondheid van de vrouw is een zwangerschapsafbreking na verloop van 12 weken sedert de bevruchting nog mogelijk (art. 350, 4° Sw.).

Het begrip "gezondheid" mag hier niet worden begrepen in de ruime zin die de definitie van de Wereld Gezondheidsorganisatie daaraan geeft, nl. fysiek, psychisch en sociaal welbevinden (zie boven, nr. 368). Volgens een van de indieners komt enkel de lichamelijke of geestelijke gezondheid van de vrouw in aanmerking. Een "sociale noodsituatie" daarentegen niet (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 152). In verband met de ernst van het gevaar werd hieraan toegevoegd dat de beoordeling daarvan kan gebeuren door de rechter. "Het begrip gevaar voor de gezondheid kan met objectieve criteria gemeten worden en is dus controleerbaar, dit in tegenstelling met het begrip noodsituatie" (*a.w.*).

De Nederlandse en de Franse versie van art. 350, 4° Sw. stemmen niet overeen. In de Nederlandse tekst is sprake van het "voltooien" van de zwangerschap dat de gezondheid van de vrouw bedreigt. Letterlijk betekent dit dat enkel een gevaar dat zich voordoet op het einde van de zwangerschap in aanmerking mag worden genomen. De Franse tekst heeft het over "la poursuite", de voortzetting van de zwangerschap. Die tekst sluit beter aan bij de bedoelingen van de wetgever.

b) Uiterst zware, ongeneeslijke kwaal bij de foetus

452 Als tweede indicatie voor een zwangerschapsafbreking na verloop van 12 weken geldt het vaststaand gegeven dat het kind dat zal geboren worden, zal lijden aan een uiterst zware kwaal die als ongeneeslijk wordt erkend op het ogenblik van de diagnose.

In deze indicatie kunnen volgende elementen worden onderscheiden. Vooreerst dient het vast te staan dat het kind zal lijden aan een uiterst zware kwaal. Tijdens de parlementaire voorbereiding

werd er meermaals op gewezen dat op dit punt het voorstel strikter is dan de Franse wet, die een "grote waarschijnlijkheid" eist (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 153). Vervolgens is vereist een uiterst zware kwaal. Ten derde moet deze kwaal als ongeneeslijk zijn erkend en dit, vierde element, op het ogenblik dat de diagnose ervan wordt gesteld.

c) Medewerking en advies van een tweede arts

453 De slotzin van art. 350, 4° Sw. bepaalt het volgende : "In dat geval moet de geneesheer tot wie de vrouw zich heeft gewend, de medewerking vragen van een tweede geneesheer, wiens advies bij het dossier moet worden gevoegd". Deze bepaling heeft heel wat vragen opgeroepen tijdens de parlementaire bespreking.

Is "in dat geval" beperkt tot de uiterst zware kwaal waaraan de foetus lijdt? Of is de medewerking van de collega tevens vereist wanneer de zwangerschap de gezondheid van de vrouw bedreigt? Afgaande op de formulering zou kunnen worden verondersteld dat de medewerking van de tweede arts enkel in de laatste hypothese vereist is, zo wordt opgemerkt in het verslag van de Kamercommissie (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/9, 125). Maar er wordt aan toegevoegd dat de voorbereidende werkzaamheden in de Senaat duidelijk hebben aangegeven dat die medewerking in de beide gevallen vereist is. Toch blijkt dit nergens uit het Senaatscommissieverslag. Niettemin is het aannemelijk dat "in dit geval" slaat op de gehele voorafgaande zin d.w.z. op iedere zwangerschapsafbreking die wordt verricht na het verstrijken van 12 weken.

Vervolgens rijzen er vragen naar de preciese rol van de tweede arts. Herhaaldelijk werd tijdens de bespreking van het wetsontwerp gesteld dat het advies van de geconsulteerde arts een zgn. "gelijkluidend" advies zou zijn. Daarmee wordt bedoeld dat de arts die de zwangerschapsafbreking verricht en de arts die om medewerking wordt gevraagd, tot eenzelfde besluit moeten zijn gekomen i.v.m. de vereiste indicatie (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/9, 133 : "Het is ondenkbaar dat een arts, ondanks het negatieve advies van zijn confrater, toch de zwangerschap gaat afbreken, indien hij weet dat op dat ogenblik de gerechtelijke overheid kan optreden"). Niettemin blijkt uit de wettekst nergens dat dit advies moet overeenstemmen met de beslissing van de uitvoerende arts. Daar komt bij dat de deskundigheid of medische specialiteit van de geraadpleegde arts evenmin in de wet wordt gespecifieerd, terwijl ook nergens zijn onafhankelijkheid is gewaarborgd. Op dit punt bevatten de voorbereidende werken slechts geruststellende verklaringen (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/9, 126).

d) Levensvatbaarheid als uiterste grens

454 Art. 350, 4° Sw. stelt geen tijdsgrens aan een zwangerschapsafbreking na verloop van 12 weken. Tijdens de bespreking van het wetsvoorstel dat de Wet van 3 april 1990 is geworden werd door de indieners van het voorstel de mening verdedigd dat zwangerschapsafbreking slechts mogelijk is zolang de foetus niet levensvatbaar is, d.w.z. ongeveer tot de 24ste week na de conceptie (zie boven, nr. 413). Door deze beperking die klaarblijkelijk is ingegeven door de wil van de meerderheid om een wettelijke zwangerschapsafbreking van een levensvatbare foetus te verhinderen, verdwijnt meteen een belangrijke strafrechtelijke bescherming van het ongeboren leven in de periode tussen de levensvatbaarheid en de geboorte. Vóór de Wet van 3 april 1990 bood de ruime interpretatie van het misdrijf vruchtafdrijving aan dit ongeboren leven rechtsbescherming. Door de engere opvatting over toegelaten zwangerschapsafbre-

king verdwijnt die rechtsbescherming. Zwangerschapsafbreking en vruchtafdrijving zijn, hoewel juridisch zeer verschillend van elkaar omdat de eerste doorgaans geen misdrijf is en de tweede steeds een misdrijf, in materieel opzicht eenzelfde handeling. Beide moeten daarom op eenzelfde manier worden gedefinieerd. Een enge opvatting over toegelaten zwangerschapsafbreking gaat noodzakelijk samen met een enge opvatting over verboden vruchtafdrijving. Vanaf het bereiken van de levensvatbaarheid zou de foetus voortaan worden beschermd door art. 396 Sw. dat kindermoord strafbaar stelt. Dit is zeer betwistbaar. De preciese draagwijdte van dat artikel wordt hieronder besproken (zie verder, nr. 474 e.v.).

D. STRAFBARE HANDELINGEN VAN EEN ARTS BIJ ZWANGERSCHAPSAFBREKING

1. Zwangerschapsafbreking bij een niet toestemmende vrouw

455 Art. 348 Sw. stelt uitdrukkelijk strafbaar de arts die door enig middel opzettelijk een vruchtafdrijving veroorzaakt bij een vrouw die daarin niet heeft toegestemd. De straf is opsluiting.

De huidige versie van art. 348 Sw. kwam tot stand door art. 1 Wet Zwangerschapsafbreking. Inhoudelijk verschilt deze versie nauwelijks van de vroegere. Wel wordt nu de arts expliciet vermeldt. Dit houdt verband met de opheffing van art. 353 Sw. door art. 5 Wet Zwangerschapsafbreking. Art. 353 Sw. dat in zwaardere strafsancties voorzag wanneer de dader van de vruchtafdrijving een arts was verwees ook naar art. 348 Sw. Om te vermijden dat de opheffing van art. 353 Sw. de indruk zou wekken dat art. 348 niet zou van toepassing zijn op artsen, worden zij nu uitdrukkelijk daarin vermeld (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/9, 81). Zoals vroeger, is ook de poging strafbaar.

Eveneens als vroeger is opzet vereist. Dit betekent dat een vruchtafdrijving die door een onvoorzichtigheid wordt veroorzaakt bij het uitvoeren van een amniocentese - vruchtafdrijving waarvoor de vrouw vanzelfsprekend geen toestemming heeft gegeven - niet strafbaar is op grond van art. 348 Sw.

In de vroegere versie van art. 348 Sw. was sprake van "spijzen, dranken, artsenijen of door enig ander middel". Thans is in het algemeen sprake van "enig middel". Zie voor de hypothese dat de vruchtafdrijving de dood van de vrouw voor gevolg heeft, art. 352 Sw.

2. Zwangerschapsafbreking bij een toestemmende vrouw

456 De arts die bij een toestemmende vrouw een zwangerschapsafbreking verricht zonder dat zij zich in een noodsituatie bevindt of zonder dat al de voorwaarden gesteld in art. 350, 1° tot 5° Sw. zijn vervuld, begaat het misdrijf vermeld in art. 350, eerste lid Sw.

Hij kan worden veroordeeld tot gevangenisstraf van drie maanden tot een jaar en tot geldboete van 100 tot 500 fr. Vóór de Wet Zwangerschapsafbreking was de hoedanigheid van arts een verzwarende omstandigheid (VAN LOOK, M., *a.w.*, 437, nr. 28; VAN HOUDT en CALEWAERT, *a.w.*, nr. 636). Art. 353 Sw. dat zwaardere sancties voorzag wanneer de dader een arts was, had voor gevolg dat zwangerschapsafbreking door een arts een misdaad was. Het gevolg hiervan was dat een poging tot zwangerschapsafbreking door een arts strafbaar was (zie o.a. Cass., 18 juni 1883, *Pas.*, I, 281; Luik, 14 juli 1949, *Jur. Liège*, 1949-50, 25 en de commentaar hierbij in VANHOUDT

en CALEWAERT, *a.w.*, nr. 742). Thans is een poging tot zwangerschapsafbreking bij een toestemmende vrouw ook in hoofde van een arts niet meer strafbaar (wel werd bij de bespreking van de wet getracht de poging door een arts uitdrukkelijk strafbaar te stellen. Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/9, 94 en 114-115). Doch de mislukte zwangerschapsafbreking bij een toestemmende vrouw krijgt thans een andere dimensie, nl. in het licht van de mogelijke burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de arts door wiens nalatigheid een zwangerschapsafbreking mislukt (zie verder, nr. 473).

Zie voor de hypothese dat de zwangerschapsafbreking de dood van de toestemmende vrouw voor gevolg heeft, art. 352 Sw.

3. Reclame door een arts rond zwangerschapsafbreking

457 Art. 383 voorlaatste en laatste lid Sw. zijn niet gewijzigd door de Wet Zwangerschapsafbreking (zie boven, nr. 390).

Het voorlaatste lid van art. 383 Sw. straft degene die door om het even welk publiciteitsmiddel het gebruik van enig middel om vruchtafdrijving te veroorzaken aanprijst, aanwijzingen verstrekt omtrent de wijze waarop het wordt aangeschaft of gebruikt of personen die het toepassen doet kennen met het doel hen aan te bevelen. Het laatste lid stelt onder meer strafbaar het bekendmaken door enig publiciteitsmiddel van "artsenijen of tuigen" speciaal bestemd om vruchtafdrijving te veroorzaken.

Een en ander betekent dat strafbaar is de arts of de instelling voor gezondheidszorg die op welke wijze ook personen die zwangerschapsafbrekingen uitvoeren aanbevelen, ook al gebeuren deze onder de voorwaarden bepaald in art. 350, tweede lid Sw. De arts die in een concreet geval een zwangere vrouw doorverwijst naar een collega met het oog op de uitvoering van een zwangerschapsafbreking is niet strafbaar.

E. STRAFBAARHEID VAN DE TOESTEMMENDE VROUW

458 Art. 351 bepaalt dat de vrouw die opzettelijk een vruchtafdrijving laat verrichten buiten de voorwaarden gesteld in art. 350, strafbaar is met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en een geldboete van 50 tot 200 fr.

Wanneer de voorwaarden van art. 350 Sw. zijn vervuld is er geen misdrijf. Evenmin als de arts kan de vrouw die om de zwangerschapsafbreking heeft verzocht worden gestraft.

459 De huidige versie van art. 351 Sw. is duidelijker dan de vroegere versie. Die bepaalde dat strafbaar was de vrouw "die opzettelijk de afdrijving van haar vrucht veroorzaakt".

Die bepaling kon zo worden begrepen dat de vrouw die een vruchtafdrijving liet uitvoeren niet strafbaar was. Toch werd art. 351 Sw. zo uitgelegd dat ook in die hypothese de vrouw kon worden gestraft (VAN LOOK, M., *a.w.*, 434, nr. 24).

460 De huidige versie van art. 351 Sw. doet het omgekeerde probleem rijzen : is de vrouw die bij zichzelf een vruchtafdrijving uitvoert, strafbaar?

Deze vraag is niet zonder belang wegens het beschikbaar komen van de zgn. abortuspil (ook Franse pil genoemd of RU 486). In de Kamercommissie is hieromtrent nogal wat te doen geweest. Aanvankelijk werd door de verdedigers van het wetsontwerp de mening verkondigd dat art. 351 Sw. niet langer kon worden toegepast op de vrouw die bij zichzelf een zwangerschapsafbreking heeft toegepast. "Na overleg met een der auteurs van het oorspronkelijk bij de Senaat ingediende wetsvoorstel antwoordt een lid dat het wel degelijk de bedoeling is om de vrouw die bij zichzelf een vruchtafdrijving verricht van strafbaarheid vrij te stellen. Wanneer de vruchtafdrijving gebeurt door de inname van de zgn. abortuspil laat zij overigens geen sporen na. Ook in dit geval leek het zinloos deze daad strafbaar te stellen" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/9, 135-136). Maar in een later stadium van de bespreking van het wetsontwerp werd, opnieuw in overleg met de auteurs van het ontwerp, een andere interpretatie gegeven aan de woorden "laat verrichten". Deze maal zou het de "juiste interpretatie" zijn, volgens het commissielid dat de tekst toelichtte. "De woorden laat verrichten betekenen : laat verrichten *door een ander middel* of door een ander persoon" (de Franse versie is duidelijker). "De vrouw die haar zwangerschap vrijwillig afbreekt zonder een beroep te doen op een geneesheer - b.v. door een vruchtafdrijvende pil in te nemen - bevindt zich dus in een context waarbij een derde optreedt (de geneesheer, de apotheker, om het even welke derde die een vruchtafdrijvend middel verstrekt). De derde, en ook de vrouw, is strafbaar en wel uitgerekend wegens het niet - inachtnemen van de in art. 350 gestelde en in art. 351 herhaalde algemene voorwaarden". Deze interpretatie werd onderschreven door de leden van de partijen die het wetsontwerp steunden (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/9, 143-144). Zij lijkt voorrang te moeten krijgen op de eerste interpretatie.

Toch roept deze tweede interpretatie vragen op. Er wordt gesuggereerd dat de arts die een abortuspil voorschrijft zonder ze zelf toe te dienen en zonder dat de voorwaarden van art. 350 Sw. zijn vervuld, deze bepaling zou overtreden. Toch is er van het verrichten van een zwangerschapsafbreking door deze arts geen sprake. Voorts geeft deze interpretatie geen antwoord voor het geval dat de vrouw werkelijk alleen is opgetreden omdat zij de abortuspil in het buitenland heeft bekomen. In dat geval zou, afhankelijk van de omstandigheden waarin zij de abortuspil heeft bekomen, wel art. 383, laatste lid Sw. kunnen worden toegepast. Dat artikel stelt strafbaar degene die "artsenijen speciaal bestemd om vruchtafdrijving te veroorzaken of als zodanig voorgesteld ... doet invoeren". Men dient dan wel te aanvaarden dat de abortuspil een middel is dat "speciaal" daartoe is bestemd. Dat is, gezien de aard van het middel en de overige indicaties waarvoor het kan worden gebruikt niet zeker.

461 Zoals vroeger, is ook nu in art. 351 Sw. sprake van opzet in hoofde van de vrouw.

Dit heeft voor gevolg dat wanneer een arts een zwangerschapsafbreking uitvoert bij een vrouw maar nalaat al de voorwaarden na te leven zonder dat de vrouw dit weet, deze vrouw niet strafbaar is. "De rechter kan oordelen of de vrouw al dan niet aansprakelijk is wanneer de bij art. 350 bepaalde voorwaarden niet worden nagekomen. Zij kan dan ook niet worden vervolgd voor een vergissing die de geneesheer heeft begaan" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 950/9, 93).

462 De Wet Zwangerschapsafbreking bevat geen specifieke bepalingen in verband met de toestemming van de minderjarige zwangere.

Ook tijdens de voorbereidende werkzaamheden werd aan deze problematiek nauwelijks aandacht gegeven (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 135-137). Zelfs in de rechtspraak van vóór de wet bleek de leeftijd van de zwangere geen aanleiding te geven tot vragen over de geldigheid van de toestemming. In een uitspraak van de Correctionele Rechtbank van Nijvel handelde het om een 15 jarige (Corr. Nijvel, 2 november 1984, *J. Proc.*, 1984, afl. 50, 30)

en in een arrest van het Hof van Beroep van Brussel zelfs om een minder dan 14 jarige (Brussel, 14 maart 1984, *J. Proc.*, 1984, afl. 43, 27).

In geen van beide gevallen heeft deze leeftijd aanleiding gegeven tot opmerkingen.

De Franse Wet (art. L. 162-7 Code de la Santé Publique) bepaalt wel nadrukkelijk dat wanneer de zwangere een ongehuwde minderjarige is, de toestemming van een van de ouders of van een wettelijk vertegenwoordiger is vereist. Maar ook de minderjarige zelf dient toestemming te verlenen. Een loutere plaatsvervangende toestemming volstaat niet (zie hierover MEMETEAU, G., "Avortement et mère incapable ou vers l'avortement forcé," *Rev. Dr. Sanitaire*, 1983, 525). De Belgische wet eist het verzoek van de zwangere zelf. Uit de voorbereidende werken blijkt dat ook de minderjarige is bedoeld. "Het voorstel voorziet in geen enkel uitsluitsel gebaseerd op de leeftijd" (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 137). De toestemming van de vrouw zelf is vereist, om te vermijden dat zij door derden, b.v. haar ouders, onder druk zou worden gezet (*a.w.*, 134). Plaatsvervangende toestemming lijkt uitgesloten. Een vruchtafdrijving uitgevoerd bij een zwangere vrouw die daarin niet zelf heeft toegestemd, is strafbaar op grond van art. 348 Sw.

463 Ook inzake de toestemming van de echtgenoot of partner van de zwangere vrouw die een zwangerschapsafbreking wenst te laten verrichten bevat de wet geen voorschriften.

De auteurs van het voorstel zijn uitgegaan van de idee dat de wet alleen in het strikt noodzakelijke juridische kader dient te voorzien. Het is duidelijk, volgens de auteurs, dat wanneer de vrouw een goede relatie heeft met haar man of haar partner er m.b.t. een eventuele zwangerschapsafbreking tussen beiden geen meningsverschillen zullen zijn (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 134).

De Franse Wet (art. 162-4 *in fine* Code de la Santé Publique) bepaalt dat, zo mogelijk, het koppel samen de beslissing tot zwangerschapsafbreking dient te nemen. Het gaat hier evenwel slechts om een mogelijkheid en geen verplichting om de partner bij de beslissing te betrekken (zie Raad van State Fr., 31 oktober 1980, *D.*, 1981, 38, concl. GENEVOIS, B.).

In een verzoekschrift tot schorsing van de Wet Zwangerschapsafbreking gericht tot het Arbitragehof voerden bepaalde verzoekers aan dat zij belang hadden bij de vernietiging van art. 350 Sw. omdat zij rechtstreeks geraakt worden door de door hen beweerde schending van de art. 6 en 6*bis* G.W., in hun hoedanigheid van gehuwd man. Zij verweten de wet dat zij een discriminatie invoert door de beslissing om de zwangerschap af te breken over te laten aan de zwangere vrouw alleen, handelend in overleg met een arts, terwijl de man die de verwekker is van het ongeboren kind, op generleiwijze betrokken wordt bij het besluitvormingsproces dat kan leiden tot de zwangerschapsafbreking. Volgens het Arbitragehof lijkt het aanvaardbaar dat de verzoekers zich door die keuze van de wetgever ongunstig geraakt kunnen voelen in hun situatie. Uit een eerste onderzoek van de zaak in het kader van de schorsingsprocedure kon het rechtens vereiste belang van deze verzoekers worden aanvaard. Het Arbitragehof ging niet in op hun verzoek tot schorsing omdat het verzoekschrift geen uiteenzetting bevatte van concrete feiten waaruit blijkt dat de niet-schorsing een ernstig nadeel zou berokkenen (Arbitragehof, 24 oktober 1990).

De kwestie van de betrokkenheid van de toekomstige vader bij het nemen van de beslissing tot zwangerschapsafbreking was ook aan de orde in de zaak 8416/78 (X t/Verenigd Koninkrijk) voor de Europese commissie voor de rechten van de mens (zie hieromtrent DE BLOIS, M., "Abortus en art. 2 E.V.R.M. Beschouwingen n.a.v. de beslissing van de Commissie in zaak 8416/78", *N.J.B.*, 1981, 143-150). De Family Division van het High Court of Justice had het verzoek van een man een zwangerschapsafbreking bij zijn vrouw te verbieden afgewezen. Volgens de rechter had de vader van de foetus, onverschillig of hij met de moeder gehuwd is, geen recht om te verhinderen dat de moeder een abortus ondergaat wanneer aan de vereisten van de Engelse wet uit 1967 is voldaan. Daarop diende de vader van de ongeborene, de zwangerschap was intussentijd afgebroken, een klacht in bij de Europese commissie voor de rechten van de mens wegens een schen-

ding van art. 2 E.V.R.M., het recht op leven. De Commissie diende zich allereerst uit te spreken over de vraag of de vader zelf wel als slachtoffer kon worden beschouwd van deze schending in het licht van art. 25 E.V.R.M. De Commissie beantwoordde deze vraag positief : "the Commission accepts that the applicant, as potential father, was so closely affected by the termination of his wife's pregnancy that he may claim to be a 'victim' ". Uiteindelijk oordeelde de Commissie de klacht niet ontvankelijk, zodat het Europees Hof zich niet diende uit te spreken over de kwestie.

F. REGISTRATIE- EN RAPPORTERINGSVERPLICHTINGEN

1. Registratieverplichting in hoofde van de arts

464 Door de Wet van 13 augustus 1990, *B.S.*, 20 oktober 1990, werd een nationale evaluatiecommissie inzake de toepassing van de wetgeving betreffende de zwangerschapsafbreking ingesteld (art. 1, §1; zie voor de samenstelling ervan art. 1, §2). Deze commissie is onder meer bevoegd een registratiedocument op te stellen (art. 2, eerste lid).

De wet bevat een limitatieve opsomming van de vermeldingen die in het registratiedocument moeten worden opgenomen. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was die opsomming niet limitatief (Wetsvoorstel, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1150/1, art. 2 waarin sprake was van "onder meer"). Nadien werd "onder meer" vervangen door "inzonderheid". Tijdens de bespreking van het voorstel in de plenaire vergadering van de Kamer werd ook die toevoeging geschrapt (*Hand.*, Kamer, 1989-90, 21 mei 1990, 2399). In het document dienen de volgende vermeldingen te worden opgenomen. Het codenummer van de instelling voor gezondheidszorg en het codenummer van de arts. Nergens wordt verduidelijkt wat dit codenummer is of wie het toekent. Leeftijd, burgerlijke staat en aantal kinderen van de vrouw die om een zwangerschapsafbreking verzoekt. De provincie of, indien de vrouw in het buitenland woont, het land waarin de woonplaats van de vrouw gelegen is. De datum van het verzoek tot zwangerschapsafbreking en de datum van de uitvoering ervan. Een amendement om ook de duur van de zwangerschap op het ogenblik van de ingreep te vermelden werd ingetrokken (Wetsvoorstel, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1150/4, amendement nr. 18; nr. 1150/5, 16). Een beknopte beschrijving van de door de vrouw ingeroepen noodsituatie. Indien de zwangerschapsafbreking gebeurt nadat 12 weken verlopen zijn sedert de conceptie, vermeldt de arts tevens het ernstig gevaar voor de gezondheid van de vrouw of de uiterst zware en ongeneeslijke kwaal waaraan het kind bij de geboorte zou lijden. De datum waarop de betrokken vrouw door de voorlichtingsdienst werd ontvangen. De vermelding van de verklaringen van de vrouw over de voorbehoedsmiddelen die zij heeft gebruikt en de reden van het falen. In zijn advies noemde de Raad van State de schending van de privacy (art. 8 E.V.R.M.) "bijzonder flagrant" in dit geval (Wetsvoorstel, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1150/2, 3). Ten slotte dient in het document de methode van zwangerschapsafbreking die werd toegepast en desgevallend van de verwikkelingen die hiervan het gevolg waren, te worden vermeld.

465 De arts die een zwangerschapsafbreking heeft uitgevoerd is verplicht een dergelijk registratiedocument in te vullen en het over te maken aan de evaluatiecommissie, binnen de vier maanden na de uitvoering van de zwangerschapsafbreking (art. 2, eerste en laatste lid). De arts die uit nalatigheid of moedwillig, en nadat hij daartoe werd aangemaand, nalaat dit document binnen de vastgestelde termijn aan de evaluatiecommissie te bezorgen, wordt gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot één maand of met geldboete van 50 tot 5000 fr. (art. 6, eerste lid). De wet vermeldt niet wie bevoegd is deze aan-

maning te geven. Uit een tussenkomst in de Kamer kan men afleiden dat één aanmaning zou volstaan (*Hand.*, Kamer, 1989-90, 21 mei 1990, 2388).

De verplichting dit registratiedocument in te vullen maakt geen deel uit van de in art. 350 Sw. vermelde verplichtingen opdat de zwangerschapsafbreking geen misdrijf zou zijn. De registratieplicht voegt niets toe aan art. 350 Sw. en evenmin doet die plicht afbreuk aan de verplichtingen opgenomen in dat artikel (zie de tussenkomsten van LALLEMAND en ERDMAN, *Hand.*, Senaat, 1989-90, 13 juli 1990, 2721 en 2733). Overigens betreft het een verplichting in hoofde van de arts die een zwangerschapsafbreking heeft uitgevoerd en niet die voornemens is er een uit te voeren.

In het oorspronkelijk wetsvoorstel werd de registratieplicht opgelegd op de arts die geraadpleegd werd inzake zwangerschapsafbreking die hij al dan niet uitgevoerd heeft (Wetsvoorstel, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1150/1, art. 2, lid 1). Die formulering werd niet goedgekeurd.

466 T.a.v. de vrouw bij wie een zwangerschapsafbreking werd verricht, bevat de wet geen enkele verplichting. Uit meerdere tussenkomsten tijdens de parlementaire voorbereiding blijkt duidelijk dat de vrouw niet verplicht is informatie die de arts in het document dient te vermelden en die hij niet reeds van te voren kent, aan de arts beschikbaar te stellen.

Tijdens de bespreking van het wetsvoorstel in de commissie voor volksgezondheid en leefmilieu van de Kamer werd door een commissielid verklaard dat er "uiteraard geen verplichting bestaat voor de vrouw om de arts over deze aangelegenheden in te lichten. In hoofde van de vrouw zijn evenmin sancties voorzien indien zij haar medewerking aan de toepassing van deze weigert" (Wetsvoorstel, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1150/5, 6-7; zie in dezelfde zin; *Hand.*, Kamer, 1989-90, 21 mei 1990, 2385, 2391 en 2397; *Hand.*, Senaat, 1989-90, 13 juli 1990, 2721).

467 De Raad van State had in zijn advies laten verstaan dat in een dergelijk geval de arts verplicht zou zijn om de ontbrekende gegevens te achterhalen door ze b.v. op te vragen bij de familie van de vrouw (Wetsvoorstel, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1150/2, 3). Maar in het Parlement werd meerdere malen benadrukt dat de registratieplicht van de arts geenszins een verplichting inhoudt om actief op zoek te gaan naar de ontbrekende gegevens.

"Weigert de vrouw welbepaalde gegevens te verstrekken - dit is haar recht - dan is het vanzelfsprekend niet aan de arts om zelf te trachten deze gegevens te achterhalen. Zijn informatieplicht heeft dan een grens bereikt. De arts beschikt niet over onderzoeksbevoegdheden of -plichten" (Wetsvoorstel, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1150/5, 7; in dezelfde zin, *Hand.*, Kamer, 1989-90, 21 mei 1990, 2385, 2391 en 2397; *Hand.*, Senaat, 1989-90, 13 juli 1990, 2721 en 2733).

468 Wanneer een arts een onvolledig ingevuld registratiedocument aan de evaluatiecommissie bezorgt omdat de vrouw bij wie hij een zwangerschapsafbreking verrichtte bepaalde gegevens weigerde te verstrekken, dan kan men hem daarvan geen verwijt maken. Hij verkeert dan in de onmogelijkheid het document volledig in te vullen (Wetsvoorstel, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1150/5, 18; *Hand.*, Senaat, 1989-90, 13 juli 1990, 2733). De arts is dan niet strafbaar op grond van overmacht (*a.w.*, *t.a.p.*).

2. Rapporteringsverplichting in hoofde van de instelling voor gezondheidszorg

469 De evaluatiecommissie dient een document op te stellen dat als jaarverslag moet worden ingevuld door de instelling voor gezondheidszorg, bedoeld in art. 350, tweede lid, 1° Sw. (art. 3, eerste lid).

In dit verslag wordt melding gemaakt van het aantal verzoeken tot zwangerschapsafbreking dat bij de instelling of bij de artsen verbonden aan de instelling werd ingediend; het aantal zwangerschapsafbrekingen dat werd uitgevoerd door aan de instelling verbonden artsen en het aantal verzoeken dat werd afgewezen.

470 Dit jaarlijks verslag moet aan de evaluatiecommissie worden overgezonden ten laatste op 30 april van het jaar volgend op dat waarop de informatie betrekking heeft (art. 3, eerste lid). Aan dit verslag wordt een verslag toegevoegd van de voorlichtingsdienst van de instelling over de samenstelling en de werking van de dienst, de toegepaste opvang- en begeleidingsmethoden, het aantal raadplegingen, desgevallend de resultaten van de opvang en de hulp (art. 3, laatste lid). Niet naleving van de verplichting beide jaarverslagen aan de evaluatiecommissie te bezorgen, is strafbaar (art. 6, eerste lid).

3. Bescherming van de privacy

471 Zowel de Raad van State als de Nationale Raad van de orde der geneesheren maakten bezwaar tegen de registratieplicht omdat zij een aantasting vreesden van het medisch beroepsgeheim en de privacy van de vrouw (Wetsvoorstel, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1150/2, 3; advies Nationale Raad, *T. Orde Gen.*, 1990, afl. 49, 19-23). De Raad van State baseerde zijn kritiek onder meer op de vaststelling dat niet duidelijk was bepaald wat uiteindelijk met de door de evaluatiecommissie bekomen informatie diende te gebeuren en, meer algemeen, hoe ze zou kunnen worden verspreid. Ook de sanctionering van inbreuken op de privacy liet te wensen over.

472 Overeenkomstig art. 1 §3, a stelt de evaluatiecommissie ten behoeve van het Parlement een statistisch verslag op waarin de informatie verkregen op grond van de art. 2 en 3 (registratie- en rapporteringsplicht) werd verwerkt.

De inlichtingen ingewonnen door de commissie zijn vertrouwelijk en mogen aan geen enkele instantie, met inbegrip van de rechterlijke macht, worden meegedeeld (art. 1 §3 laatste lid; zie voor strafbepalingen art. 7 dat verwijst naar art. 458 Sw.).

Op de kritiek vanwege de Raad van State werd geantwoord dat de registratiedocumenten en de jaarverslagen door de evaluatiecommissie aan niemand mogen worden meegedeeld zelfs niet aan de rechterlijke macht of aan het Parlement (Wetsvoorstel, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1150/4, amendement nr. 13, Verantwoording). Het statistisch verslag dat door de evaluatiecommissie wordt opgesteld en dat bedoeld is voor het Parlement mag wel openbaar worden gemaakt (Wetsvoorstel, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1150/5, 8).

G. AANSPRAKELIJKHEID VAN DE ARTS WEGENS MISLUKTE ZWANGERSCHAPSAFBREKING

473 Omdat de Belgische wetgeving tot voor kort zwangerschapsafbreking in alle gevallen verbood, zijn er geen uitspraken over de aansprakelijkheid van een arts wegens de geboorte van een kind ondanks een zwangerschapsafbreking.

Zolang zwangerschapsafbreking in alle gevallen verboden was, kon de geboorte van een kind na een foutieve uitvoering van een zwangerschapsafbreking niet als schade worden beschouwd, vermits er van een schending van een rechtmatig belang niet kon worden gesproken (KRUITHOF, R., *a.w.*, 2755 en vooral 2761).

Dit zou in de toekomst kunnen veranderen, nu zwangerschapsafbreking verricht door een arts onder welbepaalde voorwaarden niet langer een misdrijf is. Reeds enkele jaren na de wetswijziging in Frankrijk werden rechtbanken geconfronteerd met schadevergoedingseisen n.a.v. de geboorte van (overigens gezonde) kinderen na een klaarblijkelijk mislukte zwangerschapsafbreking (zie hierover PINAULT, M., "L' I.V.G., doit-elle être considérée comme un acte médical et son échec peut-il entraîner la responsabilité de l'établissement hospitalier?", *Rev. Dr. Sanitaire,* 1983, 95-106) (zie voor de geboorte van een gehandicapt kind, Raad van State Fr., 27 september 1989, *A.J.D.A.*, 1989, 776 en 808, noot HONORAT, E. en BAPTISTE, E., "Responsabilité d'un hôpital pour faute lourde dans une interruption volontaire de grossesse, aboutissant à la naissance d'un enfant handicapé"). De vragen die rijzen n.a.v. de aansprakelijkheid van de arts zijn hier, zoals bij de geboorte van een kind na een mislukte sterilisatie, uiterst delicaat. Nog delicater, kan men aanvoeren, omdat hier de ouders een vordering instellen tot schadevergoeding wegens de geboorte van een kind dat al bestond op het ogenblik dat de mislukte handeling van de arts plaatsvond. Het kind was niet enkel ongewenst, maar had niet mogen bestaan. Bij een sterilisatie ligt dit anders : het ongewenste kind ontstaat pas na de mislukte ingreep. De psychologische weerslag van de vordering van de ouders kan dan ook voor het kind harder aankomen bij een zgn. mislukte zwangerschapsafbreking (zie omtrent het zgn. "emotional bastard argument", KRUITHOF, R., *a.w.*, 2578-2759). Zoals voor andere ingrepen van artsen, wordt ook in dit geval aanvaard dat de arts die een zwangerschapsafbreking uitvoert geen resultaat kan garanderen. Er zijn aan deze ingreep te veel onzekerheden verbonden opdat de arts tot een resultaatsverbintenis zou zijn gehouden (PINAULT, M., *a.w.*, 97). Stel dat een fout is aangetoond waarin bestaat de schade wanneer een zwangerschapsafbreking mislukt? Volgens PINAULT heeft de Franse wet weliswaar een recht op zwangerschapsafbreking geschapen voor vrouwen die menen dat zij zich in een noodsituatie bevinden maar kan niet iedere schending van dit recht beschouwd worden als aanleidinggevend tot schade. Dat hangt af van de omstandigheden, meer bepaald de draagkracht van het gezin waar het kind terecht komt. Wanneer die omstandigheden zodanig zijn dat de geboorte van een kind geen problemen veroorzaakt, dan zou de rechter kunnen besluiten dat er geen schade is. In het geval dat door de Franse Raad van State diende te worden beoordeeld betrof het evenwel een alleenstaande jonge vrouw, met weinig middelen van bestaan. Omwille van deze omstandigheden, maar niet omwille van de geboorte van het kind alszodanig, aanvaardde PINAULT in zijn conclusie voor de Franse Raad van State het bestaan van materiële schade. Ook de morele schade, o.a. wegens verminderde huwelijkskansen, stond voor hem vast. Ten slotte bleef de vraag naar het oorzakelijk verband tussen de mislukte ingreep en de schade. Het Tribunal Administratif had het oorzakelijk verband afgewezen omdat de moeder haar kind voor adoptie had kunnen afstaan, wat ze niet deed (zie over deze problematiek ook KRUITHOF, R., *a.w.*, 2774). PINAULT daarentegen zag een rechtstreeks oorzakelijk verband tussen de mislukte zwangerschapsafbreking en de materiële en morele schade. Enkel m.b.t. de mogelijke fout aarzelde hij en daarom stelde hij de aanstelling voor van een medisch deskundige. De Franse Raad van State is PINAULT maar gedeeltelijk gevolgd. De geboorte van een kind, zelfs als die plaats heeft na een mislukte zwangerschapsafbreking uitgevoerd overeenkomstig de voorwaarden gesteld in de Wet Zwangerschapsafbreking, brengt alszodanig geen schade mee die voor de moeder een recht op vergoeding doet ontstaan, behoudens wanneer er bijzondere omstandigheden bestaan die door de belanghebbende kunnen

worden ingeroepen (Raad van State, 2 juli 1982, *Rev. Dr. Sanitaire,* 1983, 105, concl. PINAULT, M., *R.G.A.R.*, 1985, nr. 10.933). Anders dan PINAULT, was de Franse Raad van State van oordeel dat die omstandigheden niet aanwezig waren. Men vraagt zich af welke omstandigheden de Franse Raad van State dan wel op het oog heeft gehad (KRUITHOF, R., *a.w.*, 2761, noot 109). Zie ook Riom, 6 juli 1989, *J.T.*, 1990, 643, noot KEFER, F., die opmerkt dat de Belgische wet geen recht op zwangerschapsafbreking toekent aan een zwangere vrouw (KEFER, F., "La naissance d'un enfant après l'échec d'un avortement est-elle constitutive d'un préjudice?", *J.T.*, 1990, 645). Het oordeel van de vrouw over haar noodsituatie kan nl. door een arts worden getoetst (zie boven, nr. 429-433).

Een andere wel zeer pijnlijke, fout die de aansprakelijkheid van de arts bij het uitvoeren van een zwangerschapsafbreking kan meebrengen, is de vergissing omtrent de patiënte die de ingreep heeft gevraagd (zie Cour Versailles, 12 juli 1985, *Gaz. Pal.*, 1986, afl. 199-200, 20).

HOOFDSTUK II

MEDISCHE TUSSENKOMST BIJ DE GEBOORTE

AFDELING I

OPZETTELIJKE LEVENSBEEINDIGING TIJDENS DE BEVALLING

474 Art. 396 Sw. noemt kindermoord de doodslag gepleegd op een kind bij de geboorte of dadelijk erna. K i n d e r m o o r d wordt naar gelang van de omstandigheden gestraft als doodslag of moord.

Van belang zijn hier de woorden "bij de geboorte" (in het Frans : "au moment de ..."). Die kunnen op twee manieren worden uitgelegd, nl. het ogenblik zelf dat het kind ter wereld komt (enge interpretatie) of het geboorteproces alszodanig (brede interpretatie).

475 Het Hof van Cassatie heeft aan de woorden "bij de geboorte" een ruime betekenis toegekend (Cass., 11 februari 1987, *Arr. Cass.*, 1987, 780; *Pas.*, 1987, I, 695, concl. Adv. Gen. JANSSENS de BISTHOVEN; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 45, noot ANDRE, J.J.; *J.T.*, 1987, 738, noot KEFER, F.; *Jur. Liège*, 1987, 630, noot PREUMONT, M.; *R.D.P.*, 1987, 812, concl. Adv. Gen. JANSSENS de BISTHOVEN en noot HENNAU-HUBLET, Chr.).

Bij de geboorte betekent volgens het Hof "gedurende de hele tijd dat de bevalling duurt" (zie in dezelfde zin, Luik, 25 juni 1986, *Jur. Liège*, 1986, 674).

476 Deze ruime interpretatie wordt algemeen aanvaard.

Volgens JANSSENS de BISTHOVEN, die NYPELS en SERVAIS aanhaalt heeft de wetgever een einde willen stellen aan een controverse daaromtrent. Bij de geboorte moet worden begrepen als tijdens de bevalling. Ook al is het hoofdje nog niet zichtbaar geweest toch is er sprake van kindermoord indien het kind tijdens de bevalling maar vóór de eigenlijke geboorte wordt gedood (JANSSENS de BISTHOVEN, A., concl. bij Cass., 11 februari 1987, *R.D.P.*, 1987, 818).

JANSSENS de BISTHOVEN voegt hier nog aan toe dat de opinie van NYPELS en SERVAIS gedeeld wordt door rechtspraak en rechtsleer : kindermoord in de zin van art. 396 Sw. is mogelijk op een kind dat nog geen buitenbaarmoederlijk leven heeft gehad. Hieruit wordt afgeleid dat voor de toepassing van art. 396 Sw. niet is vereist dat het kind levend geboren is (ANDRE, J.J., "De bescherming van de fysische integriteit van het kind in utero bij de geboorte", *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 48).

Het Hof van Cassatie heeft deze ruime interpretatie voor het eerst bevestigd in het arrest van 11 februari 1987 : "een bewust gepleegde aanslag op een nog niet geboren vrucht wordt kindermoord genoemd, wanneer de opzettelijke daad gepleegd wordt gedurende de gehele tijd dat de bevalling duurt" (Cass., 11 februari 1987, *Arr. Cass.*, 1987, 780; *Pas.*, 1987, I, 695; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 45, noot ANDRE, J.J.; *J.T.*, 1987, 738, noot KEFER, F.; *Jur. Liège*, 1987, 630, noot PREUMONT, M.; *R.D.P.*, 1987, 812, concl. Adv.-Gen. JANSSENS de BISTHOVEN en noot HENNAU-HUBLET, Chr.) zie in het bijzonder PREUMONT, M., *a.w.*, 637).

Hoewel het Hof van Cassatie zich niet heeft uitgesproken over de levensvatbaarheid van het kind in zijn arrest van 11 februari 1987 - uit de bespreking van de gegevens van de zaak blijkt dat die

levensvatbaarheid *in casu* aanwezig was (zie JANSSENS de BISTHOVEN, A., *a.w.*, 815; KEFER, F., *a.w.*, 742) wordt in de literatuur aanvaard dat de levensvatbaarheid op het ogenblik van de opzettelijke levensbeëindiging niet is vereist (zie ANDRE, J.J., *a.w.*, en de door hem geciteerde auteurs; HENNAU-HUBLET, Chr., *a.w.*, 828).

Vanzelfsprekend is wel vereist dat het kind op het ogenblik van de aanslag in leven was (*a.w.*, *t.a.p.*).

477 De bescherming van art. 396 Sw. tegen opzettelijke levensbeëindiging van levende, al dan niet levensvatbare, menselijke wezens vangt aan " vanaf het begin van de bevalling" (HENNAU-HUBLET, Chr., *a.w.*, 828).

Het Hof van Cassatie heeft zich over de betekenis van het begin van de bevalling niet uitgesproken. KEFER wijst af als begin de eerste weeën, want dat moment verschilt van zwangerschap tot zwangerschap (KEFER, F., *a.w.*, 741). Volgens haar kan het begin van de bevalling niet *in abstracto* worden bepaald. Dat hangt af van vele elementen waarmee door gynaecologen wordt rekening gehouden zoals contractie, breken van het vlies, opening, enz.

478 Het cassatiearrest van 11 februari 1987 heeft drie belangrijke consequenties in verband met de rechtsbescherming van het nog niet of nog maar pas geboren leven.

479 Vooreerst biedt art. 396 Sw. een ruimere bescherming dan op het eerste gezicht lijkt. Dit artikel is niet alleen van toepassing op het kind dat ter wereld komt maar reeds daarvoor, vanaf het begin van de bevalling.

Volgens het arrest beschermt art. 396 Sw. het kind dat op het punt staat geboren te worden, hoewel het nog niet van de moeder gescheiden is, tegen elke opzettelijke handeling die zijn dood tot gevolg heeft (Cass., 11 februari 1987, *Arr. Cass.*, 1987, 780; *Pas.*, 1987, I, 695; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 45, noot ANDRE, J.J.; *J.T.*, 1987, 738, noot KEFER, F.; *Jur. Liège*, 1987, 630, noot PREUMONT, M.; *R.D.P.*, 1987, 812, concl. Adv. Gen. JANSSENS de BISTHOVEN en noot HENNAU-HUBLET, Chr.).

480 Vervolgens, en dit vloeit voort uit het voorgaande, kent het strafrecht aan het begrip "persoon" een autonome betekenis toe, waardoor dit begrip niet geheel samenvalt met het persoonsbegrip in het burgerlijk recht.

Persoon in het burgerlijk recht is het geboren menselijk wezen, levend en levensvatbaar. Art. 396 Sw. beschermt ook het niet geboren leven, al dan niet levensvatbaar, althans vanaf het begin van de bevalling. Art. 396 Sw. bevindt zich in het Sw. onder de hoofding "Misdaden en wanbedrijven tegen personen". Aldus beschermt art. 396 Sw. het nog niet geboren menselijk wezen, vanaf het begin van de bevalling, als een persoon. Dit houdt in, volgens het Hof van Cassatie, dat de in het burgerlijk recht gehanteerde criteria om als persoon te worden erkend, ten deze niet van toepassing zijn (Cass, 11 februari 1987, *Arr. Cass.*, 1987, 780; *Pas.*, 1987, I, 695; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 45, noot ANDRE, J.J.; *J.T.*, 1987, 738, noot KEFER, F.; *Jur. Liège*, 1987, 630, noot PREUMONT, M.; *R.D.P.*, 1987, 812, concl. Adv. Gen. JANSSENS de BISTHOVEN en noot HENNAU-HUBLET, Chr.).

Deze uitspraak betekende een wending in de opvattingen van het Hof van Cassatie. In een arrest van 27 maart 1893 had het Hof van Cassatie gesteld dat het "infans conceptus" criterium (levend en levensvatbaar geboren worden) ook in het strafrecht gold (Cass., 27 maart 1893, *Pas.*, 1893, 138; zie ook KEFER, F., *a.w.*, 741).

Het Hof van Cassatie sloot zich in zijn arrest van 11 februari 1987 aan bij de conclusies van JANSSENS de BISTHOVEN. In zijn conclusie treft men een overzicht aan van de meningen van de belangrijkste auteurs terzake. Anders dan o.a. TROUSSE beroept JANSSENS zich op de autonomie van het strafrecht. Het strafrechtelijk persoonsbegrip valt niet samen met het burgerrechtelijk persoonsbegrip. In de commentaren bij het arrest van 11 februari 1987 wordt op deze kwestie niet ingegaan, tenzij in instemmende zin (ANDRE, J.J., *a.w.*, 48; KEFER, F., *a.w.*, 741; PREUMONT, M., *a.w.*, 637).

481 Ten slotte, en dit besluit is voor de medische praktijk wellicht het belangrijkst, geldt de strafrechtelijke bescherming van de persoon tegen o n v r i j w i l l i g e doding (art. 418 Sw.) ook voor het nog niet geboren leven tijdens de bevalling, want het persoonsbegrip in art. 396 Sw. en 418 Sw. is identiek (Zie verder, nr. 483).

482 Uit een en ander volgt dat naar huidig Belgisch strafrecht de opzettelijke levensbeëindiging van een zwaar gehandicapte pasgeborene die levend doch niet levensvatbaar is, als kindermoord kan worden bestraft, onafgezien van de toestemming van de ouders.

Opzettelijk beëindigen van het leven door een arts mag niet worden verward met het nalaten of beëindigen van medisch zinloos handelen. Zie daarover verder, nr. 683 e.v. Wat daar wordt geschreven geldt *mutatis mutandis* ook t.a.v. pasgeborenen.

AFDELING II

ONOPZETTELIJKE LEVENSBEEINDIGING TIJDENS DE BEVALLING

483 Art. 396 Sw. vereist opzet. O n o p z e t t e l i j k e k i n d e r m o o r d komt alszodanig in het Sw. niet voor. Toch is volgens het Hof van Cassatie de onvrijwillige doding van een kind tijdens de bevalling strafbaar.

De Strafwet, zo is in de vorige afdeling gebleken, beschermt het kind dat op het punt staat geboren te worden, hoewel het nog niet van de moeder is gescheiden, tegen elke opzettelijke handeling die zijn dood tot gevolg heeft door het als een persoon te aanzien. Volgens het Hof van Cassatie dient dit kind dezelfde bescherming te genieten tegen elke onopzettelijke handeling die rechtstreeks datzelfde kwaad veroorzaakt. Aldus maakt zich schuldig aan onopzettelijke doding de arts of de vroedvrouw die, door een gebrek aan voorzorg of voorzichtigheid, tijdens de bevalling, de dood veroorzaakt van een kind dat op het punt staat te worden geboren, hoewel het nog niet van zijn moeder gescheiden is, mits de dood door hun foutief verzuim is veroorzaakt (Cass., 11 februari 1987, *Arr. Cass.*, 1987, 780; *Pas.*, 1987, I, 695, concl.Adv. Gen. JANSSENS de BISTHOVEN; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 45, noot ANDRE, J.J.; *J.T.*, 1987, 738, noot KEFER, F.; *Jur. Liège*, 1987, 630, noot PREUMONT, M.; *R.D.P.*, 1987, 812, concl. Adv. Gen. JANSSENS de BISTHOVEN en noot HENNAU-HUBLET, Chr.).

484 Het is de eerste maal dat het Hof van Cassatie zich in deze zin heeft uitgesproken (HENNAU-HUBLET, Chr., *a.w.*, 828; PREUMONT, M., *a.w.*, 637). Maar er bestond sedert lang rechtspraak in deze zin (zie Corr. Gent, 7 juli

1881, *Pas.*, 1882, III, 358; Gent, 1 februari 1882, *Pas.*, 1882, II, 242; zie ook JANSSENS de BISTHOVEN, A., *a.w.*, 818). Volgens deze auteur ging ook de rechtsleer sedert lang dezelfde richting uit.

485 Tussen het overlijden van het kind en de onzorgvuldigheid of onachtzaamheid van de arts moet een oorzakelijk verband bestaan (HENNAU-HUBLET, Chr., *a.w.*, 831-833).

AFDELING III

WETTELIJKE HULPVERLENINGSPLICHT TIJDENS DE BEVALLING

486 Het Hof van Beroep te Luik bevond een arts schuldig wegens het niet verlenen van hulp aan een niet geboren kind in groot gevaar en veroordeelde hem wegens overtreding van art. 422*bis* Sw.

Het betrof hier de zaak die leidde tot het cassatiearrest van 11 februari 1987. Niettegenstaande herhaalde oproepen had de arts nagelaten zich naar het ziekenhuis te begeven om een vrouw die zwanger was van een tweeling bij te staan. Een van de kindjes kwam dood ter wereld. Het andere stierf onmiddellijk na de geboorte. Het Hof van Beroep te Luik oordeelde dat art. 422*bis* Sw. ook geldt t.a.v. het nog niet geboren leven tijdens de bevalling op grond van dezelfde redenering krachtens welke dit leven beschermd wordt tegen onopzettelijke doding (zie boven, nr. 483); nl. hetzelfde strafrechtelijke persoonsbegrip (Luik, 25 juni 1986, *Jur. Liège*, 1986, 674).

487 In het arrest van 11 februari 1987 heeft het Hof van Cassatie zich niet uitgesproken over de omstreden kwestie of art. 422*bis* Sw. ook geldt t.a.v. het nog niet geboren leven.

De straf die tegen de arts was uitgesproken was reeds naar recht verantwoord door het misdrijf onopzettelijke doding, zodat het middel dat gericht was tegen de tenlastelegging van schuldig verzuim t.a.v. de 2 kinderen geen belang meer had (HENNAU-HUBLET, Chr., *a.w.*, 830; KEFER, F., *a.w.*, 744; PREUMONT, M., *a.w.*, 637; ook JANSSENS de BISTHOVEN gaat daar in zijn conclusies niet op in). DU JARDIN wekt niettemin de indruk in het arrest van 11 februari 1987 te lezen dat : "een foetus ook wettelijke bescherming geniet wanneer hij in gevaar is t.g.v. een schuldig verzuim van de geneesheer of van de vroedvrouw die nalaten de nodige maatregelen te treffen voor het goed verloop van een bevalling". Meer in het algemeen stelt hij : "De verplichting (hulp te bieden aan een persoon in nood) bestaat niet enkel t.a.v. het buitenbaarmoederlijk leven" (DU JARDIN, J., "Schuldig verzuim", *a.w.*, nr. 3; zie ook HENNAU-HUBLET, Chr., *a.w.*, 830; *anders*, Brussel, 27 december 1967, *R.D.P.*, 1967-68, 748 : de wettelijke hulpverleningsplicht heeft geen betrekking op het ongeboren leven).

488 Volgens KEFER kan men met grote zekerheid stellen dat het Hof van Cassatie op grond van dezelfde redenering waarop de toepassing van art. 418 Sw. is gesteund tot het besluit zou zijn gekomen dat de hulpverleningsplicht ook geldt t.a.v. het kind dat bezig is te worden geboren (KEFER, F., *a.w.*, 744).

Het gebrek aan levensvatbaarheid van het kind doet er volgens KEFER weinig toe en zij beroept zich daartoe op de meerderheidsopvatting in de rechtsleer. KEFER besluit dat een uitbreiding van het persoonsbegrip voor de toepassing van art. 422*bis* niet gevaarlijk is. Integendeel, een uniform persoonsbegrip inzake onvrijwillige doodslag en de weigering hulp te verlenen aan een persoon in groot gevaar dringt zich op.

489 Bij het beoordelen van de toepasselijkheid van art. 422*bis* Sw. in een concreet geval zal men rekening dienen te houden met alle te vervullen voorwaarden. Zo is vereist dat de pasgeborene daadwerkelijk in groot gevaar verkeert en de arts zinvolle hulp kan bieden. (Zie daaromtrent arts en stervende patiënt, nr. 695). Ook hier dient medische verbetenheid te worden vermeden.

AFDELING IV

ONOPZETTELIJKE LEVENSBEEINDIGING VOOR DE BEVALLING (ONOPZETTELIJKE ZWANGERSCHAPSAFBREKING)

490 Uit de bespreking in afdeling I en II hierboven is gebleken dat het ongeboren leven beschermd wordt tegen opzettelijke en onopzettelijke aanslagen tegen het leven, voor zover die plaatshebben tijdens de bevalling. Tevens wordt in het algemeen aanvaard (afdeling III) dat de wettelijke hulpverleningsplicht ook geldt tegenover het ongeboren leven, opnieuw tijdens de bevalling. De vraag wordt gesteld in hoeverre uit het arrest van het Hof van Cassatie van 11 februari 1987 een nog verdergaande bescherming van het ongeboren leven zou kunnen worden afgeleid, m.n. tegen onopzettelijke slagen vóór de bevalling die *in utero* de dood voor gevolg hebben. Anders uitgedrukt, zou het persoonsbegrip in strafrechtelijke zin zover kunnen worden uitgerekt, dat "onopzettelijke zwangerschapsafbreking" strafbaar wordt?

Alszodanig is onopzettelijke zwangerschapsafbreking niet strafbaar gesteld. Art. 349 Sw. dat niet werd gewijzigd door de Wet Zwangerschapsafbreking wordt soms, ten onrechte, in die zin opgevat. Art. 349 Sw. betreft nochtans een opzettelijk handelen dat ongewild een vruchtafdrijving veroorzaakt.

491 De vraag die in randnummer 490 werd gesteld is eigenlijk een dubbele. Mag de bescherming van het ongeboren leven tegen onopzettelijke aanslagen tegen het leven verder dan tijdens de bevalling worden uitgebreid? Mag de analogie opzettelijke kindermoord-onopzettelijke kindermoord ook worden toegepast op het paar : opzettelijke zwangerschapsafbreking-onopzettelijke zwangerschapsafbreking? PREUMONT behandelt beide vragen afzonderlijk. Het is aangewezen ze samen te behandelen, zeker nu intussentijd de Wet Zwangerschapsafbreking tot stand kwam.

492 In zijn conclusies bij het arrest van 11 februari 1987 heeft Advocaat Generaal JANSSENS de BISTHOVEN deze vragen kort behandeld.

Onopzettelijke zwangerschapsafbreking is niet strafbaar gesteld. Voor wat onvrijwillige slagen betreft en onvrijwillige doding vereist de rechtspraak in het algemeen dat het kind levend en bovendien levensvatbaar ter wereld komt. De onopzettelijke doding van een vrucht *in utero* is dan ook niet strafbaar (JANSSENS de BISTHOVEN, A., *a.w.*, 817).

493 Het arrest van 11 februari 1987 diende zich hierover niet uit te spreken, daar het drama zich had afgespeeld tijdens de bevalling. Niettemin is het interessant om de termen die het Hof van Cassatie gebruikte van naderbij te bekijken.

Het Hof van Cassatie overwoog "dat de strafwet het kind dat op het punt staat geboren te worden, hoewel het nog niet van de moeder gescheiden is, beschermt tegen elke opzettelijke handeling die zijn dood tot gevolg heeft door het als een persoon te aanzien; dat het kind echter dezelfde bescherming moet genieten tegen elke onopzettelijke handeling". Weliswaar herhaalt het Hof van Cassatie niet dat het gaat om een kind "dat op het punt staat geboren te worden", doch uit de context blijkt dat niets anders kan bedoeld zijn. De uitdrukking "dezelfde" bescherming wijst daar eveneens op (Cass., 11 februari 1987, *Arr. Cass.*, 1987, 780; *Pas.*, 1987, I, 695; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 45, noot ANDRE, J.J.; *J.T.*, 1987, 738, noot KEFER, F.; *Jur. Liège*, 1987, 630, noot PREUMONT, M.; *R.D.P.*, 1987, 812, concl. Adv. Gen. JANSSENS de BISTHOVEN en noot HENNAU-HUBLET, Chr.).

494 Hoewel het arrest dit niet met zoveel woorden zegt, is het aannemelijk de draagwijdte ervan te beperken tot de onopzettelijke doding tijdens de bevalling en niet verder uit te breiden naar de conceptie toe. De annotatoren van het arrest zijn het met deze interpretatie eens.

HENNAU-HUBLET herinnert aan de doctrine en de rechtspraak die weigert als onvrijwillige doding strafbaar te stellen de dood van een kind dat sterft *in utero* of levend maar niet levensvatbaar ter wereld komt. Klaarblijkelijk beschouwt zij het arrest van 11 februari 1987 niet als een wending in deze rechtspraak, hoewel zij toch zekere twijfels behoudt : "avec toutefois une incertitude : quelle protection hormis le délit d'avortement, la jurisprudence criminelle entendra-t-elle réserver à l'embryon ou au foetus victime d'une intervention létale se situant à une époque où le travail d'enfantement n'était pas encore commencé"? (HENNAU-HUBLET, Chr., *a.w.*, 833). PREUMONT is stelliger. Vanaf het ogenblik van de bevalling geniet het kind bescherming tegen onopzettelijke en opzettelijke doding. Vóór de bevalling is het slechts beschermd tegen onopzettelijke slagen en verwondingen, op voorwaarde dat het levend en levensvatbaar ter wereld komt. Dat men, naar analogie van de uitbreiding van opzettelijke kindermoord naar onopzettelijke kindermoord, de opzettelijke zwangerschapsafbreking zou mogen uitbreiden tot onopzettelijke zwangerschapsafbreking vindt PREUMONT een gewaagde stelling.

Wat kindermoord betreft is die uitbreidende interpretatie verklaarbaar door de bescherming van de persoon. Maar bij zwangerschapsafbreking gaat het niet om de bescherming van een persoon (PREUMONT, M., *a.w.*). Dezelfde redenering vindt men bij KEFER (KEFER, F., *a.w.*, 743). De in het arrest van 11 februari 1987 gebruikte bewoordingen laten niet toe daaruit een algemene regel af te leiden volgens welke het ongeboren kind vanaf de conceptie zou zijn beschermd tegen onvrijwillige aanslagen tegen het leven. Het Hof van Cassatie heeft zich over een dergelijke prenatale bescherming niet uitgesproken en heeft dat ook vroeger niet gedaan.

495 Als algemeen besluit mag worden gesteld dat de draagwijdte van het arrest van 11 februari 1987 beperkt is tot onopzettelijke doding van een kind tijdens de bevalling. Een uitbreiding van deze regel tot vóór de bevalling is louter speculatief en wordt in de commentaren bij het arrest van de hand gewezen.

496 Een en ander betekent dat art. 396 Sw. geen bescherming biedt aan het ongeboren leven tegen onopzettelijke aanslagen vóór de bevalling. *Mutatis mutandis* geldt dat ook voor de opzettelijke aanslagen. Door aan de woorden "bij de geboorte" de betekenis te geven "gedurende de hele tijd dat de bevalling duurt" heeft het Hof van Cassatie reeds een ruime interpretatie gegeven aan die woorden (zie boven, nr. 475). Het is in strijd met alle gangbare interpretatieregels om de draagwijdte van art. 396 Sw. nog verder te laten verschuiven naar de conceptie toe en de bescherming die dit artikel biedt reeds te laten aanvangen vanaf het bereiken van de levensvatbaarheid ook al is er van een spontane of geïnduceerde geboorte nog geen sprake. Men dient er zich bovendien rekenschap van te geven dat art. 396 Sw. de persoon beschermt zodat het strafrechtelijk persoonsbegrip een aanzienlijk ruimere inhoud zal krijgen dan het persoonsbegrip in het burgerlijk recht.

Handelingen die erop gericht zijn een levensvatbare foetus *in utero* te doden - een gecompliceerde maar technisch zeker niet onmogelijke handeling - kunnen dan ook niet worden gestraft op grond van art. 396 Sw. (*anders*, Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 148, 156). Een van de wezenlijke bestanddelen voor de toepassing van dat artikel, nl. "bij de geboorte" ontbreekt. Art. 396 Sw. kan de leemte die is ontstaan door de beperking van het verbod van vruchtafdrijving tot de levensvatbaarheidsgrens niet opvullen. Slechts de wetgever is bevoegd om door gepaste wettelijke maatregelen de rechtsbescherming van het ongeboren levensvatbare leven te herstellen.

Dikwijls zal een levensvatbare foetus na abortieve handelingen toch levend ter wereld komen. Overlijdt hij nadien ten gevolge van deze handelingen dan gaat het nog steeds om een vruchtafdrijving die evenwel niet strafbaar is in het licht van de definitie die door de meerderheid werd aanvaard (zie boven, nr. 419). Blijft het kind leven en wordt het vlak na de geboorte gedood dan is een vervolging op grond van art. 396 Sw. wel mogelijk.

AFDELING V

PLICHTEN VAN DE ARTS TEGENOVER MOEDER EN KIND TIJDENS DE BEVALLING

497 Het arrest van 11 februari 1987 kan ook belangrijke gevolgen hebben voor de plichten van de arts tegenover moeder en kind tijdens de bevalling. Tijdens de bevalling wordt de arts met twee patiënten geconfronteerd, nl. het kind dat op het punt staat te worden geboren en een persoon is in de strafrechtelijke zin van het woord en de zwangere vrouw.

Nochtans wordt de foetus door de strafrechtelijke bescherming tegen opzettelijke en onopzettelijke kindermoord nog geen rechtssubject, drager van subjectieve rechten. Volgens GULDIX kan uit het strafrecht geen toewijzing van een subjectief recht op leven of op een aanverwante waarde

afgeleid worden. Volgens haar strookt dit niet met de bijzondere aard van het strafrecht. Het strafrecht is een objectieve waarde. Het sanctioneert de overtreding van rechtsplichten waardoor schade wordt toegebracht aan belangen en subjectieve rechten die door andere rechtstakken toegewezen zijn geworden. Niettemin kan niet worden ontkend dat er een binding bestaat tussen de reikwijdte van het strafrecht en het beschermde recht : "In de sanctionering van deze misdrijven (kindermoord) zit ook een bescherming van het menselijk leven vervat, maar deze heeft pas uitwerking vanaf de aanvang van de bevalling" (GULDIX, E., "Juridische aspecten van medisch begeleide voortplanting", in X, *Internationaal Colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, Brussel, *Belgisch Staatsblad*, 1988, 126, nr. 77; zie ook SCHOONENBERG, R.M., "Een recht van het ongeboren kind op adequate prenatale zorg en medische behandeling", in DE LANGEN, M. e.a. (ed.), *Kinderen en Recht*, Deventer, Kluwer, 1989, 32.

498 In de driehoeksverhouding die aldus ontstaat zullen, in de meerderheid van de gevallen, de arts en de zwangere vrouw elkaar vinden in hun streven om het kind gezond en wel ter wereld te brengen. Er stellen zich meestal dan ook geen problemen. Die kunnen wel ontstaan wanneer arts en vrouw met elkaar van mening verschillen over de te nemen maatregelen.

De maatregelen die zich in het belang van het leven of de gezondheid van de foetus opdringen kunnen zijn : een wisseltransfusie; correctie van afwijkingen aan urinewegen en hart en de behandeling van een foetus met een waterhoofd of een open ruggetje. Voorts het uitvoeren van een keizersnede of het toedienen van geneesmiddelen (zie HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERDT, W., "De foetus een toekomstige patiënt"?, *N.J.B.*, 1987, 1221). Naarmate de mogelijkheden van de foetale diagnostiek en therapie toenemen, dienen nog andere maatregelen zich aan. De arts kan van mening zijn dat hij, in het kader van zijn wettelijke hulpverleningsplicht (zie boven, nr. 486-489) verplicht is een wisseltransfusie toe de dienen aan de foetus, een foetale therapie toe te passen of het kind via een keizersnede ter wereld te brengen. De vrouw van haar kant kan de toestemming voor een dergelijke ingreep weigeren. De arts wordt dan geconfronteerd met een conflict van plichten tussen enerzijds zijn strafrechtelijke plicht van hulpverlening en respect voor de fysieke integriteit van de foetus en anderzijds zijn strafrechtelijke plicht de fysieke integriteit van de vrouw te respecteren en zijn burgerrechtelijke plicht niets te doen zonder haar toestemming c.q. tegen haar wil (een heel andere situatie doet zich voor wanneer de vrouw stervende is, zie DOUCET, J.P., *La protection pénale de la personne humaine*, Université de Liège, Faculté de droit, 1979, 103 of reeds gestorven is).

Hierover ontbreekt jurisprudentie in België, zie voor Frankrijk, Trib. Civ. Bizerte, 22 november 1955, *D.*, 1957, 138 : "pendant la période de gestation, toute mesure de protection de la personne physique de l'enfant ne saurant efficace qu'à travers la personne physique de la mère, le juge ne saurait, sans porter atteinte aux droits de la personnalité de celle-ci, prescrire des mesures de surveillance de sa grossese". Vanzelfsprekend moet alles in het werk worden gesteld om het conflict te vermijden door overreding, aanbieden van alternatieven e.d. In het buitenland - waar doorgaans het kind dat op het punt staat te worden geboren niet als persoon wordt erkend, ook niet in strafrechtelijke zin - (zie HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W., *a.w.*, 1221), staat men zeer huiverachtig tegenover het leggen van juridisch afdwingbare zorgplichten of duldingsplichten op een zwangere vrouw. Overigens lopen de meningen uiteen op bepaalde punten, waaronder de vraag of een kinderbeschermingsmaatregel vóór de geboorte zou kunnen worden getroffen (LEENEN, "De gezondheidsrechtelijke status van het embryo in vivo en in vitro", *F.J.R.*, 1985, 201 sluit dit uit; DE BRUIJN-LUCKERS, M.L.C.C., "Baas in eigen buik en de grondrechten", *N.J.C.M.*, 1986, 610, acht dat wel mogelijk. Zie hierover ook SCHOONENBERG, R.M., *a.w.*, 32 e.v. alsmede SLUYTERS, B., "Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor medische fouten voor de geboorte", in *Liber Amicorum H.J.J. Leenen*, Alphen a.d. Rijn, Ced Samsom, 1990, 133. In Canada wordt het recht op prenatale hulpverlening van een levensvatbare foetus verdedigd door KEYSERLINGK, E., "A right of the unborn child to prenatal care. The Canadian and Comparative

Law perspective", Acta World Congress on Medical Law, 1985, 40, doch bestreden door KNOPPERS, B.M., *Conception artificielle et responsabilité medicale : une étude de droit comparé*, Québec, Blais Cowansville, 1986, 189-190; dezelfde, "Modern birth technology and human rights", *Am. J. Comp. Law*, 1985, 27. Maar vooral in de Verenigde Staten is de zorgplicht van de vrouw en het recht op prenatale medische verzorging van de foetus uitgegroeid tot een voor de rechter gebracht strijdpunt. Aldus werd aan zwangere vrouwen de verplichting opgelegd zich aan een keizersnede te onderwerpen (zie hieromtrent RHODEN, N.K., "The judge in the delivery room : the emergence of court-ordered caesereans", *California Law Review*, 1986, 1952 e.v.; ANNAS, G., "Forced caesereans" in *Judging medicine*, Clifton, Humana Press, 1988, 119. Zie meer in het algemeen ROBERTSON, J.A., "Procreative liberty and the control of conception, pregnancy and childbirth", *Virginia Law Review*, 1983, 437; zie ook SCHOONENBERG, R.M., *a.w.*, 26 voor een overzicht van de situatie in de Verenigde Staten).

499 Naar Belgisch recht kan een dergelijk conflict worden benaderd vanuit de volgende overwegingen. Van een recht op verzorging in hoofde van de foetus zou men niet kunnen spreken nu de foetus geen rechtssubject is. Wel geniet het kind dat op het punt staat te worden geboren strafrechtelijke bescherming tegen opzettelijke en onopzettelijke aanslagen tegen zijn leven. Bovendien wordt aanvaard dat de wettelijke hulpverleningsplicht (art. 422*bis* Sw.) geldt tegenover een dergelijk kind. Deze bescherming is evenwel relatief omdat, als een van de genoemde verplichtingen niet wordt nagekomen door de arts of de zwangere vrouw, dit slechts kan leiden tot vervolging en bestraffing achteraf. Er kunnen geen maatregelen worden genomen om deze bescherming preventief af te dwingen. Een jeugdbeschermingsmaatregel lijkt hier uitgesloten en werd nog nooit overwogen. Wel heeft de vrouw, zoals de arts, een hulpverleningsplicht tegenover het kind. Maar wanneer de ingreep zwaar of riskant is, geldt die plicht niet vermits niemand zichzelf in gevaar moet brengen bij het verlenen van hulp (zie art. 422*bis* Sw.). Een arts die zijn verplichtingen tegenover het kind niet kan uitvoeren omdat de vrouw haar toestemming weigert wegens het gevaar dat aan de ingreep verbonden is voor haar leven of gezondheid, als gevolg waarvan het kind sterft of zwaar gehandicapt ter wereld komt, kan zich ter rechtvaardiging beroepen op de noodtoestand. Een analogie met de zgn. therapeutische abortus dringt zich hier op.

HOOFDSTUK III

ARTS EN PASGEBOREN LEVEN

AFDELING I

OPZETTELIJKE EN ONOPZETTELIJKE LEVENSBEEINDIGING VAN PASGEBOREN LEVEN EN DE HULPVERLENINGSPLICHT

500 Doodslag gepleegd op een kind dadelijk na de geboorte wordt kindermoord genoemd (art. 396 Sw.)

Het volstaat dat het kind levend is ter wereld gekomen. De al dan niet levensvatbaarheid ervan speelt geen rol (Cass., 11 februari 1987, *Arr. Cass.*, 1987, 780; *Pas.*, 1987, I, 695; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 45, noot ANDRE, J.J.; *J.T.*, 1987, 738, noot KEFER, F.; *Jur. Liège*, 1987, 630, noot PREUMONT, M.; *R.D.P.*, 1987, 812, concl. Adv. Gen. JANSSENS de BISTHOVEN en noot HENNAU-HUBLET, Chr.); Liège, 25 juni 1986, *Jur. Liège*, 1986, 677. De rechtsleer aanvaardt dit eveneens, zie ANDRE, J.J., *a.w.*, 48; DIERKENS, R., "De biologische mens in het recht", *T.P.R.*, 1972, 196.

501 Art. 396 Sw. beschermt het geboren maar niet levensvatbare leven tegen opzettelijke aanslagen, maar ook tegen onopzettelijke aanslagen. Dit naar analogie van de bescherming die het nog niet geboren leven als persoon tijdens de bevalling geniet tegen onopzettelijke doding (onopzettelijke kindermoord). Hetzelfde geldt voor de bescherming die uitgaat van art. 422*bis* Sw. De hulpverleningsplicht geldt ook t.o. het geboren, niet levensvatbare kind (zie KEFER, F., *a.w.*, 744 voor wie de levensvatbaarheid voor de toepassing van art. 422*bis* inderdaad geen rol speelt).

502 Het arrest van 11 februari 1987 en de eruit voortvloeiende regel dat strafbaar is de onopzettelijke doding van een pasgeboren levend maar niet levensvatbaar kind alsook het niet verlenen van hulp aan zo'n kind hebben belangrijke consequenties voor de hulpverleningsplicht van artsen t.o.v. zwaar gehandicapte pasgeborenen.

Zowel het niet nakomen van de hulpverleningsplicht als de onvrijwillige aanslag op het leven zijn strafbaar. De weigering van toestemming door de ouders van een behandeling omdat zij verkiezen dat het kind sterft is strafrechtelijk zonder belang.

De beslissing of de medische hulp t.a.v. een ernstig gehandicapte pasgeborene wordt aangevat of verdergezet is uiteindelijk een medische beslissing (zie verder, nr. 683 e.v.)(*vgl.* BRANDS-BOTTEMA, G.W., "Het recht van zwaardefecte pasgeborenen op gezondheidszorg : een kwestie van leven of dood", in DE LANGEN, M. e.a. (ed.), *a.w.*, 45).

Een andere vraag die men kan stellen is of een pasgeborene in deze omstandigheden in aanmerking komt als orgaandonor. Wanneer het kind nog leeft maar niet levensvatbaar is, is het geen

persoon. Niemand kan toestemming geven voor het gebruik van organen en weefsels. Eenmaal het is overleden valt het niet onder het geen bezwaar stelsel vermits het nooit een persoon is geweest (*vgl.* art. 1 Orgaantransplantatiewet) en niemand zich heeft kunnen verzetten tegen wegneming.

AFDELING II

AANGIFTE VAN DE GEBOORTE

§1. Kennisgeving van bevalling. Aangifte van geboorte

503 Art. 56 B.W. maakt een onderscheid tussen de geboorte van een kind in een ziekenhuis, kliniek, kraaminrichting of andere verpleeginrichting (art. 56, §1 B.W.) en andere gevallen (art. 56, §2 B.W.). Voor beide hypothesen wordt dan nog eens het onderscheid gemaakt tussen de eigenlijke aangifte van de geboorte en de kennisgeving van de bevalling.

504 De verplichting tot kennisgeving van de bevalling rust op de arts die bij de bevalling tegenwoordig is geweest of bij wie de bevalling heeft plaats gehad in de tweede hypothese d.i. een bevalling anders dan in een ziekenhuis of soortgelijke inrichting. Deze kennisgeving dient te gebeuren aan de ambtenaar van de burgerlijke stand, uiterlijk de eerste op de bevalling volgende werkdag (art. 56, §2, tweede lid B.W.). De kennisgeving van een bevalling door een arts aan de ambtenaar van de burgerlijke stand is geen strafbare schending van art. 458 Sw. Het betreft hier een toepassing van een wettelijke verplichting tot openbaarmaking.

Gebeurde de bevalling in een ziekenhuis, wat meestal het geval is, dan is "de persoon die de leiding van de inrichting uitoefent of zijn afgevaardigde" gehouden deze kennisgeving te doen. Dat kan, maar moet niet, een arts zijn (art. 56, §1, tweede lid B.W.). De kennisgeving van de bevalling moet de ambtenaar in staat stellen onmiddellijk na de geboorte een dokter of een vroedvrouw te sturen om zich van de geboorte van het kind te vergewissen. De wet houdt geen enkele bepaling in omtrent de vorm waarin de kennisgeving dient te gebeuren. Alszodanig volstaat een mondelinge of telefonische kennisgeving, maar met het oog op de bewijslevering zal een schriftelijke bevestiging in zo'n geval aangewezen zijn (SENAEVE, P., "De wet van 30 maart 1984 inzake de geboorteaangiften : een kleine wijziging met grote gevolgen", *R.W.*, 1984-85, 1539-1540). Het nalaten van de kennisgeving is strafbaar (art. 361, 2° Sw.)

505 De eigenlijke geboorteaangifte is geen verplichting van de arts, ook niet wanneer hij de kennisgeving van de bevalling heeft gedaan, behoudens zeer uitzonderlijke omstandigheden.

Conform art. 56, §1 en §2 B.W. gebeurt de aangifte van de geboorte door de vader of de moeder of door beide ouders. Wanneer deze nalaten de aangifte te doen, dient deze te gebeuren door de persoon die de kennisgeving van de bevalling heeft gedaan. Dit volgt uit art. 56, §1, eerste lid en §2, eerste lid, j° art. 57 B.W. In bepaalde gevallen zal dit de arts zijn.

Ook het nalaten van de aangifte van een geboorte is strafbaar (art. 361, 1° Sw.). Volgens SENAEVE werd onder het vroegere recht algemeen aangenomen dat ook het nalaten van een aangifte door onachtzaamheid strafbaar was. Tijdens de parlementaire bespreking van de nieuwe bepalingen verklaarde de minister dat enkel het wetens en willens niet voldoen aan de aangifteplicht strafbaar is. SENAEVE vraagt zich hierbij terecht af of deze verklaring volstaat om een nieuwe interpretatie van art. 361 Sw. ingang te doen vinden (SENAEVE, P., *a.w.*, 1546, nr. 20).

§2. Aflevering van de geboorteverklaring

506 Overeenkomstig art. 56, §4 B.W. vergewist de ambtenaar van de burgerlijke stand zich van de geboorte aan de hand van een verklaring van een door hem toegelaten arts of vroedvrouw. Als dat niet mogelijk is, dient hij zich persoonlijk naar het pasgeboren kind te begeven.

Deze bepaling is de bevestiging van een reeds lang bestaande praktijk m.b.t. de medische vaststelling van de geboorte. In sommige gevallen werd deze verklaring afgeleverd door een arts die daartoe was aangewezen door de ambtenaar. In andere gemeenten nam de ambtenaar vrede met een verklaring van de arts die de bevalling had verricht, zij het dat deze praktijk doorgaans als onwettig werd veroordeeld (SENAEVE, P., *a.w.*, 1547, nr. 23).

507 Volgens SENAEVE staat het nu vast dat de ambtenaar zich niet mag tevreden stellen met een getuigschrift van de arts die de bevalling heeft gedaan, behalve wanneer die arts dezelfde is als degene die door de ambtenaar werd toegelaten om de geboorte vast te stellen.

Vermits de geboorteverklaring een getuigschrift is dat door de arts uit hoofde van zijn "toelating" door de ambtenaar wordt afgeleverd, kan er van een inbreuk op art. 458 Sw. geen sprake zijn. De arts handelt in opdracht van een derde, als deskundige, en tegenover zijn opdrachtgever is hij niet door een zwijgplicht gebonden.

§3. Aangifte van een doodgeboren kind

508 Een bijzonder geval betreft de aangifte van een doodgeboren kind.

Ter zake geldt nog steeds het Decreet van 4 juli 1806 aangaande de manier van opstelling van de akte waarbij de ambtenaar van de burgerlijke stand constateert dat hem een levensloos kind werd vertoond. Op grond van dit decreet dient geen akte van geboorte te worden opgesteld, doch een zgn. "akte van vertoning van een levensloos kind" in volgende gevallen. Wanneer het kind dood is geboren, en wanneer het kind levend is geboren maar is overleden voordat het aan de ambtenaar werd vertoond. Omdat ook hier de praktijk heeft ingang gevonden dat een door de ambtenaar aangestelde arts zich van de geboorte dient te vergewissen - een praktijk die in dit geval geen wettelijke bekrachtiging heeft gekregen - komt dit erop neer dat een dergelijke akte eveneens mag worden opgesteld wanneer het kind overleden is voordat de arts zich van de geboorte heeft vergewist (SENAEVE, P., *a.w.*, 1545). Leeft het op dat ogenblik nog en overlijdt het nadien, voor de geboorteaangifte, dan moet een akte van geboorte worden opgesteld.

509 Naar algemeen wordt aangenomen moet geen enkele akte worden opgesteld noch aangifte gebeuren wanneer de foetus minder dan 180 dagen oud is.

Zie hieromtrent HENNAU-HUBLET, Chr., "La protection pénale de foetus en droit belge face aux expérimentations bio-médicales", *J.T.*, 1983, 336; VAN DE VOORDE, H., *Gerechtelijke geneeskunde*, Leuven, L. Wouters, 1984, 23 : de geboorte van een dode vrucht van minder dan 30 cm moet niet worden aangegeven. Zie voor kritiek op deze opvatting DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr. 204, noot 1.

AFDELING III

VASTSTELLING EN WIJZIGING VAN HET GESLACHT (INTERSEKSUALITEIT. TRANSSEKSUALITEIT)

§1. Vaststelling van het geslacht

510 Overeenkomstig art. 57 B.W. vermeldt de akte van geboorte naast dag, uur, plaats van geboorte, naam en voornamen van de boreling ook het geslacht. Vanaf het ogenblik dat de akte van geboorte wordt opgemaakt heeft men een geslacht in de juridische zin van het woord.

Bij twijfel over het juiste geslacht mag de aangifte van de geboorte niet langer dan 15 dagen na de geboorte worden uitgesteld. Men stelt zich bloot aan strafsancties (art. 361, 1° Sw.). Bovendien mag de ambtenaar geen geboorteakte opmaken op basis van een laattijdige aangifte (SENAEVE, P., *a.w.*, 1542). Kan men zich niet uitspreken over het juiste geslacht dan dient in de geboorteakte te worden vermeld : van onbepaald geslacht. Als achteraf het geslacht duidelijk wordt, zal een verbetering van deze akte moeten worden gevraagd (MEULDERS-KLEIN, M.Th., "La vérité et le sexe. A propos du transsexualisme", *T.B.B.R.*, 1989, 9).

511 Juridisch kan men slechts één geslacht hebben (PAUWELS, J.M., "De geslachtsaanduiding bij transseksuelen", *R.W.*, 1975-76, 874; Brussel, 7 mei 1974, *J.T.*, 1974, 713; *Rev. Not. B.*, 1975, 137, noot KLUGER, L. en MAES, J.) Art. 57 B.W. spreekt over "het geslacht".

512 De wet bepaalt "het geslacht" niet, maar uit verschillende bepalingen in het B.W. kan men afleiden dat het gaat om het mannelijk of het vrouwelijk geslacht. Vermits men slechts kan behoren tot één geslacht en dit ofwel het mannelijke ofwel het vrouwelijke geslacht is, zijn interseksuele toestanden juridisch niet mogelijk (PAUWELS, J.M., *a.w.*, 875).

513 De wet bepaalt evenmin door wie het geslacht wordt bepaald op het ogenblik van de aangifte van de geboorte. Maar uit art. 56, §4 B.W. (zie boven, nr. 506) kan worden afgeleid dat in de regel het geslacht wordt vastgesteld door een arts, nl. deze die de geboorteverklaring opstelt.

Een merkwaardige uitspraak vindt men in een vonnis van de Rechtbank van Neufchâteau. Volgens de rechtbank zijn noch de ambtenaar noch de arts in staat het geslacht van een pasgeborene

na te gaan. Daarvoor is het geslacht een te complex en evoluerend gegeven (Rb. Neufchâteau, 14 januari 1987, *Rev. Rég. Dr.*, 1987, 147, noot DIJON, X.).

514 De wet bepaalt geen criteria op grond waarvan het geslacht in een concreet geval dient te worden bepaald.

De Belgische rechtspraak gaat er in het algemeen van uit dat de bepaling van het geslacht op het ogenblik van de geboorteaangifte gebeurt op grond van de uiterlijk waarneembare, morfologische geslachtskenmerken. Zie Rb. Mechelen, 17 juni 1975, *R.W.*, 1975-76, 870, noot PAUWELS, J.M. In zijn noot heeft PAUWELS trouwens kritiek hierop. Voor hem spreekt het vanzelf dat als bij het opstellen van de geboorteakte van andere criteria gebruik kan worden gemaakt, zulks mag. Meestal zal dat natuurlijk niet doenbaar zijn, voegt hij er aan toe. Anders dan PAUWELS, BROEKMAN, J.M., "De man/vrouw differentiatie", *R.en R.*, 1987, 105 : "De kunne van het kind in de zin van het B.W. kan op niets anders duiden dan op de uiterlijk waarneembare anatomische geslachtskenmerken. Dat principe levert rechtszekerheid ...".

515 Uit een en ander kan worden afgeleid dat er in het Belgische recht geen "recht op vrije geslachtskeuze" bestaat (PAUWELS, J.M., *a.w.*, 880). Het geslacht wordt doorgaans op het ogenblik van het opstellen van de geboorteverklaring bepaald door een arts op grond van de uiterlijk waarneembare kenmerken.

Daar komt nog bij dat de vaststelling van het geslacht definitief is. In België verwerft men zijn geslacht op definitieve wijze op het ogenblik van de aangifte van de geboorte. De akte van geboorte, waarin het geslacht wordt uitgedrukt, stelt op een definitieve wijze dit element van de staat van de persoon vast.

§2. Wijziging of aanpassing van het geslacht

516 Het betreft hier een dubbele vraagstelling. Zijn medische ingrepen om de uiterlijke geslachtskenmerken te wijzigen juridisch geoorloofd? En is, volgend op een dergelijke ingreep, de aanpassing of de wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte van geboorte van de betrokkene mogelijk? In onderhavig werk wordt enkel ingegaan op de eerste vraag. Zie voor wat de tweede vraag betreft, SENAEVE, P., *Compendium van het Personen- en familierecht*, 1, Leuven, Acco, 1989, 114 e.v.

517 Geen enkele wet verbiedt alszodanig medische ingrepen die erop zijn gericht iemands primaire uit- en inwendige geslachtskenmerken te wijzigen en aan te passen aan andere lichamelijke geslachtskenmerken zoals het genetisch criterium en aan de psychische en sociale geslachtsbeleving. Een dergelijke ingreep kan evenwel gepaard gaan met ernstige inbreuken op de fysieke integriteit van de betrokkene. Die inbreuken voldoen, objectief beschouwd, aan de delictomschrijving van opzettelijke slagen en verwondingen. De vraag is gerezen of de arts die een dergelijke ingreep verricht zich kan beroepen op een rechtvaardigingsgrond teneinde aan strafrechtelijke aansprakelijkheid te ontsnappen.

In het zgn. transseksualiteitsvonnis is de Correctionele Rechtbank van Brussel uitvoerig op deze vraag ingegaan (Corr. Brussel, 27 september 1969, *Pas.*, 1969, III, 115; *J.T.*, 1969, 635; *R.D.P.*, 1969-70, 169; *R.G.A.R.*, 1970, 8362). Twee weken na een zgn. geslachtswijzigende ingreep overleed de patiënt. Er werd een onderzoek ingesteld wegens opzettelijke doding en de chirurg die de ingreep had uitgevoerd werd vervolgd. Vóór de rechtbank kwamen de verschillende opvattingen over de zgn. strafrechtelijke immuniteit van de arts ter sprake, waaronder de noodtoestand en de toestemming van de patiënt. Het O.M. voerde zelf als rechtvaardiging de zgn. toelating door de wet aan, mits aan vier voorwaarden is voldaan. De ingreep moet een curatief doel hebben; de patiënt heeft een vrije en voorgelichte toestemmming gegeven; er is een voldoende noodzaak en de arts heeft de ingreep foutloos uitgevoerd. De rechtbank sloot zich aan bij de toelating van de wet als grond van rechtvaardiging voor opzettelijke slagen die artsen aan hun patiënten toebrengen maar voegde één element toe aan de reeks van het O.M. en liet enige voorwaarden weg. Wat de rechtbank toevoegde was dat de toelating van de wet dient te worden vermoed : het is de (omslachtige) taak van het O.M. te bewijzen dat de toelating van de wet werd misbruikt. Het O.M. suggereerde vier voorwaarden opdat de toelating van de wet zou gelden maar uit een nauwkeurige lezing van het vonnis blijkt dat de rechtbank er maar twee van heeft aanvaard, nl. het curatief doel en de toestemming van de patiënt. Wat het curatief doel betreft, ging de rechtbank ervan uit dat het O.M. niet het bewijs had geleverd dat *in casu* zo'n doel ontbrak. Een en ander bracht met zich mee dat de ingreep was gerechtvaardigd, hoewel er van een curatief doel in de klassieke zin van het woord geen sprake was (zie uitgebreider hieromtrent NYS, H., "Eigendom in het medisch recht", *R.W.*, 1983-84, 2362-2364; CORBISIER, I., "Pouvoirs et transparance dans la relation thérapeutique", *R.G.A.R.*, 1990, 11.6823, noot 24).

518 Sedert dit vonnis wordt vrij algemeen aanvaard, en dit zonder dat de wetgever ter zake is tussengekomen, dat geslachtswijzigende en -aanpassende ingrepen toegelaten, althans niet verboden zijn.

Zie in deze zin PAUWELS, J.M., *a.w.*, 879-880. Sommigen hebben nochtans hun twijfels geuit (zie GROSEMANS, R., "Rapport général sur le corps humain et la liberté individuelle", in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, XXVI, 1975, 430; VIEUJEAN, E., *R.C.J.B.*, 1977, 510).

In de rechtspraak komt de kwestie nauwelijks nog aan bod en als dat toch het geval is, dan wordt zij benaderd op analoge wijze als door de Brusselse Correctionele Rechtbank (Rb. Luik, 1 april 1981, *Jur. Liège*, 1981, 219; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1983, 357; Rb. Luik, 5 december 1984, *Jur. Liège*, 1985, 424).

Ook de Nationale Raad van de orde der geneesheren is van mening dat het hier een therapeutische aangelegenheid betreft en laat het oordeel aan de betrokken arts zelf over. De Nationale Raad waarschuwt wel dat "het hier gaat om een zeldzaam geval waaromtrent zeer uiteenlopende meningen schijnen te bestaan en dat van die aard is dat het geschilpunten doet ontstaan" (*T. Orde Gen.*, 1973-74, 76-77).

519 PAUWELS acht een zgn. fysieke geslachtsaanpassing bij een transseksueel die afstammelingen heeft ontoelaatbaar. En ook medische hulp lijkt in dat geval ongeoorloofd (PAUWELS, J.M., *a.w.*, 881 en 887).

Het gevolg zou namelijk zijn dat het kind dan twee vaders of twee moeders heeft : "een situatie die niet alleen van aard is om de goegemeente te schokken maar ook moeilijk het belang van de kinderen kan dienen". Volgens deze auteur legt het ouderschap definitief het geslacht van de ouders vast.

TITEL V

ARTS EN MINDERJARIGE PATIENT

HOOFDSTUK I

WETTELIJKE BEPALINGEN

AFDELING I

BURGERLIJK WETBOEK

520 Minderjarig is degene die niet ten volle de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt (art. 388 B.W., zoals gewijzigd door art. 1 Wet 19 januari 1990 tot verlaging van de burgerlijke meerderjarigheid tot 18 jaar, *B.S.*, 30 januari 1990). De meerderjarigheid is vastgesteld op de volle leeftijd van 18 jaren; op die leeftijd is men bekwaam tot alle handelingen van het burgerlijk leven (art. 488 B.W., zoals gewijzigd door art. 2 Wet 19 januari 1990). Overeenkomstig art. 1124 B.W. is de minderjarige onbekwaam om contracten aan te gaan.

Uit een en ander volgt de principiële handelingsonbekwaamheid van de minderjarige.

Reeds vóór de Wet van 19 januari 1990 werd aanvaard dat minderjarigen tussen 18 en 21 jaar zich zelfstandig tot een arts konden wenden en toestemming konden geven voor medische behandelingen. In die zin bevestigt deze wet een reeds langer bestaande praktijk die wel eens als de "medische meerderjarigheid" vanaf 18 jaar werd aangeduid.

Zoals vóór de Wet van 19 januari 1990 blijven ook nu nog vragen bestaan over de feitelijke bekwaamheid van minderjarigen beneden de 18 jaar en meer bepaald in de leeftijdscategorie 14 à 15 tot 18 jaar. Zie verder, nr. 541.

AFDELING II

BIJZONDERE BEPALINGEN

521 Art. 12, tweede lid van de Besluitwet van 24 januari 1945 betreffende de profylaxe van geslachtsziekten, *B.S.*, 26 januari 1945, bepaalt dat indien de lijder aan een geslachtsziekte een minderjarige is beneden de 16 jaar, de persoon onder wiens toezicht hij staat moet voldoen aan de verplichting die de art. 2, 6 en 7 van de wet aan de zieke opleggen.

Art. 2 verplicht iedere persoon, bij wie gevaar voor verspreiding van een in art. 1 vermelde geslachtsziekte aanwezig is, zich door een arts van zijn keuze te laten behandelen. Art. 6 verplicht de patiënt die een bijzonder besmettingsgevaar vertoont zich in een ziekenhuis te laten behandelen. Art. 7 bevat bepalingen voor het geval een patiënt van arts wenst te veranderen.

Uit een en ander kan men afleiden dat de minderjarige vanaf 16 jaar geacht wordt zelfstandig

de verplichtingen die deze wet oplegt aan personen die aangetast zijn door een seksueel overdraagbare ziekte na te komen. Vermits het hier gaat om verplichtingen waarvan de niet nakoming strafrechtelijk kan worden gesanctioneerd, betreft het hier in de eerste plaats een strafrechtelijke meerderjarigheid. Niettemin kan men aannemen dat zij ook burgerrechtelijke consequenties heeft. Zo dient de minderjarige van 16 jaar zich te wenden tot een arts van zijn keuze. Wellicht is deze regeling te verklaren door de bijzondere privacy gevoeligheid verbonden aan dit soort ziekten. Indien de ouders tot 21, thans 18, jaar moeten tussenkomen, bestaat het gevaar dat er van een behandeling weinig terecht komt.

522 Overeenkomstig art. 78 Wet 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming mogen, buiten de gevallen waarin er een medische tegenindicatie bestaat, aan geplaatste minderjarigen preventieve vaccinaties en inentingen worden toegediend waarvan aantal, soort en toedieningswijze door de Koning worden bepaald.

Dit is gebeurd bij K.B. 20 oktober 1969, *B.S.*, 7 november 1969. Art. 1 en 2 bepalen de vaccinaties en inentingen die kunnen worden toegediend. Art. 3 bepaalt dat voor deze inentingen "geen toestemming van de ouders of andere wettelijke vertegenwoordigers vereist" is. Over de toestemming van de minderjarige zwijgt dit K.B. Blijkbaar gaat deze regeling ervan uit dat in de regel de ouders hun toestemming dienen te verlenen voor dit soort medische tussenkomsten.

523 Art. 14, eerste lid K.B. 10 november 1971 betreffende de afneming, de bereiding, de bewaring van therapeutische bloedzelfstandigheden, *B.S.*, 5 mei 1972, bepaalt dat bloed enkel mag worden afgenomen bij personen ouder dan 18 jaar.

Overeenkomstig art. 14, tweede lid moeten bloedgevers tussen 18 en 21 jaar van hun ouders een schriftelijke en ondertekende toestemming krijgen. Deze bepaling is (stilzwijgend) opgeheven door de Wet van 19 januari 1990 (zie nochtans nr. 525).

Vóór de leeftijd van 18 jaar mag, volgens art. 14, derde lid, met de schriftelijke en ondertekende toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger een bloedafneming worden verricht voor het bereiden van specifieke gammaglobulinen. Er is hier geen minimum leeftijd voorzien.

AFDELING III

ORGAANTRANSPLANTATIEWET

524 De meest recente en tevens meest uitvoerige bepaling in verband met medisch ingrijpen t.a.v. minderjarigen treft men aan in de Orgaantransplantatiewet. Bovendien bevat deze wet nog een bijzondere bescherming t.a.v. meerderjarigen tussen 18 en 21 jaar.

§1. Wegneming van organen bij levende meerderjarigen tussen 18 en 21 jaar

525 Overeenkomstig art. 5 Orgaantransplantatiewet mag een persoon vanaf 18 jaar toestemmen in de wegneming van een orgaan bij leven.

Art. 5 liep aldus vooruit op de veralgemeende verlaging van de burgerlijke meerderjarigheid tot 18 jaar (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/17). De wetgever is er van uitgegaan dat jongeren vanaf die leeftijd bewust hun toestemming kunnen geven.

526 Art. 6 Orgaantransplantatiewet stelt evenwel strengere voorwaarden t.a.v. de toestemming van een donor die de leeftijd van 21 jaar nog niet heeft bereikt wanneer de wegneming ernstige gevolgen kan hebben voor de donor of wanneer zij betrekking heeft op organen en weefsels die niet regenereren. In dat geval is, naast de toestemming van de donor zelf, de toestemming vereist van de persoon of personen van wie, overeenkomstig de bepalingen van het B.W. de toestemming tot het huwelijk van een minderjarige is vereist.

Tijdens de bespreking in de Kamercommissie is het probleem aan de orde geweest van de consequenties van de verlaging van de leeftijd van de burgerlijke meerderjarigheid tot 18 jaar op die bepaling. Volgens sommigen zou die verlaging en meer bepaald de afschaffing van iedere toestemming voor het huwelijk vanaf 18 jaar voor gevolg hebben dat die bepaling zou vervallen. Vanaf 18 jaar zou de donor dus alleen kunnen toestemmen in deze wegneming (tenzij hij of zij gehuwd is; zie art. 6 §2, 1°). Anderen daarentegen verdedigden de mening dat de keuze van de leeftijd van 21 jaar geen verband hield met de (op dat ogenblik nog geldende) meerderjarigheidsgrens maar wel was ingegeven door de bescherming van jonge donoren tegen beslissingen met onomkeerbare gevolgen. Volgens een commissielid had die bepaling "geen uitstaans met de vraag op welke leeftijd de meerderjarigheid bepaald wordt. De gevolgen van dergelijke handelingen kunnen zo ernstig zijn dat de beperkingen i.v.m. de uitvoering ervan zeer strikt vastgesteld moeten zijn". De staatssecretaris sloot zich aan bij deze laatste houding en voegde daar duidelijk aan toe : "Zelfs als de leeftijd voor de burgerlijke meerderjarigheid verlaagd wordt tot 18 jaar, moet in deze de leeftijd van 21 jaar worden gehandhaafd". De Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie was genuanceerder : "Mochten die bepalingen (i.v.m. de toestemming voor het huwelijk) gewijzigd worden, dan zou wellicht moeten worden nagegaan of de in §2 van art. 6 voorkomende verwijzing naar de artikelen van het B.W. al dan niet moeten worden gehandhaafd" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-1986, nr. 220/9, 28-29). De Wet van 19 januari 1990 heeft evenwel geen verandering gebracht in art. 6 §2, 2° Orgaantransplantatiewet en tijdens de voorbereiding van de Wet van 19 januari 1990 is het probleem, voor zover viel na te gaan, niet besproken. Uit een en ander mag worden afgeleid dat voor de donoren van 18 tot 21 jaar de toestemming vereist blijft van de personen of persoon van wie overeenkomstig de bepalingen van het B.W. de toestemming tot het huwelijk van een minderjarige is vereist in de gevallen voorzien in art. 6. Noch de tekst van art. 6 §2, 2° noch de voorbereidende werken verzetten zich tegen een dergelijke interpretatie.

De Wet van 19 januari 1990 behoudt het vereiste dat beide ouders moeten toestemmen in het huwelijk van hun minderjarige kinderen. De vervangende toestemming van grootouders of familieraad wanneer de ouders resp. grootouders overleden zijn werd afgeschaft (zie SMETS, J., UYTTENDAELE, R. en WYLLEMAN, A., "Burgerlijke meerderjarigheid op achttien jaar (eerste deel)", *R.W.*, 1989-90, 1392). Vóór de Wet van 19 januari 1990 dienden, bij overlijden van beide ouders, de grootouders de toestemming te geven voor de wegneming van een orgaan (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 7). Voortaan kan een minderjarige die geen ouders meer heeft, zelf en zelfstandig een huwelijk aangaan. Het toestemmingsvereiste vóór het huwelijk is geen exponent meer van het gezag over de minderjarige maar een specifiek recht op inspraak en exclusief voorbehouden aan de ouders (SMETS, J. e.a., *a.w.*, 1392). De toepassing van de bepalingen die de toestemming tot het huwelijk van een minderjarige regelen betekent aldus dat de meerderjarige van 18 tot 21 jaar die geen ouders meer heeft zelfstandig kan toestemmen in de wegneming van een orgaan in de gevallen bedoeld in art. 6 Orgaantransplantatiewet.

Tegen de weigering van toestemming van de ouders is geen verhaal mogelijk (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 7).

§2. Levende minderjarigen

527 Art. 5 Orgaantransplantatiewet sluit de wegneming bij minderjarigen principieel uit. Het is moeilijk te aanvaarden dat wegneming "bij al te jeugdigen" zou gebeuren. Zij dienen te worden beschermd (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 7).

528 Art. 7 laat evenwel de wegneming van een orgaan bij een minderjarige uitzonderlijk toe, nl. wanneer de wegneming normalerwijze geen ernstige gevolgen kan hebben voor de donor of wanneer zij betrekking heeft op organen en weefsels die kunnen regenereren en wanneer het orgaan bestemd is voor een transplantatie bij een broer of zus van de donor.

Dit artikel heeft aanleiding gegeven tot verscheidene vragen.

529 Zo is de vraag gerezen of de wegneming van een niet regenereerbaar orgaan mogelijk is, wanneer dit normalerwijze geen ernstige gevolgen voor de donor heeft. De vraag betreft de betekenis van "of" in art. 7. Heeft de wetgever door het gebruik van "of" twee verschillende hypothesen, willen onderscheiden, nl. deze waarin de wegneming normalerwijze geen ernstige gevolgen kan hebben (zelfs wanneer ze betrekking zou hebben op een niet regenereerbaar orgaan) en deze waarin de wegneming een regenereerbaar orgaan betreft (zelfs al heeft ze ernstige gevolgen).

De voorbereidende werken van de wet wekken de indruk dat het gebruik van "of" op een vergissing berust en dat eigenlijk "en" werd bedoeld. De definitieve tekst van art. 7 resulteert uit een regeringsamendement dat werd ingediend tijdens de bespreking van het wetsontwerp in de Senaatscommissie (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/2, 16). In dat amendement was sprake van "en" ("indien het gaat om regenereerbare organen of weefsels en indien de wegneming voor de donor normalerwijze geen ernstige gevolgen kan hebben"). Dit amendement had duidelijk de bedoeling om wegneming van niet regenereerbare organen, ook al zou dat geen ernstige gevolgen hebben, bij minderjarigen uit te sluiten. Het oorspronkelijk wetsontwerp sloot dat inderdaad niet uit. Daarom kwam de staatssecretaris met het genoemde amendement. Vervolgens diende een commissielid een amendement in om het regeringsamendement te vervangen door een andere formulering. Dat amendement is wet geworden. Volgens de indiener werd er niets veranderd aan de inhoud van het regeringsamendement, maar enkel aan de terminologie en zinsbouw. Toch was er een wijziging met belangrijke gevolgen : "en" was "of" geworden. Niemand heeft blijkbaar deze wijziging opgemerkt. Men mag aannemen dat het de bedoeling was een cumulatieve voorwaarde op te leggen ("en") en niet twee hypothesen te onderscheiden ("of"). Ook in de bevoegde Kamercommissie is over de preciese draagwijdte van art. 7 gediscussieerd. Een kamerlid ging ervan uit dat dit artikel twee onderscheiden hypothesen op het oog had omwille van het gebruik "of". Op de opmerking van de staatssecretaris dat "een nier niet genereert en dat art. 7 bijgevolg de mogelijkheid uitsluit om een nier weg te nemen bij iemand die de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt", antwoordde dit kamerlid : "eerst en vooral dat het niet zo zeker is dat art. 7 de wegneming van een nier uitsluit. Het woord "of" betekent immers dat, wanneer de geneesheer vaststelt dat de wegneming van een nier geen ernstige gevolgen zal hebben, de eerste voorwaarde is vervuld en hij de operatie kan uitvoeren". De voorzitter van de bevoegde Kamercommissie, die arts en jurist is, bevestigde daarop dat de wegneming van een nier vóór de leeftijd van 30 jaar geen gevolgen heeft voor de donor. De staatssecretaris was het evenwel niet eens met de interpretatie gegeven door het kamerlid : "De staatssecretaris merkt op dat een nier niet regenereert en dat de operatie bijgevolg krachtens art. 7 is uitgesloten. Juist daar speelt

het woordje "of" zijn rol als totale bescherming van de donor. De wegneming van een nier is bijgevolg volstrekt verboden bij iemand die jonger is dan 18 jaar". Waarop een ander kamerlid repliceerde : "beide voorwaarden moeten door het voegwoord "en" worden samengevoegd indien men het door de staatssecretaris beoogde doel wil bereiken" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 220/9, 31-32).

530 Men kan betreuren dat de voorbereidende werken geen ondubbelzinnig antwoord geven op de gestelde vraag. Toch menen wij over voldoende elementen te beschikken om de mening te verdedigen dat het wegnemen van een niet regenereerbaar orgaan, bv. een nier, ook al heeft dat op zichzelf en op dat ogenblik, geen ernstige gevolgen - dat alleen reeds is voor discussie vatbaar - niet bedoeld wordt in art. 7 Orgaantransplantatiewet.

Vooreerst blijkt uit de voorbereidende werken de bedoeling van de wetgever om de wegneming van organen bij minderjarigen te beperken tot organen en weefsels die regenereerbaar zijn en dit op voorwaarde dat de wegneming normalerwijze geen ernstige gevolgen kan hebben voor de donor. Door een toevalligheid en blijkbaar niet gewild wijkt de tekst van art. 7 af van deze bedoeling. Voorts is er de samenhang tussen de art. 5, 6 en 7. Art. 5 formuleert de basisregel voor de wegneming van organen bij levenden, nl. niet bij minderjarigen. Art. 6 verscherpt deze regel door de wegneming bij meerderjarige levenden in sommige gevallen aan striktere voorwaarden te binden terwijl art. 7 de in art. 5 geformuleerde regel enigszins versoepelt. Art. 6 stelt strenge voorwaarden aan de wegneming van organen bij een levende donor wanneer die wegneming betrekking heeft op niet regenereerbare organen. Zo is vereist dat de receptor in levensgevaar verkeert. Wanneer art. 7 de wegneming van een niet regenereerbaar orgaan zou toelaten dan zou dit betekenen dat de wegneming van zo'n orgaan bij een meerderjarige aan strengere voorwaarden is onderworpen dan wanneer de wegneming wordt verricht bij een minderjarige. Dat kan niet de bedoeling zijn geweest van de wetgever.

Ten slotte : art. 7 versoepelt de regel dat bij levende minderjarigen geen wegnemingen dienen te gebeuren. Gelet op de bedoeling van die regel, nl. de bescherming van de fysieke integriteit van jeugdigen, dringt een enge interpretatie van de uitzondering zich op.

531 Een andere vraag die rees naar aanleiding van de interpretatie van art. 7 Orgaantransplantatiewet is of de wegneming bij een levende minderjarige donor die nog geen 15 jaar is, mogelijk is. Zo ja, wie toestemming dient te geven voor deze wegneming.

532 De mogelijkheid van een wegneming bij een minder dan 15-jarige volgt uit art. 7 §1, *in fine*. Er is sprake van "personen die de leeftijd van 18 jaar niet bereikt hebben", zonder dat een minimumleeftijd wordt vermeld.

533 Dient deze minderjarige van minder dan 15 jaar zelf toe te stemmen? Volstaat de toestemming van de ouders alleen? Kunnen ouders wel toestemmen?

Art. 7, §2, 1° eist de voorafgaande toestemming van de donor indien deze de leeftijd van 15 jaar heeft bereikt. Daaruit wordt afgeleid dat uitsluitend de ouders beslissen over de wegneming van organen of weefsels bij hun kind van minder dan 15 jaar oud (VANSWEEVELT, T., "Persoonlijkheidsrechten van minderjarigen en grenzen van het ouderlijk gezag : de toestemming van de minderjarige in een medische behandeling", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, 291, noot 59).

De voorbereidende werken bevatten weinig elementen die hier kunnen helpen. In de Kamercommissie werd kritiek geuit op de bepaling dat (pas) vanaf 15 jaar toestemming moet worden gevraagd aan de minderjarige "aangezien het ondenkbaar lijkt dat men geen rekening zou houden met de mening van een jonger kind bij wie men organen of weefsels zal wegnemen". Op dezelfde plaats verantwoordde de staatssecretaris de leeftijd van 15 jaar als volgt : "de keuze van de minimumleeftijd van 15 jaar gaat uit van de leeftijd waarop het kind inzake adoptie zijn toestemming dient te betuigen" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 220/9, 31). Het oorspronkelijke wetsontwerp kende aan iedere minderjarige, ongeacht zijn leeftijd, een toestemmingsrecht toe. De wegneming bij een levende donor van minder dan 18 jaar was mogelijk voor zover "die aanvaardt".

In de toelichting bij dit ontwerp werd gesteld dat er geen minimumleeftijd werd bepaald voor dergelijke donoren, maar "de vrije toestemming veronderstelt een zeker begrip bij de donor om te beseffen waarover het gaat". Door steeds de toestemming van de donor zelf te eisen, zou het niet snel voorkomen dat een wegneming bij een minder dan 15-jarige zou worden verricht (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1980-81, nr. 774/1, 7).

534 Strikt genomen volstaat de toestemming van de ouders voor de wegneming van een orgaan of weefsel bij een minder dan 15-jarige. Toch dient men zich bij de toepassing van art. 7, §2 rekenschap te geven van de volgende elementen.

535 De wet eist slechts de toestemming van de ouders, maar verbiedt geenszins dat de arts inlichtingen inwint omtrent de mening van de minder dan 15-jarige en met diens mening rekening houdt. Integendeel, art. 9 Orgaantransplantatiewet verplicht de arts die tot een wegneming wil overgaan de donor "duidelijk en volledig in te lichten over de lichamelijke, psychische, familiale en sociale gevolgen van de wegneming". Hierop bestaat geen enkele uitzondering. Bovendien geldt die verplichting in voorkomend geval ook t.a.v. de personen van wie de toestemming vereist is. Uit een en ander volgt dat de arts ook de minderjarige donor die niet zelf kan toestemmen in de wegneming, dient voor te lichten. Een wegneming boven het hoofd van een minder dan 15-jarige is dus uitgesloten.

Voorts zal de arts er goed aan doen rekening te houden met de richtlijnen ter zake van de nationale raad van de orde der geneesheren. "Los van de wettelijke bepalingen blijft voor de geneesheer de deontologische regel gelden dat voor elke ingreep de toestemming van de minderjarige patiënt vereist is vanaf het ogenblik dat deze over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt om

een gewichtige beslissing te nemen. Het is duidelijk dat de geestelijke rijpheid van elke donor geval per geval moet worden geëvalueerd en dat hiervoor geen meer preciese richtlijn kan worden gegeven" (Advies d.d. 11 april 1987, *T. Orde Gen.*, 1987 afl. 37, 15; *vgl.* art. 53 Code van geneeskundige plichtenleer). Deze opvatting sluit ook het meest aan bij de opvattingen hierover in de rechtsleer (zie MATTHIJS, J., Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet", *R.W.*, 1971-72, 176 en 177 die de mening van DIERKENS onderschrijft. Men hoeft zich niet blind te staren op onze klassieke begrippen en opvattingen van de rechtsonbekwaamheid en van de vertegenwoordiging van de persoon tot zijn meerderjarigheid. De minderjarige zelf moet kunnen weigeren of toestemmen, telkens dit mogelijk is d.w.z. telkens hij een leeftijd heeft bereikt waarop een normaal fysiek en psychisch begaafde en ontwikkelde jongen of meisje doorgaans een voldoende rijpheid heeft verworven om met onderscheidingsvermogen en doorzicht te beslissen.

536 Wanneer blijkt dat de wet de wegneming van een orgaan bij een minder dan 15-jarige levende donor mogelijk maakt zonder dat hij daarin formeel dient toe te stemmen dan wordt het antwoord op de eerst behandelde vraag, nl. de wegneming van een niet regenereerbaar orgaan, nog meer prangend (zie boven, nr. 529 e.v.). Nogmaals mag hier de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever in herinnering worden gebracht. Hoe dan ook verdient het aanbeveling in de mate van het mogelijke de wegneming van een orgaan uit te stellen tot de leeftijd van 15 jaar werd bereikt.

§3. Overleden minderjarigen

537 Krachtens art. 10, §1 Orgaantransplantatiewet mogen geen organen en weefsels worden weggenomen bij een overleden persoon indien vaststaat dat tegen een dergelijke wegneming verzet is geuit. Een meerderjarige kan dit verzet alleen uitdrukken.

Voor de minderjarigen maakt de wet een onderscheid. Is hij in staat zijn wil te doen kennen dan kan ofwel hijzelf het verzet uitdrukken ofwel zijn nabestaanden die met hem samenleven. Is de minderjarige niet in staat zijn wil te doen kennen dan kunnen enkel de laatsten zich verzetten (art. 10, §2 Orgaantransplantatiewet). De wet bepaalt dus geen minimumleeftijd waarboven de minderjarige donor zelf zich uitdrukkelijk kan (en moet) verzetten tegen de wegneming (zie SENAEVE, P., "Rechtspositie minderjarigen bij orgaantransplantatie", *F.J.R.*, 1988, 183).

De toelichting bij het wetsontwerp is op dit punt duidelijk. "Er wordt voor de overledenen geen minimumleeftijd bepaald om dit verzet uit te drukken. Vermits het hier gaat om een zaak die gemakkelijk door eenieder kan worden begrepen, volstaat het dat zulk verzet ondubbelzinnig wordt geuit" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 10; zie ook art. 1 K.B. 30 oktober 1986 tot regeling van de wijze waarop de donor of de personen bedoeld in art. 10, §2 hun wil te kennen geven, *B.S.*, 14 februari 1987; uit art. 4 van ditzelfde besluit volgt dat er evenmin een minimumleeftijd bestaat voor het geven van toestemming tot wegneming na overlijden).

538 Zolang iemand niet meerderjarig is, kunnen zijn ouders en eventueel andere nabestaanden namens de minderjarige zich verzetten tegen de wegneming na overlijden, ook al kan de betrokken minderjarige zelf met oordeel des onderscheids handelen (SENAEVE, P., *a.w.*, 183).

De wet heeft het recht zich te verzetten formeel niet gelegd bij de ouders van een minderjarige maar bij de nabestaanden die met hem samenleven (zie hieromtrent de discussie tussen SENAEVE, P., *a.w.*, en AKVELD, J.E.M. en HERMANS, H.E.G.M., "Rechtspositie minderjarigen bij orgaantransplantatie", *F.J.R.*, 1988, 126).

539 Is de minderjarige in staat zijn wil te doen kennen, dan kan hij zich eveneens verzetten.

AFDELING IV

LEEFTIJD EN OORDEEL DES ONDERSCHEIDS

540 Voor zover er bijzondere wettelijke bepalingen bestaan waarin de tussenkomst van een arts t.a.v. minderjarigen wordt geregeld valt het op dat de wetgever in het algemeen kiest voor het bepalen van een welbepaalde leeftijdsgrens waarboven een minderjarige toestemming kan verlenen in een medische tussenkomst. Meestal is ook nog de toestemming van de ouders of wettelijke vertegenwoordigers vereist. Slechts in één geval wordt de toestemmingsbekwaamheid niet aan een welbepaalde leeftijd verbonden maar aan de mogelijkheid zijn wil te doen kennen. Met andere woorden : het oordeel des onderscheids is dan doorslaggevend (zie boven, nr. 537).

In de medische deontologie wordt daarentegen veel minder belang gehecht aan een bepaalde leeftijdsgrens. In een advies dat de Nationale Raad van de orde der geneesheren hieromtrent uitbracht, wordt een onderscheid gemaakt naargelang de minderjarige al dan niet "tot de jaren van verstand is gekomen" (*T. Orde Gen.*, 1977-78, afl. 26, 50; DE THIBAULT DE BOESINGHE, L., "Enkele aspecten van medische deontologie bij het kind" in VERHELLEN, E., e.a. (ed), *Rechten van kinderen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1989, 341-343; zie ook BACQUELAINE, J., "De rechten van het kind. De geneesheer en het kind", *T.Orde Gen.*, 1990, afl. 47, 35-41). Wanneer de minderjarige niet tot de jaren van verstand is gekomen mag de arts in principe slechts handelen met de toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordigers behoudens hoogdringendheid, wanneer de toestemming niet kan worden gevraagd of zgn. overmacht, wanneer de arts meent dat het kind door zijn ouders wordt mishandeld waardoor het hem moreel onmogelijk is toestemming te vragen.

Het tot de jaren van verstand gekomen zijn wordt niet uitgedrukt in leeftijd. "De verstandelijkheid op het vlak van de gezondheid ligt ongetwijfeld veel hoger (dan 7 jaar) en zal variëren naargelang de aard van de medische tussenkomst." "Rekening houdende met alle nuttige omstandigheden, zoals de persoonlijkheid van het kind, de aard van de medische prestatie, de familiale en sociale situatie" komt het toe aan de arts te oordelen over de verstandelijke ontwikkeling van de minderjarige (*T.Orde Gen.*, 1977-78, afl. 26, 54). De minderjarige die tot de jaren van verstand is gekomen heeft het recht een arts te raadplegen en de eerbiediging van het geheim te eisen. "Daaruit volgt dat de arts het recht heeft hem te verzorgen en de in zijn situatie vereiste medische handelingen mag stellen."

HOOFDSTUK II

RECHTSLEER EN MEDISCH HANDELEN BIJ MINDERJARIGEN

AFDELING I

PRINCIPIELE ONBEKWAAMHEID EN RELATIEVE BEKWAAMHEID

541 Principieel zijn minderjarige patiënten handelingsonbekwaam. Onder meer kunnen zij geen overeenkomsten aangaan (art. 1124 B.W.), dus ook niet met een arts of ziekenhuis. Evenmin kunnen zij geldig toestemming verlenen voor een medisch onderzoek of een medische behandeling.

Bij de bespreking van art. 331*octies* B.W. in het Parlement werd deze opvatting van regeringszijde vertolkt. Dit artikel bepaalt dat de rechtbanken, zelfs ambtshalve, een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methoden kunnen gelasten in het kader van een onderzoek naar het vaderschap. De personen die overeenkomstig het gemene recht het ouderlijk gezag uitoefenen dienen te beslissen of minderjarigen aan dergelijke onderzoeken mogen worden onderworpen, aldus de toelichting bij dit artikel (zie hierover VANDENBERGHE, A. e.a., "De genetische vingerafdruk en zijn betekenis in het nieuwe afstammingsrecht", *R.W.*, 1986-87, 2566).

542 Tegenover deze principiële handelingsonbekwaamheid van de minderjarige stelt de recente rechtsleer de relatieve bekwaamheid van de zgn. mondige minderjarigen.

Voor de relativering van de principiële handelingsonbekwaamheid van een minderjarige worden meerdere redenen ingeroepen. Uit de wetsgeschiedenis van art. 1124 B.W. blijkt dat het steeds de bedoeling is geweest de minderjarige wel bekwaam te achten om overeenkomsten te sluiten (zie VANSWEEVELT, T., *a.w.*, nr. 3). Voorts blijkt uit de dagelijkse praktijk dat minderjarigen wel bekwaam worden geacht voor de zgn. rechtshandelingen uit het dagelijkse leven. En ten slotte bestaan er, naast de bijzondere wettelijke bepalingen die hiervoor ter sprake kwamen en die met de uitoefening van de geneeskunde verband houden, nog vele andere bepalingen die aan minderjarigen de bekwaamheid verlenen om zelf en zelfstandig rechtshandelingen te stellen (zie hieromtrent VANSWEEVELT, T., *a.w.*, nr. 5).

543 Om de relatieve handelingsbekwaamheid van sommige minderjarigen aan te duiden hanteert de rechtsleer uiteenlopende termen, zoals minderjarigen zonder en met onderscheidingsvermogen; zonder en met "oordeel des onderscheids", die niet of wel "de jaren van verstand" hebben bereikt; onmondige kinderen tegenover mondige minderjarigen; het "jonge kind" tegenover de "adolescent".
Dit is een benadering die overeenstemt met het advies van de Nationale Raad van de orde der geneesheren (zie boven, nr. 540).

Maar afwijkend hiervan, stellen meerdere auteurs ook nog een leeftijdsgrens tussen de beide categorieën minderjarigen. 15 à 16 jaar lijkt vrij algemeen te worden beschouwd als het keerpunt voor de handelingsonbekwaamheid naar

de relatieve bekwaamheid (zie GULDIX, E., *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privéleven in hun onderling verband*, Brussel, V.U.B., Ac. proefschrift, 1986, nr. 745. In nr. 746 licht deze auteur de beide emancipatiestelsels, nl. leeftijd en geestesrijpheid, toe; HEYVAERT, A., *a.w.*, 2566; VANSWEEVELT, T., *a.w.*, nr. 15).

AFDELING II

TOESTEMMING VOOR MEDISCH OPTREDEN JEGENS MINDERJARIGEN

544 Bovenstaande opvattingen toegepast op de medische tussenkomst tegenover minderjarigen geeft het volgende. Wat onmondige minderjarigen betreft brengt hun handelingsonbekwaamheid met zich dat de toestemming van de ouders vereist is voor een medische ingreep. Zij kunnen namelijk zelf niet instemmen in een medische behandeling en de inbreuk op de fysieke integriteit die daarmee dikwijls gepaard gaat. Medisch handelen zonder de toestemming van de ouders kan, buiten het geval van groot gevaar, de aansprakelijkheid van de arts in het gedrang brengen (VANSWEEVELT, T., *a.w.*, nr. 11). Overigens volstaat de toestemming van één ouder (*a.w.*, nr. 12; zie hieromtrent ook DE THIBAULT DE BOESINGHE, L., *a.w.*, 334 e.v. voor het geval de ouders gescheiden wonen en *T. Orde Gen.*, 1988, afl. 41, 12 waarin het rapport van een werkgroep wordt gepubliceerd over de deontologische verplichtingen van artsen m.b.t. kinderen van niet meer samenwonende ouders).

Voor de weigering van de toestemming door de ouders, zie verder, nr. 550.

545 Wat mondige minderjarigen betreft is de vraag of hun relatieve bekwaamheid ook betekent dat zij het persoonlijkheidsrecht op eerbiediging van de fysieke integriteit zelfstandig kunnen uitoefenen door toestemming voor een medische ingreep te geven of te weigeren. Dan wel of, naast de toestemming van de minderjarige, ook het akkoord van de ouders is vereist.

Theoretisch kan nog een derde opvatting worden verdedigd, nl. dat in een dergelijk geval de toestemming van de ouders volstaat aangezien zij de vertegenwoordigers zijn van hun minderjarig, niet ontvoogd kind. Deze opvatting treft men minder en minder aan (VANSWEEVELT, T., *a.w.*, nr. 13).

546 De voorkeur van de meeste auteurs lijkt uit te gaan naar de zelfstandige uitoefening van het recht op fysieke integriteit door een mondige meerderjarige.

Zo is RIMANQUE van oordeel dat "de adolescent zelfstandig een geneesheer (mag) raadplegen". Daarmee zal niemand moeite hebben. Of dat ook geldt voor een diagnostische of therapeutische interventie die gepaard gaat met een inbreuk op de fysieke integriteit, is niet duidelijk (RIMAN-

QUE, K., *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige; publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen*, Brussel, Bruylant, 1980, nr. 159).

GULDIX opteert voor de zelfstandige uitoefening van het persoonlijkheidsrecht, inclusief de vermogensrechtelijke aspecten daarvan, nl. de betaling van de arts (GULDIX, E., *a.w.*, 744). Genuanceerder is de opvatting van VANSWEEVELT. Zijn uitgangspunt is dat "de gewone bekwaamheidsregels" moeten worden toegepast. In principe moet een minderjarige niet aan een verschillend (bekwaamheids-)regime worden onderworpen, naargelang hij b.v. een koop-, een huur- of een medisch contract sluit. Net zoals voor vermogensrechtelijke handelingen, nl. voor beheersdaden, kan worden verdedigd dat de mondige minderjarige rechtsgeldig een medische overeenkomst kan sluiten. Maar niet iedere overeenkomst die wordt gesloten tussen een minderjarige en een arts is geldig. "Er dient een evenwicht te bestaan tussen de gevaren en risico's verbonden aan de medische behandeling enerzijds en de intellectuele en fysieke rijpheid van de minderjarige anderzijds" (VANSWEEVELT, T., *a.w.*, nr. 13). Dit wordt het "extrinsieke of functionele benadelingscriterium" genoemd. Zodra het evenwicht tussen gevaren en risico's enerzijds en de rijpheid van de minderjarige anderzijds dreigt door te slaan t.o. de zwaarte van de gevaren en risico's kan niet worden aangenomen dat de minderjarige alleen bekwaam is om in te stemmen in de ingreep. Hetzelfde geldt trouwens wanneer er een onevenwicht dreigt tussen de vermogenstoestand van de minderjarige en het honorarium dat gewoonlijk voor de ingreep wordt gevraagd (wanneer het honorarium daarentegen overdreven hoog zou zijn vergeleken met de te leveren prestatie dan is sprake van intrinsieke benadeling). VANSWEEVELT voegt er nog aan toe dat deze extrinsieke of functionele benadeling niet te eng mag worden opgevat. Zij is ingesteld ter bescherming van de minderjarige en moet in die zin worden begrepen. Wordt ondanks het extrinsieke onevenwicht toch een overeenkomst aangegaan tussen arts en minderjarige, dan kan de minderjarige de nietigverklaring ervan vorderen wegens benadeling. Wil de arts een dergelijke situatie vermijden dan zal hij, behalve de instemming van de minderjarige, ook de toestemming van de ouders moeten bekomen.

547 In de opvatting van VANSWEEVELT is het behoren tot de categorie van de mondige minderjarigen op zichzelf niet doorslaggevend om zelfstandig te kunnen beslissen over een medische ingreep. Behalve de leeftijd (15 à 16 jaar) moet de arts nog twee andere elementen in rekening brengen, nl. de mate van inzicht van de minderjarige en de zwaarte en het riskant karakter van de ingreep.

Dit laatste element kan door een arts vrij gemakkelijk worden beoordeeld.

Dat is niet zo voor de mate van inzicht van de minderjarige. Niettemin eist VANSWEEVELT dat de arts "steeds in concreto nagaat of de minderjarige zowel intellectueel als emotioneel voldoende rijp is om in de voorgenomen ingreep te kunnen instemmen". Rekening houdend met wat hierboven werd gezegd i.v.m. de extrinsieke benadeling wegens onevenwicht tussen de financiële positie van de minderjarige en het normale honorarium voor de ingreep, doet de arts er bovendien goed aan zich ook daaromtrent te laten inlichten.

Gelet op de zwakke financiële positie van de meeste minderjarigen (zij zijn allen nog leerplichtig) zal een arts in het door VANSWEEVELT voorgestane stelsel in de regel veeleer de neiging hebben zowel de toestemming van de minderjarige als deze van de ouders te vragen. Slechts uitzonderlijk zal hij vrede kunnen nemen met de toestemming van de minderjarige alleen. Aldus beschouwd komt de opvatting van VANSWEEVELT neer op een gezamenlijke uitoefening van het recht op fysieke integriteit door de minderjarige en, doorgaans, zijn ouders of één van hen.

548 Een belangrijk element dat gemakkelijk over het hoofd wordt gezien wanneer het gaat over de medische behandeling van minderjarigen betreft het beroepsgeheim. De zwijgplicht van de arts geldt ook jegens de ouders van de minderjarige die hem raadpleegde (zie het advies van de Nationale Raad van de orde der geneesheren, *T. Orde Gen.*, 1977-78, afl. 26, 50; DE THIBAULT

DE BOESINGHE, L., *a.w.*, 341). Wanneer een arts van oordeel is dat de ingreep die hij geïndiceerd acht bij een minderjarige hetzij diens inzicht overstijgt, hetzij te zwaar of te riskant is, hetzij een honorarium waard is dat de minderjarige financieel niet kan dragen, mag dan die zwijgplicht zonder meer worden doorbroken teneinde de toestemming van de ouders te vragen? Het ligt voor de hand dat een arts in een dergelijke situatie zal trachten de minderjarige te overreden zelf zijn ouders in te lichten en desgevallend bij de besluitvorming te betrekken. Als dat niet lukt, dan zal naar andere oplossingen moeten worden uitgekeken om onder eerbiediging van het beroepsgeheim, tegemoet te komen aan de medische behoeften van de minderjarige. Zo kan worden gedacht aan alternatieven voor de ingreep die minder riskant zijn of minder duur. In sommige gevallen zal uitstel mogelijk zijn tot de meerderjarigheid is bereikt. Van de drie elementen die de zelfstandige besluitvorming door een minderjarige beïnvloeden, nl. zijn inzicht, de risico's van de ingreep en de kost van de ingreep is slechts het laatste van die aard dat de arts er een directe greep op heeft. Mag men van een arts verwachten dat hij vrede neemt met geen of een sterk verminderd honorarium om op die manier zijn zwijgplicht jegens de ouders van de minderjarige toch te eerbiedigen? Een vergelijking met een conflict tussen de zwijgplicht en het optreden in rechte van een arts om zijn honorarium te vorderen dringt zich op (zie boven, nr. 977). Het is klaar dat een dergelijke oplossing eenmalig bruikbaar is maar niet op een structurele wijze tegemoet komt aan het probleem dat zich hier stelt. Zolang het streven naar grote zelfstandigheid van minderjarigen wat hun persoonlijkheidsrechten betreft niet tevens leidt tot grotere onafhankelijkheid op financieel vlak, zal een arts, nadat hij minder vergaande alternatieven heeft beproefd, zijn zwijgplicht jegens de ouders van een minderjarige patiënt in uitzonderlijke gevallen kunnen doorbreken.

549 Een ander gegeven waarmee rekening dient te worden gehouden betreft de afwezigheid van een aanwijsbaar medisch nut van de ingreep voor de minderjarige. Men denke hierbij aan sterilisatie, geslachtsveranderende ingrepen, zwangerschapsafbreking en de wegneming van organen. Hier kan zeker als regel worden vooropgesteld dat in de mate van het mogelijke de ingreep dient te worden uitgesteld tot de meerderjarigheid is bereikt. Bij geslachtsveranderende ingrepen kan dit zonder meer. Ook voor sterilisaties bij mondige minderjarigen (anders is het wanneer het gaat om mentaal gehandicapten; zie boven, nr. 361). Voor de wegneming van een orgaan kan zo'n uitstel problematisch zijn. Voor de zwangerschapsafbreking betekent uitstel afstel. De beslissing daaromtrent moet redelijk snel worden genomen. Het door de Orgaantransplantatiewet gehanteerde stelsel van samenwerking tussen de meer dan 15-jarige minderjarige en zijn ouders (beide moeten toestemmen) is ook hier als regel bruikbaar. Toch moet ermee rekening worden gehouden dat de wetgever uitdrukkelijk een dergelijk stelsel niet heeft willen opleggen in geval van zwangerschapsafbreking (zie boven, nr. 462). Tenzij men hieruit zou willen afleiden dat de principiële handelingsonbekwaamheid van de minderjarige

geldt, hetgeen in strijd lijkt met de bedoeling van de wetgever, kan het besluit niet anders zijn dan dat de mondige minderjarige hieromtrent zelf en zelfstandig een beslissing neemt.

AFDELING III

WEIGERING VAN MEDISCH HANDELEN

§1. Ouders of wettelijke vertegenwoordiger weigeren een ingreep

550 Wanneer de ouders hun toestemming weigeren voor een medische ingreep waardoor het leven of de gezondheid van hun minderjarig kind gevaar loopt, kan een jeugdbeschermingsmaatregel worden overwogen. Zo'n maatregel is een *ultimum remedium*. Ook hier geldt dat de arts, door informatie, overreding en zo mogelijk het aanbieden van alternatieven zal trachten de medewerking van de ouders te bekomen.

In een advies dat de Nationale Raad hieromtrent uitbracht n.a.v. de weigering van een bloedtransfusie bij hun kind door ouders die getuigen van Jehovah zijn, wordt een onderscheid gemaakt tussen spoedeisende en niet spoedeisende ingrepen (*T. Orde Gen.*, 1983-1984, afl. 32, 24). Wanneer de ouders zich verzetten tegen een door de arts onontbeerlijk geachte ingreep, zoals een bloedtransfusie, moet de arts, voor zover de ouders werden ingelicht over de gevaren van niet-ingrijpen, tot de ingreep overgaan in een spoedgeval. Deze verplichting van de arts vindt juridische steun in art. 422*bis* Sw. (hulpverlening aan een persoon in groot gevaar). In een dergelijk geval is een beroep op de jeugdrechtbank, zoals door VANSWEEVELT, *a.w.*, nr. 24 wordt voorgestaan, overbodig en niet haalbaar. Zouden de ouders de arts verhinderen zijn ingreep uit te voeren dan lijkt een beroep op de sterke arm gebaseerd op schending van art. 422*bis* Sw. en van art. 10 Wet Uitoefening Geneeskunst (verhindering van een arts zijn beroep uit te oefenen door feitelijkheden of door geweld - zie sancties in art. 38, §1, 4°) een meer passende oplossing. Gaat het om een niet spoedeisend geval en verzetten de ouders zich tegen de medische ingreep dan "moet de arts zich wenden tot de rechterlijke overheid" volgens het vermelde advies. Het is niet duidelijk waarop deze verplichting juridisch steunt. De behandelende arts heeft ook tegenover de gerechtelijke overheden een zwijgplicht. Uit het conflict van plichten tussen deze zwijgplicht en de hulpverleningsplicht tegenover de minderjarige zou men, op basis van noodtoestand, een mogelijkheid kunnen afleiden om beroep te doen op de gerechtelijke overheid. De vraag is evenwel of zo'n hulpverleningsplicht wel bestaat wanneer het bij hypothese gaat om een niet spoedeisend geval. De zwijgplicht heeft dan voorrang. Zoals in andere gevallen waar kinderen zich in nood bevinden ligt een beroep op een vertrouwensartsencentrum meer voor de hand.

551 Maatregelen van jeugdbescherming kunnen worden genomen wanneer de ouders door hun weigering de gezondheid van hun kind in gevaar brengen. Zie art. 30 e.v. Jeugdbeschermingswet. De opdracht van de jeugdrechtbank - die optreedt op vordering van het O.M. - is niet beperkt tot het nemen van maatregelen wanneer het leven van de minderjarige in gevaar is (zie boven, nr. 550, in dat geval heeft het beroep op de jeugdrechter weinig zin). Het volstaat dat de fysieke of psychische gezondheid van het kind wordt bedreigd (VANSWEEVELT, T., *a.w.*, nr. 23; RIMANQUE, K., *a.w.*, 360, nr. 142).

Het gevaar voor de gezondheid van het kind is een rekbaar begrip. Voor sommigen is de gezondheid van het kind pas in gevaar wanneer het niet de medische zorgen krijgt die voor zover de medische wetenschap een absolute uitspraak toelaat, de ziekte waaraan het kind lijdt, kunnen genezen (DELVA, J., geciteerd door RIMANQUE, K., *a.w.*, 360, nr. 142). RIMANQUE vindt dat te absoluut. Een medische waarschijnlijkheid en een ernstige verbetering van de gezondheidstoestand volstaan reeds om over een gevaar voor de gezondheid van het kind te kunnen spreken.

Zie voor een bespreking van de criteria waardoor de jeugdrechtbank zich zal laten leiden bij het afwegen van de te nemen maatregel, VANSWEEVELT, T., *a.w.*, nr. 25-30.

§2. Minderjarige weigert een ingreep

552 Wanneer een mondige minderjarige een voor hem levensbelangrijke ingreep weigert, b.v. een bloedtransfusie, dan dient de behandelende arts volgens de Nationale Raad van de orde der geneesheren deze weigering te eerbiedigen (zie *T.Orde Gen.*, 1983-84, afl. 32, 24).

Volgens de Nationale Raad staat het in rechtsleer en medische deontologie vast dat de arts de vrije en bewuste wilsuiting van een volwassene, en daarmee wordt de mondige minderjarige gelijk gesteld, dient te respecteren zelfs wanneer dit tot de dood van de patiënt zou leiden. Wel wordt de arts aangeraden een verklaring te laten ondertekenen door de patiënt stellend dat hij de transfusie weigert na alle noodzakelijke informatie te hebben ontvangen.

553 In de rechtsleer wordt deze opvatting niet zonder meer gevolgd. Volgens DIJON kunnen de ouders optreden wanneer een mondige minderjarige een levensreddende ingreep weigert. Met de toestemming van de ouders kan de arts dan toch overgaan tot de ingreep (DIJON, X., *Le sujet de droit en son corps*, nr. 642 en 647). Ook VANSWEEVELT, die de opvatting van DIJON niet volgt omdat zij te weinig genuanceerd is, oordeelt dat de ouders op grond van hun plicht tot verzorging en opvoeding niet mogen berusten in het verzet van hun minderjarig kind tegen een noodzakelijke medische handeling. In zgn. absolute noodgevallen zou men een mondige minderjarige tegen zijn wil aan een medische behandeling kunnen onderwerpen (VANSWEEVELT, T., *a.w.*, nr. 33). Een arts die zich zonder meer in alle gevallen laat leiden door het advies van de Nationale Raad loopt het gevaar te worden vervolgd wegens niet verlenen van hulp aan een persoon in groot gevaar (art. 422*bis* Sw.). Deze bepaling legitimeert niet het gebruik van fysiek geweld. Blijft de minderjarige zich verzetten dan biedt een beroep op de jeugdrechtbank, als dat praktisch haalbaar is, de enige oplossing. Met name kan een beroep worden gedaan op art. 36 en 37 Jeugdbeschermingswet.

TITEL VI

ARTS EN PSYCHIATRISCHE PATIENT

HOOFDSTUK I

BESCHERMINGSMAATREGELEN JEGENS EEN GEESTESZIEKE

AFDELING I

GEDWONGEN OPNAME IN EEN PSYCHIATRISCHE DIENST

§1. Wettelijk kader

554 De Wet van 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke, *B.S.*, 27 juli 1990, hierna geciteerd als Wet Persoon Geesteszieke, maakt een onderscheid tussen twee soorten beschermingsmaatregelen, nl. de behandeling in een ziekenhuis (hoofdstuk II van de wet) en de verpleging in een gezin (hoofdstuk III van de wet). In onderhavig hoofdstuk wordt onder de titel "gedwongen opname in een psychiatrische dienst" de eerst vermelde beschermingsmaatregel besproken. Deze titel wordt verkozen boven de wettelijke benaming omdat deze zeer misleidend is omtrent de werkelijke inhoud van die beschermingsmaatregel. Dat zal hieronder nog blijken (zie verder, nr. 558 en 667).

555 Art. 1 Wet Persoon Geesteszieke vestigt het beginsel van de exclusiviteit. Buiten de twee beschermingsmaatregelen waarin deze wet voorziet kunnen de diagnose en de behandeling van psychische stoornissen geen aanleiding geven tot enige vrijheidsbeperking.

Tijdens de bespreking in de bevoegde Senaatscommissie werd dit een beginsel van openbare orde genoemd. Overigens stemt de tekst van de bepaling niet overeen met de interpretatie die daaraan in het verslag van deze bespreking wordt gegeven. Volgens art. 1 kunnen de diagnose en de behandeling van psychische stoornissen geen aanleiding geven tot andere dan in de wet voorziene beschermingsmaatregelen. Dit houdt in dat de diagnose reeds werd gesteld vooraleer zo'n maatregel wordt overwogen. In het verslag van de bespreking in de bevoegde senaatscommissie wordt de beschermingsmaatregel beschouwd als te nemen met het oog op diagnose en behandeling (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 9). Dit maakt een wezenlijk verschil uit in de praktijk. Art. 1 maakt voorts een duidelijk onderscheid tussen de bepalingen van de Wet Persoon Geesteszieke en de internering krachtens de Wet van 1 juli 1964 tot bescherming van de maatschappij tegen abnormalen en gewoontemisdadigers.

556 De eerste beschermingsmaatregel ("behandeling in een ziekenhuis") omvat twee fasen, nl. de opneming ter observatie (afdeling 1 van hoofdstuk II van de wet) en het verder verblijf (afdeling 2 van dat hoofdstuk). Alvorens een aparte bespreking van beide fasen aan te vatten, worden eerst nog de indicaties die aanleiding kunnen geven tot deze beschermingsmaatregel en die gemeenschappelijk zijn voor beide fasen onderzocht.

§2. Indicaties voor gedwongen opname

557 Op grond van art. 2 Wet Persoon Geesteszieke mag een beschermingsmaatregel bij gebrek aan enige andere geschikte behandeling, alleen getroffen worden t.a.v. een geesteszieke indien zijn toestand zulks vereist, hetzij omdat hij zijn gezondheid en zijn veiligheid ernstig in gevaar brengt, hetzij omdat hij een ernstige bedreiging vormt voor andermans leven of integriteit.

In deze bepaling kunnen de volgende elementen worden onderscheiden. Ten eerste, subsidiariteit of ontbreken van enige andere geschikte behandeling. Ten tweede, een beschermingsmaatregel kan slechts worden getroffen t.a.v. een geesteszieke. Ten derde, de toestand van de zieke vereist de maatregel. Ten vierde het gevaarscriterium : de maatregel is vereist omdat de geesteszieke zijn gezondheid en zijn veiligheid ernstig in gevaar brengt. Ten vijfde, voor zover niet voldaan is aan ten vierde : het dreigend gevaarscriterium d.w.z. dat de maatregel vereist is omdat de geesteszieke een ernstige bedreiging vormt voor andermans leven of integriteit. Deze vijf elementen worden hieronder nader besproken.

A. BEGINSEL VAN DE SUBSIDIARITEIT

558 De gedwongen opname in een psychiatrische dienst kan slechts worden doorgevoerd wanneer er geen andere maatregelen of middelen voorhanden zijn om een geesteszieke de behandeling te geven die medisch geïndiceerd is. Het uitgangspunt van de wet is dat de vrijheid de regel is, de vrijheidsberoving de uitzondering die dan ook beperkt moet worden toegepast (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 9). Dit beginsel van subsidiariteit wordt ook in art. 2 uitgedrukt, waar sprake is van "bij gebreke van enige andere geschikte behandeling". Voor de leden van de Senaatscommissie betekende deze uitdrukking dat de beschermingsmaatregelen een "residuair" karakter hebben (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-1989, nr. 733/2, 11).

Hoewel de bedoeling van deze bepaling op zich duidelijk is, is de formulering ervan bepaald ongelukkig. Zij wekt namelijk de indruk dat de gedwongen opname in een psychiatrische dienst slechts mogelijk zou zijn t.a.v. een geesteszieke voor wie geen enkele geschikte behandeling bestaat binnen het therapeutische arsenaal waarover de psychiatrie beschikt. Dit zou er op neerkomen dat de gedwongen opname beperkt blijft tot een verplichte afzondering van de geesteszieke zonder dat daartegenover een recht op behandeling in hoofde van de geesteszieke staat. Aldus zou de wet lijden aan hetzelfde euvel waaraan de vroegere krankzinnigenwet leed en waaraan de nieuwe wet juist wenst te verhelpen. Het belangrijkste oogmerk van de vroegere wet was het beperken van de vrijheid. Behandeling kwam op de laatste plaats (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1968-69, nr. 253, 1 en 4). "Het voorzien in de behandeling van geesteszieken, derde voornemen van de wetgever van 1850, is thans de eerste bekommernis van allen geworden", aldus nog de toelichting bij dit ontwerp van wet. Men dient te betreuren dat een zo belangrijk beginsel op zodanig gebrekkige manier is verwoord. Bedoeld wordt dat de gedwongen opname pas kan worden toegepast als het niet mogelijk is gebleken een opname die zich opdringt op een andere wijze te bewerkstelligen. Door in deze context de behandeling ter sprake te brengen heeft de wetgever er blijk van gegeven onvoldoende onderscheid te kunnen maken tussen de opname enerzijds en de behandeling

anderzijds. Dit is een vaststelling die nog zal worden gemaakt. Hiervoor werd al vermeld dat de titel van hoofdstuk II van de wet ("behandeling in een ziekenhuis") de lading niet dekt. In dat hoofdstuk is van behandeling nauwelijks sprake, wel van gedwongen opname. Op de keper beschouwd kan men stellen dat de gedwongen opname wanneer er geen therapeutische maatregel voorhanden is in strijd is met art. 5 E.V.R.M. In het arrest Ashingdane heeft het Hof Mensenrechten als voorwaarde voor de geoorloofde vrijheidsberoving van een geesteszieke gesteld dat zij moet gericht zijn op een behandeling met het oog op genezing van de patiënt (E.H.R.M., 28 mei 1985, A., vol. 93). De gedwongen opname is geen doel op zich. Deze maatregel ontbeert iedere legitimiteit als er van behandeling van de geesteszieke geen sprake is of kan zijn (zie ook GILLARDIN, J., "La protection de la personne des malades mentaux", *J. Proc.*, 1990, afl. 169, 12-13). Men zou kunnen tegenwerpen dat de gedwongen opname zelf een behandeling is en dat daarom deze formulering werd verkozen. Hoewel het therapeutisch karakter van een opname onder dwang voor sommige patiënten reëel kan zijn, lijkt dit evenmin een juiste interpretatie. Ook zij wekt te zeer de indruk de opname als een doel op zichzelf te beschouwen.

559 Waar de wet het ontbreken van een andere geschikte behandeling vereist, wordt daar onder verstaan het ontbreken van een redelijkerwijze toepasbare behandeling (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1989-90, nr. 733/2, 11).

Het residuair of subsidiair karakter van de beschermingsmaatregel impliceert voorts dat moet worden overgestapt naar een regime waarbij de vrijheidsberoving minder streng is of beëindigd wordt, wanneer de toestand van de zieke dat toelaat (*a.w.*, 86).

B. GEESTESZIEKTE

560 De Wet Persoon Geesteszieke bevat nergens een definitie van geesteszieke of geestesziekte. De wetgever heeft zo'n definitie bewust achterwege gelaten (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1989-90, nr. 733/2, 12).

Wel worden in het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie zgn. aanduidingen gegeven die slechts een exemplatieve betekenis hebben. Niet om het even welke geestesstoornis, die van voorbijgaande aard kan zijn, of een "eenvoudige seniliteit" maken een gedwongen opname mogelijk. De persoon dient te lijden aan "een ernstige geestesziekte". Maar ook gingen er stemmen op om de term "geesteszieke" niet te eng te interpreteren. De verslaggever vatte de mening van de commissieleden als volgt samen. "De leden waren het erover eens dat het bepaalde in art. 2 kan worden toegepast zodra een persoon blijk geeft van een psycho-pathologie die beantwoordt aan de door dat artikel vereiste voorwaarden, hetgeen dus eveneens kan gelden zowel voor posttraumatische toestanden als voor mentaal mindervaliden" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 13). Ervan afgezien dat art. 2 geen voorwaarden bevat i.v.m. een psychopathologie, wordt hier de deur open gezet voor een zeer ruime interpretatie van geesteszieke. Een van de senatoren heeft tijdens de plenaire behandeling van het ontwerp dan ook betreurd dat men "iets te vlug de mentaal gehandicapten, die bij definitie niet ziek zijn, onder dezelfde noemer" heeft willen brengen (*Hand.*, Senaat, 1989-90, 14 februari 1990, 1559).

Krachtens de vroegere wetgeving kwam enkel de persoon die leed aan een geestesstoornis in aanmerking voor gedwongen opname. Dit volgde uit art. 8 M.B. 25 augustus 1885 dat het model van medisch certificaat vaststelde. In dat certificaat diende de arts te bevestigen dat de persoon "aangedaan is van geestesstoornis" (BOVIN, S. e.a., *De psychiatrische patiënt*, 1982, Antwerpen, Van Loghum Slaterus, 110).

Bij de bespreking van het uit 1969 daterende wetsontwerp (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1968-69, nr. 253) in de Senaatscommissie werd de gezondheidstoestand die aanleiding zou kunnen geven tot een gedwongen opname ook nog veel enger opgevat. "Zieken als congenitale zwakzinnigen of seniele geesteszwakken die geen bijzondere verzorging behoeven, maar vooral in een instelling moeten worden opgenomen" zouden niet voor een gedwongen opname in aanmerking kunnen komen (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1974, nr. 292/2, 2). In dit licht is de ruime interpretatie die zonder enige motivering in 1989 is aanvaard, wat bevreemdend.

Hoe ruim "geestesziekte" ook wordt begrepen, een somatische ziekte,inclusief een seksueel overdraagbare ziekte of een besmettelijke ziekte, kan alszodanig niet leiden tot een gedwongen opname (*Hand.*, Senaat, 1989-90, 14 februari 1990, 1555-1556)

561 Tijdens de bespreking van het ontwerp in de Senaatscommissie werd een voorstel om in de wet als criterium voor het bepalen van geestesziek(t)e op te nemen de onbekwaamheid om zelfstandig te oordelen, afgewezen. Dit gebeurde op grond van de ongenuanceerde aanname dat "deze specificatie die inherent is aan de toestand van een geesteszieke" niets zou bijbrengen.

Het gebrek aan nuance zit hier in dat zonder meer wordt aangenomen dat geen enkele geesteszieke nog tot een zelfstandig oordeel over om het even wat in staat zou zijn (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1989-90, nr. 733/2, 12). Zie ook blz. 18 waar de vraag wordt gesteld of aan de instemming gegeven door een geesteszieke wel enige waarde kan worden gehecht. Een lid verzette zich tegen het voorstel omdat het feit dat iemand instemming weigert wel eens als een teken van zelfstandig beoordelingsvermogen zou kunnen worden uitgelegd (i.v.m. de juridische en feitelijke bekwaamheid van onder dwang opgenomen geesteszieken, zie verder, nr. 672-673).

562 Art. 2, tweede lid van de wet bevat een negatieve omschrijving van geestesziekte. De onaangepastheid aan de zedelijke, maatschappelijke, religieuze, politieke of andere waarden mag op zichzelf niet als een geestesziekte worden beschouwd.

Deze bepaling, die afkomstig is uit de Aanbeveling R (83)2 van het Ministercomité van de Raad van Europa betreffende de rechtsbescherming van gedwongen opgenomen geesteszieken, zie hierover OSCHINSKY, S. en DUPONT, M., "Les travaux du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la médecine - Adoption d'une recommandation sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires", *J.T.*, 1983, 457; bevat weliswaar een waardevolle richtingsaanwijzing, maar roept tegelijk ook vragen op. Welke andere waarden worden beoogd? Aan gezondheid wordt tegenwoordig een groot belang of waarde gehecht. Wie dat niet doet kan om die reden niet als geestesziek worden beschouwd. Weigering van behandeling zou alszodanig geen aanleiding kunnen geven tot gedwongen opname. Bevreemdend in een wettekst is de uitdrukking "op zichzelf". Dit kondigt een ongeschreven uitzondering aan in deze zin dat onaangepastheid in combinatie met andere, niet nader genoemde elementen, wel als een geestesziekte zou kunnen worden beschouwd. Dat dreigt art. 2, tweede lid uit te hollen.

C. TOESTAND VAN DE ZIEKE

563 Een eerste vraag die hier kan worden gesteld betreft de betekenis van "toestand". Wordt hier de mentale toestand van de geesteszieke bedoeld of kan ook een fysieke toestand, b.v. verregaande vormen van zelfverwaarlozing, onhygiënisch gedrag enz. worden aangegrepen om de noodzaak (of eventueel slechts het nut, zie verder, nr. 564) van een gedwongen opname te rechtvaardigen.

Het antwoord op deze vraag is niet duidelijk. Uit een tussenkomst tijdens de bespreking in de senaat kan men afleiden dat hier de geestelijke toestand is bedoeld. "La notion de l'état se comprend de la manière suivante : il s'agit de l'état de santé mentale qui, exclusivement, peut justifier la privation" (*Hand.*, Senaat, 14 februari 1990, 1550; zie ook Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 13, waar sprake is van een "erge mentale toestand").

564 Een volgende vraag is hoe "vereist" moet worden uitgelegd. Dient de toestand waarin de geesteszieke verkeert, de gedwongen opname noodzakelijk te maken of volstaat het dat die maatregel nuttig is of zelfs maar kan zijn?

In het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie werd genoteerd dat "de beschermingsmaatregelen mogen worden getroffen indien ze voor de zieke nuttig zijn op het ogenblik dat de maatregelen worden overwogen" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 13). Ook hier werd aldus gekozen voor een ruime interpretatie, hoewel "vereist" op het eerste gezicht de noodzakelijkheid lijkt te impliceren.

D. ERNSTIG GEVAAR VOOR EIGEN GEZONDHEID EN VEILIGHEID

565 Een beschermingsmaatregel kan worden getroffen t.a.v. een geesteszieke, indien zijn toestand zulks vereist, omdat hij zijn gezondheid en zijn veiligheid ernstig in gevaar brengt.

De wet vereist dat zowel de gezondheid als de veiligheid op ernstige wijze in gevaar worden gebracht. Een ernstig gevaar voor de eigen gezondheid volstaat dus niet. Dit werd tijdens de bespreking van het ontwerp wel eens voorgesteld maar niet aanvaard. Dit zou, zo meende men, kunnen leiden tot misbruiken t.a.v. personen die enkel symptomen vertonen eigen aan een hoge leeftijd. De toevoeging van veiligheid wordt als een bijkomende bescherming voorgesteld hoewel werd toegegeven dat "bij geesteszieken (zullen) beide aspecten mekaar van zeer nabij benaderen" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 13-14). Of gezondheid en veiligheid samenvallen, hangt af van de definitie die aan gezondheid wordt gegeven. Wanneer men niet alleen de fysieke en psychische, maar ook de sociale gezondheid daaronder begrijpt, dan kan de voorwaarde dat ook de veiligheid in gevaar dient te zijn, een beperkende werking hebben (van een verkwister zou men kunnen zeggen dat hij zijn "sociale" gezondheid in gevaar brengt, maar niet noodzakelijk zijn veiligheid). Hoe enger gezondheid wordt opgevat, hoe meer het kan samenvallen met veiligheid. Van iemand die zijn fysieke gezondheid in gevaar brengt, zal men inderdaad kunnen aannemen dat hij tevens zijn veiligheid bloot stelt. Het omgekeerde is minder vanzelfsprekend. Wie zijn veiligheid op het spel zet, b.v. bij riskante sportbeoefening, brengt niet noodzakelijk zijn gezondheid in gevaar. Wel integendeel, zou men kunnen beweren. Bij een vroeger ontwerp werd in de toelichting uitdrukkelijk gesteld dat gezondheid in een beperkte zin diende te worden begrepen (BOVIN, S., *a.w.*, 208). Maar tijdens de parlementaire besprekingen die de goedkeuring van de definitieve tekst vooraf gingen, is daarover niets gezegd. Er blijft dus ruimte voor interpretatie.

566 Een moeilijk te beantwoorden vraag betreft de relatie die er moet bestaan tussen de geestesziekte waaraan iemand lijdt, de toestand waarin hij zich bevindt en het ernstig gevaar dat zijn gezondheid en zijn veiligheid loopt. Dient er tussen deze 3 elementen een causaal verband te bestaan in deze zin dat de geestesziekte de patiënt in een toestand brengt waardoor een beschermingsmaatregel zich opdringt of minstens nuttig is omdat deze geestesziekte (of de toestand die daar het gevolg van is) een ernstig gevaar vormt voor de gezondheid en de veiligheid van de betrokkene? Of volstaat een veel losser

verband in deze zin dat deze drie elementen er afzonderlijk moeten zijn zonder dat nochtans een oorzakelijk verband vereist is tussen de geestesziekte en het gevaar?

Naargelang men de eerste of de laatste interpretatie volgt, verengt of verruimt men de toepassingsmogelijkheid van de gedwongen opname. In het eerste geval is gedwongen opname, eenvoudig uitgedrukt, maar mogelijk als de geestesziekte het gevaar veroorzaakt. De weigering een behandeling te ondergaan doorkruist dat oorzakelijk verband en maakt daardoor de gedwongen opname niet mogelijk. In de tweede interpretatie zal de weigering van behandeling juist worden uitgelegd als het gevaar, en als rechtvaardiging voor de gedwongen opname. Ook op dit punt moet men het stellen met een enkele aanduiding in de parlementaire voorbereiding. Tijdens de bespreking in de Senaatscommissie werd gesteld dat "ernstige geesteszieken hun leven in gevaar brengen wanneer ze zonder behandeling worden gelaten; het moet dus mogelijk zijn op te treden" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 13). Dit lijkt er op te wijzen dat het volstaat dat een geesteszieke zijn gezondheid in gevaar brengt, zonder dat moet worden aangetoond dat dit het gevolg is van de geestesziekte. Als deze interpretatie juist is, bevat de wet niet enkel het zgn. gevaarscriterium als reden voor een gedwongen opname, maar ook het zgn. bestwilcriterium. Het gevaarscriterium houdt in dat gedwongen opname maar mogelijk is wanneer de geestesziekte het gevaar schept. Het bestwilcriterium is ruimer : gedwongen opname is mogelijk in het belang van de patiënt zelf wiens gezondheid in gevaar is, ook al is dat niet het gevolg van de geestesziekte (zie hieromtrent LEENEN, *Handboek Gezondheidsrecht*, 259). In het oorspronkelijke wetsontwerp was het bestwilcriterium ("in zijn eigen belang") uitdrukkelijk opgenomen (Ontwerp van wet, Gedr. St., *Senaat*, 1968-69, 253, art. 1, a.). Men heeft de indruk dat die opvatting is blijven doorwerken naar de uiteindelijke wettekst toe (zie daarover ook BOVIN, S., *a.w.*, 208).

E. ERNSTIGE BEDREIGING VOOR ANDERMANS LEVEN OF INTEGRITEIT

567 Indien de zojuist besproken indicatie niet aanwezig is moet de geestesziekte een ernstige bedreiging vormen voor het leven of de integriteit van een ander.

De Nederlandse tekst spreekt over "andermans leven of integriteit". Dat kan de indruk wekken dat ook de ernstige bedreiging voor de integriteit van goederen of dieren in aanmerking mag worden genomen. In de Senaat werd die vraag gesteld en positief beantwoord : "Je pense que la notion d'intégrité peut, en effet, impliquer la protection des biens, selon naturellement la valeur de ceux-ci" (*Hand.*, Senaat, 14 februari 1990, 1556). Maar de Franse tekst spreekt deze interpretatie tegen. Daarin is sprake van "une menace grave pour la vie ou l'intégrité d'autrui".

568 De wetgever heeft bewust integriteit verkozen boven (openbare) veiligheid (van anderen). De veiligheid van anderen zou tot een te ruime toepassing van de wet kunnen leiden. Integriteit wordt een restrictiever begrip genoemd dan veiligheid en openbare orde (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 14).

Deze mening werd niet door iedereen gedeeld. Een amendement om "integriteit" als vaag en subjectief begrip te schrappen, werd verworpen (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1098/2). Daar komt bij dat "integriteit" volgens de minister van justitie ruim mag worden uitgelegd. "Het begrip integriteit is ruimer dan de bescherming van het leven en kan bijvoorbeeld ook verwijzen naar een bedreiging van psychologische aard" (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1098/4, 8).

Op die manier dreigt deze indicatie ruimer te worden dan de vorige (zie boven, nr. 565). Toch lag het in de bedoeling om de gedwongen opname op grond van een indicatie op grond van een

bedreiging van anderen aan strengere regels te onderwerpen dan deze op grond van een indicatie in hoofde van de betrokkene zelf. "T.a.v. de zieke kan aan de begrippen een ruimere interpretatie worden gegeven, terwijl de tekst restrictiever is wanneer de vrijheidsberoving niet kan worden verantwoord door de persoon van de zieke zelf" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 14). Daar komt nog bij dat t.a.v. anderen een ernstige bedreiging volstaat zodat preventief optreden mogelijk is (zie Bovin, S., *a.w.*, 209), terwijl t.a.v. de geesteszieke zelf een ernstig gevaar moet bestaan. Ook in dit opzicht lijkt de tweede indicatie ruimer dan de eerste. Temeer omdat de bedreiging niet moet zijn tot uiting gekomen in materiële gedragingen (*t.a.p.* en *Hand.*, Senaat, 14 februari 1990, 1556). Een bedreiging kan van psychologische aard zijn. Alles bij elkaar kan deze tweede indicatie tot een zeer ruime en moeilijk beheersbare toepassing leiden. Een ernstige bedreiging, zgn. van psychologische aard t.a.v. de psychische integriteit opent de deur voor misbruiken van de gedwongen opname.

569 De ernstige bedreiging moet geen betrekking hebben op het leven of de integriteit van één welbepaalde identificeerbare persoon. Maar anderzijds volstaat de bedreiging t.a.v. een niet nader te omschrijven groep of collectiviteit niet. De wet bedoelt een of meerdere, bepaalde personen (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, nr. 733/2, 15). De wettekst sluit hoe dan ook uit dat een bedreiging tegen de veiligheid van de staat in aanmerking zou komen.

570 Ook bij deze indicatie rijst de vraag naar de samenhang tussen de belangrijkste elementen in art. 2, eerste lid, nl. een geesteszieke, zijn toestand die een beschermingsmaatregel vereist en de ernstige bedreiging voor het leven of de integriteit van een ander. Ook hier is niet duidelijk of de relatie tussen geestesziekte en ernstige bedreiging van causale aard dient te zijn (zie boven, nr. 566).

§3. Opneming ter observatie

571 De Wet Persoon Geesteszieke onderscheidt de behandeling in een ziekenhuis in twee fasen, nl. de opneming ter observatie enerzijds en het verder verblijf anderzijds. Iedere fase is onderworpen aan een eigen procedure, hoewel deze in beide gevallen veel gemeenschappelijke kenmerken vertoont.

A. PROCEDURE LEIDEND TOT OPNEMING TER OBSERVATIE

572 De opneming ter observatie in een psychiatrische dienst kan worden gelast bij rechterlijke beslissing (art. 4). Daarbij dienen regels in acht te worden genomen die verschillen naargelang de opneming ter observatie al dan niet spoedeisend is.

1. Algemene bepalingen (niet spoedeisende opneming)

a) Verzoekschrift

573 De opneming ter observatie in een psychiatrische dienst kan, behoudens in een spoedeisend geval (zie verder, nr. 610) enkel op verzoek van een belanghebbende worden bevolen.

De vroegere Krankzinnigenwet daarentegen maakte een onderscheid tussen de plaatsing (meestal collocatie genoemd) in een krankzinnigengesticht op verzoek van private personen of van de plaatselijke overheid (art. 7, eerste, tweede en vijfde lid Krankzinnigenwet) en krachtens een besluit tot plaatsing genomen door de bevoegde plaatselijke overheid of van de bestendige deputatie (art. 7, derde en zesde lid). Omdat in de eerst genoemde gevallen de plaatsing op verzoek gebeurde werd die ook wel eens, ten onrechte, vrijwillige plaatsing genoemd en de andere ambtshalve plaatsing (zie hierover GILLARDIN, J., "La protection de la personne des malades mentaux", *J. Proc.*, 1990, afl. 169, 8).

574 Het verzoekschrift moet worden ingediend bij de vrederechter van de verblijfplaats of, bij gebreke daarvan, van de woonplaats van de zieke of anders bij de vrederechter van de plaats waar de zieke zich bevindt (art. 5, §1, eerste lid).

Op straffe van nietigheid moet het verzoekschrift een aantal vermeldingen bevatten waaronder de naam en voornaam van de zieke en ondertekend zijn door de verzoeker of zijn advocaat (art. 5, §1, tweede en derde lid). Hieruit blijkt dat een mondeling verzoek "schrift" niet mogelijk is (zie Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 24). Voorts dient het verzoekschrift, zo mogelijk, nog bijkomende informatie over de zieke te verschaffen (art. 5, §1, vierde lid).

575 Het verzoekschrift kan uitgaan van iedere belanghebbende (art. 5, §1, eerste lid).

Onder een belanghebbende verstaat men degene die belang heeft bij de opneming, met uitsluiting evenwel van diegene wiens verzoek is ingegeven door een uitsluitend financieel belang, en ruimer, door louter materiële overwegingen (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 23 en 24). Het oorspronkelijke ontwerp bevatte een opsomming van personen die bevoegd waren een verzoekschrift in te dienen (zie hierover BOVIN, S., *a.w.*, 212). Men is daarvan afgestapt omdat de procedure voldoende waarborgen zou inhouden opdat elk misbruik zou kunnen worden geweerd. Zo moet in het verzoekschrift de graad van verwantschap of de aard van de betrekkingen tussen de verzoeker en de zieke worden aangegeven. Daaruit zal het rechtmatig belang kunnen worden afgeleid (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 33).

Ook de behandelend arts van de zieke zelf kan een verzoekschrift indienen bij de vrederechter. In dat geval zal het omstandig medisch verslag niet door deze arts kunnen worden opgesteld (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 24).

Ook de zieke zelf kan als belanghebbende een verzoekschrift indienen.

b) Omstandig geneeskundig verslag

576 Op straffe van niet-ontvankelijkheid van de vordering moet hieraan een geneeskundig verslag worden toegevoegd (art. 5, §2). Dit verslag moet aan de volgende kenmerken beantwoorden.

577 Het dient te gaan om een werkelijk verslag, en geen verklaring of getuigschrift. Vanzelfsprekend is een geschrift vereist.

Tijdens de bespreking van het ontwerp in de bevoegde Senaatscommissie vroegen sommige leden zich af of een verslag niet "te veeleisend" zou zijn. Dit verslag mag namelijk door om het even welke arts worden opgesteld (zie verder, nr. 580) zodat er mee rekening dient te worden gehouden

dat ook aan minder gespecialiseerde artsen zal worden gevraagd een verslag op te stellen om te worden gevoegd bij het verzoekschrift. De meerderheid wenste evenwel de uitdrukking "verslag" te behouden (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 34).

578 Het verslag dient omstandig te zijn.

Daarmee wordt bedoeld dat het verslag in detail de toestand van de zieke en de noodzaak van de opneming dient te beschrijven. Er moet absoluut vermeden worden dat de verklaring alleen routineuse elementen bevat die niet persoonlijk zijn voor de zieke en te algemeen t.a.v. de samenleving (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 25).

Art. 8 van de vroegere Krankzinnigenwet eiste een medisch getuigschrift. Ook hiervan verwachtte de Raad van State reeds dat het de bevoegde overheid zo volledig mogelijk zou inlichten over de toestand van de zieke (R.v.St., Fincken, 10 februari 1972, nr. 15.158).

579 Het is een geneeskundig verslag, wat inhoudt dat het door een arts werd opgesteld.

Dat volgt niet alleen uit de gebruikte bewoordingen (geneeskundig verslag) maar tevens uit het vereiste dat het verslag moet steunen op een medisch onderzoek en dit is een wettelijke bevoegdheid van een arts. Bovendien kan deze eis worden afgeleid uit art. 5, §2, tweede lid dat bepaalt dat het verslag niet door bepaalde artsen mag worden opgesteld (zie verder, nr. 581).

580 De wet bepaalt niets omtrent de deskundigheid of specialisatie van de arts die het verslag opstelt. Meer bepaald is niet vereist dat dit een psychiater of neuroloog is.

Dit is geen vergetelheid maar een bewuste keuze. "Het is van belang dat het eerste rapport door een gewoon geneesheer kan worden opgemaakt omdat er anders een te zwaar gewicht zou worden aangegeven " (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 45; zie ook 35). Ook onder de vroegere wetgeving was geen bijzondere specialisatie vereist (zie MEERT-VAN DE PUT, R., "Les malades et déficients mentaux et leurs soignants. Questions spéciales de droit et de déontologie", in GILLARDIN, J., *Malades mentaux : patients ou sujets de droit*? Bruxelles, Publications F.U.S.A.L., 1985, 71). Frappant hierbij is wel dat bij de bespreking van het ontwerp in de jaren '70 het voorstel om een neuropsychiater te laten optreden werd verworpen omdat er toen te weinig zulke specialisten zouden geweest zijn (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, B.Z. 1974, nr. 292/2, 7; *t.a.p.*, 3 : in 1974 waren er slechts 106 neuropsychiaters). Einde jaren '80 kon dit geen geldig argument meer zijn, vermits er op 31 december 1989 1.426 erkende neuropsychiaters waren (zie verder, nr. 593) waar de inhoud van het verslag wordt besproken).

581 Overeenkomstig art. 5, §2 mag dit verslag niet worden opgesteld door een arts die een bloed- of aanverwant is van de zieke of van de verzoeker of die op enigerlei wijze verbonden is aan de psychiatrische dienst waar de zieke zich bevindt.

Beide onverenigbaarheden (bloed- en aanverwantschap en binding met de psychiatrische dienst) bestonden ook reeds onder de vroegere wetgeving. Overeenkomstig art. 8 Krankzinnigenwet mocht de arts die het getuigschrift afleverde niet verbonden zijn aan de instelling. Dit kon zowel de instelling zijn waar de zieke reeds verbleef als deze waarheen men hem wenste te doen opnemen. In deze zin was de vroegere onverenigbaarheid ruimer dan de huidige vermits deze slechts geldt voor zover de arts verbonden is aan de psychiatrische dienst waar de zieke zich reeds bevindt. De eerste onverenigbaarheid daarentegen is ruimer gesteld dan diegene die men aantrof in art. 36 K.B. 1 juni 1874 houdende het algemeen en organiek reglement op de behandeling van

de krankzinnigen. Daarin werden genoemd : de echtgenoot, ouder, verwante in de rechte lijn of vermoedelijke erfgenaam van de geesteszieke. Afgezien van de vermoedelijke erfgenaam is de huidige formulering ruimer, ook al omdat zij niet alleen de bloed- en aanverwanten van de zieke treft, maar ook die van de verzoeker.

582 De wet verbiedt niet dat het geneeskundig verslag wordt opgesteld door de behandelend arts. Enkel wanneer de zieke zich reeds bevindt in een psychiatrische dienst omdat hij zich vrij heeft laten opnemen (zie art. 3) mag het verslag niet worden opgesteld door om het even welke arts verbonden aan deze dienst. Doorgaans zal ook de behandelend (ziekenhuis)arts zich daaronder bevinden. In die zin bestaat er een onverenigbaarheid tussen de hoedanigheid van behandelend arts en het opstellen van het medisch verslag.

Afgezien daarvan mag de behandelend arts van de zieke het medisch verslag opstellen.

Dat was ook onder de Krankzinnigenwet reeds zo. Volgens de Raad van State verdiende het zelfs de voorkeur dat het getuigschrift door de behandelend arts werd opgesteld omdat deze het meest bevoegd was om de overheid die over de plaatsing diende te beslissen, in te lichten (R.v.St., Fincken, nr. 15.158, 10 februari 1972).

583 De vraag rijst evenwel in hoeverre de opstelling van een medisch verslag door de behandelend arts verenigbaar is met het medisch beroepsgeheim dat deze arts jegens derden moet eerbiedigen.

Onder de vroegere Krankzinnigenwet werd deze vraag meestal "opgelost" door de aflevering van het zgn. collocatiegetuigschrift voor te stellen als een wettelijke verplichting in hoofde van de arts die daartoe overging. Voorbeelden van deze opvatting vond men zowel in de rechtspraak (Brussel, 3 januari 1972, *T.Not.*, 1973, 68), de rechtsleer (GILLARDIN, J. en VANDEKERCKHOVE, M., "Le fou, son médecin et son juge", *J.T.*, 1983, 445, nr. 181) als de medische deontologie (zie art. 58,g Code van geneeskundige plichtenleer). Een wettelijke verplichting zijnde, kon er van een schending van art. 458 Sw. geen sprake zijn.

Die opvatting was evenwel onjuist. De arts die een collocatiegetuigschrift afleverde deed dat niet op grond van een wettelijke verplichting maar uit vrije wil (MARCHAUD, P., *R.P.D.B.*, v° *Déments et déficients mentaux*, nr. 85). Hij besliste vrij en onafhankelijk tot de aflevering van het getuigschrift.

Ook de nieuwe wet bevat geen enkele verplichting in hoofde van een arts die hierom wordt verzocht, een omstandig geneeskundig verslag op te stellen om te worden gevoegd bij een verzoekschrift tot opneming ter observatie.

Hieruit volgt dat ook in de toekomst de verenigbaarheid van de zwijgplicht met het opstellen van het medisch verslag door de behandelend arts niet kan worden gezocht in de uitzondering die art. 458 Sw. voorziet, nl. de wettelijke verplichting geheimen bekend te maken.

584 Bij het zoeken naar (een) geschikt(e) antwoord(en) voor de hier behandelde vraag dient te worden uitgegaan van een andere vraag : aan wie wordt het medisch verslag overhandigd?

Onder de vroegere Krankzinnigenwet werd het medisch getuigschrift overhandigd aan degene die om de plaatsing had verzocht (BOVIN, S. e.a., *a.w.*, 110; MEERT-VAN DE PUT, R., *a.w.*, 78; Brussel, 3 januari 1972, *T.Not.*, 1973, 68). Onder de nieuwe wet dient het medisch verslag te worden overhandigd aan de verzoeker. Die dient bij zijn verzoekschrift het verslag te voegen, zoniet is

het verzoekschrift niet-ontvankelijk. Nergens is bepaald dat dit onder gesloten omslag dient te gebeuren. In veel gevallen zal de overhandiging van het medisch verslag gebeuren aan een niet-arts. Zoals onder de vroegere wet (zie o.a. GERLO, J., "Het statuut van de geesteszieke", *T.P.R.*, 1974, 583, noot 5) kan onder de nieuwe wet de plaatsing worden gevraagd door de patiënt zelf. Het overhandigen van getuigschriften of verslagen door de behandelend arts aan de patiënt zelf stelt geen probleem i.v.m. het medisch beroepsgeheim. Dit is evenwel een uitzonderlijke situatie.

585 In de regel zal het medisch verslag worden overgemaakt aan een andere persoon dan de patiënt zelf en deze persoon zal meestal geen arts zijn (overigens is het al dan niet arts zijn niet relevant i.v.m. een mogelijke schending van het beroepsgeheim). Mag de behandelend arts van een patiënt aan zo iemand een medisch verslag met het oog op het indienen van een verzoekschrift tot opname ter observatie overhandigen?

Bij het overhandigen van een getuigschrift aan een derde wordt dikwijls gesuggereerd om zich te beperken tot objectieve vaststellingen, zonder commentaar. Op die manier zou de zwijgplicht kunnen worden geëerbiedigd terwijl de derde zich toch een idee kan vormen omtrent de gezondheidstoestand van de patiënt.

Deze werkwijze is hier niet haalbaar. De wet schrijft zelf voor dat het medisch verslag omstandig moet zijn. Eenmaal een arts heeft aanvaard het medisch verslag af te leveren omdat hij overtuigd is van de noodzaak van opname, is het zijn plicht dit verslag zodanig op te stellen dat het aan de eis van omstandigheid beantwoordt. Het verslag zal dan ook meer dan louter objectieve vaststellingen bevatten.

586 De behandelend arts die een omstandig medisch verslag overhandigt aan een derde pleegt een inbreuk op art. 458 Sw. De enige rechtvaardiging voor deze schending kan de toelating van de wet zijn. Enerzijds verbiedt de wet niet aan een behandelend arts op te treden in het kader van art. 5 Wet Persoon Geesteszieke en anderzijds laat die wet toe dat om het even welke derde belanghebbende een verzoekschrift indient. Uit beide elementen tesamen zou men kunnen afleiden dat deze wet toelaat dat de behandelend arts een medisch verslag aan een derde overhandigt zonder te kunnen worden vervolgd wegens de overtreding van art. 458 Sw.

In dit geval kan men bezwaarlijk verdedigen dat de schending van het beroepsgeheim gerechtvaardigd wordt door de toestemming van de patiënt. Ervan afgezien dat over deze rechtvaardiging tot op heden geen overeenstemming bestaat (zie verder, nr. 952) zal die toestemming meestal ontbreken en kan zij, gelet op de aard van de zaak, niet worden verondersteld.

587 Geheel overtuigend is de rechtvaardiging op grond van de toelating van de wet niet. Wanneer een behandelend arts erin zou slagen om het omstandig medisch verslag op te stellen uitsluitend op grond van de kennis die hij heeft verworven tijdens het uitvoeren van het medisch onderzoek dat wettelijk dit verslag dient vooraf te gaan, dan ware deze oplossing verdedigbaar. Het lijkt evenwel onvermijdelijk dat de behandelend arts ook de voorkennis waarover hij als behandelend arts beschikt m.b.t. de patiënt om wiens opname wordt verzocht zal gebruiken bij het opstellen van het verslag. In dit opzicht is de

positie van de behandelend arts zeer te vergelijken met die waarin een behandelend arts zich bevindt die, na te zijn opgevorderd voor het nemen van een bloedstaal in het kader van de Wegverkeerswet, overgaat tot het opstellen van het verslag van de bloedanalyse (zie verder, nr. 973). Wanneer men van een opgevorderd behandelend arts niet duldt dat hij dit verslag opmaakt omdat gevreesd wordt dat er elementen zullen insluipen waarvan hij voorkennis had, dan kan dit *a fortiori* niet worden geduld van de behandelend arts die niet handelt krachtens een wettelijke plicht.

588 Besluitend kan worden gesteld dat, hoewel het opstellen van een omstandig medisch verslag door de behandelend arts niet door de wet is verboden, behoudens het geval dat deze verbonden is aan de psychiatrische dienst waar de zieke verblijft en hoewel met de Raad van State kan worden erkend dat aan het opstellen van het verslag door de behandelend arts zekere voordelen zijn verbonden en hoewel een juridische constructie denkbaar is op grond waarvan de schending van het beroepsgeheim kan worden gerechtvaardigd, het niettemin de voorkeur verdient dat de behandelend arts deze taak niet op zich neemt. Vooreerst omdat het hem moeilijk zal vallen een strikte scheiding aan te brengen tussen zijn voorkennis en zijn kennis op grond van het onderzoek voorafgaandelijk aan de procedure. Het risico dat medische gegevens die onder de zwijgplicht vallen op die manier worden bekend gemaakt is niet gering. Dit kan uiteindelijk leiden tot een nietig medisch verslag en een onontvankelijk verzoekschrift. Vervolgens omdat voor de behandelend arts een andere rol is weggelegd in de procedure die leidt tot de opname ter observatie, nl. deze van vertrouwensarts (zie verder, nr. 596). Ten slotte omdat het vertrouwen van de patiënt wiens arts overgaat tot het opstellen van zo'n medisch verslag ernstig zal worden geschokt.

589 Als bijkomend en toch ook belangrijk argument kan nog het arrest-Winterwerp worden aangehaald. De vrijheidsberoving van een geesteszieke kan slechts in overeenstemming zijn met art. 5, lid 1 E.V.R.M. in zoverre deze steunt op "objective medical expertise" (E.H.R.M., 24 oktober 1979, A., vol. 33, §39). Of de behandelend arts, gelet op zijn voorkennis omtrent de medische, maar ook sociale, familiale en andere gegevens over de patiënt, deze objectiviteit kan waarborgen kan worden betwijfeld.

590 Het omstandig medisch verslag kan worden opgesteld door een arts die dit doet op verzoek of in opdracht van de belanghebbende die meent dat er redenen zijn om tot de opname ter observatie over te gaan. In dat geval treedt deze arts op als deskundige. Tegenover zijn opdrachtgever en binnen de perken van zijn opdracht is hij niet door een zwijgplicht gebonden (zie verder, nr. 899 e.v.).

591 Een volgende voorwaarde waaraan het medisch verslag dient te voldoen is dat het werd opgesteld op basis van een onderzoek dat ten hoogste 15 dagen oud is (art. 5, §2).

Wanneer een arts een medisch verslag of getuigschrift opstelt, mag hij dat slechts doen voor zover hij de betrokkene persoonlijk en daadwerkelijk heeft onderzocht. Deze regel diende ook onder de Krankzinnigenwet te worden nageleefd en geldt overigens steeds bij het afleveren van getuigschriften. Het afleveren van een medisch verslag zonder de patiënt te hebben onderzocht kan de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de arts meebrengen. Zulks op grond van art. 196 Sw. dat valsheid in geschrifte strafbaar stelt (zie verder, nr. 1028). De Wet Persoon Geesteszieke voorziet geen specifieke sancties voor de niet naleving van art. 5, §2, eerste lid. Het niet naleven van de onverenigbaarheidsregelen daarentegen is wel strafbaar (zie art. 5, §2, tweede lid en art. 37, tweede lid). Voorts kan de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de arts die een verslag opstelt zonder de zieke te hebben onderzocht in het gedrang komen. De Rechtbank te Mechelen aanvaardde een fout in hoofde van de arts die zonder de patiënt te hebben gezien of onderzocht een collocatiegetuigschrift afleverde, zich enkel steunend op de eenzijdige verklaringen van de echtgenote van de patiënt. De rechtbank veroordeelde de arts tot een schadevergoeding hoewel de collocatie noodzakelijk was gebleken (Rb. Mechelen, 26 maart 1969, *R.W.*, 1971-72, 197). Het Hof van Beroep te Brussel aanvaardde eveneens de fout, maar geen schade wegens het verantwoord zijn van de plaatsing (Brussel, 24 februari 1971, *R.W.*, 1971-72, 194). Het Hof leidde het verantwoord karakter van de plaatsing o.a. af uit het feit dat de patiënt niet om zijn vrijlating had verzocht!

592 Art. 5, §2 moet zo worden begrepen dat tussen het onderzoek en het opstellen van het verslag ten hoogste 15 dagen mogen zijn verstreken. Het verslag dient dus niet op de dag zelf van het onderzoek te worden opgesteld.

Deze laatste interpretatie vindt men nochtans in het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 34). Dikwijls zal dat onmogelijk zijn om louter materiële redenen.

Evenmin als de Krankzinnigenwet schrijft de nieuwe wet voor dat het onderzoek moet worden verricht op de dag van de opneming zelf (zie R.v.St., Fincken, nr. 15.158, 10 februari 1972).

De wet bepaalt evenmin hoe recent het medisch verslag dient te zijn. Maar wanneer er meer dan enkele weken verstreken zijn tussen het opstellen van het verslag en het indienen van het verzoekschrift, verliest het verslag veel van zijn informatieve waarde t.b.v. de vrederechter die zich dient uit te spreken over het verzoekschrift.

593 Inhoudelijk moet het medisch verslag de gezondheidstoestand beschrijven van de persoon wiens opneming ter observatie wordt gevraagd, de symptomen van de ziekte waaraan hij lijdt en vaststellen dat is voldaan aan de voorwaarden voor het nemen van een beschermingsmaatregel, bepaald in art. 2 (art. 5, §2, eerste lid).

Behalve medische gegevens (beschrijving van de gezondheidstoestand en van de symptomen van de ziekte) dient het medisch verslag ook gegevens te bevatten die niet louter als medisch kunnen worden beschouwd. Het evalueren van het gevaar voor de eigen gezondheid en veiligheid of van de bedreiging van andermans leven of integriteit en van de ernst van dit gevaar of deze bedreiging is alsdusdanig geen uitsluitend medische aangelegenheid. In het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie wordt dit ook opgemerkt. "Dit omstandig verslag bevat alle nuttige en noodzakelijke gegevens, doch deze medische vaststelling sluit niet uit dat de vrederechter moet nagaan of aan de voorwaarden van art. 2 is voldaan" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 34). Op de rol die het verslag speelt in de besluitvorming omtrent de gedwongen opname wordt nog teruggekomen (zie verder, nr. 601).

Gelet op de inhoudelijke eisen die aan het verslag worden gesteld kan men hier opnieuw de vraag stellen of het niet aangewezen is een beroep te doen op een medisch specialist inzake psychiatrie voor het opstellen van een dusdanig verslag.

594 De Wet Persoon Geesteszieke voorziet geen enkele uitzondering op de eis dat bij het verzoekschrift een omstandig medisch verslag moet worden gevoegd.

Onder de vroegere wet diende geen medisch getuigschrift te worden voorgelegd wanneer het verzoek tot plaatsing betrekking had op een onbekwaamverklaarde en uitging van diens voogd (zie art. 8 Krankzinnigenwet).

c) Kennisgeving aan de zieke

595 Binnen 24 uren na de indiening van het verzoekschrift geeft de griffier aan de zieke en in voorkomend geval aan diens wettelijke vertegenwoordiger bij gerechtsbrief kennis van het verzoekschrift (art. 7, §2, eerste lid; zie omtrent de nadere inhoud van deze gerechtsbrief nog art. 7; zie ook art. 5, §3 i.v.m. de plaats van kennisgeving).

d) Bijstand van de zieke tijdens de procedure

596 Tijdens de behandeling van het verzoekschrift voorziet de wet in verschillende vormen van bijstand ten voordele van de zieke.

Bij ontvangst van het verzoekschrift verzoekt de vrederechter de stafhouder van de orde van advocaten of het bureau van consultatie en verdediging om onverwijld van ambtswege een advocaat aan te wijzen (art. 7, §1). Naam en adres van deze advocaat worden vermeld in de gerechtsbrief via welke kennisgeving van het verzoekschrift wordt gegeven aan de zieke. In die gerechtsbrief wordt bovendien vermeld dat de zieke het recht heeft een andere advocaat te kiezen (art. 7, §2, vierde lid).

Voorts wordt de zieke in die gerechtsbrief gemeld dat hij het recht heeft om zelf een psychiater te kiezen (*t.a.p.*). Als de zieke daar niet op in gaat, kan de vrederechter een psychiater aanwijzen om de zieke bij te staan (art. 7, §3). In tegenstelling tot wat geldt voor het opstellen van het medisch verslag, voorziet de wet hier uitdrukkelijk de hoedanigheid van de arts die de zieke zal bijstaan, nl. medisch specialist in de psychiatrie. Als argument werd in de Senaatscommissie opgegeven dat "het beter is een geneesheer-psychiater te kiezen vermits deze materie van deze specialisatie deel uitmaakt" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 40). Omdat het medisch verslag niet door een psychiater dient opgesteld, was niet iedereen het eens met dit argument. De patiënt zou vrij dienen te zijn zelf een arts te kiezen, ook al is dit geen psychiater (*t.a.p.*, 45). Overigens is het niet de bedoeling om beide artsen met elkaar te confronteren in de loop van de procedure (*a.w.*, 50). De rol van deze psychiater werd beschreven als die van een "medisch raadsman" (*a.w.*, 50).

Ten slotte voorziet de wet, naast de juridische en de medische raadsman, nog in een zgn. vertrouwenspersoon (art. 7, §2, vierde lid). Deze moet door de zieke zelf worden gekozen. Laat hij dat na, dan kan de vrederechter er zelf geen aanduiden. In het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie wordt de nadruk gelegd op de psychologische rol die deze vertrouwenspersoon zou kunnen spelen. Hij moet, zoals de benaming het uitdrukt, het vertrouwen van de zieke genieten. Dat kan een familielid zijn, een bekende, maar ook de huisarts.

Het spreekt voor zich dat de huisarts die het medisch verslag heeft opgesteld dat is gevoegd bij het verzoekschrift, moeilijk kan optreden als vertrouwenspersoon (zie boven, nr. 582 e.v.). Het kan ook iemand zijn die behoort tot een vereniging die de belangen van de geesteszieken behartigt, zoals SIMILES. Tegelijk werd gewaarschuwd voor het feit dat actiegroepen zich zouden opdringen (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 45 en 49). In de Kamercommissie

stootte de vertrouwenspersoon op nogal wat wantrouwen. Er werd zelfs een amendement ingediend om de vertrouwenspersoon uit het ontwerp te schrappen (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1098/3). De Minister van Justitie minimaliseerde daarop de rol van de vertrouwenspersoon. Deze zal de procedure alszodanig niet kunnen beïnvloeden en de advocaat niet kunnen vervangen. Evenmin moet hij door de vrederechter worden gehoord, hoewel deze hem niet kan verbieden tussen te komen. Volgens de minister werden er voldoende garanties ingebouwd opdat de rol van de vertrouwenspersoon niet determinerend zou zijn (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1098/4, 9-10-11).

e) Bezoek aan de zieke door de vrederechter

597 Binnen 24 uren na de indiening van het verzoekschrift bepaalt de vrederechter bij eenzelfde beslissing de dag en het uur van zijn bezoek aan de persoon wiens opneming ter observatie wordt gevraagd en van de zitting (art. 7, §2, eerste lid).

Zonodig kan de vrederechter het bezoek aan de zieke en de zitting bepalen op een zaterdag, zondag of wettelijke feestdag (art. 7, §2, vijfde lid). De verzoeker wordt bij gerechtsbrief door de griffier op de hoogte gebracht van de beslissing van de vrederechter inzake dag en uur van het bezoek aan de zieke en de zitting (art. 7, §4, eerste lid). De griffier zendt een niet ondertekend afschrift van het verzoekschrift en van de beslissing van de vrederechter aan de advocaten der partijen en, in voorkomend geval, aan de wettelijke vertegenwoordiger, de psychiater en de vertrouwenspersoon van de zieke (art. 7, §4, tweede lid).

598 Op de vastgestelde dag en uur hoort de vrederechter de zieke, alsmede alle andere personen die hij dienstig acht te horen, een en ander in aanwezigheid van de advocaat van de zieke. Behoudens uitzonderlijke omstandigheden bezoekt hij de zieke op de plaats waar deze zich bevindt. De vrederechter verzamelt bovendien alle nuttige inlichtingen van medische of sociale aard (art. 7, §5).

f) Behandeling van het verzoekschrift

599 De zaak wordt in raadkamer behandeld, tenzij de zieke of zijn advocaat vragen dat dit niet gebeurt (art. 8, §1, eerste lid).

De voorkeur van de Senaatscommissie ging in beginsel uit naar een behandeling van de zaak in raadkamer en niet naar een openbare behandeling, omdat het hier een medische aangelegenheid betreft die per definitie vertrouwelijk is (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 54-55, zie ook 126). Wel werd beslist de vermelding dat het verzoek om een openbare behandeling gegrond zou zijn op het belang van de zieke, weg te laten. Dit betekent dat de zaak in openbare zitting moet worden behandeld zodra de zieke of zijn advocaat het vraagt. De rechter heeft dus geen appreciatierecht over de vraag of het verzoek al dan niet in het belang van de zieke is (*t.a.p.*).

De verzoeker kan niet om een openbare behandeling vragen. Dit is voorbehouden aan de zieke of zijn advocaat.

g) Uitspraak door de vrederechter

600 Na op de zitting alle partijen te hebben gehoord, doet de vrederechter bij omstandig gemotiveerd vonnis uitspraak in openbare zitting binnen 10 dagen na de indiening van het verzoekschrift (art. 8, §1, tweede lid).

Tijdens de parlementaire voorbereiding is uitvoerig ingegaan op de vraag of een termijn diende te worden gesteld binnen dewelke de vrederechter een beslissing neemt over het verzoekschrift en over de duur van deze termijn. Indien geen termijn zou worden vastgesteld of een termijn van vrij lange duur, dan bestaat het gevaar dat de gemeenrechtelijke (en lange) procedure telkens zal worden omzeild door een beroep te doen op de procedure in spoedeisende gevallen. Daartegenover werd gesteld dat men een vonnis dat niet op tijd werd geveld, toch niet als nietig kan beschouwen. Dit pleit tegen het instellen van een termijn die toch niet kan worden afgedwongen (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 46-47). Hierop werd gerepliceerd dat voor de vrederechter dan toch een deontologische verplichting bestaat om tijdig uitspraak te doen (*t.a.p.*). Uiteindelijk werd geopteerd voor een niet op straffe van nietigheid voorgeschreven termijn van 10 dagen.

601 De beslissing over het al dan niet gedwongen opnemen van een zieke in een psychiatrische dienst maakt thans het voorwerp uit van een rechterlijke beslissing (art. 4 en art. 8, §1, tweede lid).

Onder de vroegere Krankzinnigenwet was het geenszins duidelijk wie de uiteindelijke beslissing tot plaatsing (collocatie) nam. Er bestonden dienaangaande verschillende opvattingen. Sommige auteurs verdedigden de mening dat de uiteindelijke beslissing over een plaatsing werd genomen door de arts die hoofd is van de instelling waar de geplaatste werd opgenomen (BENOIT, G., "La collocation, la séquestration à domicile et l'imagination jurisprudentielle", in GILLARDIN, J., *a.w.*, 164). Andere auteurs kenden een doorslaggevende rol toe aan de arts die het medisch getuigschrift afleverde. De administratieve overheid die de plaatsing beval, doorgaans was dat de burgemeester, zou slechts de uitvoerder zijn van wat deze arts voorschreef. Meer zelfs, de overheid die zou weigeren een besluit tot plaatsing te nemen ondanks een getuigschrift, zou aansprakelijk kunnen worden gesteld (BOVIN, S. e.a., *a.w.*, 110-111). Volgens nog een andere auteur tenslotte vervulde de burgemeester geenszins zo'n lijdzame rol. Door zijn visum te verlenen, droeg de burgemeester mee de verantwoordelijkheid voor de vrijheidsberoving. Als die onrechtmatig was, kon zijn aansprakelijkheid in het gedrang komen. Dus zou hij het visum moeten en kunnen weigeren als de plaatsing hem onrechtmatig leek (MARCHAUD, P., *R.P.D.B.*, v° *Déments et déficients mentaux*, nr. 73).

602 Omwille van deze diversiteit aan meningen over de bevoegde overheid om over de plaatsing te beslissen, was de vroegere Krankzinnigenwet in strijd met art. 5, lid 1, e E.V.R.M. In het arrest-Winterwerp heeft het Hof Mensenrechten geoordeeld dat de vrijheidsberoving van een geesteszieke slechts rechtmatig is voor zover op basis van objectief medisch onderzoek door de bevoegde instantie werd vastgesteld dat sprake is van een geestesziekte (E.H.R.M., 24 oktober 1979, A., vol. 33). Nu niet eens duidelijk was welke overheid bevoegd was, was aan deze voorwaarde niet voldaan.

Zie over de verenigbaarheid van de vroegere Krankzinnigenwet met het E.V.R.M., VANDENBUSSCHE, A., "Het E.V.R.M. en de Belgische Krankzinnigenwet", *Hospitalia*, 1980, 56.

Wat de nieuwe wet betreft, bestaat er nu wel duidelijkheid over de bevoegde overheid. Overigens bevat noch art. 5, lid 1, e E.V.R.M. noch de interpretatie die het Hof Mensenrechten hieraan heeft gegeven de verplichting dat de vrijheidsberoving door een rechter moet zijn bevolen (zie LAURS, P., *Recht voor psychiatrische patiënten*, Arnhem, Gouda Quint, 1988, 197).

h) Betekening van de beslissing

603 De griffier geeft aan de partijen bij gerechtsbrief kennis van het vonnis alsmede van de rechtsmiddelen waarover zij beschikken (art. 8, §2, eerste lid).

Met "partijen" worden bedoeld de verzoeker en de zieke (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 55). In het ontwerp dat voorlag tijdens de bespreking in de Senaatscommissie was voorzien dat enkel het beschikkend gedeelte van het vonnis ter kennis zou worden gebracht van de partijen. Ter verantwoording van dit voorstel werd aangevoerd dat de zieke diende te worden beschermd (*t.a.p.*, 56; zie ook BOVIN, S., e.a., *a.w.*, 214). Na discussie besliste de bevoegde Senaatscommissie evenwel dat ook aan de zieke het volledige vonnis ter kennis moet worden gebracht (*t.a.p.*). Een niet ondertekend afschrift van het vonnis wordt door de griffier gezonden aan de raadslieden, de procureur des Konings, en, in voorkomend geval, aan de wettelijke vertegenwoordiger, de psychiater en de vertrouwenspersoon van de zieke (art. 8, §2, tweede lid). Een voorstel om een afschrift van het vonnis te zenden aan de echtgenoot van de zieke werd niet goedgekeurd (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 56-57).

i) Beroep en verzet tegen de beslissing van de vrederechter

604 Tegen de vonnissen door de vrederechter gewezen in toepassing van de Wet Persoon Geesteszieke kan geen verzet worden gedaan (art. 30, §1).

605 Door de zieke zelf, zelfs al is hij minderjarig, zijn wettelijke vertegenwoordiger of zijn advocaat, evenals alle partijen in het geding, kan hoger beroep worden ingesteld tegen een vonnis van de vrederechter waarin uitspraak wordt gedaan over een verzoekschrift tot opneming ter observatie. De termijn van hoger beroep is 15 dagen te rekenen van de kennisgeving van het vonnis (art. 30, §2, eerste en tweede lid).

De advocaat van de zieke heeft het recht om eigenmachtig beroep in te stellen tegen het vonnis van de vrederechter, ook al wenst de zieke dit niet. Op de vraag naar het waarom van deze afwijking van het gemeenrecht werd geantwoord dat het verantwoord is aan de advocaat een bijzonder mandaat te verlenen "met het oog op een betere bescherming van de geesteszieke" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 122).

606 Niettegenstaande het hoger beroep, is het vonnis waardoor het verzoek tot opneming ter observatie wordt ingewilligd, uitvoerbaar bij voorraad (art. 30, §2, derde lid).

In de Senaatscommissie waren meerdere leden van oordeel dat de uitvoerbaarheid bij voorraad van dit vonnis een absolute noodzaak was, teneinde te vermijden dat al te vaak een beroep zou worden gedaan op de tussenkomst van de procureur des Konings in spoedeisende gevallen (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 124).

607 Het hoger beroep wordt ingesteld bij verzoekschrift gericht tot de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg (art. 30, §3, eerste lid. Zie voorts dit artikel voor het bepalen van de datum van de zitting, het horen van de procureur des Konings en de zieke, de behandeling in raadkamer behoudens verzoek om openbare behandeling, de kennisgeving van het vonnis).

Ook tijdens de procedure in hoger beroep dient de zieke in elk geval te worden gehoord. Hij wordt daarbij bijgestaan door een advocaat en in voorkomend geval door de psychiater van zijn keuze. In principe zal dit dezelfde psychiater zijn die de zieke in eerste aanleg heeft bijgestaan, maar de

zieke kan ook een andere psychiater aanduiden (art. 30, §3, tweede lid; Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 125).

608 In overeenstemming met de algemene filosofie van het wetsontwerp om tot een snelle beslissing te komen was de Senaatscommissie het eens met het principe dat een beslissing in hoger beroep moet worden getroffen binnen een maand na neerlegging van het verzoekschrift (*t.a.p.*, 126).

In art. 30, §3, vierde lid wordt art. 8 (zie boven, nr. 600) niet vermeld. Dit is te verklaren doordat de opneming ter observatie maximaal 40 dagen kan duren (zie verder, nr. 623) zodat het uitblijven van een uitspraak in hoger beroep gedurende meer dan 10 dagen na verloop van een maand automatisch leidt tot de beëindiging van de opneming ter observatie.

j) Cassatieberoep

609 De termijn om zich in cassatie te voorzien is een maand vanaf de kennisgeving van het vonnis (art. 31).

2. Opneming in een spoedeisend geval

a) Ambtshalve optreden door de procureur des Konings of op schriftelijk verzoek

610 In spoedeisende gevallen kan de procureur des Konings van de plaats waar de zieke zich bevindt beslissen dat deze ter observatie zal worden opgenomen in de psychiatrische dienst die hij aanwijst. De procureur des Konings treedt dan ofwel ambtshalve op of op schriftelijk verzoek van een belanghebbende (art. 9, eerste en tweede lid).

Voor de interpretatie van belanghebbende, zie boven, nr. 575.

b) Medisch advies of medisch verslag

611 Treedt de procureur des Konings ambtshalve op, dan is het schriftelijk advies van een door hem aangewezen arts vereist. Treedt hij daarentegen op verzoek van een belanghebbende dan is een omstandig medisch verslag zoals in de gemeenrechtelijke procedure vereist (art. 9, tweede lid)(zie boven, nr. 576).

Er is een duidelijk onderscheid tussen het medisch advies op grond waarvan de procureur des Konings ambtshalve optreedt en het omstandig medisch verslag dat bij een verzoek moet worden gevoegd. Het advies kan bondig en kort zijn, daar waar het verslag, volgens de wet, omstandig dient te zijn (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 64-65). Over het statuut van de arts die om advies wordt gevraagd door de procureur des Konings bestond geen eensgezindheid. Volgens sommigen zou een gerechtsexpert zijn bedoeld die de persoon ambtshalve kan onderzoeken en eventueel tegen diens wil in. Volgens anderen betreft het een "gewone" arts die in een noodsituatie optreedt op verzoek van de procureur des Konings (*t.a.p.*, 65).

Anders dan voor het medisch verslag, eist de wet niet dat het medisch advies moet zijn gebaseerd

op een recent medisch onderzoek van de betrokkene. Het is niet duidelijk of dit een bewuste keuze is. Vanzelfsprekend kan een medisch advies in de regel slechts een betrouwbaar karakter vertonen voor zover de adviserend arts de betrokkene persoonlijk heeft onderzocht. Het is evenwel mogelijk dat iemand weigert zich aan een medisch onderzoek te onderwerpen. Op grond van die weigering kan de arts desgevallend een advies uitbrengen aan de procureur des Konings. De wet spreekt overigens niet van een "medisch" advies maar van een advies zonder meer.

Eveneens afwijkend van de regeling voor het medisch verslag, voorziet de wet in geen onverenigbaarheden in hoofde van de arts wiens advies door de procureur des Konings wordt gevraagd. Gelet op de aard van de zaak is het aangewezen de onverenigbaarheden van art. 5, §2, tweede lid *mutatis mutandis* toe te passen (zie boven, nr. 581).

612 Het advies of het medisch verslag moeten het spoedeisend karakter van de opneming ter observatie aantonen (art. 9, derde lid).

Op vragen in de bevoegde Kamercommissie naar de betekenis van spoedeisend antwoordde de Minister van Justitie dat de hoogdringendheid een toestand veronderstelt waarin onmiddellijk maatregelen moeten worden genomen. Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen de hoogdringendheid en de extreme hoogdringendheid, waarbij zonder uitstel maatregelen moeten worden genomen om onherstelbare daden te voorkomen. Bij extreme hoogdringendheid zal het advies of verslag niet moeten worden afgewacht maar kan de procureur des Konings maatregelen van gemeenrechtelijke aard nemen op basis van zijn politiebevoegdheid (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1098/4, 12). Het spoedeisend of hoogdringend karakter van de maatregel werd een juridisch begrip genoemd waarover uiteindelijk de procureur des Konings oordeelt. De procureur des Konings mag dus niet automatisch het advies of verslag overnemen. Wel is het zo dat de procureur des Konings het spoedeisend karakter slechts kan inroepen wanneer dit uit het verslag blijkt (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 61-62).

Art. 9 bevat, behalve i.v.m. het spoedeisend karakter, geen nadere voorschriften voor de inhoud van het advies of het medisch verslag. Het medisch verslag dient evenwel te voldoen aan de gemeenrechtelijke bepalingen van art. 5 en met name vast te stellen dat is voldaan aan de voorwaarden bepaald in art. 2 (zie boven, nr. 593). Volgens het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie heeft de procureur des Konings evenwel geen enkele appreciatiebevoegdheid inzake deze voorwaarden (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 62).

c) Kennisgeving van de beslissing

613 De procureur des Konings geeft kennis van zijn beslissing tot opneming ter observatie aan de directeur van de instelling die hij heeft aangewezen voor de opneming van de zieke (art. 9, vierde lid; zie verder, nr. 620 e.v.) alsook binnen de 24 uur na zijn beslissing aan de bevoegde vrederechter (art. 9, vijfde lid) en binnen dezelfde termijn aan de zieke, eventueel diens wettelijke vertegenwoordiger, de persoon bij wie de zieke verblijft en de belanghebbende die de procureur des Konings heeft verzocht om opneming (art. 9, zesde lid).

d) Procedure voor de vrederechter

614 Eveneens binnen de 24 uur na zijn beslissing tot opneming ter observatie, moet de procureur des Konings een verzoekschrift indienen bij de bevoegde vrederechter teneinde de gemeenrechtelijke procedure tot opneming ter observatie op gang te brengen (art. 9, vijfde lid). De procureur des Konings moet ook de zieke in kennis stellen van zijn verzoekschrift (art. 9, zesde lid).

Indien de procureur des Konings dit verzoekschrift niet binnen 24 uren na zijn beslissing heeft ingediend, vervalt de door hem getroffen maatregel.

De termijn van 24 uren moet worden geïnterpreteerd in het licht van art. 53 Ger. W. Indien deze termijn verstrijkt op een zaterdag, zondag of een wettelijke feestdag, wordt de vervaldag verplaatst naar de eerst volgende werkdag (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 67).

615 De procedure voor de vrederechter is in dit geval identiek als wanneer het verzoekschrift werd ingediend door een belanghebbende (art. 9, zevende lid dat verwijst naar de art. 6, 7 en 8).

Dit betekent onder meer dat bij het verzoekschrift dat de procureur des Konings indient bij de vrederechter opnieuw een omstandig medisch verslag moet zijn gevoegd (zie art. 9, vijfde lid, *in fine* en Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 65 : de procureur des Konings beschikt over 24 uur om het omstandig medisch verslag te bekomen). Dit kan als volgt worden begrepen. Indien de procureur des Konings ambtshalve is opgetreden na het schriftelijk advies van een arts, dient hij een omstandig medisch verslag te laten opstellen binnen de 24 uur. Dit kan gebeuren door dezelfde arts die het advies heeft gegeven. Trad de procureur des Konings op, op verzoek van een belanghebbende dan is er reeds een omstandig medisch verslag dat bij het verzoekschrift van de procureur des Konings kan worden gevoegd. Maar het staat de procureur des Konings vrij om desgevallend zelf een omstandig medisch verslag door een andere arts te laten opstellen.

616 De vrederechter dient een beslissing te nemen binnen de 10 dagen na de indiening van het verzoekschrift (art. 9, achtste lid, j° art. 8, §1, tweede lid). Indien de vrederechter evenwel geen beslissing heeft genomen binnen deze termijn, dan vervalt de door de procureur des Konings bevolen opneming ter observatie (art. 9, achtste lid). De zieke krijgt dan zijn vrijheid terug. De procedure voor de vrederechter vervalt evenwel niet, zodat deze toch nog tot (her)opneming ter observatie kan beslissen (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 64).

617 Tegen de beslissing van de vrederechter op verzoekschrift van de procureur des Konings kunnen dezelfde rechtsmiddelen worden aangevoerd als bij de gemeenrechtelijke procedure (art. 30 en 31; zie boven, nr. 604 e.v.).

B. AANVANG, DUUR, EINDE EN MODALITEITEN VAN DE OPNEMING TER OBSERVATIE

1. Aanvang

618 Wanneer de vrederechter het verzoek om opneming ter observatie inwilligt, wijst hij de psychiatrische dienst aan waarin de zieke ter observatie wordt opgenomen (art. 8, §3, eerste lid). Wanneer de procureur des Konings in een spoedeisend geval beslist tot opneming ter observatie wijst hij eveneens de psychiatrische dienst aan waarin de zieke zal worden opgenomen (art. 9, eerste lid).

Onder "psychiatrische dienst" dient men te verstaan een psychiatrisch ziekenhuis zoals bedoeld door art. 9 Gecoördineerde Ziekenhuiswet, d.i. een ziekenhuis dat uitsluitend bestemd is voor psychiatrische patiënten. Voorts is een psychiatrische dienst een dienst neuro-psychiatrie die deel uitmaakt van een algemeen (d.i. niet psychiatrisch) ziekenhuis. Het betreft hier de diensten die onder de kenletters A (dienst neuro-psychiatrie voor observatie en behandeling), T (dienst neuro-psychiatrie voor behandeling) en K (dienst neuro-psychiatrie voor kinderen) zijn erkend. Deze diensten worden ook wel een P.A.A.Z. genoemd, d.i. psychiatrische afdelingen van algemene ziekenhuizen (de vroegere kenletters P, O en Q werden opgeheven bij K.B. 15 februari 1974, art. 2, §1, *B.S.*, 5 maart 1974; er werd evenwel voorzien in overgangsmaatregelen waarbij de diensten onder kenletter P, O en Q toch erkend blijven tot een bepaalde datum. Thans is deze bepaald op 31 december 1991 voor de diensten waarvoor de Vlaamse Gemeenschap bevoegd is, bij B. Vl. Ex. 21 december 1988, *B.S.*, 4 maart 1989)(zie hieromtrent ook BOVIN, S. e.a., *a.w.*, 160-161). In hoeverre naast de psychiatrische ziekenhuizen en de psychiatrische diensten van algemene ziekenhuizen, die hier zeker worden bedoeld (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 58) nog andere voorzieningen voor geesteszieken in aanmerking komen is niet zeker. Met name rijst deze vraag voor de zgn. plaatsen voor beschut wonen, bedoeld in art. 6 Gecoördineerde Ziekenhuiswet en waartoe de bepalingen van deze wet bij K.B. kunnen worden uitgebreid. Plaatsen voor beschut wonen zijn eveneens bestemd voor psychiatrische patiënten, die uit een psychiatrisch ziekenhuis worden ontslagen. De centra voor geestelijke gezondheidszorg (zie B. Vl. Ex. 12 oktober 1988 inzake de erkenning en betoelaging van de centra voor geestelijke gezondheidszorg, *B.S.*, 14 februari 1989) zijn extramurale voorzieningen (art. 1 B. Vl. Ex. 12 oktober 1988) en komen daarom niet in aanmerking voor aanwijzing tot opneming ter observatie.

619 De zieke kan de psychiatrische dienst waarnaar hij wordt verwezen voor de opneming ter observatie niet vrij kiezen.

Een voorstel om de vrederechter te verplichten bij deze aanwijzing rekening te houden met de keuze van de zieke, met de bedoeling de zieke zo dicht mogelijk bij zijn woon- of verblijfplaats te laten opnemen werd niet goedgekeurd. Vanuit medisch standpunt kan zulks niet altijd worden verantwoord, terwijl zal moeten worden rekening gehouden met de beschikbare plaatsen in een dienst (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 53).

Vermits de zieke de instelling niet vrij kiest, en hij tot opneming wordt gedwongen door een rechterlijke beslissing, kan er van een contractuele relatie tussen instelling en patiënt geen sprake zijn. De relatie ziekenhuis-patiënt valt inderdaad buiten de contractuele sfeer wanneer de wilsovereenstemming ontbreekt (VANDENBERGHE, H., "De aansprakelijkheid der ziekenhuizen" in *Recht in beweging*, *a.w.*, 1093; zie over de noodzakelijke toestemming ook VANSWEEVELT, T., "De wettelijke opdracht van het O.C.M.W. en de cumu-

latieve aansprakelijkheid van werkgever en gelegenheidsaansteller voor fouten van aangestelden", *R.W.*, 1987-88, 297-299 en zie boven, nr. 337).

Ook de psychiatrische dienst is van haar kant niet vrij de patiënt al dan niet op te nemen, vermits de vrederechter of de procureur des Konings de dienst aanwijst. Deze aanwijzing schept in hoofde van de instelling de plicht de patiënt op te nemen ter observatie (zie hierover BOVIN, S. e.a., *a.w.*, 118-119).

620 De griffier geeft bij gerechtsbrief kennis van het vonnis van de vrederechter aan de directeur van de instelling waartoe de aangewezen psychiatrische dienst behoort (art. 8, §3, tweede lid; op de niet-naleving van deze bepalingen staan strafsancties, zie art. 37, tweede lid). Indien de beslissing werd genomen door de procureur des Konings dan geeft hij zelf daarvan kennis aan de directeur van de instelling. De wijze waarop de beslissing van de procureur des Konings wordt uitgevoerd, wordt bij K.B. bepaald (art. 9, vierde lid; zie voor de strafbepalingen art. 37, tweede lid).

Onder de directeur van de instelling verstaat men de persoon die, zoals bepaald in art. 8, 2° Gecoördineerde Ziekenhuiswet, door de beheerder belast is met de algemene leiding van de dagelijkse werking van het ziekenhuis. Het betreft niet de hoofdgeneesheer van de instelling of het medisch diensthoofd van de dienst (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 58).

621 Onmiddellijk nadat de directeur van de instelling in kennis werd gesteld van de beslissing, treft hij alle nodige maatregelen voor de opneming ter observatie van de zieke (art. 8, §3, derde lid; de naleving hiervan is niet afdwingbaar door strafsancties). De procureur des Konings vervolgt de tenuitvoerlegging van het vonnis op de door de Koning bepaalde wijze (art. 8, §3, vierde lid).

De opdracht die art. 8, §3, derde lid geeft aan de directeur van de instelling betreft niet de uitvoering van het vonnis, maar wel het treffen van alle interne maatregelen in de aangewezen dienst opdat de opneming ter observatie kan doorgaan. De directeur beschikt immers over geen enkele rechtsgeldige titel om het vonnis te doen uitvoeren. In de bevoegde Senaatscommissie vroeg een lid wat de directeur moet doen wanneer de zieke zich niet aanbiedt in de instelling en de bestuurder van de ziekenwagen die de zieke dient op te halen voor een gesloten deur staat. Om deze problemen op te vangen gaf de Commissie er de voorkeur aan de procureur des Konings te belasten met de uitvoering van het vonnis. Vandaar art. 8, §3, vierde lid van de Wet Persoon Geesteszieke. Aan de Minister van Justitie werd gevraagd in een omzendbrief de procureur des Konings te verzoeken niet op een systematische wijze een beroep te doen op de politie om een vonnis uit te voeren (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 58-59).

2. Registratie

622 De directeur van de instelling schrijft de zieke in een register in. In dat register worden vermeld zijn identiteit, elke opneming, elk verlof of ontslag, de beslissingen betreffende de beschermingsmaatregelen die t.a.v. de zieke werden genomen en de advocaat en desgevallend de psychiater en de vertrouwenspersoon van de zieke (art. 10, eerste lid).

De Koning bepaalt de wijze waarop dit register moet worden bijgehouden (art. 10, tweede lid). De niet-naleving van de verplichting de zieke in een register in te schrijven en de wettelijk voorziene vermeldingen op te nemen is strafbaar (zie art. 37, tweede lid). De directeur is persoonlijk verantwoordelijk voor deze verplichting (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 69).

3. Duur en einde van de observatie

623 De observatie mag niet langer duren dan 40 dagen (art. 11, eerste lid).

Een minimumduur is niet in de wet voorzien . De duur van de observatieperiode werd in de Senaatscommissie op kritiek onthaald. Volgens sommigen is 40 dagen te lang en krijgen de medici op die manier te lang de vrije hand. Anderen beoordeelden die duur als noodzakelijk maar ook voldoende om te komen tot een oordeel over de toestand van de zieke. Hoe dan ook, die termijn geldt als een absoluut maximum die in geen geval mag worden overschreden. Om de *dies a quo* te berekenen, dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de opneming na een beslissing van de vrederechter en na een beslissing van de procureur des Konings In het eerste geval begint de termijn van 40 dagen vanaf het ogenblik van de eigenlijke opneming; in het tweede geval vanaf het ogenblik waarop de beslissing wordt genomen (Ontwerp van wet, Gedr. St., *Senaat*, 1988-89, nr. 733/2, 71). Vermits in het tweede geval de beslissing tot opneming en de eigenlijke opneming nagenoeg dienen samen te vallen wegens het spoedeisend karakter, maakt dit alles bij elkaar weinig verschil uit.

624 Aan de observatie komt een einde ofwel door het verstrijken van de wettelijk voorziene duur van 40 dagen ofwel doordat tijdens de observatie een beslissing tot voortijdige beëindiging werd genomen.

Een dergelijke beslissing kan vooreerst worden genomen door de vrederechter die de beslissing tot opneming ter observatie heeft genomen. Dit vonnis wordt gewezen op verzoek van de zieke zelf of van enige belanghebbende (zie voor dit begrip nr. 575). De vrederechter mag enkel op verzoek een einde maken aan de opneming ter observatie. Hij mag dit niet ambtshalve doen (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 75). Voor de behandeling van dit verzoek dient dezelfde procedure te worden gevolgd als voor een verzoekschrift tot opneming ter observatie (art. 7 en 8), behalve wanneer het verzoek kennelijk ongegrond is en geen enkel nieuw betekenisvol element bevat. Door deze laatste bepaling heeft de wetgever willen voorkomen dat een geesteszieke van bij het begin van de observatie een verzoek tot vrijlating zou indienen en dit vervolgens zonder gegronde redenen meerdere malen zou herhalen, hetgeen de vrederechter zou verplichten telkens opnieuw de in art. 7 en 8 voorgeschreven procedure toe te passen (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/6, 3). Alvorens uitspraak te doen, wordt steeds het advies van de geneesheer-diensthoofd gevraagd (art. 12, 1°). Het vonnis waardoor de vrederechter een verzoek tot beëindiging van de opneming ter observatie toestaat of afwijst is niet vatbaar voor enig rechtsmiddel, behalve het vonnis dat het verzoek kennelijk ongegrond verklaart (art. 12, laatste lid).

Voorts kan aan de opneming ter observatie een einde worden gemaakt door een beslissing van de procureur des Konings die de beslissing tot opneming heeft genomen, zolang de vrederechter niet heeft beslist over het door de procureur des Konings ingediende verzoekschrift (art. 12, 2°).

De beslissing van de procureur des Konings heeft tot gevolg dat de zieke zijn vrijheid herwint, maar brengt niet automatisch het einde van de procedure voor de vrederechter met zich. Indien de procureur des Konings zijn verzoekschrift handhaaft, dan zal de procedure voor de vrederechter verder gaan en kan de zieke desgevallend opnieuw worden opgenomen ter observatie, korte tijd na zijn vrijlating. De procureur des Konings kan echter ook zijn verzoekschrift intrekken in welk geval de procedure tot opneming ter observatie een einde neemt. Een en ander volgt uit art. 12, 2° *in fine* : de procureur des Konings brengt de in art. 9 bedoelde personen op de hoogte van zijn beslissing de opneming ter observatie te beëindigen en deelt aan de vrederechter en aan deze personen mee *of* hij afziet van zijn vordering. In de Senaatscommissie werd deze regeling verantwoord door erop te wijzen dat het kan gebeuren dat een zieke zich op een bepaald ogenblik in een dergelijke toestand bevindt dat een spoedeisende opneming, na een bondig advies van een arts, noodzakelijk blijkt. Uit het omstandig medisch rapport dat vervolgens moet worden opgesteld kan dan twijfel blijken over het verdere spoedeisend karakter van de opneming, terwijl het wel vaststaat dat de toestand van de zieke een opneming noodzakelijk maakt. In deze hypothese kan de procureur des Konings de zieke in vrijheid stellen maar de procedure voor de vrederechter verder laten lopen (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 76-77; in strijd met deze interpretatie en met de bewoordingen van de wet die aan de procureur des Konings de keuze lijken te laten ("of") tussen het stopzetten of laten verder lopen van de procedure, wordt verderop in het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie de mening verdedigd dat op het ogenblik van de invrijheidstelling de procureur des Konings het verzoekschrift moet intrekken. Zou hij van mening zijn dat de opneming ter observatie buiten hoogdringendheid toch verantwoord is, dan zou hij een nieuw verzoekschrift moeten indienen. De Commissie was het met dit standpunt eens ...).

De beslissing van de procureur des Konings is niet vatbaar voor enig rechtsmiddel (art. 12, laatste lid). Er kan hier nog in herinnering worden gebracht dat de beslissing van de procureur des Konings tot opneming ter observatie vervalt wanneer hij niet binnen 24 uren het verzoekschrift heeft ingediend bij de vrederechter of indien deze geen beslissing heeft genomen binnen 10 dagen (art. 9, achtste lid; zie boven, nr. 614 en 616).

Ten slotte kan de opneming ter observatie worden beëindigd door een beslissing van de geneesheer-diensthoofd die in een gemotiveerd verslag vaststelt dat de toestand van de zieke de opneming niet langer rechtvaardigt (art. 12, 3°). Het diensthoofd deelt dit mee aan de zieke en aan de directeur van de instelling. Die verwittigt op zijn beurt de magistraat die de beslissing heeft genomen, de vrederechter voor wie de zaak aanhangig is, de procureur des Konings en de persoon die de opneming ter observatie heeft gevraagd. Over deze mogelijkheid die aan de geneesheer-diensthoofd wordt geboden om een einde te maken aan een opneming ter observatie bestonden in de Senaatscommissie uiteenlopende opvattingen. Sommigen vonden die mogelijkheid alleen maar verantwoord als er tegen de beslissing van het diensthoofd beroep of verzet zou kunnen worden aangetekend. Dat is echter niet het geval (art. 12, laatste lid). Volgens anderen weerspiegelt deze mogelijkheid de filosofie van de wet. Het ontnemen van de vrijheid van een geesteszieke dient een rechterlijke beslissing te zijn maar het teruggeven van die vrijheid kan door een arts worden beslist (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 76-77).

4. Modaliteiten van de opneming ter observatie

625 Gedurende de periode van opneming ter observatie wordt de zieke bewaakt, grondig onderzocht en behandeld met inachtneming van de beperkte duur van de maatregel (art. 11, eerste lid).

De bewaking van de zieke is dubbel van aard. Enerzijds houdt zij verband met het gevaar of de bedreiging welke de zieke uitmaakt voor zichzelf of voor anderen. Anderzijds dienen op basis van deze bewaking de medische gegevens te worden verzameld die moeten toelaten een beslissing te nemen i.v.m. de omzetting van de opneming ter observatie in een verder verblijf (zie verder, nr. 627; Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 72; i.v.m. de bewakingsplicht,

zie verder, nr. 679). De verplichting de zieke grondig te onderzoeken moet eveneens in dit licht worden bekeken (*t.a.p.*). Dat bij het onderzoek en de behandeling de beperkte duur van de maatregel in acht moet worden genomen betekent niet dat geen medische behandeling zou mogen worden aangevat die desgevallend de periode van 40 dagen overschrijdt (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1098/4, 13).

626 De opneming ter observatie gebeurt in de psychiatrische dienst die daartoe werd aangewezen. Dit sluit evenwel niet uit dat, op grond van een beslissing van een arts van deze dienst en onder diens gezag en verantwoordelijkheid, de zieke voor een beperkte tijd, alleen of onder begeleiding, kan uitgaan noch dat hij deeltijds hetzij overdag hetzij 's nachts in de instelling verblijft.

Deze beslissing dient niet, zoals de beslissing tot voortijdige beëindiging van de opneming ter observatie, te worden genomen door de arts die diensthoofd is van de psychiatrische dienst. Zij kan worden genomen door een arts die aan deze dienst verbonden is en men mag aannemen dat dit in de regel de behandelend arts van de zieke zal zijn, vermits de wet voorschrijft dat de beslissing onder gezag en verantwoordelijkheid van de arts wordt genomen. Verantwoordelijkheid moet worden begrepen als aansprakelijkheid in de juridische betekenis die dit woord heeft (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 73; Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1098/4, 12-13). Tegen deze beslissing van de arts is geen beroep mogelijk, omdat het hier een beslissing "van zuiver interne en medische aard" betreft (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 121). De directeur van de instelling is niet bevoegd om deze beslissing te nemen (*anders*, de Minister van Justitie tijdens de bespreking in de Senaatscommissie, Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 73). Uit het verslag van deze bespreking kan voorts worden opgemaakt dat de arts de zieke kan laten overbrengen naar een andere dienst binnen dezelfde instelling. Zelfs zou art. 11, tweede lid aan de arts de bevoegdheid geven de zieke tijdelijk naar een andere instelling te sturen. Maar de instelling die werd aangewezen voor de observatie, behoudt de volledige verantwoordelijkheid (*t.a.p.*). Of art. 11, tweede lid deze draagwijdte heeft, kan nochtans worden betwijfeld.

§4. Verder verblijf

A. PROCEDURE

1. Bevestiging van noodzaak van verder verblijf

627 Wanneer de toestand van de zieke zijn verder verblijf in de instelling na het verstrijken van de observatieperiode vereist, zendt de directeur van de instelling ten minste 15 dagen vóór het verstrijken van de termijn bepaald voor de opneming ter observatie, aan de bevoegde vrederechter een omstandig verslag van de geneesheer-diensthoofd dat de noodzaak van verder verblijf bevestigt (art. 13, eerste lid).

De directeur van de instelling is verantwoordelijk voor de tijdige verzending van het omstandig medisch verslag. Als dit te laat, d.i. later dan 15 dagen vóór het verstrijken van de opneming ter observatie, gebeurt dan is geen verder verblijf meer mogelijk (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 82). Het opstellen van het verslag is een opdracht voor de arts, hoofd van de psychiatrische dienst, maar het is de bedoeling dat dit een multidisciplinair verslag zou zijn (*t.a.p.*). Op het diensthoofd rust een grote verantwoordelijkheid omdat hij op overtuigende wijze zal duidelijk moeten maken dat het verder verblijf na het verlopen van de observatieperiode nodig is op een ogenblik dat er ten minste nog 15 dagen van die periode dienen te verstrijken.

De bevoegde vrederechter is deze die de beslissing tot opneming ter observatie heeft genomen (*t.a.p.*, 81).

2. Beslissing van de vrederechter

628 De bevoegde vrederechter spreekt zich uit over het verder verblijf met inachtneming van de art. 7 en 8 (art. 13, tweede lid). Hij doet uitspraak bij voorrang boven alle andere zaken (art. 13, derde lid).

Wanneer de zieke het schriftelijk advies van een arts van zijn keuze heeft overgelegd en dit advies verschilt van het advies van de geneesheer-diensthoofd dan hoort de rechter, in aanwezigheid van de advocaat van de zieke, beide artsen op tegenspraak (art. 13, vijfde lid).

De geneesheer-diensthoofd is een psychiater. De wet voorziet niet dat de arts die gekozen wordt door de zieke eveneens psychiater dient te zijn. Tijdens de bespreking van het ontwerp in de Senaatscommissie bleek hierover geen eensgezindheid te bestaan. Volgens de Minister van Justitie kan het om het even welke arts zijn (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 82).

629 Het vonnis van de vrederechter is niettegenstaande hoger beroep, uitvoerbaar bij voorraad (art. 30, §2, derde lid).

Zie voor de procedure inzake hoger beroep, art. 30, §3 tot § 6.

B. DUUR, VERLENGING, MODALITEITEN EN EINDE VAN HET VERDER VERBLIJF

1. Duur en verlenging

630 De vrederechter stelt de duur vast van het verder verblijf. Dit mag de twee jaar niet te boven gaan (art. 13, vierde lid). Na verloop van de vastgestelde periode voor het verder verblijf wordt de zieke door de directeur van de instelling uit de dienst ontslagen behalve wanneer de vrederechter, met inachtneming van de procedure die geldt voor de omzetting van opneming ter observatie in verder verblijf, heeft beslist dat de zieke voor een nieuwe periode van ten hoogste 2 jaar in de instelling zal worden gehouden (art. 14; zie voor strafsancties, art. 37, tweede lid).

2. Modaliteiten

a) Verblijf buiten de dienst

631 Gedurende het verdere verblijf wordt de zieke bewaakt en behandeld in de instelling die daartoe werd aangewezen.

Dit sluit evenwel niet uit dat, op grond van de beslissing van een arts van de dienst en onder diens gezag en verantwoordelijkheid de zieke voor een beperkte tijd, alleen of onder begeleiding, kan uitgaan noch dat hij, deeltijds, hetzij 's nachts hetzij overdag, in de instelling verblijft, noch dat hij met zijn instem-

ming beroepsarbeid verricht buiten de dienst (art. 15; zie voor strafsancties art. 37, tweede lid).

Afgezien van de mogelijkheid tot beroepsarbeid, is deze bepaling vrijwel identiek met art. 11, tweede lid (zie boven, nr. 626 en de opmerkingen daarbij gemaakt i.v.m. de behandelend arts; zie ook Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 84-85). De instemming beroepsarbeid te verrichten is die van de zieke; de beslissing berust bij de arts.

b) Nazorg

632 De geneesheer-diensthoofd kan tijdens het verder verblijf ten allen tijde een beslissing nemen tot nazorg buiten de instelling. De nazorg kan ten hoogste één jaar duren. Tijdens die periode blijft de maatregel van verder verblijf behouden (art. 16, eerste lid).

633 De beslissing tot nazorg wordt genomen door de arts, hoofd van de dienst. Niet door de behandelend arts zoals voor het verblijf buiten de dienst. De beslissing tot nazorg moet worden genomen in een gemotiveerd verslag en dient de voorwaarden inzake verblijfplaats, geneeskundige behandeling of maatschappelijke dienstverlening te bepalen (art. 16, eerste lid).

634 Ook is de instemming van de zieke met de beslissing tot nazorg vereist.

In de Senaatscommissie werd betwijfeld of het wel zin had de instemming van de zieke te vragen. Daarop werd geantwoord dat die instemming essentieel is voor de nazorg. Als zij wordt geweigerd, dan vormt dat een aanduiding dat nazorg nog niet aangewezen is wegens onvoldoende genezing. De instemming is noodzakelijk, niet voldoende. De uiteindelijke beslissing berust bij de arts (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 86).

635 De arts die de beslissing tot nazorg neemt, brengt de zieke en de directeur van de instelling op de hoogte. Deze laatste licht de bevoegde vrederechter in. Op zijn beurt brengt deze de beslissing ter kennis van de personen aan wie kennis is gegeven van de beslissing tot verder verblijf alsook aan de personen of overheidsorganen aan wie deze beslissing is meegedeeld (art. 16, tweede en derde lid; zie voor strafsancties art. 37, tweede lid).

636 De nazorg kan op een tweevoudige wijze worden beëindigd door de geneesheer-diensthoofd.

Wanneer hij oordeelt dat de toestand van de zieke het toelaat, doet hij de nazorg eindigen in welk geval meteen ook een einde komt aan het verder verblijf (art. 17, 1°, j° art. 19, §2, eerste lid). Wanneer daarentegen de geestestoestand van de zieke dit vereist of wanneer de voorwaarden verbonden aan de nazorg niet in acht worden genomen, kan de geneesheer-diensthoofd de zieke opnieuw in de dienst laten opnemen (art. 17, 2°).

De nazorg eindigt ook nog samen met het verder verblijf wanneer binnen de periode van nazorg die maximaal één jaar kan duren, niet tot zgn. wederopneming werd besloten (art. 19, §2, tweede lid).

c) Overbrenging naar een andere dienst

637 Gedurende het verder verblijf kan de zieke naar een andere psychiatrische dienst worden overgebracht met het oog op een meer geschikte behandeling (art. 18, §1, eerste lid).

De beslissing daartoe wordt genomen door de geneesheer-diensthoofd in overeenstemming met de geneesheer-diensthoofd van de andere dienst. Dit gebeurt op eigen initiatief van de geneesheer-diensthoofd, op verzoek van enige belanghebbende of op verzoek van een bevoegde medische inspecteur van de psychiatrische diensten (art. 18, §1, tweede lid). Als belanghebbende komt ook de zieke zelf in aanmerking (zie de interpretatie in die zin van de Minister van Justitie, Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1098/4, 13; zie ook Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 89).

De geneesheer-diensthoofd deelt zijn beslissing mee aan de zieke en wijst er hem op dat hij hiertegen verzet kan doen. Hij deelt ze voorts mee aan de vrederechter, aan de procureur des Konings evenals aan de directeur van de instelling. Die brengt op zijn beurt de beslissing van de geneesheer-diensthoofd per aangetekende brief ter kennis van de wettelijke vertegenwoordiger van de zieke, van de advocaat en desgevallend van de arts en de vertrouwenspersoon die de zieke heeft gekozen en van de persoon die de opneming ter observatie heeft gevraagd (art. 18, §1, derde lid; zie voor strafsancties art. 37, tweede lid).

638 De zieke, zijn wettelijke vertegenwoordiger, zijn advocaat of zijn arts en de verzoeker tot opneming ter observatie kunnen zich, binnen acht dagen na de toezending van de aangetekende brief bedoeld in art. 18 §1, derde lid, voor de bevoegde vrederechter verzetten tegen de beslissing waarbij de overbrenging wordt gelast of geweigerd (art. 18, §2; zie voor de procedure dezelfde bepaling). De uitvoering van de beslissing tot overbrenging wordt opgeschort gedurende de termijn van acht dagen en gedurende het verzet (art. 18, §2, tweede lid, zie voor strafsancties art. 37, derde lid).

639 Na de overbrenging naar een andere dienst moet de zieke opnieuw in het register worden ingeschreven (art. 18, §2, tweede lid, *in fine*; Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 90). De regels die gelden voor het verder verblijf blijven behouden (*t.a.p.*).

3. Einde van het verder verblijf

640 Aan het verder verblijf komt een einde wanneer de geneesheer-diensthoofd in een gemotiveerd verslag beslist dat het verder verblijf niet langer nodig is. In dit verslag dient deze arts vast te stellen dat de toestand van de zieke de maatregel niet langer rechtvaardigt. Deze beslissing wordt genomen uit eigen beweging of op verzoek van enige belanghebbende (art. 19, §1).

Voorts eindigt het verder verblijf na het verstrijken van de door de vrederechter bepaalde termijn die maximaal 2 jaar kan bedragen en voor zover niet is gevonnist dat de zieke voor een nieuwe periode van ten hoogste 2 jaar in de instelling zal worden gehouden (art. 14). Het verder verblijf eindigt ook door een beslissing van de geneesheer-diensthoofd de nazorg te doen eindigen (art. 19, §2, eerste lid) en indien binnen één jaar nazorg niet tot wederopneming is besloten (art. 19, §2, tweede lid).

641 Tijdens de bespreking van het ontwerp in de Senaatscommissie werd de vraag gesteld of een arts al dan niet de jurisdictionele beslissing van de vrederechter mag opheffen.

Sommige leden maakten hiertegen bezwaar. Volgens hen mocht niet de indruk worden gewekt dat de arts, hoofd van de dienst, een beslissing van de vrederechter zou ongedaan kunnen maken. De beslissing van de arts diende daarom aanleiding te kunnen geven tot het instellen van rechtsmiddelen. Andere leden zagen dit anders. Het is de bedoeling van de wet de zieke te beschermen wanneer hij van zijn vrijheid dreigt te worden beroofd. Men moet minder streng zijn als het gaat om het herwinnen van die vrijheid. Men mag niet zover gaan de arts die beslist tot in vrijheidstelling, te verplichten een beroep te doen op de vrederechter alvorens hij de zieke uit de dienst mag ontslaan (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 93-95). Dit tweede standpunt heeft het gehaald.

642 De geneesheer-diensthoofd deelt zijn beslissing mee aan de zieke, de procureur des Konings en aan de directeur van de instelling (art. 19, §3, eerste lid, zie voor strafsancties, art. 37, tweede lid). De beslissing wordt onmiddellijk uitgevoerd (art. 19, §4; zie voor strafsancties art. 37, tweede lid) wat inhoudt dat de directeur de zieke uit de instelling ontslaat (art. 14).

643 De procureur des Konings verwittigt per aangetekende brief de magistraat die de beslissing heeft genomen, de vrederechter voor wie de zaak aanhangig is en de persoon die de opneming ter observatie heeft gevraagd (art. 19, §3, tweede lid).

644 Deze laatste kan, binnen 5 dagen na de toezending van de aangetekende brief door de procureur des Konings, tegen de beslissing van de geneesheer-diensthoofd verzet doen, bij verzoekschrift gericht tot de bevoegde vrederechter.

Tijdens de bespreking van het ontwerp in de Senaatscommissie werd langdurig gediscussieerd over de vraag of het verzet de beslissing tot beëindiging van het verder verblijf al dan niet opschort. Daarop is in het verslag van de bespreking geen duidelijk antwoord te vinden (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 97-100). Men mag hierbij niet uit het oog verliezen dat de beslissing van de geneesheer-diensthoofd onmiddellijk wordt uitgevoerd (art. 19, §4) zodat de zieke opnieuw in vrijheid is op het ogenblik dat degene die de opneming ter observatie heeft gevraagd, verzet doet. In dat licht zou een opschortend verzet weinig voorstellen. Bovendien kan de geneesheer-diensthoofd een einde maken aan het verder verblijf door de zieke eerst in nazorg te plaatsen en vervolgens de nazorg te beëindigen (art. 17, 1° en art. 19, §2). Het is niet duidelijk of art. 19, §3 en art. 20 ook gelden t.a.v. deze beslissing. Zou dat niet het geval zijn, dan is verzet tegen de beslissing tot beëindiging van het verder verblijf via de beëindiging van de nazorg niet mogelijk. Op die manier zou de mogelijke opschortende werking van het verzet gemakkelijk kunnen worden omzeild, zo dat verzet al opschortend zou werken, hetgeen geenszins vaststaat.

645 Bij de behandeling van het verzoekschrift waarbij verzet wordt gedaan, is de tussenkomst van een overeenkomstig art. 7, §1 aangewezen advocaat verplicht. In de oproeping van de zieke wordt vermeld dat hij het recht heeft een andere advocaat te kiezen. De vrederechter behandelt het verzoek op tegenspraak en doet uitspraak bij voorrang boven alle andere zaken (art. 20, tweede en derde lid).

646 Zodra het verder verblijf beëindigd is, worden de minderjarige of de onbekwaamverklaarde opnieuw toevertrouwd aan de persoon onder wiens gezag zij waren geplaatst (art. 21, eerste lid). In het belang van de zieke kan hij evenwel aan een andere persoon worden toevertrouwd (art. 21, tweede en derde lid). Voor personen die ter beschikking van de regering zijn gesteld met toepassing van art. 40 Jeugdbeschermingswet blijft die terbeschikkingstelling behouden (art. 21, vierde lid).

4. Herziening van het verder verblijf

647 Wanneer de beslissing van de vrederechter tot verder verblijf definitief is, kan de vrederechter, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van de zieke of van enige belanghebbende, te allen tijde tot herziening van die beslissing overgaan (art. 22, eerste lid).

Een dergelijk verzoek moet worden gesteund door een verklaring van een arts (art. 22, tweede lid).

Hoewel dit alsdusdanig niet in de wet wordt vermeld, werd in de bevoegde Senaatscommissie aangenomen dat een dergelijk verzoek in principe schriftelijk moet worden gedaan. Maar een mondeling verzoek, bijvoorbeeld uitgaand van de zieke zelf, is voldoende opdat de vrederechter ambtshalve zou kunnen optreden (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 108). Indien de vrederechter ambtshalve optreedt, is er geen medische verklaring vereist. Art. 22, tweede lid eist deze verklaring slechts bij een verzoek. Als reden voor dit onderscheid werd aangevoerd dat de vrederechter in het kader van zijn toezichthoudende functie regelmatig de zieke zou bezoeken (art. 33) (*t.a.p.*, 108). In al de andere gevallen is een medische verklaring wel vereist. Dit is een ontvankelijkheidsvereiste. De verklaring strekt ertoe de ernst van het verzoek te waarborgen. Omdat het niet gaat om een advies, maar de bevestiging inhoudt van een bestaande toestand, moet de verklaring niet worden gemotiveerd. De arts die de verklaring aflevert moet geen psychiater of neuroloog zijn.

Art. 22, eerste lid maakt een onderscheid tussen de zieke of enige belanghebbende. In andere bepalingen sluit het begrip belanghebbende de zieke wel in (zie boven, nr. 575).

648 De persoon die de opneming ter observatie heeft gevraagd, wordt bij gerechtsbrief in de zaak betrokken met een uitnodiging om te verschijnen (art. 22, derde lid). De vrederechter wint steeds het advies in van de geneesheer-diensthoofd, ook wanneer hij ambtshalve is opgetreden (art. 22, vierde lid en Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 108). De vrederechter neemt onverwijld een beslissing op tegenspraak. De tussenkomst van een aangewezen advocaat is verplicht. De zieke heeft het recht een andere advocaat te kiezen (art. 22, vierde lid).

De bevoegde Senaatscommissie besliste geen termijn te stellen aan de beslissing van de vrederechter, die onverwijld moet worden genomen. Daarbij werd opgemerkt dat ook de vrederechter onderworpen is aan deontologische regels (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 109; i.v.m. de na te leven termijn, zie boven, nr. 600).

649 Tegen een vonnis van de vrederechter geveld in toepassing van art. 22 kan hoger beroep worden ingesteld. Dit vonnis is, niettegenstaande hoger beroep, uitvoerbaar bij voorraad (art. 30, §2 e.v.).

In het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie werd de uitvoerbaarheid bij voorraad in het voordeel van de zieke genoemd. In feite, aldus het verslag, zal de beslissing meestal de opheffing van de maatregel tot gevolg hebben (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 124).

650 De beslissing tot herziening leidt tot de opheffing van de maatregel van verder verblijf. De zieke zal bijgevolg in vrijheid moeten worden gesteld.

AFDELING II

VERPLEGING IN EEN GEZIN

§1. Wettelijk kader

651 De Wet Persoon Geesteszieke kent twee soorten beschermingsmaatregelen nl. de behandeling in een ziekenhuis (hoofdstuk II van de wet en hierboven behandeld) en de verpleging in een gezin (hoofdstuk III van de wet). Waar de eerste beschermingsmaatregel overeenstemt met de zgn. collocatie, is de verpleging in een gezin de sekwestratie op grond van de vroegere wet.

Meer nog dan het opschrift van hoofdstuk II kan het opschrift van hoofdstuk III misleiden omtrent de ware aard van de bedoelde beschermingsmaatregel. Verpleging in een gezin heeft meerdere betekenissen (zie Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat 1988-89, nr. 733/2, 111) en doorgaans hebben zij een positieve bijklank (eerstelijnsgezondheidszorg; mantelzorg, zelfhulp e.d.). Dit mag ons evenwel niet doen vergeten dat ook de verpleging in een gezin een beschermingsmaatregel is die aanleiding geeft tot vrijheidsbeperking (art. 1) en *in casu* gepaard gaat met verplichte afzondering en bewaking.

652 Aangezien de verpleging in een gezin een beschermingsmaatregel is moeten alle voorwaarden die art. 2 stelt voor het treffen van zo'n maatregel, zijn vervuld (voor de bespreking van deze voorwaarden, zie boven, nr. 557).

§2. Procedure leidend tot verpleging in een gezin

653 Wat de procedure betreft maakt de wet een onderscheid tussen twee fasen welke overeenstemmen met de opneming ter observatie en het verder verblijf bij gedwongen opneming in een ziekenhuis, zonder dat in dit geval de eerste fase de observatie wordt genoemd.

Gemakshalve wordt dezelfde terminologie gebruikt, ook al omdat de procedure vrijwel identiek is.

A. OBSERVATIEPERIODE

654 Tot de verpleging in een gezin kan slechts worden besloten na een verzoekschrift van een belanghebbende. Een equivalent voor de opneming ter ob-

servatie in een spoedeisend geval na beslissing van de procureur des Konings bestaat niet. Een verzoekschrift kan worden ingediend wanneer beschermingsmaatregelen noodzakelijk blijken, maar de toestand van de geesteszieke en de omstandigheden niettemin verpleging in een gezin toelaten.

Het verzoekschrift moet voldoen aan wat bepaald is in art. 5. De art. 6 en 7 zijn eveneens van toepassing.

655 De bevoegde vrederechter doet uitspraak binnen tien dagen na de indiening van het verzoekschrift bij een omstandig gemotiveerd vonnis. Tegen dit vonnis is hoger beroep mogelijk (art. 30), maar het is uitvoerbaar bij voorraad (art. 30, §2, derde lid).

656 Indien de vrederechter het verzoek inwilligt geeft hij opdracht aan een bepaald persoon de zieke te bewaken en aan een arts de zieke te behandelen. Deze maatregel geldt voor een termijn van maximum 40 dagen (art. 24, §1, tweede en derde lid).

De maatregel impliceert tevens de verpleging in een gezin. "Gezin" heeft een ruime betekenis. Het kan zowel het gezin zijn van de zieke als een ander gezin, op voorwaarde dat één persoon is aangesteld voor de bewaking en één arts die verantwoordelijk is voor de behandeling. Onder dit begrip vallen ook de zgn. "gezinsvervangende tehuizen" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 111-112). De arts die belast wordt met de behandeling van de zieke moet geen psychiater of neuroloog zijn. Op deze eigenaardige regeling wordt hieronder nog in gegaan (zie verder, nr. 658).

B. VERDER VERBLIJF

657 Indien de toestand van de zieke zijn verder verblijf in het gezin na het verstrijken van de termijn van 40 dagen vereist, zendt de arts die belast werd met de behandeling, ten minste 15 dagen vóór het verstrijken van die termijn, aan de bevoegde vrederechter een omstandig verslag dat de noodzaak van verder verblijf bevestigt. De vrederechter doet uitspraak bij voorrang boven alle andere zaken. Hij stelt de duur vast van het verder verblijf, die twee jaar niet te boven mag gaan (art. 25, eerste t.e.m. derde lid).

De art. 7 en 8 zijn van overeenkomstige toepassing. Als de zieke het schriftelijk advies van de arts van zijn keuze heeft voorgelegd en dit advies verschilt van dat van de arts die met de behandeling werd belast, kan de vrederechter, in tegenwoordigheid van de advocaat van de zieke, beide artsen op tegenspraak horen (art. 25, vierde en vijfde lid). Tegen de beslissing van de vrederechter is hoger beroep mogelijk (art. 30).

§3. Modaliteiten van de verpleging in het gezin

658 Anders dan voor de gedwongen opneming in een psychiatrische dienst waarvoor de wetgever geen enkele specifieke bepaling inzake de behandeling heeft opgenomen, bevat art. 27 vrij gedetailleerde voorschriften i.v.m. de behandeling van de zieke die verpleegd wordt in een gezin.

De behandelend arts ontvangt of bezoekt de zieke op geregelde tijdstippen, verstrekt aan de zieke en de persoon die opdracht heeft hem te bewaken alle nuttige raadgevingen en instructies en zendt ten minste eenmaal in het jaar een verslag aan de vrederechter waarin hij verklaart de vereiste verzorging te hebben verstrekt en waarin hij zijn advies geeft over de noodzaak de beschermingsmaatregel al dan niet te handhaven. Niet naleving van art. 27 is een strafbaar feit (zie art. 37, tweede lid).

Onder de behandelend arts dient te worden verstaan de arts die de opdracht kreeg de zieke te behandelen (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 116).

659 Ten minste eenmaal in het jaar bezoekt de vrederechter de zieke (art. 28).

660 Indien de vrederechter van oordeel is dat de verpleging in het gezin niet langer geschikt is, kan hij na het advies van de behandelend arts te hebben ingewonnen of na dit advies gekregen te hebben, ofwel die maatregel wijzigen, ofwel een opneming ter observatie in een psychiatrische dienst bevelen (art. 29, eerste lid).

Het wijzigen van de maatregel is de tegenhanger van de overbrenging naar een andere dienst bij gedwongen opneming. Daarom moet de procedure bepaald in art. 18 worden gevolgd (art. 29, tweede lid). Het wijzigen van de maatregel kan inhouden dat een ander gezin of een andere arts wordt aangewezen (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 119). Wanneer de vrederechter de opneming ter observatie beveelt moet de procedure van art. 7 en 8 worden gevolgd. De opneming ter observatie schorst de maatregel van behandeling en bewaking. Wanneer de opneming ter observatie wordt omgezet in verder verblijf dan wordt de maatregel van behandeling en bewaking opgeheven (art. 29, laatste lid).

§4. Opheffing of herziening van de verpleging in het gezin

661 De maatregelen van behandeling en bewaking getroffen in het kader van de verpleging in het gezin van een geesteszieke kunnen worden herzien of opgeheven volgens de procedure bepaald in art. 22 voor de herziening van de opneming in een psychiatrische dienst door de vrederechter. Er dient een geneeskundige verklaring te worden voorgelegd waarin wordt bevestigd dat de opheffing wenselijk is (art. 26, eerste lid).

Of die geneeskundige verklaring ook nodig is wanneer de vrederechter ambtshalve tot de herziening over gaat is niet duidelijk. Vermits art. 28 hem verplicht de zieke jaarlijks te bezoeken, zou men kunnen menen dat dit niet het geval is.

De maatregel wordt voorts nog opgeheven wanneer hij door een opneming in een psychiatrische dienst wordt vervangen (art. 29,laatste lid).

De persoon die de beschermingsmaatregel heeft gevraagd, is partij in het geding (art. 26, tweede lid).
Bij het beëindigen van de maatregel, is art. 21 van toepassing (art. 26, derde lid).

AFDELING III

JURIDISCHE EN MEDISCHE BIJSTAND VAN DE ZIEKE. TOEZICHT OP DE NALEVING VAN DE WET

§1. Juridische en medische bijstand

A. KLACHTRECHT. RECHT OP BRIEFWISSELING

662 Verzoekschriften of klachten uitgaande van de zieke en gericht tot de gerechtelijke of administratieve overheden of brieven van en aan de zieke mogen niet worden ingehouden of vernietigd (art. 32, §2, eerste lid).

B. RECHT OP BEZOEK DOOR VRIJ GEKOZEN RAADSMAN

663 In iedere psychiatrische dienst kan de zieke het bezoek ontvangen van zijn advocaat, de door hem gekozen arts, van een vertrouwenspersoon binnen de perken gesteld door het huishoudelijk reglement en van ieder ander persoon voor zover hiertegen geen medische tegenindicaties bestaan (art. 32, §2, tweede lid).

C. RECHT OP ONRECHTSTREEKSE INZAGE VAN HET REGISTER EN HET MEDISCH DOSSIER

664 De door de zieke gekozen arts en de advocaat van de zieke kunnen zich het register bedoeld in art. 10 doen voorleggen (art. 32, §2, derde lid). Voorts kunnen zij van een arts van de psychiatrische dienst alle inlichtingen verkrijgen die nuttig zijn voor de beoordeling van de toestand van de zieke. Ook kan de vrij gekozen arts het medisch dossier inzien, in tegenwoordigheid van een arts van de dienst.

De niet-naleving van deze bepalingen, alsook deze i.v.m. het klachtrecht en het bezoekrecht is een strafbaar feit (zie art. 37, tweede lid). Dit impliceert dat een arts van de psychiatrische dienst waar de zieke is opgenomen verplicht is aan de vrij gekozen arts van de patiënt maar ook aan diens advocaat alle inlichtingen te verstrekken die nuttig zijn voor de beoordeling van de toestand van de zieke. Van een schending van het medisch beroepsgeheim kan hier niet worden gesproken vermits een wet de verplichting tot bekendmaking oplegt.

§2. Toezicht op de naleving van de wet

665 Het toezicht op de naleving van de wet in de psychiatrische diensten wordt uitgeoefend door de procureur des Konings en de vrederechter van de plaats waar de dienst gelegen is en door de geneesheren-inspecteurs-psychiaters die werden aangewezen door de overheden die bevoegd zijn voor het gezondheidsbeleid.

Deze magistraten en artsen alsook de deskundigen aangewezen door de rechtbank hebben toegang tot de psychiatrische diensten. Voorts kunnen zij zich

de registers, gehouden ter uitvoering van deze wet en alle stukken die zij voor het volbrengen van hun taak nodig hebben, doen voorleggen (art. 33).

In de tekst die werd goedgekeurd in de Senaatscommissie werd aan de magistraten en toezichthoudende artsen de bevoegdheid gegeven zich de medische dossiers te doen voorleggen (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 138). Op voorstel van de Regering werd deze bepaling geschrapt, omdat zij niet in overeenstemming was met het vertrouwelijk karakter van deze dossiers (*t.a.p.*, nr. 733/5, 12-13). De Regering achtte het ontoelaatbaar dat door het overleggen van de dossiers elementen zouden worden vrijgegeven die ofwel vallen onder het beroepsgeheim ofwel zaken betreffen die de opdracht van de magistraten te buiten gaan (*t.a.p.*, nr. 733/6, 4). Door de schrapping van deze bepaling blijft het mogelijk dat in een concreet geval een toezichthoudende magistraat of arts zich een medisch dossier laat voorleggen - de wet spreekt nl. van alle stukken - doch enkel op voorwaarde dat kan worden aangetoond dat dit nodig is voor het volbrengen van hun taak. In dat geval gelden de gebruikelijke regels i.v.m. het medisch beroepsgeheim. De behandelend arts is derhalve niet verplicht de hem gevraagde documenten voor te leggen zo hij meent dat ze onder zijn zwijgplicht vallen. Zou hij toch door het beroepsgeheim gedekte gegevens aan de openbaarheid prijs geven, dan kunnen deze in geen geval tegen de zieke worden gebruikt, b.v. door de magistraat in een zaak tegen de patiënt (*Hand.*, Senaat, 15 februari 1990, 1626, tussenkomst Minister van Justitie)(zie hierover ook verder, nr. 983).

666 Iedere belemmering van het toezicht wordt gestraft met de straffen bepaald in art. 37, eerste lid (art. 37, derde lid). Indien het misdrijf is gepleegd met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden, wordt de schuldige gestraft met gevangenisstraf van 3 maanden tot 1 jaar en/of geldboete van 26 tot 5.000 fr. (art. 37, vierde lid).

HOOFDSTUK II

MEDISCHE BEHANDELING VAN DE GEESTESZIEKE

AFDELING I

WETTELIJKE REGELING

667 De Wet Persoon Geesteszieke bevat geen omvattende regeling i.v.m. de medische behandeling van de geesteszieken t.a.v. wie een beschermingsmaatregel is getroffen. Wel wordt op verschillende plaatsen in de wet verwezen naar de behandeling van deze zieken. Zoals reeds werd opgemerkt (zie boven, nr. 558) kan deze verwijzing misleiden omtrent de werkelijke aard van de maatregel.

Zo luidt het opschrift van hoofdstuk II "Behandeling in een ziekenhuis", terwijl nergens in dat hoofdstuk een bepaling is opgenomen die concreet verband houdt met de medische behandeling van een onder dwang opgenomen geesteszieke. In dit opzicht is dit opschrift vergelijkbaar met de titel van de vroegere Krankzinnigenwet. Die luidde "wet op de behandeling van de krankzinnigen" (K.B. 15 mei 1931 waarbij de Nederlandse tekst van de Krankzinnigenwet van 18 juni 1850 officieel werd aangenomen, *B.S.*, 8 juni 1931). Nergens regelde deze wet de medische behandeling van de geplaatste patiënten. Dat was overigens ook niet de bedoeling vermits zij in de eerste plaats de gedwongen plaatsing wilde mogelijk maken. De nieuwe wet daarentegen heeft wel als eerste bekommernis te voorzien in de medische behandeling van de opgenomen geesteszieken (zie boven, nr. 558). Het wekt verwondering dat deze bekommernis niet in de wet is uitgewerkt (zie ook RONSE, H., "De bescherming van de persoon van de geesteszieke", *Vl. T. Gez.*, 1989-90, 55).

668 Niettemin bevat de nieuwe wet, meer dan de vroegere, bepalingen waarin voorschriften worden geformuleerd t.a.v. de behandeling van de geesteszieken.

Er kan worden herinnerd aan art. 27 dat betrekking heeft op geesteszieken die verpleegd worden in een gezin. Maar vooral art. 32, §1 is hier van belang.

Volgens deze bepaling wordt iedere geesteszieke behandeld met eerbiediging van zijn vrijheid van mening, van zijn godsdienstige en filosofische overtuiging en op zulke wijze dat zijn lichamelijke en geestelijke gezondheid, zijn sociale en gezinscontacten en zijn culturele ontplooiing in de hand worden gewerkt. In deze bepaling kan men het recht op bescherming van de lichamelijke en geestelijke gezondheid en het recht op behandeling lezen, zij het dat niet wordt aangegeven jegens wie deze rechten gelden. Onduidelijk is ook wie onder "iedere geesteszieke" dient te worden begrepen. Zeker de geesteszieke t.a.v. wie een beschermingsmaatregel werd getroffen. Maar ook de vrij opgenomen geesteszieken zouden zich op deze bepaling kunnen beroepen. Deze geesteszieken vallen niet volledig buiten het toepassingsgebied van de wet, nu art. 3 bepaalt dat degene die zich vrij laat opnemen in een psychiatrische dienst, deze te allen tijde kan verlaten. Bovendien is art. 32, §1 opgenomen onder hoofdstuk V van de wet, met het ruime opschrift : "Algemene bepalingen".

669 In het wetsontwerp dat werd neergelegd ter bespreking in de Senaatscommissie kwamen, naast wat art. 32, §1 van de wet werd, nog andere bepa-

lingen voor die de medische behandeling van de geesteszieken aan voorschriften onderwierpen.

Evenals art. 32, §1, werden die voorschriften ontleend aan de Aanbeveling R (83) 2 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa betreffende de rechtsbescherming van gedwongen opgenomen geesteszieken, meer bepaald art. 5.

Het ontwerpart. 32, §1 dat overeenstemde met art. 5, §1 van deze Aanbeveling, kende aan de onder dwang opgenomen geesteszieke het recht op behandeling toe onder dezelfde voorwaarden als voor de vrij opgenomen geesteszieke. Om nogal duistere redenen werd deze tekst niet aangenomen. "Eigenlijk gaat het om een soort ethische regel", terwijl nog werd opgemerkt dat de thans opgenomen geesteszieken zich niet noodzakelijk in dezelfde omstandigheden bevinden als de andere zieken "namelijk op architecturaal gebied" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 132). Art. 32, §2 bevatte een strikte regeling voor de toepassing van een behandeling die door de medische wetenschap nog niet algemeen is aanvaard en waarbij een ernstig risico op onherroepelijke beschadiging van de hersenen of verslechtering van de persoonlijkheid van de patiënt bestaat. Ook deze regeling werd geïnspireerd door art. 5, §2 van de Aanbeveling R (83) 2. Blijkens het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie kon dit voorstel op weinig sympathie rekenen bij de Commissieleden. Terwijl zij, tot in de kleinste details, de procedurele aspecten van de gedwongen opneming van geesteszieken wilden regelen, zagen zij nu "geen enkele reden om in een wet voor geesteszieken een bepaling op te nemen die voor gewone patiënten niet zou gelden". Het argument dat het hier een erg kwetsbare groep patiënten betreft, die vatbaar is voor grote druk werd als een argument tegen bijzondere regels gebruikt : "Met een zeer beperkte wetgeving m.b.t. de geesteszieken zou men de verkeerde indruk kunnen geven dat alles mag worden gedaan wat niet uitdrukkelijk verboden is" (*t.a.p.*).

Om toch maar niet tot regeling van het medisch handelen te moeten overgaan werd niet teruggedeinsd voor redeneringen die in de vorige eeuw geldig waren : "Een ander lid wees erop dat men hier geen codex voor medische deontologie moet opstellen vermits deze al bestaat en voor alle zieken en voor alle medici geldt. In deze wet moet men alleen bepalen welke de waarborgen zijn die eraan worden toegevoegd voor personen die van hun vrijheid zijn beroofd" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 135).

Om identieke redenen werd het ontwerpart. 32, §2, dat geïnspireerd werd door art. 5, §3 van de Aanbeveling R (83) 2, afgewezen. Volgens dit artikel was het "experimenteren" of uittesten van medische produkten of technieken op geesteszieken slechts toegelaten indien de patiënt of zijn vertegenwoordiger erin heeft toegestemd en na het advies van een commissie voor medische ethiek. Een commissielid ging zover het bepaalde in deze § strijdig met "de rechtspraak" te beschouwen. "Experiment-overeenkomsten worden door de rechtbanken niet geldig verklaard, tenzij zij verantwoord zijn door de doelgerichtheid van de behandeling" (*t.a.p.*, 133). Het Commissielid moet dan wel naar Franse rechtspraak hebben verwezen, vermits in België ter zake geen rechterlijke uitspraken bestaan (zie verder, nr. 800).
Ten slotte, aldus het verslag van de bespreking, werd beslist de §2 en §3 van de voorgestelde tekst weg te laten "en deze materie voorlopig aan de medische deontologie over te laten" (*t.a.p.*, 135).

670 Het resultaat van deze besprekingen is ontgoochelend. Afgezien van enkele vage verwijzingen naar de behandeling van onder dwang opgenomen geesteszieken, bevat de wet zelfs geen aanzet voor een minimale rechtspositieregeling voor deze zieken als patiënten (zie in dezelfde zin GILLARDIN, J., *a.w.*, 12-13). Bijgevolg blijft men aangewezen op algemene rechtsregels voor het juridisch duiden van de relatie tussen opgenomen geesteszieke en arts. Die duiding verloopt niet zonder moeilijkheden.

AFDELING II

JURIDISCHE GRONDSLAG VOOR DE BEHANDELING VAN EEN OPGENOMEN GEESTESZIEKE

671 De juridische positie waarin een onder dwang opgenomen geesteszieke terecht komt vertoont enerzijds gelijkenis met de positie van de vrij opgenomen zieke maar anderzijds zijn er ook belangrijke verschillen.

§1. Handelingsbekwaamheid

672 Voor zover de opgenomen geesteszieke niet onder een beschermingsstatuut valt waardoor zijn handelingsonbekwaamheid wordt opgeheven of beperkt, is een dergelijke patiënt handelingsbekwaam.

Volgens art. 34 van de Krankzinnigenwet 1850/1873 kunnen de handelingen die iemand heeft verricht gedurende de tijd dat hij in een krankzinnigengesticht gehouden werd of in zijn woning afgezonderd was, wegens krankzinnigheid bestreden worden overeenkomstig art. 1304 B.W. Art. 34 maakt deel uit van hoofdstuk VII van de Krankzinnigenwet dat nog steeds geldt (zie art. 38, §13, a *in fine* Wet Persoon Geesteszieke) in afwachting van een Wet Goederen Geesteszieke. In de regel wordt deze bepaling zo geïnterpreteerd dat de gedwongen opname een weerlegbaar vermoeden doet ontstaan van ongezondheid van geest dat dient te worden weerlegd door de medecontractant die zich op de geldigheid van de overeenkomst beroept (BOVIN, S. e.a., *a.w.*, 136). Dit vermoeden van ongezondheid van geest is ingesteld tot bescherming van de patrimoniale belangen van de geesteszieke. Wat zijn persoon betreft kan de onder dwang opgenomen geesteszieke geldig rechtshandelingen stellen, voor zover alle andere voorwaarden daartoe zijn vervuld. Zo dient het niet *a fortiori* te worden uitgesloten dat een onder dwang opgenomen patiënt in een contractuele relatie staat tot een door hem vrij gekozen arts. De algemeen voorlopige bewindvoerder die krachtens het nog geldende art. 30 Krankzinnigenwet aan de geplaatste geesteszieke kan worden toegewezen, dient niet tussen te komen bij het afsluiten van deze overeenkomst. Behoudens wettelijke uitzonderingen is de algemeen voorlopige bewindvoerder niet bevoegd om maatregelen te treffen die de persoon van de geesteszieke betreffen (R.v.St., Micholt en Martens, nr. 25.852, 14 november 1985).

§2. Beslissingsbekwaamheid

673 Voor sommige auteurs is het uitgesloten dat de onder dwang opgenomen patiënt bekwaam is om op een vrije en volwaardige wijze zijn wil te uiten (VAN OEVELEN, A., "De aansprakelijkheid jegens psychisch gehandicapten", *R.G.A.R.*, 1980, 10.151, nr. 5). Hoewel men deze opvatting ook aantreft in de voorbereidende werken van de Wet Persoon Geesteszieke bevat diezelfde wet een aantal bepalingen waaruit een ander standpunt blijkt. Met de instemming van de zieke mag een arts van de psychiatrische dienst hem beroepsarbeid laten verrichten buiten de dienst (art. 15). De geneesheer-diensthoofd kan, eveneens met instemming van de zieke, een beslissing nemen tot nazorg buiten de instelling (art. 16). Voorts kan men in art. 32, §1, hoe vaag het ook is geformuleerd, een erkenning lezen van de principiële bekwaamheid van de onder dwang opgenomen patiënt toe te stemmen in de behandelingen waaraan men hem wenst te onderwerpen ("eerbiediging van zijn

vrijheid van mening en overtuiging", de behandeling moet gericht zijn op zijn sociale en culturele ontplooiing; het lijkt in contradictie met die eis hem te onderwerpen aan behandelingen waarin hij niet toestemt).

§3. Geen vrije keuze van ziekenhuis of arts

674 Een belangrijk principieel verschil in vergelijking met de vrij opgenomen patiënt is dat de onder dwang opgenomen patiënt niet vrij de psychiatrische dienst kan kiezen waarin hij wordt behandeld (zie boven, nr. 619). Aangezien aan deze diensten medische stafleden vast zijn verbonden, is ook de vrije keuze van psychiater sterk beperkt. Die vrije keuze bestaat zelfs in het geheel niet wanneer de patiënt wordt verpleegd in een gezin na een beslissing van de vrederechter. Die geeft opdracht aan een arts de zieke te behandelen (art. 24, §1, tweede lid; zie boven, nr. 656).

§4. Behandeling zonder toestemming

675 Biedt de gedwongen opname in een psychiatrische dienst een wettelijke grondslag om een patiënt zonder diens toestemming of zelfs tegen zijn wil aan een behandeling te onderwerpen?

Onder de vroegere Krankzinnigenwet werd aan deze vraag nauwelijks aandacht besteed. Volgens BOVIN evenwel leverde deze wet alleen de wettelijke grondslag voor de dwangopname als maatregel van ordehandhaving. Vervolgens liet deze wet alleen toe dat dwangmiddelen werden toegepast als maatregelen van inwendige orde. Maar voor dwangbehandeling zoals onder dwang toedienen van medicatie, heelkundige ingrepen, elektroshocks, diende de toestemming van de patiënt te worden bekomen (BOVIN, S. e.a., *a.w.*, 133-134). Als de patiënt die toestemming niet zelf kon geven, diende een beroep te worden gedaan op de vervangende toestemming. VAN OEVELEN heeft erop gewezen dat wanneer een patiënt niet tot een vrije en volwaardige wilsuiting in staat is, dit vaak wordt opgelost door de toestemming te vereisen van de ouders, de wettelijke vertegenwoordiger, de familieleden of de vrienden van de patiënt. VAN OEVELEN vergelijkt dit met de situatie van de bewusteloze, zwaar gekwetste die dringend naar een ziekenhuis wordt gevoerd. In dat geval is de arts en het ziekenhuis bevoegd te handelen op grond van zaakwaarneming. Betreft het evenwel een onder dwang opgenomen patiënt dan kan de toestemming worden gegeven door de voorlopige bewindvoerder, op grond van zijn wettelijke bevoegdheid (VAN OEVELEN, A., *a.w.*, nr. 10).

Daarbij wordt eraan voorbij gegaan dat de bevoegdheid van deze bewindvoerder uitsluitend de goederen, niet de persoon, van de geesteszieke betreft.

676 De wetgever heeft bij de vervanging van de Krankzinnigenwet onvoldoende aandacht gehad voor het probleem van de behandeling zonder toestemming c.q. onder dwang.

Wel wordt op meerdere plaatsen in het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie de indruk gewekt dat de gedwongen opname de behandeling van een geesteszieke die deze weigert, moet mogelijk maken (zie boven, nr. 558 e.v.). Daarbij wordt er van uit gegaan dat de gedwongen opname op zichzelf al een schok zou veroorzaken bij de betrokkene die meebrengt dat hij alsnog zijn toestemming geeft of minstens zijn weigerachtige houding van tevoren af-

legt. Maar daarmee is nog niet gezegd dat de dwangopname een dwangbehandeling zou legitimeren.

AFDELING III

AANSPRAKELIJKHEID JEGENS GEESTESZIEKEN

677 De aansprakelijkheid van de psychiater wordt beheerst door de algemene regels van de medische aansprakelijkheid (VAN OEVELEN, A., *a.w.*, nr. 17; zie ook HEYLEN, R., "De aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor geesteszieken", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 441; HEYLEN, R., "De aansprakelijkheid van de psychiater bij zelfmoord in het ziekenhuis", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 446; VANSWEEVELT, T., "Aansprakelijkheid jegens geesteszieken", *R.W.*, 1986-87, 1760).

Uit een onderzoek van de rechtspraak inzake aansprakelijkheid jegens geesteszieken blijkt overigens dat de aansprakelijkheid van de psychiater tot op heden nauwelijks in het gedrang is gekomen (zie VANSWEEVELT, T., *a.w.*, 1762, nr. 4 die uitsluitend naar Franse rechtspraak verwijst, met uitzondering van Luik, 14 maart 1979, *Jur. Liège*, 1979, 417; het Hof van Beroep te Luik weerhield de aansprakelijkheid van een arts die een patiënt onderwierp aan een ontwenningskuur zonder voorzorgen te nemen om te beletten dat de patiënt door het raam sprong; overigens betrof het hier geen psychiater. Een andere zaak, waarin niet duidelijk is of de arts een psychiater was, betrof het toepassen van een elektrochoc-therapie op een dusdanige wijze dat het rechterdijbeen van de patiënt werd gebroken (Brussel, 11 januari 1962 , *R.G.A.R.*, 1962, 6928). Bevreemdend is dat de arts niet de dijbeenbreuk werd aangewreven - klaarblijkelijk is dat een consequentie die op de koop toe moet worden genomen - maar wel het instellen van de therapie tegen het verzet in van de patiënt en het niet op deskundige wijze verzorgen van de beenbreuk. Het laatste achtte het Hof van Beroep te Brussel niet voldoende aangetoond, terwijl de toestemming van de naaste familieleden volstond om zo'n ingrijpende behandeling toe te passen t.a.v. iemand die niet in staat was zijn wil vrij te bepalen.

Bijna steeds betreft de aansprakelijkheidsvraag het ziekenhuis waar de patiënt werd opgenomen (zie verder, nr. 679).

678 Toepasselijkheid van de algemene regels van de medische aansprakelijkheid impliceert dat de psychiater niet aansprakelijk kan worden gehouden voor elk ongeval waardoor aan de geesteszieke schade wordt toegebracht. De psychiater gaat een inspanningsverbintenis aan, geen resultaatsverbintenis. Hij verbindt er zich niet toe zijn patiënt te genezen, maar wel om hem op nauwgezette en vakkundige wijze te verzorgen, overeenkomstig de stand van de huidige medische kennis (VAN OEVELEN, A., *a.w.*, nr. 17; VANSWEEVELT, T., *a.w.*, 1763).

Aldus zal de psychiater kunnen worden aangesproken wanneer hij, niet handelend als een zorgvuldig psychiater in dezelfde omstandigheden, zich vergist in de voorgeschreven therapie of wanneer hij na de patiënt te hebben onderzocht aan het personeel van de instelling geen voorzorgsmaatregelen of versterkt toezicht voorschrijft. Eveneens wanneer hij de patiënt voortijdig, voor een te lange periode of zonder noodzakelijke voorschriften de toelating verleent de instelling te

verlaten. Hoewel het ziekenhuis voor de eigenlijke bewaking moet instaan, dient de psychiater de passende bewakingsmaatregelen voor te schrijven, rekening houdend met de psychische toestand van de patiënt, zijn antecedenten, de inlichtingen die van zijn familie werden bekomen. De bewaking, niet de materiële uitvoering ervan, maar het stellen van de grenzen, wordt geacht een integrerend deel uit te maken van de therapie, welke tot de exclusieve bevoegdheid van de psychiater behoort.

679 Wat het uitvoeren van de door de psychiater voorgeschreven bewaking door de psychiatrische instelling betreft, wordt thans algemeen aanvaard dat dit een inspanningsverbintenis is, geen resultaatsverbintenis (VAN OEVELEN, A., *a.w.*, nr. 18; VANSWEEVELT, T., *a.w.*, 1761, Rb. Hasselt, 7 april 1986, *R.W.*, 1986-87, 1757, noot VANSWEEVELT; *Limb. Rechtsl.*, 1986, 192; Rb. Antwerpen, 3 oktober 1986, *R.W.*, 1986-87, 2162).

De rechtspraak die het psychiatrisch ziekenhuis vrijspreekt van aansprakelijkheid verwijst doorgaans naar de (door de arts opgelegde) moderne therapieën en/of naar de afwezigheid van enige fout.

680 De bewakingsverplichting jegens onder dwang opgenomen geesteszieken houdt evenmin een resultaatsverbintenis in (Luik, 26 mei 1981, *Jur. Liège*, 1981, 401-402; Rb. Namen, 16 januari 1961, *Bull. Ass.* 1963, 595, noot M.G., die de stelling verdedigde dat de bewakingsplicht t.a.v. geesteszieken een resultaatsverbintenis inhoudt).

Interessant in dit verband is een overweging in Brussel, 12 januari 1973, *R.W.*, 1973-74, 199, noot DE WILDE, L., : "overwegende dat de vooropgestelde aansprakelijkheidsverzwaring met resultaatsverbintenis inzake paramedische bewaking van geesteszieken - *de lege ferenda* - wellicht, bij psychiatrische verpleging in gesloten inrichting na collocatie, haar verantwoording zou kunnen vinden in het wezen zelf van deze administratieve maatregel". Bij de vervanging van de Krankzinnigenwet door de Wet Persoon Geesteszieke werd wel op diverse plaatsen de aansprakelijkheid van de psychiater en de instelling ter sprake gebracht, maar een wijziging van de algemene aansprakelijkheidsregels werd niet doorgevoerd.

Voor de aansprakelijkheid in geval van zelfmoord, zie verder, nr. 725.

TITEL VII

ARTS EN STERVENDE EN OVERLEDEN PATIENT

HOOFDSTUK I

ARTS EN STERVENDE PATIENT

681 In dit hoofdstuk worden de rechten en de plichten onderzocht die de arts heeft tegenover een stervende patiënt, dit is een patiënt bij wie de dood nog niet is ingetreden maar die zich bevindt in een niet meer omkeerbaar proces dat onvermijdelijk tot de dood zal leiden.

Aldus de patiënt in de eindfase van een chronische aandoening als longkanker, degeneratieve neurologische aandoeningen e.d. De therapeutische mogelijkheden zijn uitgeput; de prognose is op korte termijn infaust.

De rechten en plichten van de arts tegenover de stervende patiënt liggen positiefrechtelijk nauwelijks vast. Het betreft hier een bijzonder delicate aangelegenheid, waaromtrent de gedachtenvorming nog volop in beweging is.

682 De bespreking van de rechten en plichten van een arts tegenover een stervende patiënt beweegt zich rondom twee polen, nl. het verlichten en vermijden van pijn en lijden aan de ene kant (afdeling I) en het ingrijpen om het leven te verkorten en te beëindigen aan de andere kant (afdeling II).

Wat onder afdeling II ter sprake zal komen is evenwel niet beperkt tot de stervende patiënt. Ook een niet stervende patiënt, en zelfs een ogenschijnlijk gezonde persoon kan een verzoek richten tot een arts om "uit het leven" te worden geholpen. Hoewel het levensverkortend handelen door een arts op verzoek van een ander een ruimere draagwijdte heeft, lijkt het niettemin verantwoord dit onderwerp hier ter sprake te brengen. Het confronteert de arts met sterven en dood en zijn plichten hieromtrent.

AFDELING I

VERMIJDEN VAN PIJN EN LIJDEN

§1. Staken of nalaten van een medisch zinloze behandeling

683 Hoever strekt de hulpverleningsplicht (zie boven, nr. 264 e.v.) van een arts wanneer hij met een stervende patiënt wordt geconfronteerd? Mag de hulpverlening worden stopgezet? Mag hij weigeren een behandeling in te zetten? En welk belang dient in dit kader te worden gehecht aan het verzoek van de patiënt of zijn familie?

A. TERMINOLOGIE EN DEFINITIES

1. Orthothanasie

684 In de Franstalige rechtsliteratuur wordt de hier bedoelde situatie, nl. het staken of nalaten van een medisch zinloze behandeling bij de patiënt die zich bevindt in de onomkeerbare fase van het stervensproces, dikwijls aangeduid als o r t h o t h a n a s i e .

(Zie TROUSSE, E., "L'orthothanasie par omission de secours", *R.D.P.*, 1950-51, 1102). Orthothanasie betekent etymologisch op de juiste manier sterven (GHOOS, J., *In de schaduw van de dood*, Leuven, Davidsfonds, 1986, 72).

2. Passieve euthanasie

685 Veelvuldig wordt het nalaten of staken van een medisch zinloze behandeling aangeduid als passieve euthanasie. Deze benaming schept grote verwarring en dient in deze context te worden afgewezen.

Nu euthanasie geen door de wetgever omschreven begrip is en het overigens ook geen juridische inhoud heeft, staat het eenieder vanzelfsprekend vrij aan euthanasie de inhoud toe te kennen die men verkiest. Er is nochtans sedert enkele jaren een duidelijke tendens waarneembaar om het begrip euthanasie in een welbepaalde betekenis te gebruiken nl. het opzettelijk levensverkortend handelen door een arts op verzoek van een patiënt. Niet enkel is dat zo in de Nederlandse rechtsliteratuur (zie LEENEN, *Handboek gezondheidsrecht*, 277) maar ook in de Belgische (DIJON, X., "Entre le droit et la mort", *J.T.*, 1985, 33 : "mise à mort du malade, à sa demande, pour mettre fin à ses souffrances"; DIJON, X., *Le sujet de droit en son corps*, nr. 765 en 871; FAVYTS, L., "Recht op menswaardig sterven", in *Mensenrechten in België : een verkenning*, 1984, *z.pl.*, Liga voor Mensenrechten, 1984, 191).

686 Onder euthanasie verstaat men het opzettelijk levensverkortend handelen. Dit kan zowel op een aktieve als een passieve wijze gebeuren (zie verder, nr. 707) en dus maakt het onderscheid tussen handelen en nalaten met het oog op levensverkorting in beginsel geen verschil uit. Het onderscheid tussen aktieve en passieve euthanasie is daarom niet relevant en sticht verwarring. Het nalaten van een medische handeling die zinloos is geworden kan niet worden beschouwd als het opzettelijk levensverkortend handelen door nalaten en mag dus geen passieve euthanasie worden genoemd.

Zie in dezelfde zin SCHOTSMANS, P., *En de mens schiep de mens*, Antwerpen, Pelckmans/DNB, 1988, 219. Zie over deze verwarring ook nog DIJON, X., *a.w.*, in *J.T.*, 1985, nr. 57. Van hun kant hebben GOFFIN en LAMBRECHT zich uitgesproken voor het onderscheid tussen aktieve en passieve euthanasie omdat er voor de "passieve euthanasie, nl. het laten sterven, een rechtvaardigingsgrond aan te voeren (zal) zijn, namelijk de toelating van de wet" (GOFFIN, C. en LAMBRECHT, L., "Euthanasie in het Belgisch strafrecht : situering, rechtszekerheid en problematiek", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 15).

Zij sluiten nochtans niet uit dat in de toekomst het onderscheid minder belangrijk wordt : "De evolutie die tot deze situatie voor passieve euthanasie heeft geleid, is voor de aktieve euthanasie niet uit te sluiten" (*t.a.p.*, 18). Hierbij moet echter worden opgemerkt dat hun definitie van passieve euthanasie ("nalaten van een levensverlengend handelen bij een terminale patiënt, met diens toestemming") eerder orthothanasie dan euthanasie bedoelt.

3. Therapeutische verbetenheid

687 In sommige artikelen is in navolging van de Franstalige literatuur sprake van het vermijden of tegengaan van "acharnement thérapeutique", vertaald als therapeutische verbetenheid of hardnekkigheid.

Omdat de arts wordt geconfronteerd met een situatie waarin therapeutische mogelijkheden zijn uitgeput, lijkt het beter te spreken over medische dan therapeutische verbetenheid. Zie hieromtrent het voorstel van wet betreffende de hardnekkige voortzetting van een uitzichtloze therapie, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 738/1, ingediend door senator GILLET (zie verder, nr. 695).

688 Persoonlijk geven wij de voorkeur aan de benaming "staken of nalaten van een medisch zinloze (be)handeling". Het verderzetten van een medische behandeling die zinloos is geworden, kan met zich meebrengen dat pijn en lijden worden verlengd. Het staken of nalaten van een dergelijke behandeling kan daarom worden besproken onder de hoofding vermijden van pijn en lijden. Het bespreken van de literatuur inzake medische zinloosheid overstijgt de grenzen van dit werk. Of het medisch handelen in een gegeven situatie nog zinvol is of niet vergt overigens een medisch professioneel oordeel. Als jurist kan men wel trachten het nalaten of staken van zinloos medisch handelen in een juridisch kader te plaatsen.

B. JURIDISCHE BEOORDELING

689 Wanneer men aan een arts een verwijt maakt, dan is het meestal zijn nalaten : een ingreep die niet of te laat gebeurde; informatie die niet werd verstrekt; toestemming die niet werd gevraagd (zie HENNAU-HUBLET, Chr., *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 71). Het ligt dan ook niet voor de hand dat het nalaten of staken van een medische handeling tegenover een stervende patiënt zonder meer positief en als juridisch gerechtvaardigd zal worden beoordeeld. Dat het recht mogelijks zelfs zou dwingen tot een nalaten lijkt op het eerste gezicht wel helemaal onwezenlijk.

690 Het Sw. kent een aantal zgn. onthoudingsmisdrijven of omissiedelicten die voor de hier besproken problematiek van belang kunnen zijn.

Het betreft de art. 401*bis* Sw. (opzettelijk onthouden van voedsel of verzorging aan hulpeloze), 420*bis* Sw. (verzuimen een hulpeloze te verzorgen) en 422*bis* Sw. (niet verlenen van hulp aan een persoon in groot gevaar).

Naast deze zgn. eigenlijke onthoudingsmisdrijven dient rekening te worden gehouden met de zgn. oneigenlijke onthoudingsmisdrijven. Dit zijn misdrijven waarvan de delictomschrijving een verbiedend rechtsvoorschrift inhoudt, maar waarbij de strafbare gedraging niettemin kan bestaan in een niet handelen. Aldus kan doodslag door een nalaten gebeuren. Vermits we er hier zijn vanuit gegaan dat het staken of nalaten van een medisch handelen gebeurt om nodeloze verlenging van pijn en lijden te vermijden en niet om opzettelijk het leven te verkorten blijft deze categorie voorlopig buiten beschouwing (zie verder, nr. 710). We beperken ons hier tot het "eigenlijke" nalaten. Daarbij is het aangewezen om nog een onderscheid te maken tussen art. 401*bis* Sw. en art. 420*bis* Sw. aan de ene kant en art. 422*bis* Sw. aan de andere kant. Volgens DU JARDIN zijn de twee eerst genoemde artikelen geen zuivere omissiedelicten omdat zij strafbaar stellen een nalaten waardoor een misdrijf wordt begaan dat ook op een andere, actieve wijze kan worden begaan, nl. slagen en verwondingen veroorzaken. Art. 422*bis* Sw. is daarentegen het zuivere omissiedelict bij uitstek (DU JARDIN, J., "L'abstention de porter secours", *R.D.P.*, 1983, 958). Daarbij komt nog dat art. 401*bis* Sw. en art. 420*bis* Sw. een situatie betreffen waarin door het verzuim een gezondheidsgevaar ontstaat, terwijl art. 422*bis* Sw. een reeds bestaand groot gevaar betreft.

1. Art. 401bis Sw. en 420bis Sw.

691 Over de toepasbaarheid van beide artikelen t.a.v. het nalaten of staken van een medische behandeling bestaan in de literatuur uiteenlopende opvattingen.

In zijn kritiek op het wetsvoorstel-Gillet (zie boven, nr. 687) heeft DIJON opgemerkt dat geen van beide artikelen ooit is toegepast op de arts die een medisch zinloze behandeling bij een stervende patiënt nalaat of staakt. Het wetsvoorstel amendeerde beide artikelen in deze zin dat zij niet van toepassing zouden zijn op de arts die "afziet van een behandeling of van een reanimatie die enkel de kunstmatige levensverlenging tot doel heeft bij een zieke die lijdt aan een ongeneeslijke kwaal van pathologische oorsprong of veroorzaakt door een ongeval". GILLET gaf toe dat geen van beide artikelen op een arts in een dergelijk situatie was toegepast; zijn voorstel strekte ertoe te verhinderen dat het ooit tot een vervolging zou komen (GILLET, R., "Ethische problemen in verband met euthanasie", in *Verslagen van de Belgische Vereniging voor Medische Ethiek en Moraal*, 1985, afl. 10, 193).

692 Een eerste vraag die in dit verband opduikt is of beide artikelen überhaupt wel toepasselijk zijn op artsen vermits in deze artikelen sprake is van "verzorging", wat eerder wijst op voeding, drank, kleding, hygiëne e.d. dan op medische hulp in de strikte zin van het woord.

Afgezien van de gebruikelijke betekenis van "verzorging" biedt ook het gebruik van de woorden "onder zijn bewaring" hebben in art. 420*bis* Sw. steun aan een eerder beperkte interpretatie. Die woorden wijzen op een verplichting in hoofde van wie moet instaan voor (op)voeden, wassen, kleden, e.d. Ook TROUSSE heeft zich afgevraagd of het staken van een medische behandeling wel wordt bedoeld in deze artikelen. Hij geeft toe dat de voorbereidende werken van de Wet van 15 mei 1912 die heeft geleid tot art. 401*bis* Sw. en art. 420*bis* Sw. slechts weinig verduidelijkingen hieromtrent bevatten, maar uit een aantal door hem aangehaalde parlementaire commentaren blijkt toch dat voornamelijk werd gedacht aan het onthouden van essentiële, elementaire en dagdagelijkse verzorging (TROUSSE, E., *a.w.*, 1105-1106). Toch is het volgens TROUSSE niet in strijd met de gewone en redelijke uitlegging van deze bepalingen indien daaronder ook de medische behandeling wordt verstaan.

In Nederland is dezelfde vraag aan de orde m.b.t. art. 255 Wetboek van Strafrecht. Krachtens deze bepaling is het een misdrijf om opzettelijk iemand tot wiens verpleging of verzorging men

krachtens wet of overeenkomst verplicht is, in een hulpeloze toestand te brengen of te laten. Deze bepaling is vergelijkbaar met art. 401*bis* Sw. Volgens SLUYTERS moet "verpleging en verzorging" ruim worden opgevat en valt de arts die een noodzakelijke medische handeling achterwege laat onder art. 255 Wetboek van Strafrecht. LEENEN daarentegen is op grond van de bewoordingen van art. 255 van mening dat het artikel niet op de arts van toepassing is (SLUYTERS, B., *De gezondheidszorg en het strafrecht, Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidszorg*, Vereniging voor Gezondheidsrecht, *z.pl.*, 1989, 9-10).

Gelet op de bewoordingen van art. 401*bis* en art. 420*bis* Sw. is een enge interpretatie ervan verdedigbaar. Het nalaten of staken van een medische handeling kan in de regel niet worden beschouwd als het onthouden van voedsel of verzorging. Zich voeden en zich verzorgen zijn zgn. ADL-handelingen, activiteiten die behoren tot het dagelijkse leven en de tussenkomst van een arts is hiervoor niet vereist. In Nederland (en elders) is wel de vraag gerezen in hoeverre het toedienen van voeding en vocht in bijzondere omstandigheden toch als een medische handeling moet worden beschouwd, en het nalaten of staken ervan als het nalaten of staken van een medische handeling. De kwestie kwam aan de orde in de zaak-Stinissen, een patiënte die jarenlang in coma lag, wel zelf ademde maar kunstmatig werd gevoed. De echtgenoot van de patiënte stelde een vordering in om de kunstmatige toediening van voedsel en vocht te doen stoppen. Deze vordering werd zowel in eerste aanleg als beroep afgewezen. De gedachte dat kunstmatige voeding in een geval als dit als een medische handeling moet worden beschouwd en dat het oordeel over de zin van de voortzetting ervan in beginsel een medisch oordeel is, heeft daarbij een belangrijke rol gespeeld (Rb. Almelo, 1 juli 1987, *Tijdschrift Gezondheidsrecht*, 1987, 50; Hof Arnhem, 31 oktober 1989, *N.J.B.*, 1989, 1434; in dezelfde zin LEENEN, *Handboek Gezondheidsrecht*, 300-301, die ook Amerikaanse jurisprudentie aanhaalt die tot soortgelijke maar tevens andersluidende uitspraken is gekomen en HUBBEN, J.H., "Gezondheidsrecht : beginselen of belangenafweging. De zaken baby Ross en Stinissen", *N.J.B.*, 1989, 1588-1590). GEVERS is genuanceerder. Hij ontkent niet dat kunstmatige voeding en vochttoediening bij comateuze patiënten medische aspecten heeft en dat er in de internationale literatuur op die grond voor wordt gepleit om in zo'n situatie van medisch handelen te spreken. Consensus hierover ontbreekt evenwel omdat, hoe dan ook, kunstmatige toediening van voedsel en vocht in belangrijke mate het karakter van verzorging blijft behouden. GEVERS maakt dan, zich in zekere mate steunend op LEENEN, een onderscheid tussen het staken van voedsel- en vochttoediening dat leidt tot een spoedig intreden van de dood en het staken van voedsel- en vochttoediening dat slechts geleidelijk tot verhongering en uitdroging leidt. Het feit dat het staken van handelen tot geleidelijke verhongering en uitdroging leidt, wijst erop hoezeer, ondanks de medische aspecten, de toediening de functie heeft van verzorging (GEVERS, J., "De zaak Stinissen, een terugblik", *N.J.B.*, 1990, 237-238).

693 Volgens TROUSSE zou een vervolging wegens schending van art. 401*bis* Sw. of 420*bis* Sw. mogelijk zijn in geval van "orthothanasie door staken van een medische behandeling" (TROUSSE, E., *a.w.*, 1108-1109). Toch verplichten deze artikelen, volgens deze auteur, een arts niet om het even welke behandeling verder te zetten. Er kan slechts sprake zijn van het misdrijf onthouding van verzorging, zo voor de onthouding geen rechtvaardiging bestaat. Hierover zal door de rechter moeten worden geoordeeld, onder meer rekening houdend met de aard van de onthouden verzorging.

Zo zou volgens TROUSSE zeer dure verzorging door de arts slechts nog mogen worden toegepast mits hij voorafgaandelijk de familie van de patiënt op de hoogte heeft gebracht van de kosten en de mogelijke baten. Een onaanvaardbare opvatting die nog dateert van vóór de veralgemening van de verplichte ziekteverzekering in 1963. RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et Obligations*, nr. 659, treden de opvatting van TROUSSE bij dat de art. 401*bis* Sw. en 420*bis* Sw. kunnen worden toegepast bij het nalaten of staken van een medisch zinloze handeling, zij het niet geheel ondubbelzinnig).

694 Volgens DIJON daarentegen kan men betwijfelen of beide artikelen van toepassing zijn op het nalaten of staken van medisch zinloos handelen. Kan men spreken van het in gevaar brengen van iemands gezondheid door een onthouding (art. 401*bis* Sw.) of een verzuim (art. 420*bis* Sw.) terwijl de patiënt zich in een onomkeerbare stervensfase bevindt en geen therapie hem nog kan redden?

Als er gevaar dreigt voor de gezondheid van de patiënt dan is dit te wijten aan de ziekte waaraan hij lijdt en niet aan de gedraging van de arts (DIJON, X., *Le sujet de droit en son corps*, 547-548; *id. J.T.*, 1985, 35).

Zie voor een gelijkaardige opvatting VAN DEN ENDEN, H., "Euthanasie in België vanuit juridisch en deontologisch oogpunt", in KENTER, E.G.H., *Het leven verkorten; over euthanasie*, Haarlem, De Toorts, 1984, 106.

2. Art. 422bis Sw.

695 Over de toepassing van art. 422*bis* Sw., op de arts die de medische behandeling staakt van een stervende patiënt, bestaan in de literatuur weerom uiteenlopende opvattingen. Rechtspraak ontbreekt.

ANRYS verdedigt de opvatting dat een hulpverleningsplicht op grond van art. 422*bis* Sw. bestaat tegenover de zieke wiens situatie uitzichtloos is geworden. Deze bevindt zich namelijk in een groot, blijvend, werkelijk en aktueel gevaar dat zijn leven bedreigt zodat de arts verplicht is (blijft) hulp te bieden. De zinloosheid van de hulp rechtvaardigt de weigering niet (ANRYS, H., *La responsabilité civile médicale*, nr. 76). ANRYS verdedigt deze stelling als reactie op wat RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT voorhouden i.v.m. zgn. orthothanasie of het staken van een handeling. Beide auteurs sluiten in een dergelijke situatie de toepassing van art. 393 Sw. (doodslag) wel niet uit, maar achten een vervolging dikwijls niet mogelijk hetzij omdat de intentie om te doden niet duidelijk is, hetzij omdat de betrokkene die intentie niet had, hetzij omdat er geen hulpverleningsplicht bestond of omdat de betrokkene zijn toestemming had gegeven voor het nalaten of staken (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droit et obligations*, nr. 669). Volgens ANRYS is het blijkbaar uitgesloten dat er geen hulpverleningsplicht zou bestaan, (behalve in het geval dat de patiënt zelf verzoekt om beëindiging van de behandeling - zie verder).

De opvatting van ANRYS dat art. 422*bis* Sw. een arts zou verplichten een zinloze behandeling aan te vatten of verder te zetten wordt in de recentere rechtsleer terecht afgewezen. Zo vraagt VAN NESTE zich af, hoe men nog kan helpen als "technisch-medisch alle hulpmiddelen uitgeput zijn" (VAN NESTE, F., "Euthanasie-rechtsethische beschouwingen ", *R.W.*, 1986-87, 213, nr. 8; zie in dezelfde zin DIJON, X., *Le sujet de droit*, nr. 795-796; *id. J.T.*, 1985, nr. 12). DIJON kantte zich daarom ook tegen het wetsvoorstel van de Franse senator CAILLAVET "tendant à completer le 2ième alinéa de l'art. 63 C.P.". Dit artikel legt eveneens een plicht op hulp te verlenen aan een persoon in gevaar. De amendering strekte er toe het artikel niet van toepassing te verklaren op de arts die een handeling staakt of weigert die enkel een kunstmatige verlenging van het leven kan bewerken. De tekst van dit Franse voorstel inspireerde overigens in België senator GILLET tot zijn voorstel (zie voor de tekst van het voorstel CAILLAVET, DIJON, X., *Le sujet de droit*, nr. 790. Zie voor commentaar hierop MEMETEAU, G., "Les raisins verts. Proposition de loi sur le refus de prolonger artificiellement sa vie", *Rev.Dr. Sanitaire*, 1978, 303-312; MIGNON, J., "Le droit de vivre sa mort. Les aspects juridiques de la proposition Caillavet", *Le Concours Médical*, 1978, 5427.

696 In het bestaande recht kan van een verplichting om een medisch zinloze handeling aan te vatten of verder te zetten niet worden gesproken. Wanneer

een arts zich heeft ingezet voor een patiënt maar tot de vaststelling is gekomen dat zijn toestand uitzichtloos is, kan van de arts niet worden verwacht dat hij een medisch zinloze behandeling zou verder zetten of zou aanvatten.

Geheel anders is de situatie wanneer een arts in het geheel niet is ingegaan op het verzoek van hulp van een patiënt die zich bij hypothese eveneens in een uitzichtloze toestand bevindt. Het minste dat mocht worden verwacht is dat de arts zich zou hebben vergewist van de toestand van de patiënt. Een handeling nalaten of staken, bij voorkeur na overleg met een collega, mag niet worden verward met het in de steek laten van een patiënt.

C. VERZOEK VAN DE PATIËNT

697 Het belang van het verzoek van de patiënt die niet langer onderworpen wil worden aan een medisch zinloze handeling wordt in de literatuur verschillend beoordeeld.

Sommigen kennen aan een dergelijk verzoek een doorslaggevende betekenis toe. Aldus ANRYS die van mening is dat de arts verplicht is een medisch zinloze behandeling verder te zetten (zie boven, nr. 695) behalve wanneer de patiënt zelf verzoekt om stopzetting ervan. Dat verzoek heeft dan voorrang op de hulpverleningsplicht (ANRYS, H., *a.w.*, nr. 76). DIJON erkent het recht van een patiënt om een behandeling te weigeren. Voor zover de patiënt vrij en voorgelicht een geldige wil kan tot uitdrukking brengen geldt de algemene regel dat de arts daarmee rekening dient te houden (DIJON, X., *Le sujet de droit*, nr. 806). Een arts heeft niet het recht om tegen de wil van de patiënt in een medisch zinloze behandeling verder te zetten. Niemand kan, aldus VAN DEN ENDEN, worden verplicht "om zich aan een uitzichtloos levensrekkend 'acharnement thérapeutique' te onderwerpen" (VAN DEN ENDEN, H., *a.w.*, 103).

698 De mening van ANRYS dat het verzoek van de patiënt doorslaggevend zou zijn, overtuigt niet. Bij het nalaten of staken van een medisch zinloze behandeling gaat het primair om het oordeel van de behandelend arts dat het handelen zinloos is geworden. Om die reden wordt het handelen beëindigd, met of zonder verzoek van de patiënt. Maar het verzoek van de patiënt kan het oordeel over de zin of onzin van het verder zetten van de behandeling niet beïnvloeden (een heel andere vraag betreft het belang van het verzoek van een patiënt wanneer de behandeling medisch nog wel degelijk zin heeft (zie verder, nr. 708).

In dit verband duikt ook de vraag op naar de juridische relevantie van het zgn. l e v e n s t e s t a m e n t , voor zover het erop is gericht een medisch zinloze behandeling te weigeren. DIJON heeft hieraan een kritische bespreking gewijd (DIJON, X., in *J.T.*, 1985, 34, nr. 5 e.v.).

Er is vooreerst de merkwaardige terminologie, nl. levenstestament : terwijl een testament beschikt voor na het overlijden, heeft het levenstestament juist betrekking op wat er vlak voor het overlijden dient te gebeuren. Bovendien : wat houdt de verwijzing naar het leven in nu het toch het overlijden regelt? "Levenstestament" is een al te letterlijke vertaling van het Engelse "living will". Euthanasieverklaring is al geen beter alternatief, zeker niet wanneer de wilsuiting enkel slaat op het afwijzen van medisch zinloze handelingen. De benaming euthanasie is dan misplaatst. Voorts acht DIJON de juridische waarde van een dergelijk levenstestament dubieus. Ofwel wijst ze een zinloos geworden medische handeling af, maar dan is zo'n verklaring zelf zinloos. Een arts is namelijk niet bevoegd om een handeling die geen zin meer kan hebben in te stellen of verder te zetten. Ofwel heeft de verklaring als voorwerp medische handelingen die voor de betrokkene wel nog

zinvol zijn, maar dan is het twijfelachtig of de arts zich daaraan dient te houden. Ofwel bevat de verklaring een verzoek om te worden gedood, en dan is ze klaarblijkelijk in strijd met de openbare orde.

Een verklaring waarin zinloos geworden medische handelingen worden afgewezen is zelf juridisch zinloos, aldus DIJON. Dat is strikt genomen juist. Een arts is noch verplicht noch gerechtigd om zijn patiënt te onderwerpen aan dergelijke handelingen. Echter, medische hardnekkigheid komt in praktijk wel degelijk voor. Bovendien, hoeveel overeenkomsten worden niet gesloten waarin overbodige clausules voorkomen omdat ze reeds door een wet zijn opgelegd? Dergelijke verklaringen hebben wel degelijk nut en kunnen een rechtsgevolg hebben, in zoverre dat daarmee wordt aangegeven onder welke algemene voorwaarden de patiënt zich in een extreme levenssituatie (niet) wil laten behandelen (G.H.A.S., "Euthanasie - een burgerrechtelijke benadering", *R.M.Themis*, 1979, 354). DIJON erkent overigens dat levenstestamenten een zeker sociale waarde kunnen hebben.

699 Minder aandacht wordt doorgaans besteed aan de omgekeerde situatie, nl. dat de patiënt verzoekt om verderzetting van een behandeling die medisch-professioneel als zinloos wordt beschouwd. Een dergelijk verzoek kan de arts niet verplichten deze behandeling verder te zetten. Rekening houdend met de omstandigheden waarin het verzoek wordt geformuleerd kan de arts daar wel op ingaan.

700 Uit het voorgaande is naar voor gekomen dat het verzoek van de patiënt alszodanig niet doorslaggevend is bij het nalaten of staken van een medisch zinloze behandeling. *A fortiori* geldt dit voor het verzoek van de familie van de patiënt.

§2. Pijnbestrijding en levensverkortend handelen

A. TERMINOLOGIE

701 Chronische pijnbestrijding bij terminale patiënten is een afzonderlijk specialisme binnen de ruime waaier van medische specialismen geworden. Chronische pijnbestrijding gebeurt door een multidisciplinair team o.l.v. een anesthesist en is gericht op het beoordelen en behandelen van patiënten met onduldbare pijnen t.g.v. een maligniteit. Pijnbestrijding vindt plaats met analgetica, psychofarmaca en speciale methoden en apparaten (*Codex Medicus*, achtste druk, 24, 10).

Hoe staat het recht tegenover het toepassen van voornamelijk medicamenteuze behandelingen die erop zijn gericht het lijden van een patiënt te verlichten en de pijn te bestrijden maar waarvan het, overigens gekende, gevolg zal zijn dat het leven wordt verkort? In de literatuur wordt dit handelen wel eens aangeduid als "indirecte euthanasie" (GHOOS, J., *a.w.*, 72; VAN DEN ENDEN, H., *a.w.*, 102; als enige auteur noemt LUST dit handelen "passieve" euthanasie, LUST, A., "Over euthanasie", *R.W.*, 1972-73, 1131, nr. 25). Zoals de term passieve euthanasie beter niet wordt gebruikt om het staken van een medisch zinloze behandeling aan te duiden, schept ook de benaming "indirecte euthanasie" verwarring (DIJON, X., *Le sujet de droit*, nr. 773).

B. JURIDISCHE BEOORDELING

702 Pijnbestrijding behoort tot de uitoefening van de geneeskunde. De geneeskunde omvat meer dan diagnose en therapie in de klassieke betekenis van het woord. Bestrijding van pijn en verlichten van lijden is een bevoegdheid en een opdracht van de arts (DIJON, X., *Le sujet de droit*, nr. 749).

703 Een uiterste grens aan het toepassen van medicamenteuze pijnbestrijding wordt gesteld door art. 3, derde lid Drugwet. Dit artikel verbiedt het maken van misbruik bij het voorschrijven van geneesmiddelen die slaapmiddelen, verdovende middelen of psychotrope stoffen bevatten (zie verder, nr. 1061). Toch zal men deze grens met grote omzichtigheid moeten trekken en bij het beoordelen van artsen die aan chronische pijnbestrijding doen rekening moeten houden met de specifieke omstandigheden waarin zij werken. Het feit dat grote hoeveelheden morfine e.d. worden voorgeschreven is alsdusdanig geen bewijs dat de door art. 3, derde lid Drugwet gestelde grens werd overschreden.

704 Volgens DIJON is de rechtvaardiging van het levensverkortend gevolg van de pijnbestrijding gelegen in de noodtoestand waarop de arts zich kan beroepen.

Deze noodtoestand komt voort uit het conflict van plichten waarmee de arts wordt geconfronteerd, nl. de plicht het leven van de patiënt te beschermen en de plicht pijn te bestrijden. Het gaat hier niet om de therapeutische noodtoestand maar een zgn. sedatieve noodtoestand (DIJON, X., *Le sujet de droit*, 772). Om de aanwezigheid van deze noodtoestand te beoordelen moet worden gelet op de ernst van de toestand als de arts niet ingrijpt, de noodzakelijkheid van zijn ingrijpen en de verhouding tussen de noodzaak in te grijpen en het kwaad dat men wil vermijden (DIJON, X., in *J.T.*, 1985, 38). Bij het beoordelen van deze drie elementen moet met de ontwikkeling van de medische wetenschap worden rekening gehouden. De arts dient niet naar een zwaar pijnbestrijdend middel te grijpen dat de dood zal versnellen wanneer minder zware middelen voorhanden zijn. Wanneer hij een zwaarder middel zou toedienen dan nodig, dan is de tweede voorwaarde (noodzaak) niet vervuld en stelt de arts zich bloot aan vervolging wegens beëindiging van het leven van de patiënt (zie in dezelfde zin PIETERS, D., "Juridische benadering van de euthanasie", *Vl. T. Gez.*, 1981-82, 239). PIETERS gaat in tegen de stelling van LUST volgens de welke "op de keper beschouwd dergelijke handelwijze de noodzakelijke constitutieve elementen van het misdrijf van o n o p z e t t e l i j k doden zoals omschreven in art. 418 Sw. zou zijn" (LUST, A., *a.w.*, nr. 25 die daarom pleit voor het ingrijpen van de wetgever).

705 Hoe aantrekkelijk de opvatting van DIJON ook is, de vraag blijft of de analogie met de therapeutische noodtoestand wel geheel opgaat.

Bij een medische behandeling waarbij een inbreuk op de fysieke integriteit wordt gemaakt, wordt deze opzettelijke inbreuk gerechtvaardigd door de bescherming van de gezondheid die wordt nagestreefd. Denk b.v. aan een beenamputatie. Bij pijnbestrijding zou volgens DIJON het verkorten van het leven worden gerechtvaardigd door de pijnbestrijding. Is dat een juiste opvatting? Bij een zgn. therapeutische noodtoestand wordt desbewust, willens en wetens, gekozen voor een inbreuk op de fysieke integriteit. Bij pijnbestrijding wordt echter niet bewust gekozen voor het verkorten van het leven. De verkorting van het leven is niet het middel om de pijn te bestrijden, zoals de

beenamputatie wel het middel is om de gezondheid te herstellen. De verkorting van het leven is niet het middel, maar het gevolg, van de pijnbestrijding. De analogie tussen therapeutische en sedatieve noodtoestand is riskant want DIJON loopt het gevaar waar hij zelf voor waarschuwt, nl. dat pijnbestrijding met verkorting van het leven wordt verward. Dat gevaar ontstaat juist wanneer men de rechtvaardiging van het handelen van de arts gaat vinden in een afweging tussen verkorting van het leven en pijnbestrijding. Bij zware heelkundige ingrepen die een risico inhouden voor het leven zal men geen afweging doen tussen leven en gezondheid, maar tussen fysieke integriteit en gezondheid. Wil men de analogie handhaven dan zal men ook bij pijnbestrijding die afweging dienen te maken. De arts kan maar de pijn bestrijden als hij, desbewust, de fysieke integriteit schendt.

Als men, zoals DIJON doet, de rechtsgoederen leven en pijnbestrijding tegen elkaar afweegt, dan lijkt het leven toch altijd zwaarder te moeten wegen. Tenzij men leven zou moeten opvatten als leven dat door een bijzonder pijnlijke ziekte is bedreigd. Het is een gewaagde stelling - die men alszodanig niet bij DIJON aantreft - dat het beschermen van dergelijk leven, in balans gelegd met pijnbestrijding, minder zwaar zou gaan wegen.

706 Eerder dan te zoeken naar een wellicht elegante, maar niet geheel risicovrije, oplossing, zal men vrede nemen met de vaststelling dat het recht hier te kort schiet in het aanreiken van een werkelijk afdoende verklaring. Tenzij men ook hier de klassieke rechtvaardigingsgrond aanvaardt, nl. een gerechtvaardigde inbreuk op de fysieke integriteit met als verwacht nevengevolg de verkorting van het leven veeleer dan een gerechtvaardigde inbreuk op het leven zelf.

AFDELING II

OPZETTELIJK LEVENSVERKORTEND HANDELEN DOOR EEN ARTS

§1. "Doden op verzoek" door een arts (euthanasie)

A. BELANG VAN HET VERZOEK BIJ OPZETTELIJK LEVENSVERKORTEND HANDELEN

707 Het Belgisch strafrecht kent geen bepaling waarin het d o d e n v a n i e m a n d o p d i e n s v e r z o e k als afzonderlijk misdrijf strafbaar wordt gesteld (LUST, A., *a.w.*, nr. 24; PIETERS, D., *a.w.*, 238).

Er zijn in het verleden wel voorstellen in die zin geformuleerd (zie het voorstel HAINAUT, in DIJON, X., *Le sujet de droit*, nr. 880). In andere landen, b.v. Nederland, is het doden van een persoon op diens verzoek daarentegen wel afzonderlijk, en lichter, strafbaar gesteld dan doodslag of moord. Zie art. 293 Wetboek van Strafrecht.

708 Vermits de toestemming van het slachtoffer alszodanig niet relevant is (men kan zijn recht op leven niet aan derden afstaan, door iemand de toestemming te geven om te doden, DUPONT en VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, nr. 392) gelden de bepalingen i.v.m. opzettelijke doding : art. 392 Sw. (doodslag) en art. 393 Sw. (moord).

Hierover bestaat eensgezindheid in de literatuur (zie DIJON, X., *Le sujet de droit*, nr. 871 e.v.; *id.*, *J.T.*, 1985, nr. 68; VAN DEN ENDEN, H., *a.w.*, 106; zie eveneens DE NAUW, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1984, 91 die er aan toevoegt dat het feit dat het slachtoffer op sterven na dood is, niet ter zake doet. Wel is vereist dat het slachtoffer nog leeft, maar niet dat het nog leefbaar is : "hij die het leven van andermans persoon verkort is strafbaar wegens doodslag, al staat vast dat het slachtoffer kortelings zal sterven".

Volgens DIJON zou er nochtans een tolerante houding worden aangenomen tegenover levensverkortend handelen wanneer dit gebeurt met toestemming of op verzoek van de betrokkene (DIJON, X., *Le sujet de droit*, nr. 877). Volgens DIJON is dit te wijten aan de invloed van de straffeloosheid van zelfmoord. LUST daarentegen betwijfelt of de toestemming of het verzoek van de patiënt wel invloed kan hebben. Uit de toepasselijkheid van de art. 392 Sw. en 393 Sw. volgt naar zijn mening dat "het verzoek of de bewuste toestemming van het slachtoffer voor de straftoemeting geen enkele invloed heeft en in principe zelfs niet kan worden weerhouden als reden om verzachtende omstandigheden aan te nemen" (LUST, A., *a.w.*, nr. 24). Uit de schaarse jurisprudentie die in de literatuur wordt behandeld als zgn. "euthanasie rechtspraak" blijkt in ieder geval niet dat het de toestemming van het slachtoffer is geweest die tot strafvermindering of vrijspraak heeft geleid. In het zgn. Softenonproces uit 1962 was het slachtoffer een onmondige baby, in de processen gevoerd voor het Hof van Assisen te Luik in 1972 en 1975 was het slachtoffer telkens een oude seniele vrouw.

709 De toestemming van het slachtoffer kan nochtans van invloed zijn doordat rekening wordt gehouden met de motieven van de dader. In die zin PIETERS. Uit de Memorie van toelichting bij het Sw. zou blijken dat wanneer het misdrijf bedreven werd zonder geweld of kwaadwilligheid maar als gevolg van het bezwijken van de dader aan de verlangens van het slachtoffer, de toestemming van de gedode persoon aanzienlijk de schuldvraag wijzigt en bijgevolg moet leiden tot een aanzienlijke strafvermindering (PIETERS, D., *a.w.*, 239).

B. ONDERSCHEID TUSSEN HANDELEN EN NALATEN

710 Een particulariteit van het Belgisch strafrecht in vergelijking met o.a. het Franse strafrecht bestaat hierin dat het misdrijf van opzettelijke doding niet alleen uit een handelen maar ook uit een nalaten kan ontstaan.

Een rechtsvergelijkend overzicht ter zake vindt men bij TROUSSE. (TROUSSE, E., *a.w.*, 1110, noot 26). Op dezelfde plaats vindt men een overzicht van de verschillende opvattingen. Zie eveneens DE NAUW, A., *a.w.*, 91; DIJON, X., *Le sujet de droit*, nr. 779; PIETERS, D., *a.w.*, 240. HENNAU-HUBLET verwijst in haar proefschrift naar de opvatting van HAUS die aanvaardde dat handelingsmisdrijven die in functie van een resultaat zijn omschreven, ook door een nalaten kunnen worden begaan (HENNAU-HUBLET, Chr., *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 73). HAUS maakte wel een onderscheid naargelang degene die nalaat te handelen juridisch verplicht was te handelen dan wel zuiver moreel daartoe verplicht was. In het eerste geval is het nalaten een misdrijf; in het tweede geval niet. HENNAU-HUBLET vindt de formulering "juridisch verplicht te handelen" evenwel te ruim omschreven en zij pleit voor een striktere omschrijving van de verplichting waarvan de schending door een nalaten als misdrijf zou kunnen worden gekwalificeerd. PIETERS daarentegen lijkt van mening te zijn dat een misdrijf door nalaten kan worden gepleegd ook al bestaat er geen juridische doch slechts een morele plicht tot handelen. Dit "in het licht van onze huidige opvattingen over rechten van de mens en de uitbouw van een sociale en solidaire rechts- en welzijnsstaat" (PIETERS, D., *a.w.*, 240).

711 Hoe theoretisch dit ook mag zijn, het plegen van een moord of doodslag

is naar Belgisch recht mogelijk door een nalaten. Die mogelijkheid in rechte ondersteunt de opvatting die men in de medische ethiek en het recht (zie boven, nr. 685-686) aantreft, volgens dewelke aan het onderscheid tussen aktieve en passieve euthanasie geen principiële betekenis mag worden gehecht.

§2. Hulp van een arts bij zelfmoord

A. ZELFMOORD EN ZELFDODING

712 Steeds meer vindt de uitdrukking zelfdoding i.p.v. zelfmoord ingang. Toch gaat het hier niet om een neutraal, taalkundig onderscheid, maar wijst het op een grote verschuiving in de sociale betekenis die aan deze wijze van sterven wordt toegekend (zie DUMON, W., "Voorwoord" in MATTHIJS, K., *Zelfdoding en zelfdodingspoging*, Leuven, Universitaire Pers, 1985).

Andere auteurs vinden de uitdrukking zelfdoding "eufemistisch" en opteren daarom voor de notie zelfmoord. Bovendien zien ze nog een andere, meer juridisch gekleurde, reden voor hun keuze, nl. een analogie met een door henzelf gemaakt onderscheid tussen doodslag en moord. Zelfmoord wijst volgens hen op de intentie om zich van het leven te benemen. Zelfdoding zou dan, naar analogie met doodslag, te beschouwen zijn als een zich opzettelijk toebrengen van letsel, zonder dat de intentie aanwezig is om dood te gaan; de dood volgt eerder toevallig of alleszins ongewild (BAERT, A., MOENS, G., VANDEVOORDE, H., "Zelfmoordtrends in Europa", in COSYNS, P. en PIERLOOT, R., (ed), *Zelfdoding en hulpverlening*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 28, noot). Het is niet aan de jurist om zich uit te spreken over welke term de voorkeur verdient : geen van beide behoren tot de begrippen uit het Sw. Maar het onderscheid dat BAERT e.a. maken naar analogie met het onderscheid tussen moord en doodslag gaat niet op. Anders dan zij lijken aan te nemen is ook bij doodslag de intentie aanwezig om te doden (*vgl.* art. 392 Sw. en 393 Sw. Het verschil tussen doodslag en moord is niet gelegen in de intentie maar in de voorbedachtheid).

B. STRAFBAARHEID VAN (MEDISCHE) HULP BIJ ZELFMOORD

713 Zelfmoord (zelfdoding) is in het huidige recht geen misdrijf.

Een historische situering van de decriminalisering van zelfmoord vindt men bij VANDEKERCKHOVE (VANDEKERCKHOVE, L., *Van straffen gesproken. De bestraffing van zelfdoding in het oude Europa*, Tielt, Lannoo, 1985, 127-133).

714 Wie betrokken is bij een zelfmoord b.v. door het verstrekken van informatie, door het geven van een dodelijk middel, door aan te sporen tot zelfmoord e.d., is niet strafbaar als mededader of als medeplichtige vermits het feit waaraan medewerking werd verleend niet strafbaar is.

Hierover bestaat in de literatuur eensgezindheid (DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr. 34; DIJON, X., *Le sujet de droit*, nr. 854-855; *id., J.T.*, 1985, nr. 73-74; PIETERS, D., *a.w.*, 238; VAN DEN ENDEN, H., *a.w.*, 101; Zie voor het Franse recht in dezelfde zin CALAIS, B., "La mort et le droit", *D.*, 1985, 78-79).

715 Op zich gaat dit ook op voor de arts die hulp zou hebben verschaft bij het plegen van een zelfmoord, door het verstrekken van aanwijzingen i.v.m.

de noodzakelijke dosis geneesmiddelen of door het verstrekken van deze middelen. Toch laten de meeste auteurs niet na te wijzen op mogelijke strafbepalingen waaronder dergelijke hulp van een arts zou kunnen vallen.

Zo zou in aanmerking komen als mogelijk misdrijf de onopzettelijke doodslag (art. 418 Sw.; zie DIJON, X., *Le sujet de droit*, nr. 859 die sceptisch staat tegenover de toepassing van dit artikel. Dit misdrijf zou wel in aanmerking kunnen komen voor zover de arts kan worden verweten dat hij door een gebrek aan bewaking de zelfmoord van een patiënt heeft mogelijk gemaakt. Dat is evenwel een andere situatie (zie boven, nr. 725). Wel zijn alle auteurs het volgens DIJON eens dat wie medeplichtig is aan zelfmoord onder toepassing valt van art. 422*bis* Sw. Vermits het passief blijven bij een zelfmoord reeds strafbaar is als het niet verlenen van hulp aan een persoon in groot gevaar, is '*a fortiori*' (DIJON, X., *Le sujet de droit*, nr. 861-862) het actief verlenen van hulp bij zelfmoord strafbaar (in dezelfde zin VAN DEN ENDEN, H., *a.w.*, 101).

716 Men zou kunnen besluiten dat de arts die hetzij concrete inlichtingen verschaft hetzij middelen ter beschikking stelt hetzij tot uitvoering van zelfmoord aanzet de patiënt waarvan hij weet dat hij zelfmoordneigingen heeft, kan worden vervolgd wegens miskenning van art. 422*bis* Sw.

Dit besluit, hoe juist het in beginsel ook mag zijn, moet worden genuanceerd.

717 Allereerst is het niet zo vanzelfsprekend dat uit een misdrijf dat een nalaten strafbaar stelt, *a fortiori* de strafbaarheid van een handelen wordt afgeleid wanneer dit handelen hetzelfde resultaat heeft als het nalaten (in deze zin ook DIJON, X., in *J.T.*, 1985, nr. 75).

718 Art. 422*bis* Sw. is van toepassing op iedereen, ook de arts, die geen hulp biedt aan een persoon die in groot gevaar verkeert ook al heeft het slachtoffer zichzelf in deze situatie gebracht door een zelfmoordpoging.

Rechtspraak in dit verband is uiterst schaars (Gent, 1 juni 1973, *R.W.*, 1973-74, 1190 : art. 422*bis* Sw. maakt geen onderscheid naargelang het gevaar waarin het slachtoffer verkeert veroorzaakt werd door toeval, door zelfmoordpoging of door een misdrijf. Wie vaststelt dat iemand een zelfmoordpoging heeft ondernomen door verhanging en het enige wat men in die omstandigheden nog kan doen niet doet, nl. het touw doorsnijden of losmaken, handelt in strijd met art. 422*bis* Sw.

Het kan voorkomen dat iemand die een zelfmoordpoging heeft ondernomen medische hulp weigert. Voor DIERKENS is deze weigering zonder invloed op de hulpverleningsplicht : weliswaar is zelfmoord niet strafbaar, maar er bestaat geen recht op zelfmoord. De arts heeft aldus het recht zelfs de plicht de voltrekking van een zelfmoord te beletten. "Het zal derhalve de geneesheer toegelaten zijn, in afwijking van de algemene en absolute regel der noodzakelijke toestemming, alles in het werk te stellen om degene die een poging tot zelfmoord heeft verricht, ook tegen zijn wil in te redden" (DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr. 37). DU JARDIN is genuanceerder : in spoedeisende gevallen dient geen voorafgaande toestemming te worden gevraagd, maar evenmin kan er sprake van zijn een behandeling met geweld op te leggen aan de betrokkene (DU JARDIN, J., *a.w.*, 963). In dezelfde zin heeft het Franse Hof van Cassatie uitspraak gedaan. Een arts kan niet worden vervolgd wegens het niet verlenen van hulp aan een persoon in groot gevaar wanneer deze obstinaat de medische hulp heeft geweigerd en zulks schriftelijk heeft bevestigd (Cass. Fr., 3 januari 1973, *D.*, 1973, 220; MEMETEAU, G., "Les raisins verts", *a.w.*, 306).

719 *A fortiori* is strafbaar degene die, vaststellend dat iemand een zelfmoordpoging heeft ondernomen, niet enkel niets onderneemt om het lukken ervan te verhinderen, maar integendeel actief tussenkomt opdat de poging alsnog zou slagen. In dat geval is sprake van doodslag, eventueel moord (art. 392 Sw. en 393 Sw.).

720 Wat men doorgaans aanduidt als (medische) hulp bij zelfmoord heeft evenwel geen betrekking op het niet verlenen van hulp *na* een zelfmoordpoging of, *a fortiori*, de actieve tussenkomst opdat de poging alsnog zou lukken, maar op het actief verlenen van hulp *vóór* een zelfmoord(poging) wordt ondernomen en dit met het oog op het slagen ervan (verstrekken van informatie, van geneesmiddelen enz.).

De beoordeling van het geoorloofd karakter van deze hulp bij zelfdoding is minder vanzelfsprekend dan de "passieve" of "actieve" hulp nadat de zelfmoordpoging werd ondernomen.

Opdat art. 422*bis* Sw. van toepassing kan zijn dient het slachtoffer zich in groot gevaar te bevinden. Daaraan kan bezwaarlijk worden getwijfeld wanneer een poging tot zelfmoord werd ondernomen.

Zal men het bestaan van een "groot gevaar" aanvaarden wanneer iemand zelfmoordplannen heeft zodanig dat de arts, die hiervan op de hoogte is en die daartegen niets onderneemt art. 422*bis* Sw. schendt?

Terecht heeft DIJON opgemerkt dat het aantonen van een gevaarssituatie in deze omstandigheden niet evident is omdat door het opgeven van de zelfmoordplannen de gevaarssituatie meteen wordt opgeheven (DIJON, X., *Le sujet de droit*, nr. 863).

Zou in de periode tussen het bestaan van het zelfmoordvoornemen en het opgeven ervan toch van een gevaarssituatie kunnen worden gesproken? DIJON meent van niet zolang de betrokkene nog in staat is om van dat voornemen af te zien. Maar wanneer dit ontsnapt aan zijn controle dan verkeert hij reeds in dit stadium in groot gevaar ook al blijft het bij plannen. Of een kandidaat-zelfmoordenaar zich door het bestaan van het voornemen tot zelfmoord alleen, in een groot gevaar bevindt hangt volgens DIJON dus af van de controle die deze persoon nog heeft over de uitvoering ervan.

In de Franse rechtspraak wordt dit onderscheid doorgaans niet gemaakt. De potentiële zelfmoordenaar bevindt zich omwille van het zelfmoordvoornemen reeds in groot gevaar (MAYER, D., noot onder Trib.Gr.Inst. Parijs, 25 januari 1984, *D.*, 1984, 486). Deze uitspraak wijkt wel af van deze traditionele opvatting doordat hij aanneemt dat de persoon die welbewust zijn zelfmoord heeft aangekondigd, niet wordt beschouwd als verkerend in een groot gevaar. Merk op dat deze uitspraak een enigszins ander onderscheid maakt dan DIJON. Of er sprake is van een groot gevaar hangt volgens DIJON af van het bewustzijn om nog af te zien van het voornemen; volgens het Trib.Gr.Inst. Parijs hangt dit af van de mate van bewustzijn om de plannen daadwerkelijk uit te voeren. Tegenstrijdig hoeven beide opvattingen niet te zijn.

721 Wanneer men aanvaardt dat de kandidaat-zelfmoordenaar zich in een groot gevaar bevindt dan zal de arts die op de hoogte is van de zelfmoordvoor-

nemens van zijn patiënt en die niets onderneemt om de uitvoering ervan te verhinderen, onder de toepassing van art. 422*bis* Sw. kunnen vallen.

Over de aansprakelijkheid van de psychiater en het psychiatrisch ziekenhuis voor de zelfmoord(poging) van een patiënt ook, zie verder, nr. 725.

722 Geldt dit ook t.a.v. de arts die niet enkel de zelfmoord(poging) niet verhindert, maar bovendien hulp verleent om de uitvoering ervan mogelijk te maken en te doen lukken? Dit betreft dan de "zuivere" hypothese van (medische) hulp bij zelfdoding.

In België is er geen rechtspraak m.b.t. deze hypothese, wel in Frankrijk. Het Trib.Gr.Inst. Parijs oordeelde dat zich schuldig maakt aan het niet verlenen van hulp aan een persoon in gevaar (art. 63, lid 2 Code Pénal) de auteur van een boek over zelfmoordmethoden die in twee brieven op de hoogte was gebracht van de plannen van iemand om zich te zelfmoorden en waarin tevens om raad werd gevraagd over de te gebruiken methodes, terwijl deze auteur i.p.v. te trachten de betrokkene te doen afzien van zijn project, integendeel de gevraagde informatie over de dodelijke dosis en de modaliteiten voor het gebruik van een bepaald middel had verschaft (Trib.Gr.Inst. Parijs, 20 november 1985, *D.*, 1986, 369, noot CALAIS, B., *Rev. Science Crim.*, 1987, 202). Deze uitspraak werd in beroep bevestigd en de cassatievoorziening werd verworpen door een arrest van 26 april 1988, *Rev. Science Crim.*, 1989, 111-112; de klacht wegens onopzettelijke doding werd afgewezen omdat het handelingsmisdrijf niet door een nalaten kan worden bedreven, althans in het Franse recht (zie boven, nr. 710; zie ook CALAIS, B., "Suicide. Mode d'emploi (2e épisode) : non-assistance à personne en danger", noot onder Trib.Gr.Inst. Parijs, 20 november 1985, *D.*, 1986, 369). Actieve hulp vóór een zelfmoordpoging was tevoren in Frankrijk al gelijkgesteld met het niet verlenen van hulp aan een persoon in groot gevaar (zie MAYER, D., *a.w.*, 487). Men gaat er daarbij vanuit dat in een dergelijk geval het bestaan van het groot gevaar en de kennis ervan in hoofde van de beschuldigde minder bewijsmoeilijkheden opleveren dan bij louter passief blijven, juist omwille van de aktieve hulp die werd geboden.

In het geval dat werd behandeld voor het Trib.Gr.Inst. Parijs, 20 november 1985 ging het nochtans niet om een zuiver geval van hulp bij zelfdoding : de hulp was beperkt tot het verschaffen van informatie over de te gebruiken dosis en modaliteiten. Stel dat de betrokkene zich uiteindelijk op een andere wijze had gedood, dan kan men met CALAIS betwijfelen of er sprake kon zijn van het niet verlenen van hulp aan een persoon in gevaar. Of in dit geval een handelen als verzuimsdelict werd veroordeeld is ook niet zeker. Men kan dat zo zien, maar men kan er ook van uitgaan dat door het verschaffen van de informatie het bestaande gevaar nog werd versterkt, terwijl overigens men verzuimde hulp te bieden aan de persoon die zich in dat gevaar bevond.

Dezelfde persoon die door het Trib.Gr.Inst. Parijs, 20 november 1985 was veroordeeld wegens het niet verlenen van hulp aan een persoon in gevaar was eerder vrijgesproken in een andere zaak waarin hij als auteur van het boek over zelfmoordmethoden werd vervolgd (Trib.Gr.Inst. Parijs, 23 januari 1985, *D.*, 1985, 418, noot CALAIS, B.; De vordering van de ouders van een jeugdige zelfmoordenaar tegen de auteur van het boek "*Suicide, mode d'emploi*" werd afgewezen omdat er geen oorzakelijk verband kon worden aangetoond tussen de publikatie en de zelfmoord). De publikatie van dit boek en de klaarblijkelijke leemte in de wet om hiertegen desgewenst te kunnen optreden, was de onmiddellijke aanleiding voor een wetgevend initiatief dat heeft geleid tot de Wet n°87-1133 van 31 december 1987 "tendant à réprimer la provocation au suicide" (*J.O.*, 1 januari 1988; *J.C.P.*, 1988, III, 61029; zie hierover ook COSYNS, P., "Hulp bij zelfdoding en euthanasie. Bio-ethische kanttekeningen", *Panopticon*, 1988, 121). Door deze wet werd art. 318 Code Pénal aangevuld met twee bepalingen. Art. 318-1, lid 1 Code Pénal stelt strafbaar de aansporing tot zelfmoord of de poging daartoe; lid 2 voorziet als een verzwarende omstandigheid de jeugdige leeftijd van de zelfmoordenaar en lid 3 stelt strafbaar het maken van reclame of propa-

ganda op welke wijze ook ten voordele van produkten, voorwerpen of methodes die worden voorgesteld als middel om zich te zelfmoorden, ook al wordt daarvan geen werkelijk gebruik gemaakt. Art. 318-2 Code Pénal heeft betrekking op de verantwoordelijkheid van de uitgever, de media en de verbeurdverklaring (zie voor commentaar bij deze wet BORRICAND, J., "La répression de la provocation au suicide : de la jurisprudence à la loi", *J.C.P.*, 1988, I, 3359; GENDREL, M., "Commentaire de la loi n° 87-1133 du 31 déc. 1987 tendant à réprimer la provocation au suicide", *D.*, 1988, 171-179; JACQUINOT, Cl., "Un nouveau délit : la provocation au suicide", *Gaz. Pal.*, 1988, nr. 29-30; PRALUS-DUPUY, J., "La répression de provocation au suicide", *Rev. Dr. Sanitaire*, 1988, 203-219).

Uit deze commentaren en uit de voorbereidende werken blijkt dat de in art. 318-1 Code Pénal vermelde misdrijven voor artsen en medische hulp bij zelfmoord slechts een beperkte relevantie hebben. Hoewel aansporing tot zelfmoord(poging) ruim zou zijn bedoeld (BORRICAND, J., *a.w.*, nr. 16; GENDREL, M., *a.w.*, nr. 4 en nr. 23) blijkt hulp bij zelfmoord niet onder deze wet te vallen. Het oorspronkelijke wetsvoorstel had daar wel betrekking op, maar de verwijzing naar hulp bij zelfmoord is vervallen. Enerzijds omdat bepaalde vormen van hulp bij zelfmoord reeds kunnen worden gestraft als schuldig verzuim en men niet heeft willen strafbaar stellen wat reeds strafbaar is (BORRICAND, J., *a.w.*, nr. 15). Anderzijds omdat men absoluut heeft willen vermijden wetgevend op te treden t.a.v. zgn. euthanasie (GRENDEL, M., *a.w.*, noot 5 en vooral noot 56; PRALUS-DUPUY, J., *a.w.*, 209; wel is niet zo duidelijk wat deze auteurs onder euthanasie verstaan). Het zou best kunnen dat deze wet de reeds bestaande onzekerheid in de relatie tussen arts en stervende patiënt nog zal vergroten (zie de commentaar van GENDREL, M., *a.w.*, bij art. 318-1, lid 3 Code Pénal : wat wanneer een arts een courant geneesmiddel heeft aangeraden aan een zieke? Wat wanneer een arts op een onbeholpen wijze zijn patiënt inlicht over een infauste prognose. Houdt dat aansporing in tot zelfmoord?). Volgens sommige auteurs heeft deze wet vooral een symboolwaarde en zal zij niet leiden tot een daling van het aantal zelfmoord(pogingen)(zie PRALUS-DUPUY, J., *a.w.*, 204).

723 Op de arts die, op de hoogte zijnde van het voornemen van een patiënt om zelfmoord te plegen de middelen ter beschikking stelt om deze zelfmoord te voltrekken kan ook naar Belgisch recht art. 422*bis* Sw. worden toegepast.

Voorwaarde is wel dat aannemelijk wordt gemaakt dat deze patiënt door dit voornemen alleen reeds, in een groot gevaar verkeert (zie boven, nr. 720). Aanvaardt men dit dan is er geen *a fortiori* redenering nodig om art. 422*bis* Sw. toe te passen. Door het terbeschikking stellen van het middel vergroot de gevaarssituatie voor de patiënt en verkleint de mogelijkheid dat de betrokkene zal besluiten van zijn voornemen af te zien. Tegelijk wordt verzuimd hulp te verlenen aan de persoon die men door zijn handelen in een grotere gevaarssituatie heeft gebracht.

Voorts is vervolging mogelijk op grond van het misdrijf van onopzettelijke doding, nl. door zijn onzorgvuldigheid mogelijk maken van de zelfmoord (zie DIJON, X., *Le sujet de droit*, nr. 859-860).

724 Naar huidig recht is het verzoek om hulp bij zelfmoord niet relevant voor wat de strafrechtelijke kwalificatie betreft. Wel zou het verzoek van invloed kunnen zijn op de straftoemeting (zie boven, nr. 708).

C. AANSPRAKELIJKHEID WEGENS ZELFMOORD VAN EEN PSYCHIATRISCHE PATIENT

725 Naar aanleiding van het voorgaande kan de vraag worden gesteld naar de aansprakelijkheid van de psychiater of de psychiatrische inrichting wegens de zelfmoord(poging) ondernomen door een opgenomen patiënt of door een

niet meer opgenomen patiënt, voor zover het ontslag van deze patiënt op medisch betwistbare gronden zou berusten.

De probleemstelling is niet geheel vergelijkbaar met het voorgaande. Daarin ging het om actieve of passieve hulp verleend door een arts vóór of na een door zijn patiënt ondernomen zelfmoord(poging). Hier betreft het de vraag naar de aansprakelijkheid van een psychiater wegens een zelfmoord(poging) die in oorzakelijk verband zou kunnen staan met de te soepele bewakingsvoorschriften die de psychiater heeft gegeven aan het verpleegkundig personeel of een te snelle beslissing tot ontslag.

Over deze laatste hypothese ontbreekt rechtspraak. Ze wordt kort behandeld in een al oudere bijdrage van LEY (LEY, A., "Délit d'omission et suicide", *R.D.P.*, 1952-53, 28-29).

726 Tegenwoordig wordt aanvaard dat de verplichting van een psychiatrisch ziekenhuis om in te staan voor de fysieke veiligheid van de patiënten een inspanningsverbintenis is.

(Zie daarover VAN OEVELEN, A., "De aansprakelijkheid jegens psychisch gehandicapten", *R.G.A.R.*, 1980, 10.151 nr. 23 en nr. 24, in het bijzonder noot 108 en de daar geciteerde rechtspraak; *adde* Brussel, 19 november 1963, onuitg., geciteerd door ANDRE, R., *Les responsabilités*, Brussel, 1981, 756 en 800 en door GILLARDIN, J. en VAN DE KERCKHOVE, M., "Chronique de jurisprudence. Malades et déficients mentaux. Régimes civil et administratif (1960-1981)", *J.T.*, 1983, 444, nr. 168 : aansprakelijkheid van de medisch directeur van een psychiatrische instelling door een patiënt niet onder toezicht te stellen daar waar hij zelfmoordneigingen vertoonde en hem te laten verblijven in een op een verdieping gelegen kamer zonder veiligheidshekken; Luik, 26 mei 1979, *Jur. Liège*, 1979, 417; Luik, 26 maart 1986, *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 444, noot HEYLEN, R.; Rb. Hasselt, 7 april 1986, *Limb.Rechtsl.*, 1986, 193; *R.W.*, 1986-87, 1557, noot VANSWEEVELT, T.; Rb. Antwerpen, 3 oktober 1986, *R.W.*, 1986-87, 2162-2163).

VAN OEVELEN keurt deze opvatting goed. Naast de moderne therapeutische methoden die een grotere soepelheid vereisen t.a.v. de bewaking van de patiënt, noemt hij nog twee andere redenen. Bepaalde reacties van een psychiatrische patiënt zullen altijd onvoorzienbaar, zelfs irrationeel zijn. Bovendien bepaalt het psychiatrisch ziekenhuis niet zelf de draagwijdte van de bewakingsplicht : het voert ter zake slechts de instructies uit van de psychiater. Deze laatste verklaring betekent meteen dat de bewakingsplicht geen kwestie is van louter materieel bewaken, maar een medische component heeft : "in psychiatrische inrichtingen maakt de bewakingstaak integraal deel uit van de therapie die wordt toegepast, waarvoor uitsluitend de geneesheer de verantwoordelijkheid draagt". Het psychiatrisch ziekenhuis kan derhalve slechts aansprakelijk worden gesteld wegens miskenning van de bewakingsplicht wanneer is aangetoond dat de medische voorschriften niet nauwgezet worden uitgevoerd.

727 De opname van een patiënt met zelfmoordneigingen in een niet gespecialiseerde inrichting brengt een bijzonder bewakingsplicht mee (VAN OEVELEN, A., *a.w.*, nr. 27).

De Rechtbank te Brugge aanvaardde de aansprakelijkheid van een algemeen ziekenhuis, beschikkend over een P.A.A.Z. (psychiatrische afdeling in een algemeen ziekenhuis) dat een psychiatrische patiënt met gekende zelfmoordneigingen, had opgenomen, hoewel de psychiater de overbrenging naar een psychiatrisch ziekenhuis had voorgesteld (Rb. Brugge, 17 oktober 1983, *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 181; in beroep bevestigd door Gent, 15 april 1985, *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 438, noot HEYLEN, R.)

728 Het bepalen van de draagwijdte van de bewaking en beveiliging is een bevoegdheid van de arts. Het ziekenhuis of het verpleegkundig personeel mag daarin op eigen initiatief geen wijzigingen brengen.

Aldus zal de psychiater en niet het ziekenhuis aansprakelijk worden gesteld voor het ongeval dat een patiënt die uit een raam springt overkomt wanneer de psychiater had nagelaten de zelfmoordneigingen van de patiënt aan het ziekenhuis mede te delen (VAN OEVELEN, A., *a.w.*, nr. 24).

VANSWEEVELT heeft dit laatste genuanceerd in het licht van een arrest van het Franse Cassatiehof (Cass. Fr., 11 december 1984, *Gaz. Pal.*, 1985, 138 ; VANSWEEVELT, T., "Aansprakelijkheid jegens geesteszieken", *R.W.*, 1986-87, 1763). Zelfs indien de arts klaarblijkelijk een fout heeft begaan door het ziekenhuis niet in te lichten over de zelfmoordneigingen van de patiënt, kan het ziekenhuis toch en alleen aansprakelijk worden gesteld wanneer de patiënt bij een zelfmoordpoging in het ziekenhuis zichzelf verwondt. Niettegenstaande de patiënt in dat ziekenhuis reeds tweemaal een zelfmoordpoging had ondernomen en het ziekenhuis dus op de hoogte was van de toestand van de patiënt waren geen voorzorgsmaatregelen getroffen. Tussen het verzuim van de arts het ziekenhuis in te lichten en de uiteindelijke schade kon geen oorzakelijk verband worden vastgesteld.

729 Ook in hoofde van de arts is de bewakingsplicht, met name het bepalen van de draagwijdte ervan, een inspanningsverbintenis (VANSWEEVELT, T., *a.w.*, 1763).

Hiervoor gelden dezelfde redenen als voor het ziekenhuis, nl. de onvoorzienbaarheid van sommige reacties van een psychiatrische patiënt en de om therapeutische redenen in te bouwen vrijheid en soepelheid bij de bewaking van zo'n patiënt.

Een arts zou aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de verwondingen of het overlijden van een patiënt na een zelfmoord(poging) wanneer hij ten onrechte een patiënt heeft toegelaten in een open dienst, heeft nagelaten een strengere bewaking voor te schrijven of te vroeg een patiënt de instelling heeft laten verlaten (VANSWEEVELT, T., *a.w.*, 1763).

730 Aansprakelijkheid wegens het verhinderen van een zelfmoord lijkt uitgesloten, vermits er van een krenking van een recht of rechtmatig belang geen sprake is (DIJON, X., *Le sujet de droit*, nr. 868).

D. HULP VAN EEN ARTS BIJ HET UITVOEREN VAN DE DOODSTRAF

731 De doodstraf wordt in België nog wel uitgesproken, maar sedert 1867 is het de gewoonte ze krachtens het recht van genade in vrijheidsstraf om te zetten (DUPONT en VERSTAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, nr. 642).

Hoewel de medewerking van een arts bij het voltrekken van de doodstraf naar Belgisch recht zo goed als uitgesloten is, wordt hier toch herinnerd aan de verklaring van de Wereldvereniging van

Artsen dat het voor artsen op medisch-ethische gronden onaanvaardbaar is op enige wijze ingeschakeld te worden bij de voorbereiding of uitvoering van de doodstraf (GEVERS LEUVEN-LACHINSKY, N., "Gezondheidszorg en mensenrechten - morele dilemma's", in *Handboek Gezondheidsethiek*, 1988, 270. De tekst van de Verklaring van Tokio van de Wereldvereniging van Artsen vindt men op blz. 649 van dit Handboek (zie ook AMNESTY INTERNATIONAL, *Ethical codes and declarations relevant to the health professions*, 3-4).

AFDELING III

BEINVLOEDEN VAN DE STERVENDE PATIENT (CAPTATIE)

732 Voor een uitvoeriger bespreking van art. 909 B.W. zie verder, nr. 1185.

HOOFDSTUK II

ARTS EN OVERLEDEN PATIENT

AFDELING I

VERPLICHTINGEN BIJ HET OVERLIJDEN VAN EEN PATIENT

§1. Verplichtingen in het kader van de jaarlijkse statistiek der doodsoorzaken

733 De Wet van 4 juli 1962, *B.S.*, 20 juli 1962, machtigt de regering statistische en andere onderzoekingen te doen betreffende de demografische, economische en sociale toestand van het land. Op grond van art. 4 mag een arts niet weigeren inlichtingen te verstrekken waarvan hij houder is door zijn staat of zijn beroep, wanneer deze inlichtingen hem gevraagd worden voor het opmaken van gezondheidsstatistieken.

K.B. 6 oktober 1966, *B.S.*, 7 december 1966, gew. door K.B. 14 maart 1977, *B.S.*, 13 mei 1977 en door K.B. 23 oktober 1983, *B.S.*, 30 november 1984, schrijft voor het opmaken van een jaarlijkse statistiek van de overlijdens en bevat in bijlage het model formulier III C en III D. Het formulier III C heeft betrekking op de aangifte van het overlijden van een persoon van één jaar en ouder; formulier III D op de aangifte van een doodgeboren kind of een kind van jonger dan één jaar. Elk van deze formulieren bestaat uit 4 stroken : A, B, C en D. Strook A moet gedeeltelijk en strook C moet geheel worden ingevuld door een arts, nl. de behandelend arts of bij ontstentenis de arts belast met het vaststellen van het overlijden (i.v.m. de overlijdensvaststelling, zie verder, nr. 735).

Strook A is het zgn. overlijdensbericht of overlijdensattest. Daarin deelt de attesterende arts het overlijden mee van de betrokkene (nl. plaats, datum en uur van overlijden naast administratieve gegevens) en bevestigt hij dat het overlijden te wijten is aan een natuurlijke, gewelddadige of verdachte oorzaak.

Alszodanig is strook A geen document waarin het overlijden wordt vastgesteld hoewel het dit kan zijn (afhankelijk van de arts die attesteert, zie verder, nr. 735) en het in de praktijk ook dikwijls zo wordt opgevat door de ambtenaar van de burgerlijke stand die toestemming tot begraving verleent. Strook A voorziet niet de mogelijkheid een "onbekende" doodsoorzaak te vermelden (zie voor kritiek hierop en commentaar bij de begrippen natuurlijk, gewelddadig, verdacht, HANSCH, C., "De juridische draagwijdte van het overlijdensattest", *Vervolmakingscyclus voor Verzekeringsgeneeskunde*, 1978-79, 38).

In strook C dient de arts die het formulier invult inlichtingen betreffende het overlijden te verschaffen. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen niet gewelddadige of gewelddadige dood. Bij een niet gewelddadige dood moet de onmiddellijke en de oorspronkelijke oorzaak van het overlijden worden vermeld; bij een gewelddadige dood de aard van het traumatisme en het "feit of middel" (b.v. val, ongeval, brand, zelfmoord e.d.). Op de keerzijde van strook C dient het nummer van de akte in het overlijdensregister te worden vermeld door de ambtenaar. Volgens de nationale raad van de orde der geneesheren is daardoor de anonimiteit niet gewaarborgd. Maar op het verzoek van de nationale raad om op de keerzijde niet langer het nummer van de akte in het overlijdensregister te vermelden werd tot nu toe niet ingegaan (*T. Orde Gen.*, 1978-79, afl. 27, 29-30). Daarbij mag niet uit het oog worden verloren dat strook C uiteindelijk wordt vernie-

tigd. Strook C moet door de arts zorgvuldig worden dichtgekleefd. Het gehele formulier wordt door degene die de aangifte van het overlijden doet aan het gemeentebestuur bezorgd. Strook A wordt afgescheurd en bewaard; de rest van het formulier dat dan anoniem is geworden gaat naar de provinciale gezondheidsinspecteur. Hij opent strook C en brengt de gegevens ervan over in een code op strook B en vernietigt vervolgens strook C.

Het niet naleven van de verplichting strook A en C van formulier III in te vullen is strafbaar met geldboete van 26 tot 10.000 fr. (art. 22 Wet 4 juli 1962). Strafbaar is derhalve de arts die, daartoe verplicht zijnde, beide of een van beide stroken niet invult; slechts gedeeltelijk invult; zodanig invult dat de gevraagde informatie niet wordt gegeven, b.v. alle mogelijke doodsoorzaken in strook A schrapt.

§2. Aangifte van overlijden

734 De aangifte van het overlijden is wettelijk veel minder duidelijk geregeld dan de aangifte van de geboorte (zie boven, nr. 503). Geen wettelijke bepaling bevat een verplichting in hoofde van een arts het overlijden van een persoon aan te geven (LEBOUTTE, J.M., *Lijkbezorging en begraafplaatsen*, Brugge, Vanden Broele, losbl., 12).

Art. 78 B.W. bepaalt dat de akte van overlijden wordt opgemaakt op aangifte van twee getuigen. Bij een overlijden in een ziekenhuis dient aan de ambtenaar van de burgerlijke stand kennis te worden gegeven van het overlijden. Die ambtenaar begeeft zich dan ter plaatse (art. 80 B.W.). In werkelijkheid gebeurt de aangifte van het overlijden door aan de ambtenaar een getuigschrift over te maken dat is opgesteld door een arts en waarin het overlijden wordt vastgesteld. Geen enkele wettelijke regeling bevat voorschriften i.v.m. dit getuigschrift en er moet geen gebruik worden gemaakt van een typeformulier (HANSCH, C., *a.w.*, 39). Er kan voor de aangifte van het overlijden gebruik worden gemaakt van het door de arts ingevulde overlijdensbericht (strook A formulier III, zie boven, nr. 733; VANDEKERCKHOVE L. en HUYSE, L., "Enkele knelpunten in de vorming van de Belgische zelfmoordstatistiek", *Panopticon*, 1984, 320) maar "meestal zal de arts, samen met het ingevulde formulier model III, nog een afzonderlijk, soms meer uitgebreid overlijdensattest afleveren" (HANSCH, C., *a.w.*, 39).

Het gebruik van het overlijdensbericht als getuigschrift voor de aangifte van overlijden is toch niet geheel vrij van bedenkingen. De verplichting om strook A in te vullen wordt aan een arts opgelegd met het oog op het opmaken van statistieken, zodat enige specifiëring naar doodsoorzaak onontbeerlijk is. De aangifte van het overlijden daarentegen gebeurt slechts om de ambtenaar in de gelegenheid te stellen een akte van overlijden op te stellen zodat in dit geval deze specifiëring overbodig is. Jaren geleden al vroeg RAVESCHOT zich af waarom men niet kon volstaan met de verklaring van een arts dat de betrokkene was overleden (RAVESCHOT, J., "De aangifte van overlijden en de behandelend geneesheer", *R.W.*, 1955-56, 575).

§3. Vaststelling van overlijden

A. VASTSTELLING DOOR EEN ARTS

735 De vaststelling van het overlijden is nodig opdat een toelating voor begraving kan worden afgeleverd door de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 77 B.W.).

Letterlijk betekent dit dat geen toelating tot begraving kan worden afgeleverd zolang het overlijden niet werd vastgesteld en dat de ambtenaar zelf het overlijden dient te hebben vastgesteld. Op

beide punten is de praktijk anders. Als uit het getuigschrift van de arts dat gevoegd wordt bij de aangifte van overlijden een natuurlijke doodsoorzaak blijkt, dan zal de ambtenaar reeds een toelating tot begraving afleveren, ook al werd het overlijden nog niet vastgesteld. Voorts stelt niet de ambtenaar het overlijden vast, maar een door hem aangeduide arts, de zgn. dokter van de burgerlijke stand. Wanneer deze arts tevens de arts is die als behandelend arts formulier III strook A heeft ingevuld dan zal strook A, het overlijdensbericht, tevens kunnen dienen als bewijs voor de vaststelling van het overlijden (VANDEKERCKHOVE, L. en HUYSE, L., *a.w.*, 319 die nog twee andere gevallen vermelden waarin het overlijdensbericht dienst doet als bewijs van de vaststelling van het overlijden). Als uit het overlijdensbericht een natuurlijke doodsoorzaak blijkt zal de zgn. dokter van de burgerlijke stand in grotere gemeenten toch nog eens de doodsoorzaak verifiëren (VANDEKERCKHOVE, L. en HUYSE, L., *a.w.*, *t.a.p.*).

736 De vaststelling van het overlijden door een arts berust niet enkel op een administratieve praktijk. Die praktijk komt ook tot uiting in sommige reglementaire en wettelijke bepalingen.

Art. 4 K.B. 6 oktober 1966, *B.S.*, 7 december 1966 (zie boven, nr. 733) verwijst uitdrukkelijk naar de "behandelende geneesheer of bij ontstentenis van deze de geneesheer die met de vaststelling van het overlijden werd belast". Art. 22, §1 zelfde besluit vereist dat bij een aanvraag voor toelating tot crematie een attest wordt gevoegd waarin de behandelend arts of de arts die het overlijden heeft vastgesteld bevestigt dat er geen tekens of aanwijzingen zijn van een gewelddadige e n verdachte dood.

737 Het meest uitgesproken is art. 11 Orgaantransplantatiewet. Krachtens deze bepaling dient het overlijden van een persoon bij wie men organen wenst weg te nemen met het oog op therapeutische transplantatie door drie artsen te worden vastgesteld. Geen van hen mag betrokken zijn bij de behandeling van de receptor, bij de wegneming of de transplantatie. Bij de vaststelling van het overlijden laten zij zich leiden door de "jongste stand van de wetenschap" (zie verder, nr. 743).

B. VASTSTELLING VAN OVERLIJDEN

738 Bij het bespreken van het vaststellen van de dood dient een onderscheid te worden gemaakt tussen (a) de definitie van de dood (b); het criterium of de criteria die worden gebruikt bij het vaststellen van de dood en (c) de methode(n) die worden gebruikt om na te gaan of de vooropgestelde criteria zijn vervuld, m.a.w. de methode om de doodsdiagnose te stellen; voorts (d) de waarborgen waaraan het stellen van de doodsdiagnose moet voldoen en (e) de juridische en maatschappelijke bekrachtiging van het dood zijn of het (juridisch) bewijs van de dood. Zie Pol. Luik, 26 oktober 1981, *Jur. Liège*, 1982, 90, noot J.H.).

1. Definitie van de dood

739 Het recht kent geen definitie van het doodsbegrip en evenmin van het leven.

Wel vindt men in literatuur en jurisprudentie (pogingen tot) omschrijving van de dood. De politierechter te Hasselt gaf de volgende definitie. "Een mens was dood en is in de huidige tijd dood wanneer alle functies voor het handhaven van het leven definitief en onomkeerbaar uitgevallen zijn" (Pol. Hasselt, 30 juni 1986, *T.Vred.*, 1988, 253). Tegen een wettelijke definitie van de dood (zie voor een pleidooi VAN TILL, H., *Doodgaan, wat is dat?*, Utrecht Bohn, 1984, 60) wordt wel aangevoerd dat die niet bestand zou zijn tegen de wetenschappelijke vooruitgang en dus regelmatig zou dienen te worden bijgesteld (in die zin, Pol. Luik, 26 oktober 1981, *Jur. Liège*, 1982, 90, noot J.H.). Maar niet zozeer de definitie van de dood als wel de criteria voor de vaststelling ervan zijn aan evolutie onderhevig.

2. Criteria voor de dood

740 Belangrijker dan de definitie is het criterium dat wordt gehanteerd om de dood te herkennen.

In het Belgisch recht is een dergelijk criterium niet uitdrukkelijk bepaald. Algemeen wordt echter thans als doodscriterium de zgn. h e r s e n d o o d aanvaard daar waar tot voor ± 20 jaar de stilstand van hart en ademhaling als criterium voor de dood werd gehanteerd.

Wel is het zo dat ook vandaag nog in de overgrote meerderheid van de gevallen kan worden volstaan met het toepassen van de "vroegere" methode om de dood vast te stellen, nl. nagaan of er nog hartslag en ademhaling is. Het gaat dan echter om de methode, niet om het criterium. Ten onrechte wordt uit het veelvuldig gebruik van de vroegere methode afgeleid dat het hersendoodcriterium nog niet algemeen zou zijn aanvaard of, erger nog, dat er twee verschillende doodscriteria bestaan die naast elkaar worden gebruikt. Dit heeft geleid tot de onjuiste opvatting als zou er naast de (medische) hersendood nog een andere (juridische) dood bestaan die later intreedt, nl. wanneer er geen hartslag en bloedsomloop meer is (zie voor een voorbeeld van deze opvatting, MATTHIJS, J., "Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet", *R.W.*, 1971-72, 165 en 218).

Het gelijktijdig gebruik van meer dan één doodscriterium zou echter tot onaanvaardbare situaties leiden. Zo zou iemand volgens één criterium nog leven maar reeds zijn overleden volgens een ander. Maakt men echter een duidelijk onderscheid tussen doodscriterium enerzijds en methoden voor het vaststellen van het overlijden anderzijds, dan vermijdt men dit simultaan bestaan van meerdere criteria.

741 Algemeen wordt tegenwoordig in de Westerse wereld als criterium voor het overlijden de hersendood aanvaard (VAN TILL, H., *a.w.*, 4; Pol. Luik, 26 oktober 1981, *Jur. Liège*, 1982, 90, noot J.H.).

In strijd hiermee lijkt de Politierechter te Hasselt een combinatie van hersendood en cardiovasculaire dood voor te staan. "Recent heeft men het definitief uitvallen van de hersenfunctie als (enig) criterium voor de ingetreden dood willen vooropstellen. Hierbij wordt geen of minder waarde gegeven aan de traditionele doodscriteria als het definitief en onomkeerbaar uitvallen van de long/hartfunctie. In haar tussenvonnis heeft de rechtbank gemeend dat zij zich in beginsel diende te stellen op het standpunt dat het definitief uitvallen van a l l e functies, nodig voor de handhaving van het leven (hart/longfunctie; hersenfunctie) aanwijzingen zijn voor de ingetreden dood. Dit betekent dat de rechtbank weigerde te stellen dat de dood was ingetreden toen enkel de hersenfunctie was uitgevallen, ook al was de long/hartfunctie (eventueel kunstmatig) gehandhaafd" (Pol. Hasselt, 30 juni 1986, *T. Vred.*, 1988, 253). Verwijzend naar dit vonnis, stelt SENAEVE: "slechts indien alle functies nodig voor de handhaving van het menselijk leven volledig en onmiskenbaar zijn uitgevallen, komt er een einde aan de persoonlijkheid" (SENAEVE, P., *Compendium*

van het personen- en familierecht, Boekdeel 1, Personenrecht, Leuven, Acco, 1989, nr. 40). Volgens deze auteur kan er "niet van overlijden in juridische zin" worden gesproken, ook al zijn voor de mens vitale functies blijvend verloren gegaan en al geschiedt het instandhouden van dit leven kunstmatig zo lang er "ook maar enig teken van leven is".

Leven dat op een kunstmatige wijze in stand wordt gehouden d.m.v. beademingsapparatuur en bloeddrukregelende middelen kan evenwel geen leven in juridische of medische zin worden genoemd. Als men van "overlijden in juridische zin" slechts zou mogen spreken als er geen enkel "teken van leven" meer is, dan zou dit betekenen dat er slechts dood is als het met zekerheid vaststaat dat de allerlaatste nog levende cel eveneens is afgestorven.

Dat is een zekerheid die uitstijgt boven de "menselijke zekerheid" die wetenschappelijk verantwoorde criteria dienen te bieden (zie DIERKENS, R., "Recht in de branding", in *Liber amicorum, E. Spanoghe*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1981, 82).

3. Methoden voor het vaststellen van overlijden (doodsdiagnose)

742 Het vaststellen van het overlijden gebeurt in de overgrote meerderheid der gevallen op een wijze die al eeuwenlang wordt gebruikt, nl. door de stilstand van ademhaling en hartfunctie (bloedsomloop) vast te stellen. In het dagdagelijkse leven komt het er niet op aan te weten wanneer precies iemand is overleden; het volstaat te weten dat iemand is overleden (BOUNAMEAU, R., *L'autopsie: acte médico-legal et acte scientifique. Aspects théoriques et pratiques*, Brussel, E. Story-Scientia, 1988, 42). Daartoe is het voldoende dat wordt gecontroleerd of hart en bloedcirculatie definitief en onomkeerbaar zijn stilgevallen. Niet omdat door de hartstilstand de persoon is doodgegaan (behalve in het zeer zeldzame geval dat het hart zelf direct werd gedood b.v. bij een executie) maar wel omdat door de hartstilstand, het uitvallen van de bloedcirculatie en van de zuurstoftoevoer naar de hersenen, de (hersen)dood is ingetreden (VAN TILL, H., *a.w.*, 4).

Er doen zich situaties voor waarin deze methode onbruikbaar is. Aldus wanneer hart en bloedcirculatie op een kunstmatige wijze door interventie van buitenaf op gang worden gehouden. Of bij onderkoeling van het lichaam tot circa 32°C. Maar het zijn niet deze uitzonderlijke omstandigheden die hebben geleid tot het zoeken naar een nieuwe methode voor het vaststellen van de dood maar wel medisch-technische ontwikkelingen op het vlak van de kunstmatige beademing en later de orgaantransplantatie. Het gebruik van kunstmatige beademing maakt de toepassing van de klassieke methode onbruikbaar omdat bij een beademde persoon de ademhaling door iemand anders of een machine gaande wordt gehouden. Op deze wijze kan worden vermeden dat transplantabele organen verloren gaan door gebrek aan bloed- en zuurstoftoevoer. Maar dan rees de vraag op grond van welke methode wél de dood kon worden vastgesteld in deze gevallen vermits het ondenkbaar is dat b.v. een hart zou worden weggenomen bij iemand die overeenkomstig de klassieke methode nog zou leven. De discussie over een "nieuwe" methode is einde 1967 door de harttransplantatie verricht door doctor Barnard opgelaaid en pas min of meer afgesloten rond 1982-83 (VAN TILL, H., *a.w.*, 2). In België keurde de nationale raad van de orde der geneesheren op 20 oktober 1984 een advies goed i.v.m. de "diagnostiek hersendood". Volgens dit advies (*T. Orde Gen.*, 1984-85, afl. 33, 32-33) veronderstelt de vaststelling van de dood "op cerebrale normen een irreversibel coma op grond van een geheel van concorderende anamnetische, klinische en technische gegevens" (zie ook art. 98 Code van geneeskundige plichtenleer waar sprake is van onomkeerbaar coma).

Nu is de term "onomkeerbaar" of "irreversibel" coma niet vrij van kritiek. Vooreerst stemmen de Nederlandstalige en de Franstalige versie van art. 98 Code van geneeskundige plichtenleer niet

met elkaar overeen, nl. onomkeerbaar coma en "coma dépassé" (zie over die term PORTINOL, B., "A propos de la définition légale de la mort", *Gaz. Pal.*, 1988, 300-302). Beide termen hebben een verschillende betekenis, "Coma dépassé" duidt een situatie aan die een stuk slechter is dan het irreversibel coma (VAN TILL, H., *a.w.*, 43). Een tweede kritiek t.a.v. art. 98 houdt in dat de term "coma" niet kan slaan op iemand die overleden is (zie MICHELS, J.M., "De patiënt in coma; dilemma's voor de arts", in *Handboek Gezondheidsethiek*, 1988, 361). Een comateuze patiënt is niet dood, maar comateus. Ten onrechte wordt in het advies van de Nationale Raad van 20 oktober 1984 gesproken over het vaststellen van de dood op grond van een irreversibel coma, terwijl in art. 98 Code van geneeskundige plichtenleer ten onrechte wordt gesproken over het beëindigen van het "kunstmatig overleven van een irreversibel coma". Dat zou in de huidige stand van het recht neerkomen op moord of doodslag.

Een ander begrip dat in deze context veelvuldig wordt gebruikt is "klinisch dood". Ten onrechte wordt klinisch dood als een synoniem voor hersendood gebruikt (zie voor een voorbeeld, Wetsvoorstel betreffende het recht van de ongeneeslijk zieke patiënt op een waardige dood, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 389/1, art. 13). Klinisch dood zijn betekent dat zowel de spontane ademhaling als hartslag zijn stilgevallen. Volgens de klassieke methode is iemand dan dood, maar de stilstand hoeft niet perse definitief te zijn. Naar gelang van het geval zal deze toestand leiden tot de dood, of niet (VAN TILL, H., *a.w.*, 41). Het is derhalve beter bij het vermoeden dat iemand dood is, d.w.z. bij afwezigheid van ademhaling en hartfunctie, de termen te gebruiken : deze patiënt is in apnoe en asystolie. Wanneer deze toestand definitief is en niet meer voor therapie vatbaar en voldoende lang heeft geduurd (orde van minuten) mag men stellen dat iemand dood is.

743 Het recht is in het algemeen stilzwijgend omtrent de methode die dient te worden gebruikt voor het vaststellen van de dood. Art. 11, tweede lid Orgaantransplantatiewet bepaalt dat om het overlijden vast te stellen de drie artsen zich laten leiden "door de jongste stand van de wetenschap".

"Wat wordt bedoeld is niet het laatste snufje dat ergens is beproefd, doch een ruim aanvaarde methode om de dood vast te stellen" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 11).

Bij de bespreking van art. 11 in de Kamercommissie is nog gesuggereerd de medisch-technische methode voor het vaststellen van het overlijden in de wet of in de voorbereidende werken te specifiëren (Kamercommissieverslag, 47). Dat is uiteindelijk niet gebeurd (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 220/9, 47).

Wellicht was het beter geweest in de wet of elders te specifiëren dat de methode die volgens de jongste stand van de wetenschap is voorgeschreven niet altijd moet worden toegepast wanneer het overlijden van een "donor" moet worden vastgesteld. Dat is slechts zo wanneer het gaat om organen als hart, lever, longen, nieren enz. die zo snel mogelijk na het overlijden moeten worden weggenomen. Maar wanneer men b.v. slechts de cornea wenst weg te nemen, kan men volstaan met de klassieke methode. Ook wanneer iemands hersenen bij een verkeersongeval dodelijk werden getroffen kan worden volstaan met de vaststelling van de dood op grond van de klassieke methode (zie AKVELD, H., *Transplantatie en wetgeving. Werkelijkheid en ideaal*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1987, 144).

Zoals art. 11 Orgaantransplantatiewet nu luidt wordt de indruk gewekt dat in alle gevallen waarin na het overlijden organen worden weggenomen de dood moet worden vastgesteld overeenkomstig de meest geavanceerde methode, de zgn. neurologische. Niet-naleving van deze bepaling wordt met strafsancties bestraft (art. 17, §3 Orgaantransplantatiewet). Echter, het toepassen van de neurologische methode t.a.v. iemand bij wie met de vereiste zekerheid het overlijden volgens de klassieke methode kan worden vastgesteld b.v. bij wegneming van cornea bij een lijk dat zich reeds meerdere uren in het moratorium bevindt, is zinloos omdat zo het overlijden wordt vastgesteld van iemand bij wie dit reeds is gebeurd. Dat zou als een blijk van tekort aan eerbied voor het lijk kunnen worden beschouwd wat strijdig is met art. 12 Orgaantransplantatiewet. De toepassing

van art. 11 Orgaantransplantatiewet zou daarom moeten worden beperkt tot de gevallen waarin dit voor de bescherming van de potentiële donor zinvol is.

4. Waarborgen bij het vaststellen van het overlijden

744 In normale omstandigheden stelt de wet geen waarborgen t.a.v. het vaststellen van het overlijden. Er moet zelfs geen arts tussen komen, hoewel dit in de praktijk wel het geval is (zie boven, nr. 735).

De Orgaantransplantatiewet voorziet wel bijzondere waarborgen voor het vaststellen van het overlijden. Deze wet stelt eisen aan de deskundigheid, de onafhankelijkheid en de controleerbaarheid waarmee het overlijden van een donor wordt vastgesteld (naast het gebruik van een wetenschappelijk verantwoorde methode : zie boven, nr. 743).

Teneinde de deskundigheid waarmee de vaststelling van het overlijden gebeurt, te waarborgen eist art. 11, eerste lid Orgaantransplantatiewet dat dit gebeurt door drie artsen. De wet specifieert niet naar hoedanigheid. Het advies van de nationale raad van de orde der geneesheren van 20 oktober 1984 eist een neuroloog, een reanimator en een "derde" arts (*T. Orde Gen.*, 1984-85, afl. 33, 33).

Om de onafhankelijkheid te garanderen mogen deze artsen niet de behandelend artsen zijn van de receptor en evenmin degenen die de wegneming of de transplantatie zullen doen.

De behandelend arts van de donor mag wel een van deze drie artsen zijn. Het wetsontwerp voorzag dat het overlijden zou worden vastgesteld door een college van drie artsen. Achteraf is dat geworden : drie artsen, geen college. Volgens de staatssecretaris gebeurde deze wijziging "om praktische redenen" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/2, 23). Vermits het ontwerp niet bepaalde of het college unaniem of met meerderheid zou beslissen,kan men in deze wijziging nog een extra bescherming voor de donor zien. De drie artsen moeten onafhankelijk van elkaar tot hetzelfde besluit komen (zie ook het advies van de Nationale Raad van de orde der geneesheren van 20 oktober 1984 : de artsen moeten elk persoonlijk de patiënt hebben onderzocht. In het advies van de Nationale Raad van 11 april 1987 dat werd uitgebracht n.a.v. de inwerkingtreding van de Orgaantransplantatiewet, wordt op dit punt nog meer ingegaan : "Het ligt voor de hand dat alle voorzorgen moeten worden genomen om het door de wetgever gestelde vertrouwen in het medisch korps in te lossen en elke zweem van achterdocht die bij de bevolking zou kunnen bestaan, weg te nemen. Het is overduidelijk dat de wetgever een absolute onafhankelijkheid en vrijheid van beoordeling van de drie geneesheren beoogt. Het kan dus niet gaan om een team van drie geneesheren die samen een groepsbeslissing nemen, maar uitsluitend om een beslissing waarbij elk van de drie geneesheren zijn persoonlijke en volledige verantwoordelijkheid opneemt en dit op een volstrekt onafhankelijke wijze. Dit wil niet zeggen dat overleg is uitgesloten, maar betekent wel duidelijk dat elke vorm van beïnvloeding en elke vorm van directe of indirecte drukuitoefening, een ernstige deontologische fout is. Bij de aanduiding van de drie geneesheren ware het wenselijk dat minstens één geneesheer geen deel zou uitmaken van de vaste ziekenhuisstaf. De praktische bezwaren en het tijdverlies die kunnen worden ingeroepen om op deze suggestie niet in te gaan, zijn moeilijk vol te houden in een land met een zo grote densiteit van geneesheren en zo kleine afstanden en wegen niet op tegen de bijkomende waarborg van onafhankelijkheid en vrijheid van beslissing van de verantwoordelijke geneesheren" (*T. Orde Gen.*, 1987, afl. 37, 14).

Inzake de controle op de vaststelling van het overlijden ten slotte eist art. 11, derde lid Orgaantransplantatiewet dat het uur van het overlijden en de wijze waarop het werd vastgesteld in een gedagtekend en ondertekend P.V. wordt vermeld door de drie artsen. Dat P.V. en de eraan gehechte stukken moet gedurende tien jaren worden bewaard (zie ook het advies van de Nationale Raad van de orde der geneesheren van 20 oktober 1984, punt 5).

5. Bekrachtiging van het overlijden

745 Ten slotte dient het overlijden nog maatschappelijk en juridisch te worden bekrachtigd.

Door de ambtenaar van de burgerlijke stand wordt een akte van overlijden opgesteld. Sommigen hebben de stelling verdedigd dat een persoon medisch gesproken weliswaar dood is wanneer er een "irreversibel coma" werd vastgesteld, maar dat deze persoon juridisch "pas als dood zal worden beschouwd, wanneer de akte van overlijden is opgemaakt" (zie de tussenkomst van Vandenbossche, L., Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 220/9, 19).

Deze zienswijze kan niet worden bijgetreden. Analogisch zou iemand slechts als geboren worden beschouwd wanneer de akte van geboorte werd opgemaakt. De akte van overlijden geldt niet als juridische vaststelling van de dood maar als bewijs van het feit van het overlijden (PUELINCKX-COENE, M., *Erfrecht*, Brussel, E. Story-Scientia, 1988, 46). Dat er een verschil is tussen het feit van het overlijden en het bewijs ervan d.m.v. de akte van overlijden wordt bevestigd door de zgn. gerechtelijke vaststelling van het overlijden. Wanneer er niet de minste twijfel over iemands dood bestaat, maar toch geen akte van overlijden kon worden opgemaakt omdat het stoffelijk overschot niet teruggevonden werd, kan de rechter na verloop van tijd overgaan tot de gerechtelijke vaststelling van het overlijden *(a.w.*, 46., noot 9; zie voor een voorbeeld, Rb. Luik, 27 juni 1985, *Jur. Liège*, 1986, 112).

§4. Verplichtingen van de arts bij het vaststellen van een niet natuurlijke doodsoorzaak

746 In het algemeen bevat de wet geen duidelijke voorschriften i.v.m. de handelwijze van een arts die wordt geconfronteerd met een verdacht of gewelddadig overlijden.

Er bestaan meerdere mogelijkheden. De arts vult op strook A van formulier III in dat het overlijden verdacht is of gewelddadig of vult in het geheel niets in (wat wettelijk betwistbaar is, zie boven, nr. 733). In dat geval zal de ambtenaar van de burgerlijke stand geen toelating tot begraving verlenen (art. 81 B.W. en art. 44 Sv.) (zie verder, nr. 748, autopsie) en het parket op de hoogte brengen. Hij is daartoe verplicht op grond van art. 29 Sv. (HANSCH, C., *a.w.*, 39).

Een andere mogelijkheid is dat de arts zelf het gerecht in kennis stelt van een gewelddadig of verdacht overlijden (VANDEKERCKHOVE, L. en HUYSE, L., *a.w.*, 320, noot 5). Een wettelijke verplichting daartoe bestaat niet behalve in het geval vermeld in nr. 747).

747 Art. 13, §1 Orgaantransplantatiewet verplicht de arts die overgaat tot de wegneming van organen en weefsel (dit kan niet de arts zijn die het overlijden heeft vastgesteld, zie art. 11, eerste lid en zie boven nr. 744) en die daarbij een g e w e l d d a d i g e d o o d vaststelt, een verslag op te stellen en dit aan de procureur des Konings op te sturen.

Zie voor de inhoud van het verslag art. 13, §1, tweede lid Orgaantransplantatiewet. Het gaat hier om de enige wettelijke bepaling die zo duidelijk aan een welbepaalde arts de verplichting oplegt de procureur des Konings op de hoogte te brengen van een gewelddadig overlijden.

Art. 13, §2 Orgaantransplantatiewet bevat een veel algemenere bepaling. Bij een overlijden met onbekende of verdachte oorzaak mag geen wegneming van organen worden verricht tenzij de procureur des Konings daarvan vooraf is ingelicht en hij er zich niet tegen heeft verzet. De wet bepaalt niet door wie de procureur des Konings op de hoogte wordt gebracht.

In zijn advies van 11 april 1987 (*T. Orde Gen.*, 1987, afl. 37, 14) zegt de Nationale Raad van de orde der geneesheren hieromtrent het volgende : "Het is niet aanvaardbaar dat de wet op de wegneming van organen (...) enige weerslag zou hebben op de vermelding van de doodsoorzaak. In dit verband weze opgemerkt, dat wanneer een ernstig vermoeden bestaat van een medische of verpleegkundige fout m.b.t. het overlijden, de overledene voor de wegneming van organen niet in aanmerking kan komen".

AFDELING II

VERRICHTEN VAN EEN AUTOPSIE OF LIJKSCHOUWING

§1. Definitie en soorten van autopsie

748 Een definitie van a u t o p s i e vindt men o.a. bij PETIT. Het gaat om "een onderzoek van de inwendige organen door een arts bij lijkopening" (PETIT, J., "Kunnen familieleden zich tegen een autopsie verzetten?", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 110).

Synoniemen zijn obductie, necropsie, lijkschouwing, sectie en lijkopening.

749 In de literatuur worden doorgaans drie soorten autopsies onderscheiden naar gelang van de bedoeling waarmee de autopsie wordt verricht. Men onderscheidt de p o l i t i o n e l e a u t o p s i e (PETIT, J., *a.w.*, 109) of autopsie als onderzoeksmaatregel in strafzaken; de g e r e c h t e l i j k e a u t o p s i e (PETIT, J., *a.w.*, 111) of autopsie als bewijsmiddel in burgerlijke zaken en de a u t o p s i e v o o r ''o n d e r r i c h t e n w e t e n s c h a p'' (PETIT, J., *a.w.*, 115), ook wel "klinische, wetenschappelijke en didactische lijkopening" genoemd (DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr. 328) of medisch-wetenschappelijke autopsie.

De wetgever heeft tot nu toe geen van deze drie op een duidelijke wijze geregeld. De Orgaantransplantatiewet is alszodanig niet van toepassing hoewel er in feite een verband bestaat met de medisch-wetenschappelijke autopsie (zie verder, nr. 762).

Vanuit medischrechtelijk oogpunt is de medisch-wetenschappelijke autopsie veruit het meest interessant omdat daarbij de relatie tussen de behandelend arts en zijn overleden patiënt het duidelijkst aanwezig is. De twee andere autopsies bevinden zich meer in de gerechtelijke sfeer en de arts die een dergelijke autopsie verricht zal doorgaans optreden als deskundige in opdracht van een derde en niet als de (vroegere) behandelend arts van de overledene.

§2. Toelaatbaarheid van de autopsie in het algemeen

750 Tegenwoordig wordt de autopsie niet meer beschouwd als onverenigbaar met de piëteit verschuldigd tegenover de overledene (DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr. 235). Maar de aantasting van de piëteit moet aanvaardbaar zijn, d.i. gebeuren met een aanvaardbaar doel, geen negatie inhouden van de eerbied verschuldigd aan de doden en positief zijn in zijn gevolgen.

Aanvaardbare doeleinden kunnen volgens DIERKENS zijn : een lijkopening ten dienste van de dodenverering (b.v. balseming) of ten dienste van de maatschappij, m.n. de gerechtelijke autopsie bedoeld in art. 81 B.W. en art. 43 en 44 Sv. De lijkopening kan ook de belangen van het individu zelf dienen, b.v. om de vrees voor schijndood weg te nemen of de belangen van de familie van de overledene, bij een levensverzekering. Ten slotte vermeldt DIERKENS de vooruitgang van de wetenschap als een belang dat kan worden gediend door lijkopeningen.

751 Behalve dat het respect voor de overledene niet op onaanvaardbare wijze mag worden aangetast, dient de lijkopening in overeenstemming te zijn met de wet. Specifieke wettelijke voorschriften i.v.m. de toelaatbaarheid van autopsies ontbreken evenwel terwijl "lijkschennis" geen misdrijf is " ten gevolge van een leemte in onze wetgeving" (DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr. 244).

Niettemin zouden twee bepalingen, art. 315 Sw. en 453 Sw. kunnen gelden als ruime wettelijke grenzen t.a.v. de algemene toelaatbaarheid van autopsies.

Uit art. 315 Sw. in combinatie met art. 77 B.W. wordt door sommigen afgeleid dat een autopsie niet binnen de 24 uur na het overlijden mag worden verricht (*vgl.* RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 603). Beide bepalingen betreffen de begrafenis, niet de lijkopening (zie DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr. 244; PETIT, J., *a.w.*, 109, noot 1; BOUNAMEAU, R., *a.w.*, 92-93) en zijn derhalve niet van toepassing.

Art. 453 Sw. bestraft grafschennis. Volgens DIERKENS wordt aan dit artikel door rechtsleer en rechtspraak een zeer ruime interpretatie gegeven die van aard is de lijkopening in vele gevallen onder de toepassing van dat artikel te doen vallen. DIERKENS noemt deze interpretatie "juridisch niet onaanvechtbaar : de extensieve interpretatie is inderdaad in dit laatste geval zo verregaand, dat zij in strijd is met vast aanvaarde principes van ons strafrecht" (DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr. 249 en 252).

752 Moet een autopsie noodzakelijk door een arts worden uitgevoerd zoals wordt aangegeven in de in nr. 748 vermelde definitie?

Voor de autopsie verricht als onderzoeksmaatregel volgt het antwoord duidelijk uit art. 44 Sv. en art. 81 B.W. In het algemeen valt het uitvoeren van een autopsie niet onder de uitoefening van de geneeskunde in de zin van art. 2, §1, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst, waar sprake is van een "menselijk wezen". Een lijk is dat niet. Maar voor de betrouwbaarheid van de resultaten en met het oog op een minimale schending van het lijk is vereist dat de autopsie steeds gebeurt door een arts.

§3. Autopsie als onderzoeksmaatregel in strafzaken

753 Deze autopsie vindt een duidelijke wettelijke grondslag in art. 81 B.W. en art. 44 Sv.

Van de autopsie als onderzoeksmaatregel mag geen systematisch gebruik worden gemaakt. Het overlijden moet gewelddadig zijn of verdacht of de oorzaak ervan dient onbekend te zijn en de autopsie moet bovendien onontbeerlijk zijn voor het onderzoek (DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr. 342; PETIT, J., *a.w.*, 111). Tegen het verrichten van een autopsie als onderzoeksmaatregel is geen verzet mogelijk (zie DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr. 341-342 die de maatregel vergelijkt met de tijdelijke inbeslagneming van het lijk als *corpus delicti*).

(Zie i.v.m. de bloedafname op een lijk in het kader van een gerechtelijk onderzoek, Rb. Antwerpen, Kort ged., 16 februari 1977, *R.W.*, 1977-78, 478. De rechtbank weigerde de bloedafname te laten verrichten omdat het niet opgaat "een aflijvige een vaststelling af te dwingen in zijn nadeel waartoe hij tijdens zijn leven nooit de toestemming gegeven zou hebben". *Anders*, SCHUERMANS, L., "Lijkschouwing en verzekering", *Cons. Man.*, 1984, nr. 3-4, 6).

§4. Autopsie als bewijsmaatregel in burgerlijke zaken

754 Dat de burgerlijke rechter een autopsie kan bevelen als een bijzondere vorm van deskundigenonderzoek is onbetwist (SCHUERMANS, L., *a.w.*, 6). De rechter kan een bevel tot autopsie geven zowel ter oplossing van een voor hem gebracht geschil als wanneer een geschil werkelijk en dadelijk dreigt te ontstaan (art. 962 Ger. W.).

Een autopsie kan worden gevraagd door de nabestaanden waarbij men in de eerste plaats denkt aan het vrijwaren van patrimoniële rechten (zie Rb. Brussel, 13 juli 1910, *Pas.*, 1911, III, 194 : een autopsie werd gevraagd om na te gaan of de testator wel gezond van geest was op het ogenblik van de redactie van het testament). Maar er zijn ook gevallen bekend waarbij de eerbied voor de overledene en het beeld dat men van hem wenst te bewaren centraal staan. Aldus een autopsie om na te gaan of niet ten onrechte organen werden weggenomen (in deze zin Rb. Charleroi, 13 maart 1987, *J.T.*, 1987, 316). Maar in de meeste (gepubliceerde) rechtspraak ging de vraag uit van derden. Aldus de arts die de doodsoorzaak bij een van zijn overleden patiënten niet kon achterhalen en die zich wenste te beschermen tegen mogelijke roddels door een autopsie te vragen (Rb. Brussel, 18 november 1891, geciteerd door DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr. 326-327; RIJCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 568). DIERKENS acht het uitvoeren van een autopsie in deze omstandigheden onaanvaardbaar.

Veruit de meeste gevallen waarin om bewijsredenen een autopsie wordt gevraagd, betreffen situaties waarbij de uitkering van vergoedingen door verzekeringsmaatschappijen in het geding is. Ofwel zijn het de rechthebbenden die een autopsie vragen om op die manier te kunnen bewijzen dat het overlijden wel degelijk onder de waarborgomschrijving valt. Ofwel gaat het verzoek uit van de verzekeringsmaatschappij wanneer die wil aantonen dat het overlijden niet onder de waarborg valt, dat een reden van verval bestaat of een regres mogelijk is (SCHUERMANS, L., *a.w.*, 5).

755 In verband met de toelaatbaarheid van een autopsie als bewijsmiddel duikt de vraag op naar het beschikkingsrecht over het lijk. Door wie kan een autopsie worden toegelaten en vooral, wie kan zich er tegen verzetten?

De eerste die ter zake een beslissing kan nemen is degene die het lijk potentieel in zich draagt, de levende mens. Dit recht is hem eigen (DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr. 213 die verwijst naar Cass., 3 juli 1899, *Pas.*, 1899, I, 318, concl. Proc. Gen. MESTDACH DE TER KIELE; VANSWEEVELT, T., "De klinische autopsie als medisch-juridisch probleem", *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 259, nr. 3). Het zgn. "recht op het lijk" dat van morele aard is, komt in de eerste plaats toe aan de levende persoon (DIERKENS, R., noot onder Gent, 3 november 1962, *R.W.*, 1962-63, 1207). Wanneer de overledene tijdens zijn leven uitdrukkelijk heeft ingestemd met het verrichten van een autopsie via een clausule in de verzekeringsovereenkomst dan kan niemand zich hiertegen verzetten. Ook de familie niet die principieel geen recht heeft om zich te verzetten. Integendeel, de verzekeringsmaatschappij heeft dan "recht op het verrichten van de lijkopening" (DIERKENS, R.,*Lichaam en lijk*, nr. 316-317). Heeft de overledene zich daarentegen uitdrukkelijk verzet tegen een autopsie dan mag zij niet worden verricht, behalve in het geval er ernstige aanwijzingen bestaan van bedrog (DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr. 322) of rechtsmisbruik (SCHUERMANS, L., *a.w.*, noot 53).

756 Doorgaans zal de overledene zijn wil niet duidelijk hebben bepaald. Wanneer de overledene zijn recht op het lijk niet heeft uitgeoefend dan gaat het bij zijn overlijden over op de familie. DIERKENS noemt dit het verwantenvoorrecht (DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr. 284; *id.* noot onder Gent, 3 november 1962, *R.W.*, 1962-63, 1207).

Hieruit volgt dat de nabestaanden zich kunnen verzetten tegen het verrichten van een autopsie als bewijsmiddel. Dit standpunt lijkt ook vandaag nog algemeen te worden aanvaard (VANSWEEVELT, T., *a.w.*, 259, nr. 4).

757 Kan de rechter, ondanks het verzet van de familie, toch een autopsie bevelen op verzoek van b.v. een verzekeringsmaatschappij? Het antwoord op deze vraag luidt niet meer hetzelfde als vroeger.

DIERKENS achtte de rechter onbevoegd om in een dergelijk geval de lijkopening te laten doorvoeren. Hij dient de weigering van de familie te respecteren. Wel zou hij de weigering kunnen interpreteren en "dienvolgens, in zekere gevallen, de bewijslast opleggen aan de familie" (DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr. 323). Ook de oudere rechtspraak huldigde deze opvatting (SCHUERMANS, L., *a.w.*, en de door hem in noot 55 geciteerde rechtspraak, zie ook noot 56 voor verwijzingen naar rechtsleer).

Wat de rechtspraak inzake gemeenrechtelijke verzekeringen betreft, is echter sprake van "een kentering" (PETIT, J., *a.w.*, 112) of een "verschuiving" (SCHUERMANS, L., *a.w.*, 8). (De rechtspraak inzake de arbeidsongevallenverzekering stond reeds "zeer vroeg een autopsie toe, ondanks het verzet van de nabestaanden"; PETIT, J., *a.w.*, 114; SCHUERMANS, L., *a.w.*, 8, noot 60 en 9 voor een verklaring van dit onderscheid).

Niettegenstaande het verzet van de nabestaanden zal een autopsie door de rechter thans toch worden toegelaten "in zeer ernstige omstandigheden" (SCHUERMANS, L., *a.w.*, 9, verwijzend naar Antwerpen, 29 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 1890). Daarbij dient een afweging te gebeuren tussen de patrimoniële belangen van de verzekeraar en de morele en patrimoniële belangen van de familie. Bij deze afweging is het criterium volgens SCHUERMANS of de nabestaanden door hun verzet eerder de eigen patrimoniële belangen schaden dan wel die van de verzekeraar. In het laatste geval zal de verzekeraar met argumenten moeten komen om de autopsie te rechtvaardigen. Wanneer het verzet echter de belangen schaadt van de nabestaanden dan kan de rechter niet, ondanks het verzet, de autopsie bevelen, zgn. in het belang van de nabestaanden (SCHUERMANS, L., *a.w.*, 9; zie nochtans PETIT, J., *a.w.*, 112-113). Opdat een autopsie zou kunnen worden toegelaten moet een relatieve zekerheid bestaan dat via de autopsie het bewijs kan worden geleverd (PETIT, J., *a.w.*, 112). Ook zal de rechtbank dienen na te gaan of de autopsie nog op een nuttige wijze kan geschieden (SCHUERMANS, L., *a.w.*, 9). Is de doodsoorzaak "ogenschijnlijk gekend" dan zal het verzoek tot autopsie eveneens worden afgewezen (PETIT, J., *a.w.*, 112).

§5. Medisch-wetenschappelijke autopsie

758 Opdat een autopsie om medisch-wetenschappelijke redenen geoorloofd zou zijn moet aan twee voorwaarden zijn voldaan. De overledene of zijn nabestaanden hebben toegestemd in de autopsie of minstens zich daartegen niet verzet. De autopsie mag voorts niet worden uitgevoerd op een persoon die aan een niet natuurlijke doodsoorzaak is overleden.

A. TOESTEMMING

759 Ondanks haar groot maatschappelijk nut mag een medisch-wetenschappelijke autopsie alleen worden uitgevoerd als de overledene zelf of diens familie daarin hebben toegestemd (DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr. 328).

Voor de grondslag van dit toestemmingsrecht, zie boven, nr. 755, nl. het recht op het lijk en het verwantenvoorrecht.

In (sommige) universitaire ziekenhuizen heeft zich een praktijk ontwikkeld krachtens de welke autopsies worden verricht zonder de toestemming van de betrokkene of zijn familie. Wel wordt er rekening gehouden met het uitdrukkelijk verzet van een van beide. Het ontstaan van deze praktijk dient reeds in de vorige eeuw te worden gesitueerd. DIERKENS maakt melding van een Wet van 27 augustus 1835 die bepaalde dat de openbare onderstand ziekenhuizen te Gent en Luik ter beschikking stonden voor het klinisch onderricht in de medische faculteiten van de daar gevestigde universiteiten (DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr. 346). Bij het voorbereiden van de Wet van 25 mei 1891 tot interpretatie van de Wet van 27 augustus 1835 werden ook de lijkopeningen besproken, zij het zeer zijdelings. Volgens DIERKENS kan uit deze discussie worden afgeleid "dat de wetenschappelijke vooruitgang dient te worden bevorderd doch tevens dat de wil van de overledene dient te worden geëerbiedigd. Wanneer hij zich heeft verzet tegen de lijkopening mag zij niet doorgaan. Hetzelfde recht wordt toegekend aan de familie" (DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr. 347). In de universitaire ziekenhuizen van de universiteiten te Gent en Luik zou aldus sedert vele jaren het gebruik gelden dat zonder verzet van de patiënt of de nabestaanden autopsies mogen worden verricht. Wat de ziekenhuizen van de universiteit te Brussel betreft, maken RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT melding van een gelijkaardig gebruik (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 602).

Maar niet iedereen trekt uit de bespreking van de interpretatieve Wet van 25 mei 1891 dezelfde conclusie. BOUNAMEAU haalt een niet nader gespecifieerde rechtszaak aan m.b.t. een autopsie verricht bij een patiënt die in het Luikse Bavière ziekenhuis overleed in september 1953. Ondanks het verzet van de familie werd een autopsie uitgevoerd. De familie legde klacht neer wegens diefstal van het lijk en wegens grafschennis. De klacht werd zonder gevolg geklasseerd. De procureur des Konings kwam in de studie die hij naar aanleiding van deze zaak verrichtte tot het besluit dat de Wet van 25 mei 1891 aan de geneeskundige faculteiten geen enkel recht toekende op het lijk van de patiënten. Het feit opgenomen te worden in een universitair ziekenhuis tast de individuele vrijheid noch het recht te beschikken over zijn lichaam aan. Een autopsie die wordt uitgevoerd zonder de formele toestemming van de betrokkene of zijn familie en *a fortiori* tegen de wil in van de familie, maakt een inbreuk uit op dat recht (BOUNAMEAU, R., *a.w.*, 135-140).

In een betwisting tussen de nabestaanden van een patiënt en de universitaire ziekenhuizen van de K.U. Leuven kregen deze laatste van de Vrederechter te Leuven de toelating "te bewijzen dat, voor wat betreft de uitvoering van een autopsie in de vrije universitaire ziekenhuizen, het geen bezwaar systeem bestaat en in feite wordt toegepast, zodat geen uitdrukkelijke toestemming voor de uitvoering van een lijkschouwing vereist is". Tegen deze toelating werd door de nabestaanden beroep aangetekend. De Rechtbank te Leuven oordeelde evenwel dat de vrederechter terecht het bewijs van een dergelijk systeem had toegelaten (Rb. Leuven, 25 november 1986, *Pas.*, 1987, III, 34-35, noot F.B.; *T.B.B.R.*, 1987, 75; *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 257, noot VANSWEEVELT, T.). Het door het ziekenhuis aangehaalde gebruik, nl. dat "zowel in de vrije als in de officiële academische ziekenhuizen het toestemmingssysteem vervangen werd door het geen bezwaar systeem onder meer teneinde in het belang van de wetenschap de mogelijkheid te scheppen om onder de erkenningsnormen voor universitaire ziekenhuizen te vallen" achtte de rechtbank "niet ongeoorloofd" en "niet strijdig met een algemeen bestaand rechtsgevoel".

In een andere rechtszaak (geciteerd door BOUNAMEAU, R., *a.w.*, 149 e.v.) beriep het Brusselse Brugman ziekenhuis zich eveneens op het bestaan van een constant en oud gebruik in alle ziekenhuizen volgens hetwelk een autopsie mag worden uitgevoerd op een overleden patiënt behoudens het formeel en voorafgaandelijk verzet van de familie. Dit gebruik zou zijn gebaseerd op de noodzakelijkheid van de medische vooruitgang. De tegenpartij betwistte het bestaan en de werkelijk-

heid van dit gebruik. Voorts werd gesteld dat het vragen van toestemming toch niet als een hinderpaal voor de medische vooruitgang kan worden gezien, terwijl ook nog de schending van het eigendomsrecht van de familie werd ingeroepen. Teneinde de betwisting te beslechten nodigde de rechtbank de meest gerede partij uit advies te vragen aan de Nationale Raad van de orde der geneesheren m.b.t. het gestelde probleem. In het uitgebrachte advies deed de Nationale Raad over de grond van de zaak geen uitspraak hoewel men daarin toch een impliciete bevestiging kan zien van het ingeroepen gebruik. Dat ligt trouwens in de lijn van de inhoud van art. 133 Code van geneeskundige plichtenleer : "Behoudens opeising of bijzondere wettelijke bepalingen kan een lijkschouwing alleen worden verricht wanneer er geen uitdrukkelijk of stilzwijgend verzet is geweest vanwege de patiënt of vanwege de naastbestaanden." In een recent advies bevestigde de nationale raad de in art. 133 vervatte regel. "De raad is de mening toegedaan dat een lijkschouwing alleen kan worden verricht wanneer er geen expliciet of impliciet verzet is geweest van de patiënt of vanwege diens nabestaanden. Er is geen wettekst die de toelating van de nabestaanden voorschrijft" (*T. Orde Gen.*, 1988, afl. 41, 18). In de door BOUNAMEAU aangehaalde zaak deed de rechtbank geen uitspraak ten gronde. Beide partijen kwamen een minnelijke schikking overeen.

760 Een medisch-wetenschappelijke autopsie die ondanks het uitdrukkelijk verzet van de betrokkene of diens nabestaanden zou worden uitgevoerd schendt het recht op het lijk en het verwantenvoorrecht. Zij is bovendien in strijd met art. 133 Code van geneeskundige plichtenleer.

761 Of er een gebruik bestaat krachtens hetwelk in universitaire ziekenhuisdiensten tot een autopsie om medisch-wetenschappelijke redenen mag worden overgegaan zonder de toestemming van de betrokkene of zijn naastbestaanden is betwist. De Rechtbank te Leuven aanvaardde het bestaan van zo'n gebruik, zonder enige nadere aanduiding over de oorsprong van dit gebruik (Rb. Leuven, 25 november 1986; *Pas.*, 1987, III, 34-35, noot F.B.; *T.B.B.R.*, 1987; *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 257, noot VANSWEEVELT, T.). VANSWEEVELT daarentegen trekt het bestaan van zo'n gebruik in twijfel. Uit de door hem ingewonnen inlichtingen blijkt dat niet alle universitaire ziekenhuizen het geen bezwaar systeem toepassen, althans toch niet stelselmatig (VANSWEEVELT, T., *a.w.*, 260 nr. 7).

Dat niet ieder universitair ziekenhuis het gebruik op een stelselmatige wijze toepast, is op zich geen reden om het bestaan van dit gebruik in andere reeds langer bestaande universitaire ziekenhuizen zoals te Brussel, Gent, Leuven en Luik te ontkennen. Uit de in nr. 759 aangehaalde literatuur en rechtspraak blijkt integendeel dat in de ziekenhuizen van deze universiteiten het bestaan van een dergelijk gebruik zeer wel kan worden aangenomen. Uit het "niet stelselmatig" toepassen van dit gebruik in recenter opgerichte universitaire ziekenhuizen zoals te Antwerpen zou men ook kunnen afleiden dat het gebruik daar nog in ontwikkeling is.

Niet dienend is het argument dat "zowel in de vrije als in de officiële academische ziekenhuizen het toestemmingssysteem vervangen is door het geen bezwaar systeem onder meer teneinde in het belang van de wetenschap, de mogelijkheid te scheppen om onder de erkenningsnormen voor universitaire ziekenhuizen te vallen" (Rb. Leuven, 25 november 1986, *Pas.*, 1987, III, 34-35, noot F.B.; *T.B.B.R.*, 1987, 75; *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 257, noot VANSWEEVELT,

T.). Afgezien van het nog recente bestaan van deze normen (1978) voorzien zij uitdrukkelijk dat de autopsies worden verricht bij personen "waarvoor geen administratieve noch juridische beletselen bestaan".

762 Op zichzelf volstaat het bestaan van een dergelijk gebruik niet opdat een autopsie zonder toestemming van de betrokkene of zijn nabestaanden geoorloofd zou zijn. Het gebruik moet geldig zijn.

VANSWEEVELT betwist de geldigheid van dit gebruik - als het al bestaat - omdat het indruist tegen een van de meest fundamentele waarden in onze samenleving, nl. het recht op fysieke integriteit en het recht van familieleden op een begrafenis van een "ongemutileerd" familielid (VANSWEEVELT, T., *a.w.*, 260 nr. 7). De Rechtbank te Leuven daarentegen achtte dit gebruik "niet ongeoorloofd" en "niet strijdig met een algemeen bestaand rechtsgevoel" (Rb. Leuven, 25 november 1986, *Pas.*, 1987, III, 34-35, noot F.B.; *T.B.B.R.*, 1987, 75; *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 257, noot VANSWEEVELT, T.). Volgens de Rechtbank te Leuven heeft eenieder bij leven recht op onschendbaarheid van zijn lichaam maar kan "zulks zeker niet zo formeel worden gesteld" na het overlijden. De aantasting van het recht op fysieke integriteit na het overlijden zou slechts onrechtmatig zijn wanneer zij met kwaad opzet of met oneerlijke motieven zou gebeuren : wanneer zij de piëteitsgevoelens van de nabestaanden zou kunnen krenken of louter zou gebeuren om privébelangen te dienen. In de gegeven omstandigheden was van zo'n aantasting geen sprake : de autopsie gebeurde vlak na het overlijden zodat geen ontgraving diende te gebeuren; in het ziekenhuis zelf door een bevoegde arts en met een geoorloofd doel, nl. de doodsoorzaak op te sporen om in de toekomst in gelijkaardige gevallen eventueel een andere behandeling toe te passen en "op een zo decent mogelijke en zo discreet mogelijke manier". Ook SENAEVE betwist de geldigheid van dit gebruik. "Een aantasting van een persoonlijkheidsrecht georganiseerd door een bepaalde beroepskring zonder wettelijke basis en zonder gerechtelijke controle kan onmogelijk geoorloofd geacht worden" (SENAEVE, P., *a.w.*, nr. 411).

Een belangrijk argument tegen de geldigheid van het ingeroepen gebruik vormt art. 10 Orgaantransplantatiewet. Hierdoor werd het geen bezwaar stelsel ingevoerd voor wegnemingen van organen bij overleden patiënten met therapeutische doeleinden. In de memorie van toelichting bij het eerste ontwerp, dat wat de belangrijkste krachtlijnen betreft niet afwijkt van de uiteindelijke wet, wordt gezegd dat " de wet niet van toepassing is op de autopsie die gebeurt om na het overlijden de juiste diagnose te stellen van ziekte of doodsoorzaak" (Wetsontwerp betreffende het wegnemen en transplanteren van organen en weefsel, *Gedr. St.*, Kamer, 1980-81, nr. 774/1, 5). *A contrario* kan men hieruit besluiten dat voor de autopsie de uitdrukkelijk toestemming de regel blijft. Art. 2 Franse Orgaantransplantatiewet van 22 december 1976 daarentegen laat het verrichten van een autopsie zonder de uitdrukkelijke toestemming wel toe (zie DUBOUIS, L., "Prélèvement d'organe sur le cadavre d'un mineur et responsabilité hospitalière", *Rev. Dr. Sanitaire*, 1988, 511-516; Conseil d'Etat (Fr.) 17 februari 1988, Camara, *A.J.D.A.*, 1988, 329 en 366).

Hoe belangrijk ook doorslaggevend kan dit argument toch niet zijn. Gelet op het nog recente karakter van orgaanwegnemingen bij overleden personen kon zich nog geen rechtsgeldig gebruik hebben gevormd dat deze wegnemingen zonder uitdrukkelijke toestemming toeliet. Daarom was de tussenkomst van de wetgever voor de invoering van een geen bezwaar stelsel vereist. Omdat autopsies voor medisch-wetenschappelijke doeleinden al veel langer gebeuren zou er zich wel een rechtsgeldig gebruik i.v.m. het geen bezwaar systeem hebben kunnen vormen. Door de Orgaantransplantatiewet wordt die rechtsgeldigheid dan niet teniet gedaan.

763 Opdat het gebruik dat een autopsie mag worden uitgevoerd indien er geen verzet is van de betrokkene of zijn nabestaanden, geldig zou kunnen zijn dienen de belanghebbenden de mogelijkheid te hebben zich te verzetten. Minstens is daartoe vereist dat zij op de hoogte zijn van het bestaan van het gebruik.

Volgens de Rechtbank te Leuven is dit voor de geldigheid van het gebruik niet vereist "omdat in een bepaalde kring algemeen geldende gebruiken eenvoudig opgelegd worden aan ieder die met die kring rechtsverhoudingen aangaat. Cfr. gebruiken in de haven van Antwerpen" (Rb. Leuven, 25 november 1986, *Pas.*, 1987, III, 34-35, noot F.B.; T.B.B.R., 1987, 75; *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 257, noot VANSWEEVELT, T.).

De verwijzing naar de gebruiken in een haven is in deze contekst ongelukkig en weinig overtuigend. Enkel zeer gespecialiseerde personen en bedrijven contracteren met elkaar in dit milieu terwijl tegenwoordig iedereen zonder onderscheid in een universitair ziekenhuis wordt opgenomen.

Teneinde de patiënten en hun familieleden op de hoogte te brengen van het gebruik medisch-wetenschappelijke autopsies uit te voeren zonder de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene wordt in sommige ziekenhuizen deze praktijk in de onthaalfolder meegedeeld (zie VANSWEEVELT, T., *a.w.*, 261, nr. 11 en MATTHIJS, J., *a.w.*, 223, nr. 46-47). Volgens VANSWEEVELT impliceert het stilzwijgen alleen van de patiënt nog niet dat hij zich niet heeft verzet. De patiënt moet kennis hebben kunnen nemen van de inhoud van deze onthaalfolder en het stilzwijgen van de patiënt moet als een aanvaarding van de bepalingen van de onthaalfolder kunnen worden uitgelegd.

764 Blijft nog de vraag naar de mogelijke sancties wanneer een medisch-wetenschappelijke autopsie wordt verricht zonder de toestemming of ondanks het verzet van de betrokkene of zijn naastbestaanden.

Gelet op art. 133 Code van geneeskundige plichtenleer en de interpretatie die de Nationale Raad van de orde der geneesheren hieraan heeft gegeven in een recent advies (zie boven, nr. 759) zal een tuchtrechtelijke sanctie slechts opgelegd worden indien ondanks het uitdrukkelijk verzet van de patiënt of zijn nabestaanden toch een autopsie werd uitgevoerd.

De auteurs wijzen voorts op de mogelijkheid schadevergoeding te vorderen van de arts (VANSWEEVELT, T., *a.w.*, 260 nr. 9; BOUNAMEAU, R., *a.w.*, 140) voor zover de voorwaarden daartoe zijn vervuld.

Ook strafrechtelijke sancties ontbreken nagenoeg. De toepassing van art. 453 Sw. (grafschennis) lijkt uitgesloten (zie boven, nr. 751). In de rechtszaken geciteerd door BOUNAMEAU werd ook de schending van het eigendomsrecht van de nabestaande op het lijk ingeroepen. Volgens de procureur des Konings zou het recht van de nabestaanden inderdaad worden beschermd door art. 461 e.v. Sw. (diefstal). Zolang het lichaam deel uitmaakt van een persoonlijkheid is het buiten de handel en is het niet vatbaar voor private toeëigening. Maar eenmaal dat het lichaam van de persoon is gescheiden, na het overlijden, en lijk is geworden, wordt zo'n toeëigening wel mogelijk. Alszodanig is het lichaam vergelijkbaar met de goederen behorend tot het openbaar domein. Ook die kunnen, na desaffectatie, worden verkocht. Hetzelfde geldt voor het lichaam na desaffectatie van de persoonlijkheid, d.i. als het lijk is geworden. Het lijk geniet dan de strafrechtelijke bescherming die de eigendom geniet. Wie een autopsie verricht zonder toestemming of ondanks het verzet zou wegens inbreuk op dit eigendomsrecht kunnen worden vervolgd. "L'autopsie constitue en soi un acte d'appropriation du cadavre"(geciteerd door BOUNAMEAU, R., *a.w.*, 148).

Gelet op de oorsprong van het lijk, nl. een menselijk lichaam, zal niet iedereen kunnen instemmen met het besluit dat het verwantenvoorrecht als rechtsgoed dezelfde strafrechtelijke bescherming geniet als het eigendomsrecht. Het standpunt van deze procureur des Konings is dan ook voor betwisting vatbaar.

B. NATUURLIJKE DOODSOORZAAK

765 Het is aan een arts niet toegelaten een medisch-wetenschappelijke autopsie uit te voeren op het lijk van een persoon die aan een niet natuurlijke dood is overleden. Het opsporen en bewijzen van een misdrijf mag inderdaad niet moeilijk of onmogelijk worden gemaakt (DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr.

341, noot 16; in dezelfde zin, F.B., noot onder Rb. Leuven, 25 november 1986, *Pas.*, 1987, III, 34 die eveneens van mening is dat een autopsie slechts mag worden uitgevoerd nadat de toelating tot begraving werd verleend; zie boven, nr. 751).

§6. Autopsie om andere redenen

766 Buiten de drie besproken hypothesen, kan een autopsie ook nog om andere redenen worden uitgevoerd.

In een advies van de Nationale Raad van de orde der geneesheren wordt melding gemaakt van een autopsie die, op verzoek van een overlevende tweelingbroer, werd uitgevoerd bij zijn overleden broer omdat hij vreesde aan dezelfde ziekte te zullen sterven. Achteraf betwistte de opdrachtgever het honorarium dat door de arts werd gevraagd. Volgens de Nationale Raad was deze autopsie niet geoorloofd omdat zij zonder medisch-wetenschappelijke redenen werd uitgevoerd en er evenmin een toelating van een rechter was gegeven. Bovendien, het resultaat ervan mocht niet aan de opdrachtgever worden meegedeeld vermits het medisch beroepsgeheim blijft bestaan na het overlijden (*T. Orde Gen.*, 1988, afl. 40, 19).

AFDELING III

WEGNEMING VAN ORGANEN EN WEEFSELS BIJ OVERLEDEN PERSONEN

§1. In het kader van de Orgaantransplantatiewet

A. ALGEMENE VOORWAARDEN

1. Wegneming met het oog op de transplantatie voor therapeutische doeleinden

767 De Orgaantransplantatiewet is slechts van toepassing op de wegneming van organen of weefsels van het lichaam van een persoon met het oog op het voor therapeutische doeleinden transplanteren van die organen of weefsels op het lichaam van een ander persoon (art. 1, §1, eerste lid Orgaantransplantatiewet).

Dit betekent dat geen organen of weefsels mogen worden weggenomen bij een overledene op grond van de Orgaantransplantatiewet d.w.z. op grond van het geen bezwaar stelsel dat art. 10 van deze wet regelt (zie verder, nr. 776 e.v.) wanneer het de bedoeling is deze organen achteraf te gebruiken voor experimentele doeleinden. Evenmin mogen op grond van dit stelsel organen worden weggenomen zonder dat de bedoeling voorzit om ze achteraf voor transplantatie te gebruiken, b.v. voor het uitvoeren van een biopsie of met het oog op medisch of wetenschappelijk onderzoek (Wetsontwerp betreffende het wegnemen en transplanteren van organen en weefsels, *Gedr. St.*, Kamer, 1980-81, nr. 774/1, 5). Ook een autopsie valt buiten het toepassingsgebied van deze wet (zie verder, nr. 762). Het wegnemen van organen met de bedoeling ze te gebruiken voor

transplantatie om therapeutische redenen en die in afwachting daarvan in een orgaanbank of weefselbank worden bewaard, valt wel onder de Orgaantransplantatiewet (Ontwerp van wet betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 4-5).

2. Geen embryo's of voortplantingsmateriaal

768 In beginsel is de wet van toepassing op alle organen en weefsels van het menselijk lichaam, met uitzondering van testes, ovaria, eicellen, sperma en embryo's (art. 1, §1, tweede lid Orgaantransplantatiewet).

Embryo's en voortplantingsmateriaal werden uit het toepassingsgebied gesloten omdat het niet de bedoeling was de problemen rond onvruchtbaarheid en voortplanting te regelen door deze wet (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/2, 10).

Secreties en bloed vallen evenmin onder het toepassingsgebied van deze wet (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 4).

3. Wegneming met het oog op bereiding van therapeutische middelen

769 Na advies van de Hoge Gezondheidsraad kan de Koning het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet uitbreiden tot het wegnemen na overlijden van organen en weefsels met het oog op de bereiding van therapeutische middelen die onontbeerlijk zijn voor de behandeling van ernstige ziekten (art.2).

De oorsprong van deze bepaling moet gezocht worden in de noodzaak om over hypophysen te beschikken die een onontbeerlijk therapeutisch bestanddeel leveren voor het bereiden van preparaten met het oog op de behandeling van dwerggroei (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 5).

Tot op heden werd deze mogelijkheid niet gebruikt.

4. Wegneming door een arts in een ziekenhuis

770 De wegneming van weefsels of organen moet door een arts gebeuren in een ziekenhuis zoals bedoeld in de Wet op de ziekenhuizen (art.3).

Zie voor een omschrijving van ziekenhuis, art. 3 Gecoördineerde Ziekenhuiswet.

5. Verbod van winstoogmerk bij afstand

771 Afstand van organen en weefsels mag niet met een oogmerk van winst geschieden, ongeacht de partijen tussen welke de afstand plaats heeft (art. 4, §1, eerste lid).

De wet gebruikt hier bewust "afstand" en niet wegneming. Hierover werd in de bevoegde Kamercommissie gediscussieerd. De staatssecretaris verklaarde daarbij dat de term "afstand" in ruime zin moet worden begrepen. Er wordt niet de afstand mee bedoeld van donor aan receptor (zie

daarover art. 4, §1, tweede lid : de donor kan geen enkel recht laten gelden lastens de receptor) maar wel alle tussenstadia die vereist zijn opdat het orgaan, na wegneming, uiteindelijk bij een receptor zou kunnen terechtkomen (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 220/9, 24. Het verbod van winstoogmerk geldt voor alle personen die n.a.v. de afstand van een orgaan of een weefsel als tussenpersoon optreden (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 12 en 28).

Zie voor strafsancties, art. 17, §3.

6. Respect voor het lijk

772 Het wegnemen van organen en het sluiten van het lichaam moeten gebeuren met respect voor het lijk en bezorgdheid voor de gevoelens van de familie (art. 12, eerste lid).

7. Geheimhouding identiteit

773 De identiteit van de donor en van de receptor mag niet worden meegedeeld (art. 14).

B. SPECIFIEKE VOORWAARDEN IN HOOFDE VAN DE OVERLEDEN PERSOON

1. Overledene is in het bevolkingsregister of sedert meer dan zes maanden in het vreemdelingenregister ingeschreven

774 Overeenkomstig art. 3 K.B. 1 april 1960 betreffende het houden van de bevolkingsregisters moeten in het bevolkingsregister van de gemeente waar zij hun hoofdverblijf hebben worden ingeschreven, alle Belgen en alle vreemdelingen die door de Minister van Justitie gemachtigd zijn om zich in het Rijk te vestigen. De inschrijving in het bevolkingsregister geschiedt aan de hand van de gegevens van de akten van de burgerlijke stand (art. 5 K.B. 1 april 1960). Akten van de burgerlijke stand betreffende personen die niet behoren tot de gemeente waar de akte werd opgemaakt (aldus de geboorteakte van een kind geboren in een ziekenhuis dat niet is gelegen in de gemeente waar zijn moeder haar verblijf heeft) worden binnen 8 dagen na hun dagtekening bij uittreksel meegedeeld aan het bestuur van de bevoegde gemeente, d.i. bij de geboorteakte de gemeente waar de moeder haar verblijf heeft.

Een en ander betekent dat tussen de geboorte van een kind en de inschrijving van het kind in de bevolkingsregister enige tijd kan verstrijken. Overlijdt het kind in die tussenperiode dan geldt het zgn. geen-bezwaar-stelsel niet. Zie verder, nr. 796.

a) Vaststelling van het overlijden

775 De wegneming van een orgaan bij een overleden persoon vereist vanzelfsprekend dat vaststaat dat deze persoon is overleden. Art. 11 Orgaantransplantatiewet stelt deze eis en bevat bovendien een aantal waarborgen waarmee deze vaststelling moet zijn omringd (zie boven, nr. 744).

b) Geen verzet tegen de wegneming

776 Wanneer het overlijden op de voorgeschreven wijze werd vastgesteld en wanneer de persoon in het bevolkingsregister of sedert meer dan 6 maanden in het vreemdelingenregister is ingeschreven, kunnen organen en weefsels worden weggenomen, met inachtneming van de voorwaarden beschreven in nr. 767 tot nr. 773, op voorwaarde dat tegen deze wegneming geen verzet is geuit (art. 10, §1, eerste lid). Het verzet kan worden uitgedrukt vóór het overlijden of na het overlijden.

- Verzet vóór het overlijden

777 Vóór het overlijden kan de betrokken persoon, die in staat is om zijn wil te doen kennen, zelf het verzetten uitdrukken ongeacht de leeftijd (art. 10, §2, tweede lid).

De wet voorziet dus geen minimumleeftijd voor het uitdrukken van het verzet tegen wegneming (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 10). Het oorspronkelijk wetsontwerp voorzag de minimumleeftijd van 18 jaar. Daaronder dienden de naastbestaanden zich te verzetten.

778 Wanneer de betrokken persoon nog geen 18 jaar is kan het verzet vóór het overlijden ook door de "nabestaanden" worden uitgedrukt voor zover deze met hem samenleven (art. 10, §2, tweede en derde lid). Dit betekent dat voor een minder dan 18-jarige, zowel de nabestaanden als de betrokkene zich kunnen verzetten, behalve wanneer de betrokkene niet in staat is zijn wil te doen kennen. In dat geval kunnen alleen de nabestaanden zich verzetten (art. 10, §2, derde lid).

In een omzendbrief van de bevoegde minister en staatssecretaris van 19 februari 1987, *B.S.*, 21 februari 1987, wordt ingegaan op de minimumleeftijd die een 18-jarige moet hebben om zich te kunnen verzetten en op conflicten die zich kunnen voordoen wanneer de wil van de minderjarige niet overeenstemt met die van de nabestaanden.

779 Voor een persoon die niet in staat is zijn wil te doen kennen wegens zijn geestestoestand, kan het verzet worden uitgedrukt door de wettelijke vertegenwoordiger, de voorlopige bewindvoerder of een naaste verwant (art. 10, §2, vierde lid).

Wegens zijn geestestoestand niet in staat zijn wil te uiten kan meerdere betekenissen hebben. Aldus dat iemand op min of meer continue wijze niet meer beschikt over al zijn geestesvermogens. Zou het slachtoffer van een verkeersongeval die zich in een comateuze toestand bevindt en dus nog leeft hier ook bedoeld zijn zodat iedere verwante, ook al leeft hij niet (meer)samen met deze persoon, zich alsnog zou kunnen verzetten tegen wegneming? (in deze zin, SENAEVE, P., *a.w.*, nr. 447). De voorbereidende werken leren hieromtrent niets. De gebruikte bewoordingen sluiten een interpretatie zoals voorgestaan door SENAEVE niet uit.

780 Een eerste wijze van uitdrukking van verzet is deze welke door de Koning is geregeld (art. 10, §3).

Zie K.B. 30 oktober 1986 tot regeling van de wijze waarop de donor of de personen bedoeld in art. 10, §2 Orgaantransplantatiewet hun wil te kennen geven, *B.S.*, 14 februari 1987.

Art. 3 van dit K.B. bepaalt dat zolang de betrokkene leeft, het verzet te allen tijde kan opgeheven worden.

781 Art. 10, §4, 2° Orgaantransplantatiewet laat de mogelijkheid open dat de donor verzet uitdrukt "op een andere wijze".

In verband met deze bepaling duiken twee vragen op : welke wijzen van uitdrukking van verzet worden hier bedoeld? Wie kan zich "op een andere wijze" verzetten?

782 De eerste vraag is eenvoudig te beantwoorden : in beginsel kan iemand zich tijdens zijn leven op om het even welke wijze verzetten tegen wegneming van organen. "Het volstaat dat zulk verzet ondubbelzinnig wordt geuit" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 10; zie ook *Gedr. St.*, Senaat, 1980-81, nr. 774/1, 3 : het lag niet in de bedoeling van de regering om de wijze waarop het verzet kan worden uitgedrukt te beperken).

783 De tweede vraag is moeilijker te beantwoorden. Art. 10, §4, 2° Orgaantransplantatiewet heeft het over "de donor" die, vanzelfsprekend tijdens zijn leven, verzet uitdrukt "op een andere wijze". Strikt genomen betekent dit dat een wettelijke of feitelijke vertegenwoordiger van de donor zich niet op een andere wijze kan verzetten. Maar deze bepaling voorziet niet dat enkel de donor het verzet mag meedelen aan de arts. Art. 10, §4, 2° is vaag over deze mededeling : "voor zover aan de geneesheer daarvan kennis is gegeven". Aldus zou de kennisgeving van het verzet van de donor op een andere dan de bij K.B. voorziene wijze ook door een derde persoon kunnen gebeuren.

Vermits het verzet van de donor op om het even welke wijze kan worden geuit, dus ook mondeling, en vermits derden dit verzet mogen meedelen, is het niet uitgesloten dat derden zich i.p.v. de donor verzetten tegen de wegneming, nog tijdens het leven van de donor, en op een andere wijze dan de bij K.B. voorziene. Men kan hierbij denken aan comateuze of anderzins bewusteloze patiënten. De arts zal met dit verzet rekening moeten houden. Het afleggen van een onjuiste verklaring dat iemand zich heeft verzet tegen de wegneming valt overigens niet onder art. 17, §3, tweede lid Orgaantransplantatiewet.

- Verzet na het overlijden

784 In een strikt geen-bezwaar-stelsel kan verzet tegen de wegneming van organen slechts worden uitgedrukt door de betrokkene zelf of zijn vertegenwoordiger, tijdens het leven.

Het geen-bezwaar-stelsel in de Orgaantransplantatiewet is een afgezwakte vorm van een strikt geen-bezwaar-stelsel (BRIELS, M., "Vragen op het terrein van de orgaantransplantatie", in APOSTEL, L., e.a. (ed.)., *Beschikken over lijf en leden*, Leuven, Acco, 1987, 29; AKVELD, H., *a.w.*, 116-117; NYS,

H., "Removal and transplantation of organs in Belgium", Reports of the 7th. World Congres on Medical Law, Gent, 1985, vol. 3, 113-120.

Tijdens de besprekingen van het wetsontwerp in de Senaatscommissie voor Justitie werd door een senator die het uitgangspunt van de wet goed gezind was, een amendement ingediend teneinde "in de wettekst een laatste psychologische rem in te bouwen". In dit amendement werd voorgesteld dat de arts, wanneer geen verzet is uitgedrukt op de door de Koning geregelde wijze, tot wegneming mocht overgaan "tenzij hem kennis gegeven is van het verzet vanwege een n a a s t bestaande; dit verzet kan niet worden tegengeworpen aan een uitdrukkelijke wilsbeschikking van de donor". Als verantwoording voor dit amendement werd aangehaald dat "duidelijk moet worden bepaald welk het r e c h t is van de naastbestaanden, m.n. dat zij r e c h t o p v e r z e t hebben. Door zulk recht op verzet toe te kennen kunnen emotionele of godsdienstige bezwaren ondervangen worden". Dit amendement werd zonder enige discussie aanvaard, maar in de definitieve tekst is naastbestaande vervangen door nabestaande (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/2, 20). Of deze verandering betekenis heeft, is niet zeker. Volgens VAN DALE zijn naastbestaanden en nabestaanden als synoniem te beschouwen, maar heeft nabestaanden in de loop der jaren de betekenis gekregen van familieleden die achterblijven.

Een en ander wijst erop dat art. 10, §4, 3° de bedoeling heeft aan de familie een recht op verzet toe te kennen n a het overlijden van de betrokkene. De arts moet met dit verzet rekening houden, behalve wanneer de overledene tijdens zijn leven uitdrukkelijk heeft bepaald dat hij toestemt in de wegneming.

785 Art. 10, §4, 3°, laatste lid beperkt de nabestaanden die zich kunnen verzetten tot de verwanten van de eerste graad (ouders, kinderen) en de samenlevende echtgenoot.

In een advies van de Nationale Raad van de orde der geneesheren van 11 april 1987 (*T. Orde Gen.*, 1987, afl. 37, 14) wordt voor de interpretatie van deze term aanbevolen dat het "geraadzaam is de gebruikte termen ruimer te interpreteren dan de strikt burgerrechtelijke omschrijving ervan". Volgens het advies is het "evident dat de partner die met de overledene een duurzame vorm van samenleving had, inspraak dient te hebben".

c) Verplichtingen in hoofde van de arts die organen wenst weg te nemen

- Zich op de hoogte stellen van mogelijk verzet

786 Art. 10, §3, b Orgaantransplantatiewet machtigt de Koning onder de voorwaarden en de wijze die hij bepaalt "de toegang tot dit gegeven (= het verzet) te regelen teneinde de geneesheren die tot wegneming overgaan, op de hoogte te brengen van het uitgedrukt verzet".

Tot op heden werd dit K.B. niet genomen. In een ontwerp K.B. was voorzien dat de controle of een persoon zich heeft verzet tegen wegneming, zou geschieden door personen die behoren tot een van de erkende transplantatiecentra waarmee de arts die tot wegneming van bepaalde organen wenst over te gaan contact dient op te nemen. De Raadgevende Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer adviseerde echter negatief over dit voornemen omdat deze personen niet kunnen worden gerekend tot "sommige overheden van het ministerie van volksgezondheid" die gebruik mogen maken van het identificatienummer van het Rijksregister (zie het advies

in *B.S.*, 14 februari 1987). De ontworpen bepaling verviel, zodat tot op heden geen duidelijke wettelijke regeling bestaat voor de wijze waarop de arts die tot wegneming wenst over te gaan, zich op de hoogte moet stellen van het verzet van de overledene. In de praktijk gebeurt dit door de transplantatiecoördinator van een van de transplantatiecentra, die het Centrum voor Informatieverwerking van het ministerie van volksgezondheid zal raadplegen om na te gaan of er al dan niet verzet werd geregistreerd.

787 Indien uit deze consultatie blijkt dat er geen verzet werd uitgedrukt op de wijze zoals door de Koning bepaald, mag tot wegneming van organen worden overgegaan, behalve wanneer aan de arts kennis is gegeven van het verzet dat door de donor op een andere wijze werd uitgedrukt, of wanneer hem verzet is meegedeeld door een nabestaande.

In de beide laatste gevallen duikt de vraag op of de arts die tot wegneming wil overgaan meer dient te doen dan het eventuele verzet te eerbiedigen dat hem hetzij voor, hetzij na het overlijden wordt meegedeeld. Of bestaat er in hoofde van deze arts een informatieplicht naar de naastbestaanden i.v.m. het overlijden en de voorgenomen wegneming en een verplichting navraag te doen naar het mogelijke verzet van de nabestaanden?

- Informatieverplichting van de na(ast)bestaanden

788 De wet zelf regelt niets in verband met de verplichting van de arts om de verwanten op de hoogte te brengen van het nakende overlijden of het overlijden zelf.

Over de informatieplicht vóór het overlijden, wordt in het verslag van de Senaatscommissie opgemerkt dat "de verplichting om de nabestaanden te waarschuwen, in ieder geval bestaat voor de ziekenhuisgeneesheren bij een naderende dood, volgens de gewone plichtenleer" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/2, 34). Dit impliceert vanzelfsprekend ook dat zij op de hoogte worden gesteld van de opneming van een familielid in het ziekenhuis. Deze informatieplicht rust op de behandelend arts van de donor.

Wanneer het overlijden eenmaal werd vastgesteld zal de familie vanzelfsprekend op de hoogte worden gebracht van dit overlijden. Het op de hoogte brengen van de nabestaanden houdt niet enkel verband met de mogelijkheid die ze hebben zich te verzetten tegen de wegneming, maar volgt in het algemeen uit het zgn. verwantenvoorrecht, m.n. het recht (en de plicht) de bestemming van het lijk te regelen (DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, nr. 283).

- Navraagverplichting naar verzet

789 Een volgende vraag is of de arts die tot wegneming wil overgaan de nabestaanden moet wijzen op dit voornemen en navraag moet doen naar hun verzet of dat van de overledene.

De wet zelf bevat een dergelijke verplichting niet (zie ook BRIELS, M., *a.w.*, 29). Wel moet hier worden gewezen op een advies van de Nationale Raad van de orde der geneesheren van 11 april 1987 (*T. Orde Gen.*, 1987, afl. 37, 14).

Daarin wordt het volgende bepaald. "Het is elementair dat de nabestaande van het voornemen wordt in kennis gesteld wanneer hem het overlijden is meegedeeld. Het is al even evident dat deze mededeling zo snel mogelijk moet gebeuren". Deze deontologische plicht sluit goed aan bij de

mogelijkheid die de wet aan de nabestaanden biedt om zich te verzetten na het overlijden. Dankzij deze informatie kunnen zij van die mogelijkheid gebruik maken.

Maar is de arts verplicht te peilen naar het verzet van de nabestaanden? Een dergelijke verplichting zou niet stroken met het geen-bezwaar-stelsel waarop de wet steunt. Uitdrukkelijk vragen naar het verzet komt er op neer dat aan de nabestaanden toelating wordt gevraagd voor de wegneming. En dat is niet de bedoeling van de wet, zoals ook in het advies van de Nationale Raad van de orde wordt opgemerkt. "Het is duidelijk dat de nabestaanden geen toelating moeten geven voor de wegneming van organen". Zie ook het antwoord van de staatssecretaris op een vraag van een kamerlid : "Het in uitzicht gestelde verzet mag niet worden gezien als een verplichting om de toestemming te vragen, omdat men anders in het systeem van de opting in terechtkomt" (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 220/9, 39). Maar in het advies van de Nationale Raad van de orde wordt aan de arts die tot wegneming wenst over te gaan de verplichting opgelegd bij de nabestaanden te informeren naar het mogelijk verzet. "De geneesheer begaat een ernstige deontologische fout wanneer hij niet de voor de hand liggende stappen onderneemt om kennis te nemen van een verzet vanwege de donor". Op het ogenblik dat hij de nabestaanden op de hoogte brengt van zijn voornemen om tot wegneming over te gaan " betaamt het dat hij informeert naar een eventueel verzet v a n d e d o n o r daar het niet ernstig is enkel voort te gaan op de informatie die langs het Rijksregister moet worden bekomen".

Dat het hier wel degelijk gaat om het verzet van de donor en niet van de nabestaanden zelf, wordt bevestigd in een antwoord van de Nationale Raad op kritiek die was uitgebracht op de inhoud van het advies van 11 april 1987 (*T. Orde Gen.*, 1987, afl. 37, 25). De nationale raad bevestigde hierin "zijn mening dat een geneesheer de plicht heeft te informeren naar een eventueel verzet vanwege de donor bij het Rijksregister en door na te gaan of de overledene zich niet tegen het preleveren van organen heeft verzet op een of andere wijze. Dit impliceert dat de geneesheer bij de nabestaanden informeert naar het verzet van de donor".

790 Wat het verzet van de nabestaanden zelf betreft, is de opvatting tot nu toe algemeen aanvaard dat de arts niet dient te peilen naar het bestaan van zo'n verzet. Zij kunnen zich verzetten en de arts zal daarmee moeten rekening houden.

Maar wanneer later onenigheid zou ontstaan over de vraag of er verzet is geweest, dan rust de bewijslast in dit geval op degene die beweert dat verzet was meegedeeld aan de arts (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 10 en nr. 832/2, 33 : "de bewijslast ligt bij de geneesheer indien hij het rijksregister raadpleegt; in de andere gevallen ligt ze bij derden").

d) Uitdrukkelijke toestemming tot wegneming

791 Het basisbeginsel van de Orgaantransplantatiewet is dat organen kunnen worden weggenomen bij een overleden persoon indien daartegen geen verzet werd uitgedrukt.

Alszodanig voorziet de wet niet in de mogelijkheid dat een persoon t.a.v. wie dit geen-bezwaar geldt (d.w.z. ingeschreven in het bevolkingsregister of sedert zes maanden in het vreemdelingenregister) expliciet zou (kunnen) toestemmen in de wegneming van organen na het overlijden.

Toch wordt deze mogelijkheid aanvaard.

Die mogelijkheid volgt vooreerst uit het persoonlijkheidsrecht de bestemming van het stoffelijk overschot te bepalen. Dit persoonlijkheidsrecht ligt ook ten grondslag aan de Orgaantransplanta-

tiewet, nl. het "individuele recht om over zijn lijk te beschikken" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 2). Het veronderstelde geen bezwaar of de veronderstelde toestemming tast dit persoonlijkheidsrecht niet fundamenteel aan. Derhalve kan dit recht ook nog op een uitdrukkelijke wijze worden uitgeoefend.

Voorts wordt met de uitdrukkelijke toestemming rekening gehouden in art. 4 K.B. 30 oktober 1986 tot regeling van de wijze waarop de donor of de personen bedoeld in art. 10, §2 Orgaantransplantatiewet hun wil te kennen geven, *B.S.*, 14 februari 1987. Iedere persoon die onder het geen - bezwaar - stelsel valt kan op grond van deze bepaling "in een uitdrukkelijke wilsbeschikking verklaren dat hij kandidaat-donor is na zijn overlijden". Deze bepaling steunt op art. 10, §4, 3° Orgaantransplantatiewet waarin inderdaad sprake is van een "uitdrukkelijke wilsbeschikking" van de donor, waartegen het verzet *post mortem* van de nabestaande niet kan opwegen (zie in deze zin, Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer 1985-86, nr. 220/9, 46).

792 Iedereen die in staat is zijn wil te doen kennen kan, ongeacht zijn leeftijd, uitdrukkelijk instemmen in de wegneming van organen. De betrokkene dient dit zelf te doen. Een vertegenwoordiger kan dit niet voor hem.

Zie de Omzendbrief van 19 februari 1987 aangaande de Orgaantransplantatiewet, *B.S.*, 21 februari 1987, onder C, 2, derde lid : "De uitdrukkelijke wilsbeschikking en de herroeping hiervan, kan slechts plaatsgrijpen door de betrokkene zelf en in geen geval door een wettelijke vertegenwoordiger". Zie ook art. 4, tweede lid K.B. 30 oktober 1986 tot regeling van de wijze waarop de donor of de personen bedoeld in art. 10, §2 Orgaantransplantatiewet hun wil te kennen geven, *B.S.*, 14 februari 1987; art. 2, §1, tweede lid zelfde besluit, dat de tussenkomst van deze vertegenwoordiger beoogt, geldt dan niet.

793 De uitdrukkelijke wilsbeschikking dient te gebeuren op de door de Koning voorziene wijze.

Zie art. 4, tweede lid K.B. 30 oktober 1986 dat verwijst naar art. 2 voor de wijze van toestemming.

794 Een andere wijze van uitdrukkelijke wilsbeschikking dan deze die door de Koning werd voorzien is in beginsel niet uitgesloten, b.v. een testamentaire beschikking.

Bij betwisting kan deze niet opwegen tegen het verzet van de nabestaanden. Bovendien is er het gevaar dat zij laattijdig wordt ontdekt (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-1986, nr. 220/9; 46).

795 Zolang de betrokkene leeft kan de toestemming steeds opgeheven worden (art. 3 en 4 K.B. 30 oktober 1986).

2. Overledene is niet in het bevolkingsregister ingeschreven of nog geen zes maanden in het vreemdelingenregister

796 Art. 10, §1, tweede lid Orgaantransplantatiewet laat de wegneming na overlijden van zo'n persoon toe, mits zij "uitdrukkelijk hebben ingestemd met de wegneming".

Wanneer een pasgeborene levend is ter wereld gekomen maar overlijdt vóór de inschrijving in het bevolkingsregister dan geldt deze bepaling. In dat geval zal de toestemming van de ouders moeten worden bekomen alvorens tot wegneming van organen wordt overgegaan.

Deze bepaling is voorts nog van toepassing op vreemdelingen die slechts voor korte duur in België verblijven en vreemdelingen die wegens hun statuut (diplomaten, E.G. ambtenaren) niet in de Belgische bevolkings- of vreemdelingenregister worden ingeschreven (SENAEVE, P., *a.w.*, nr. 441).

797 De wijze waarop deze instemming dient te worden gegeven is nergens geregeld.

Voor het overige gelden de andere wettelijke voorwaarden voor de wegneming van organen, i.h.b. deze voor de vaststelling van het overlijden.

§2. Buiten het kader van de Orgaantransplantatiewet

798 Voor de wegneming van organen en weefsels die niet bedoeld worden in art. 1 Orgaantransplantatiewet, alsook voor de wegneming van organen zonder het oog op transplantatie met therapeutische oogmerken geldt de Orgaantransplantatiewet niet.

In dat geval mag de toestemming van degene bij wie organen worden weggenomen niet worden verondersteld.

799 De Orgaantransplantatiewet geldt evenmin voor het wegnemen van organen en weefsel bij embryo's en foetussen. Art. 1, §1, eerste lid Orgaantransplantatiewet spreekt over wegnemingen van het lichaam van een persoon. De foetus is in juridische zin niet te beschouwen als een persoon (zie boven, nr. 768).

TITEL VIII

EXPERIMENTEN EN ORGAANWEGNEMINGEN

HOOFDSTUK I

MEDISCHE EXPERIMENTEN WAARIN MENSEN BETROKKEN ZIJN

AFDELING I

AFBAKENING VAN MEDISCH EXPERIMENT TEGENOVER MEDISCH HANDELEN

800 De afbakening van het medisch experiment tegenover andere handelingen van artsen heeft aanleiding gegeven tot zeer veel beschouwingen, vooral in de Anglo-Amerikaanse en Nederlandse literatuur (zie BERGKAMP, L., *Het proefdier mens. De normering en regulering van medische experimenten met mensen*, Alphen aan de Rijn, Ced Samsom, 1988 en de omvangrijke bibliografie).

In de Belgische juridische literatuur daarentegen werd tot voor kort nauwelijks aandacht besteed aan het medisch experiment in het algemeen en de omschrijving ervan in het bijzonder. Nog maar recent kwam hierin enige verandering (zie DELFOSSE, M.L., "L'expérimentation sur l'être humain en droit Belge", *R.G.A.R.*, 1988, 11.319; NYS, H., "Medische experimenten met mensen. Juridische benadering", in *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, Omega Editions, 1987, 440 e.v.; VANDERMEERSCH, D., "Medische fout, sterilisatie en medische experimentatie", *T.P.R.*, 1983, 839-862; VAN LIL, M., NYS, H. en SEGAL, L., "Regulering door middel van deontologische regels", in *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, Omega Editions, 1987, 458-489.

De Belgische rechtspraak blijft, zoals DALCQ het heeft uitgedrukt, "totalement silencieuse à ce sujet" (DALCQ, R.O., "L'évolution de la responsabilité médicale", *De Verz.*, 1981, 639).

801 VANDERMEERSCH onderscheidt drie soorten van medisch-experimentele situaties, nl. het therapeutisch experiment, het niet-therapeutisch experiment en het gemengde therapeutisch en niet-therapeutisch experiment (VANDERMEERSCH, D., *a.w.*, 856-859). DELFOSSE maakt een onderscheid tussen "la therapie expérimentale", "l'expérimentation thérapeutique" en "l'expérimentation non thérapeutique".

Onder een therapeutisch experiment verstaat VANDERMEERSCH de situatie waarin "de geneesheer terecht zijn toevlucht neemt tot experimentatie wanneer hij geconfronteerd wordt met een hopeloze toestand van de patiënt". Bij het therapeutisch experiment is het hoofddoel van de medische tussenkomst het therapeutisch beoogde resultaat; om bijkomstige redenen wordt besloten tot een experimentele methode (VANDERMEERSCH, D., *a.w.*, 856). Dat onderscheid tussen therapie en experiment in de definitie van therapeutisch experiment treft men niet aan in de omschrijving die DELFOSSE geeft : "L'expérimentation thérapeutique poursuit en même temps un objectif thérapeutique et un objectif scientifique" (DELFOSSE, M.L., *a.w.*, 11.3193). Therapie en wetenschap

wegen hier even zwaar. Maar in de omschrijving die DELFOSSE geeft van experimentele therapie blijkt wel de ondergeschiktheid van het experiment aan de therapie.

802 Uit de verschillende betekenissen die beide auteurs hechten aan eenzelfde begrip (nl. therapeutisch experiment) blijkt reeds de moeilijkheid die het afbakenen van experimenten tegenover andere handelingen van artsen kan opleveren.

Het is evenwel de vraag of de definitie die VANDERMEERSCH geeft van therapeutisch experiment wel beantwoordt aan een experimentele situatie en of een experimentele therapie kan worden beschouwd als een "type de situations dites expérimentales" zoals DELFOSSE beweert.

803 Gegeven zijnde dat experiment en behandeling nu eenmaal samen voorkomen en door eenzelfde persoon worden verricht, is het niet eenvoudig aan te geven waardoor het medisch experiment zich onderscheidt van een medische behandeling.

Volgens sommige auteurs leidt het voorkomen van experimentele situaties in de behandelingssfeer zelfs tot een dilemma, nl. "the experiment-therapy dilemma" (SWAZEY, J.P. en FOX, R., "The clinical moratorium : a case study of mitral value surgery", in FREUND, P.A. (ed.), *Experimentation with human subjects*, New York, George Braziller, 1969, 335; zie ook LEVINE, R.J., "Clarifier les concepts de l'éthique de recherche", in *Médecine et expérimentation*, Cahiers de bioéthique Laval, 1982, 251).

Omdat experimenten ook in behandelingssituaties kunnen voorkomen bestaat het gevaar dat men het onderscheid tussen beide onvoldoende maakt. Behandeling en experiment vallen dan samen en daarmee ook de rechtsbescherming van de patiënt en de proefpersoon. De bijzondere bescherming waarop een proefpersoon aanspraak kan maken dreigt dan in de verdrukking te komen. Een uitklaring van het begrip medisch experiment is daarom van groot belang.

804 Bij een experiment staat als doelstelling voorop de ontwikkeling van nieuwe kennis of de verdieping van bestaande kennis.

Dit element van kennisverwerving of -verdieping staat centraal in de omschrijving die art. L. 209-1 Franse Code de la Santé Publique geeft van "recherche médicale", nl. "les essais, études ou expérimentations organisés et pratiqués sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales" (dit artikel kwam tot stand door de Wet nr. 88-1138 van 20 december 1988 "relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales", *J.C.P.*, 1989, III, 62.199). Iedere studie, proef of experiment waarbij een inbreuk wordt gemaakt op de fysieke integriteit van het menselijk lichaam, zelfs een oppervlakkige inbreuk, valt daaronder : van cosmetica, produkten voor lichaamsverzorging tot nieuw ontwikkelde geneesmiddelen, vaccins, medische en chirurgische handelingen, inplanting van prothesen e.d. (AUBY, J.M., "La loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales", *J.C.P.*, 1989, I, 3384, nr. 17. Volgens AUBY kan men nog verder gaan en ook het wetenschappelijk onderzoek dat niet rechtstreeks het menselijk lichaam raakt maar er wel een weerslag op kan hebben, onder de wet brengen, aldus het verblijf in een bepaald milieu (zie over de Franse wet ook nog BORRICAND, J., "Commentaire de la loi n° 88-1138 du 20 decembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales", *D.*, 1989, Chronique, XXVI; THOUVENIN, D., "La loi du 20 décembre 1988 : loi visant à protéger les individus ou loi organisant les expérimentations sur l'homme", *A.D.L.*, 1989, 89 e.v.; JACQUINOT, Cl., "La première loi relative à l'expérimentation humaine", *Gaz. Pal.*, 3-4 maart 1989, 7-8; zie

verder nog WIJNBERG, B., "Een Franse Wet inzake medische experimenten", *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1989, 468-470).

Het Nederlandse voorontwerp van wet houdende regels inzake medische experimenten definieert het medisch experiment als "wetenschappelijk onderzoek op het gebied van de geneeskunst, waarvan deel uitmaakt het onderwerpen van personen aan handelingen of het opleggen aan personen van gedragsregels" (art. 1, 1b). Van wetenschappelijk onderzoek (research) wordt in de toelichting (blz.8) gezegd dat hiervan sprake is wanneer bij proefpersonen opzettelijk een aantal condities gearrangeerd of gewijzigd worden d.m.v. toediening van medicijnen, chirurgisch ingrijpen, opleggen van gedragsregels, teneinde metingen of observaties te doen. En er wordt aan toegevoegd: "Bij research is de doelstelling uitbreiding van kennis". Uitdrukkelijk wordt de "experimentele behandeling" uit het toepassingsgebied van deze wet gesloten. "Een behandeling kan nl. experimenteel zijn in die zin dat ze nieuw, niet getest of totaal anders is dan gebruikelijk. In dergelijke gevallen wordt niet altijd in een wetenschappelijk opzet het effect of de doelmatigheid bestudeerd; is dat inderdaad niet het geval dan is er geen sprake van research en derhalve niet van een experiment in de zin van de wet" (Toelichting, 9).

805 Dat bij een medisch experiment de vernieuwing of verdieping van wetenschappelijke kennis voorop staat sluit niet uit dat een experiment kan samengaan met een diagnostische of therapeutische situatie.

In de Franse wetgeving komt dit zeer nadrukkelijk naar voor in art. 209-1 Code de la Santé Publique : "Les recherches biomédicales dont on attend un bénéfice thérapeutique direct pour la personne qui s'y prête sont des recherches à finalité thérapeutique directe". Al het overige biomedisch onderzoek, of het wordt uitgevoerd op zieke of gezonde proefpersonen is "sans finalité thérapeutique directe".

806 Maar ook het onderzoek waarvan men een direct therapeutisch nut verwacht voor de patiënt-proefpersoon blijft onderzoek, d.w.z. dat ook dan de ontwikkeling van kennis voorop staat. Het is geen juiste benadering om in de omschrijving van medisch experiment de ontwikkeling van nieuwe kennis naar de achtergrond te duwen om vervolgens hieruit af te leiden dat de rechtsregels die gelden voor het medisch handelen in het algemeen zonder bijkomende eisen kunnen gelden voor experimenten met een therapeutische bedoeling en zelfs voor experimenten met een zuiver wetenschappelijk oogmerk.

Toch treft men sporen aan van deze opvatting in de literatuur (zie DELFOSSE, M. L., *a.w.*, 11.3193, die niet-therapeutische experimenten als impliciete medische handelingen aanziet; zie ook VAN DER MEERSCH, D., *a.w.*, 858). Een dergelijke benadering doet afbreuk aan de aanwezigheid van het derdenbelang dat de arts-patiënt relatie doorkruist wanneer in die relatie wetenschappelijk onderzoek wordt verricht. Ook wordt hierdoor de bescherming die voor de proefpersoon-patiënt uitgaat van internationale en nationale deontologische regels (zie verder, nr. 815) verwaarloosd.

AFDELING II

MEDISCH EXPERIMENT IN DE BELGISCHE RECHTSLEER

807 De auteurs hebben in het algemeen geen enkele moeite met het toepassen van een nieuwe methode bij een patiënt wanneer de uitsluitende bedoeling de genezing van de patiënt is (zie HENNAU-HUBLET, Chr., "L'activité médicale et les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes", *R.D.P.*, 1986, 592; RYCKMANS en MEERT-VANDEPUT, *Droits et obligations*, nr. 597).

Deze auteurs zijn van mening dat in een dergelijke situatie aan de behandelende arts geen bijzondere eisen moeten worden gesteld en dat de rechtbanken zich terughoudend moeten opstellen. Deze opvatting kan worden goedgekeurd voor zover daarmee de situatie is bedoeld welk als "ultimum remedium" kan worden bestempeld (zie hierover NYS, H., *a.w.*, 445-447). Deze uitdrukking heeft betrekking op de aanwending van een nog onvoldoende getoetste therapie (van daar ook wel : experimentele therapie) wanneer er geen standaardbehandeling bestaat of alle bestaande middelen zijn uitgeput, terwijl er toch nog een medische indicatie voor behandelen blijft bestaan.

808 In schril contrast met de positieve benadering van het "ultimum remedium" staat de afwijzende houding tegenover het medisch experimenteel handelen, zeker wanneer dit geen therapeutische bedoelingen heeft. Toch lijkt in die houding verandering te komen.

In de Belgische en Franse rechtsliteratuur kunnen van de afwijzende houding vele voorbeelden worden aangehaald (zie NYS, H., *a.w.*, 452-453). Toch is er een evolutie merkbaar. Medische experimenten worden positiever onthaald dan vroeger. Vooral in Frankrijk is de verandering opvallend. Nog in 1984 schreef VERON : "Les expériments sur l'homme sont illicites" (VERON, M., *La responsabilité pénale du médecin*, Parijs, Maloine, 1984, 25). De Wet van 20 december 1988 heeft aan deze onwettelijkheid een einde gesteld (niet iedereen is met deze wijziging ingenomen (zie o.a. EDELMAN, B., e.a., "Pour des Etats généraux de la biomédecine", in BYK, C., (ed), *Procréation artificielle : où en sont l'éthique et le droit*, Lyon, Lacassagne, 1989, 37-43; *vgl.* THOUVENIN, D., *a.w.*, en JACQUINOT, Cl., *a.w.*). Maar ook in België worden niet-therapeutische experimenten minder argwanend bekeken dan traditioneel het geval was. In 1986 verwoordde HENNAU-HUBLET nog het klassieke standpunt tegenover dergelijke experimenten : de experimentator stelt zich bloot aan vervolging wegens opzettelijke slagen en verwondingen (HENNAU-HUBLET, Chr., *a.w.*, 592 en 596). In haar proefschrift dat uit 1987 dateert en waarin medische experimenten alszodanig niet worden behandeld, wordt een redenering opgebouwd t.a.v. de strafrechtelijke grenzen van het medisch handelen die ook toepasselijk is op het niet-therapeutisch experiment. De auteur verwijst overigens regelmatig naar dergelijke experimenten om haar zienswijze te illustreren. Het uitgangspunt van haar redenering is dat de arts in de uitoefening van zijn beroep over een ruime autonomie beschikt, zonder dat men mag spreken van een absolute soevereiniteit. Er zijn grenzen aan die autonomie. Sommige van die grenzen zijn van formeelrechtelijke aard, zoals het vragen van de toestemming aan de patiënt na hem te hebben voorgelicht. Soms kan die toestemming worden verondersteld, maar in andere gevallen zal de patiënt uitdrukkelijk moeten toestemmen. Een voorbeeld hiervan zijn de zuiver wetenschappelijke experimenten op gezonde proefpersonen. Op zich is de toestemming van de proefpersoon evenwel onvoldoende om een zuiver wetenschappelijk experiment te rechtvaardigen. Zo'n experiment bevindt zich in een situatie van "non droit". Opdat het handelen van de arts in zo'n situatie gerechtvaardigd zou zijn moet aan drie voorwaarden zijn voldaan. Het handelen moet nuttig zijn d.w.z. het doel dat wordt nagestreefd moet door dit handelen kunnen worden bereikt. Bovendien moet het handelen noodzakelijk zijn om dat doel

te bereiken en er moet tussen de risico's die worden geschapen en het belang van het beoogde doel een redelijke verhouding bestaan. Uit de voorbeelden die HENNAU-HUBLET aanhaalt om elk van deze voorwaarden te illustreren kan men afleiden dat zij het zuiver wetenschappelijke medisch experiment kan aanvaarden mits aan deze voorwaarden is voldaan (HENNAU-HUBLET, Chr., *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 35 ev.). Ook DELFOSSE trekt deze conclusie uit het werk van HENNAU-HUBLET (DELFOSSE, M.L., *a.w.*, 11.3193 : "Elle montre en effet que certains actes médicaux dénués d'intérêt thérapeutique pour le sujet qui les subit pourraient être justifiés à condition qu'il soit impossible d'obtenir le bénéfice espéré par un autre méthode".

809 Wellicht is deze meer genuanceerde benadering mede ingegeven door art. 6*bis* Geneesmiddelenwet dat aan de Koning de bevoegdheid heeft gegeven bepaalde experimenten aan regels te onderwerpen. Een dergelijke regelgevende bevoegdheid betekent immers de impliciete aanvaarding van de wettelijkheid van sommige experimenten (zie uitgebreider afdeling III; zie in deze zin HENNAU-HUBLET, Chr., *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 35, noot 77; DELFOSSE, M.L., *a.w.*, 11.3192; NYS, H., *a.w.*, 456).

AFDELING III

WETTELIJKE REGELS IN VERBAND MET MEDISCHE EXPERIMENTEN

810 Specifieke wettelijke regels voor medische experimenten bestaan er niet. Wel moet worden rekening gehouden met de Wet Uitoefening Geneeskunst, de strafrechtelijke bepalingen inzake opzettelijke slagen en verwondingen en de burgerrechtelijke bepalingen die de relatie arts-patiënt regelen.

Daarnaast is ook de Geneesmiddelenwet van belang.

Art. 2 K.B. 3 juli 1969 betreffende de registratie van geneesmiddelen bevat de verplichting bij de aanvraag tot registratie van een geneesmiddel de resultaten van onder meer proeven van klinische aard te voegen. Deze bepaling werd ingevoerd door K.B. 6 juli 1987 tot uitvoering van de E.G. richtlijnen betreffende de farmaceutische specialiteiten (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 303/1).

Het K.B. 16 september 1985 betreffende de normen en voorschriften van toepassing op proeven inzake geneesmiddelen voor menselijk gebruik bevat in bijlage 3 gedetailleerde voorschriften i.v.m. het uitvoeren van deze proeven (*a.w.*, *t.a.p.*, 303/11). De verplichting om voorafgaand aan de registratie klinische proeven uit te voeren terwijl over het juridisch kader waarin dat dient te gebeuren nog onzekerheid bestaat leidt tot een eigenaardige situatie.

De uitvoering van experimenten komt voorts ter sprake in art. 43 K.B. 6 juni 1960 betreffende de fabricage, de bereiding en distributie in het groot en de terhandstelling van geneesmiddelen. Dit artikel bepaalt dat wanneer het een nieuw geneesmiddel betreft dat voor therapeutische proeven is bestemd, de minister, op verzoek van de vergunninghouder en op diens verantwoordelijkheid hem geheel of gedeeltelijk kan ontslaan van de verplichtingen van dat besluit (zie hieromtrent ook DELFOSSE, M.L., *a.w.*, 11.3192). In Frankrijk, waar soortgelijke bepalingen bestaan, werd dit als paradoxaal en contradictorisch ervaren : "la législation actuelle crée une situation incertaine et ambigue : les essais chez l'homme sont exigés par l'article L. 601 et par la réglementation communautaire mais sont passibles des sanctions prévues à l'article 318 Code Pénal" (Assemblée

Nat., Rapport de Claude Huriet au nom de la commission des affaires sociales, 1988-89, nr. 132, 9).

811 Op grond van art. 6*bis*, §1 Geneesmiddelenwet heeft de Koning de bevoegdheid "de algemene voorwaarden (te) bepalen waaronder de fabrikanten, de invoerders en de groothandelaars in geneesmiddelen klinische proeven met geneesmiddelen mogen laten uitvoeren of op enigerlei wijze aanmoedigen".

Dit artikel is inzoverre van principieel belang dat het als een erkenning van de wettelijkheid van "klinische proeven" met geneesmiddelen kan worden beschouwd. De Koning kan niet geacht worden van de wetgever de opdracht te hebben gekregen iets te reglementeren dat strijdig is met de openbare orde. Ook kunnen algemene voorwaarden slechts worden gesteld als men aanvaardt dat dergelijke experimenten mogen worden ondernomen. Het is wel niet duidelijk hoe "klinische proeven" moet worden verstaan. Doorgaans wordt dit opgevat als een synoniem van therapeutische experimenten, dus beperkt tot patiënten (*vgl.* "klinisch") (zie uitgebreider hierover NYS, H., *a.w.*, 456-457).

Maar wanneer men de verschillende fasen waarin het klinisch geneesmiddelenonderzoek verloopt bekijkt, dan lijdt het geen twijfel dat ook niet-therapeutisch onderzoek verricht op gezonde (eventueel zieke) proefpersonen onder de definitie van "klinische proeven" valt.

Het klinisch geneesmiddelenonderzoek is globaal in vier fasen in te delen (zie BERGKAMP, L., *a.w.*, 187). In fase I onderzoek staan twee doelstellingen voorop, nl. het vaststellen van de veiligheid en van de dosis die farmacologisch effect sorteert. In deze fase kunnen zowel gezonde vrijwilligers gebruikt worden als patiënten die geen andere geneesmiddelen gebruiken. Wanneer het acceptabel veiligheidsniveau is vastgesteld, kan het nieuwe geneesmiddel de tweede onderzoeksfase ingaan. In dit fase II onderzoek worden kleine aantallen patiënten betrokken. Daarna kan fase III eventueel een aanvang nemen met grote aantallen patiënten. Ook nadat het geneesmiddel in de handel is gebracht, wordt nog onderzoek verricht. Dit is het fase IV onderzoek.

812 Of art. 6*bis*, §1 Geneesmiddelenwet werkelijk toelaat de medische experimenten met mensen op een afdoende wijze te regelen is zeer de vraag.

Het artikel geeft aan de Koning de bevoegdheid "algemene voorwaarden" te bepalen. Wat daarmee precies wordt bedoeld is niet duidelijk maar het staat vast dat op grond hiervan geen gedetailleerde regeling kan worden uitgewerkt. Voorts is het artikel gericht tot de geneesmiddelenindustrie in de ruime zin : fabrikanten, invoerders, groothandelaars. Er kunnen dus niet op een rechtstreekse wijze regels worden opgelegd aan artsen of onderzoekers die klinische proeven uitvoeren. Het artikel laat toe algemene voorwaarden te bepalen waaronder de geneesmiddelenindustrie klinische proeven mag laten uitvoeren of aanmoedigen. Maar wat indien de industrie in eigen beheer een proef uitvoert? Voorts heeft dit artikel enkel betrekking op medische experimenten met (nieuwe) geneesmiddelen. Experimenten met nieuwe technieken, nieuwe instrumenten, nieuwe implantaten e.d. kunnen niet worden geregeld. Nu is het geneesmiddelenonderzoek wel zeer belangrijk in het geheel van het biomedisch onderzoek. Schattingen bewegen zich rond de 50% (BERGKAMP, L., *a.w.*, 185). Niettemin blijft een aanzienlijk deel van de medische experimenten zonder wettelijke regeling als art. 6*bis* Geneesmiddelenwet zou worden uitgevoerd. De Franse wet is gebaseerd op een ontwerp dat aanvankelijk ook enkel de klinische proeven met geneesmiddelen regelde maar werd in de loop van de parlementaire voorbereiding uitgebreid tot het gehele biomedisch onderzoek (Assemblée Nationale, Rapport de Claude Huriet au nom de la commission des affaires sociales, 1988-89, nr. 132, 11). Wel kan op grond van art. 1 Geneesmiddelenwet de regeling van art. 6*bis* worden uitgebreid tot allerlei andere voorwerpen, apparaten, substanties die in de gezondheidszorg worden gebruikt. Maar procédé's, technieken, handelingen e.d. vallen niet onder die uitbreidingsmogelijkheid.

813 Art. *6bis* Geneesmiddelenwet steekt in zijn algemene bewoordingen enerzijds en zijn beperkt toepassingsgebied anderzijds schril af tegen de draagwijdte en de gedetailleerde regeling die men aantreft in zowel internationale als nationale deontologische verklaringen en codes.

Sedert WO2 werden meerdere internationale verklaringen opgesteld (zie hierover uitgebreider afdeling IV) waaruit een aantal algemeen aanvaarde opvattingen zijn gegroeid over de toelaatbaarheid van medische experimenten die de rechtsvorming in Nederland en Frankrijk hebben beïnvloed. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Franse wet werd verklaard : "Il est essentiel que la France traduise enfin en droit positif le code de Nuremberg et les déclarations d'Helsinki et de Tokyo" (Verslag Assemblée Nationale, 11). Bijna gelijkluidend wordt in de Toelichting bij het Nederlandse voorontwerp gesteld : "In het licht van de internationale verdragen en de Grondwet is ter ondersteuning en formalisering van de reeds ontwikkelde, niet dwingende, (inter)nationale gedragsregels en richtlijnen wettelijke regelgeving aangewezen" (Toelichting, 7). Naarmate in de buurlanden wetgeving wordt uitgevaardigd die gebaseerd is op opvattingen waarrond een ruime mate van consensus blijkt te bestaan, groeit de behoefte aan wetgeving in België. Zoniet wordt België een eiland waar onderzoek dat elders niet mag verricht worden wel wordt uitgevoerd.

814 Door de Wet van 15 mei 1981, *B.S.*, 6 juli 1983, werd het internationaal verdrag inzake burgerrechtelijke en politieke rechten opgemaakt te New York op 19 december 1966 goedgekeurd. Art. 7 van dit verdrag bepaalt : "Niemand mag worden onderworpen aan folteringen, noch aan wrede, onmenselijke of onterende behandelingen of bestraffing. Niemand mag vooral ook, zonder zijn in vrijheid gegeven toestemming, worden onderworpen aan medische of wetenschappelijke proefnemingen". Aangenomen wordt dat de meeste bepalingen uit dit verdrag zgn. directe werking hebben zodat burgers zich erop kunnen beroepen voor de rechter zonder dat de tussenkomst van de wetgever vereist is (BRACQUENE, P., "De directe werking van het internationaal verdrag inzake burgerrechtelijke en politieke rechten na het Cassatiearrest van 17 januari 1984", *R.W.*, 1984-85, 1537).

AFDELING IV

EISEN GESTELD AAN MEDISCHE EXPERIMENTEN MET MENSEN

§1. Nationale en internationale documenten

815 Zowel nationaal als internationaal werden op initiatief van artsenorganisaties richtlijnen en voorschriften uitgevaardigd ter bescherming van mensen die aan medische experimenten worden onderworpen (zie VAN LIL, M., e.a., *a.w.*, 460).

Wat België betreft gaat het om de volgende documenten. Art. 89 tot 94 van de Code van geneeskundige plichtenleer van de orde der geneesheren (1975). De aanbevelingen van de Koninklijke Academies voor Geneeskunde i.v.m. de weerslag van het medisch-wetenschappelijk onderzoek bij de mens op de rechten van het individu en de sociale gevolgen van dit onderzoek (1976). De richt-

lijnen inzake experimenten op mensen in België van de commissie voor medische ethiek van het Fonds voor Geneeskundig Wetenschappelijk Onderzoek (10 januari 1984). Het advies van de Nationale Raad van de orde der geneesheren inzake experimenten op mensen (14 april 1984). Op internationaal vlak zijn de volgende documenten de belangrijkste. De Code van Nürenberg is volgens BERGKAMP "de eerste belangrijke internationale codificatie van de normering van medische experimenten" (BERGKAMP, L., *a.w.*, 303). Deze code komt rechtstreeks voort uit de uitspraak n.a.v. de processen die te Nürenberg na WO 2 werden gevoerd tegen 23 vooraanstaande nazi's voor het eerste Amerikaanse Militair Gerechtshof o.a. wegens medische experimenten uitgevoerd in de Duitse kampen. De grondbeginselen die gevolgd dienen te worden om in overeenstemming met morele, ethische en juridische regels medische experimenten uit te voeren, werden door het gerecht in 10 punten geformuleerd (zie voor een samenvatting BERGKAMP, L., *a.w.*, 24-25).

Vervolgens is er de Verklaring van Helsinki die in 1964 werd aangenomen door de World Medical Association en waarin richtlijnen zijn vervat voor alle artsen die medische experimenten verrichten. Zij werd gewijzigd in 1975 (Tokyo), in 1983 (Venetië) en in 1989 (Hong Kong)(zie voor de laatste versie, *International Digest of Health Legislation*, 1990, afl. 3, 530-533). De belangrijkste wijziging in 1975 betrof de toevoeging van een bepaling aangaande de verplichting om ieder onderzoeksprotocol voorafgaandelijk voor te leggen aan een speciaal ingestelde, onafhankelijke commissie. De wijziging in 1983 hield verband met de toestemming van minderjarigen die deelnemen aan een experiment. De Verklaring van Helsinki wordt algemeen beschouwd als de belangrijkste codificatie van ethische beginselen en richtlijnen voor medisch experimenteel onderzoek met mensen (BERGKAMP, L., *a.w.*, 304; zie voor een samenvatting en bespreking, *a.w.*., 72 e.v.; zie ook BASSIOUNI, M.C., "Contrôle international de l'expérimentation sur l'homme", *R.D.P.*, 1981, 997-998).

Voorts zijn er de Internationale richtlijnen voor biomedisch onderzoek met mensen, voorgesteld door de World Health Organisation en de Council for International Organisations of Medical Sciences, (CIOMS), in 1982 (zie hierover BERGKAMP, L., *a.w.*, 60 en VAN LIL, M. e.a., *a.w.*, 461).

In een ander verband dan artsenorganisaties aanvaardde het "Comité ad hoc d'experts sur la bioétique" (CAHBI) van de Raad van Europa in december 1988 de "Principes concernant la recherche médicale sur l'homme". Hieruit is voortgekomen de aanbeveling R (90) 3 van het comité van ministers over het medisch onderzoek op de mens. In het kader van de Raad van Europa kan ook nog worden gewezen op de aanbeveling R (83) 2 van het Comité van ministers betreffende de rechtsbescherming van gedwongen opgenomen geesteszieken, i.h.b. art. 5.

Naast deze specifieke, op het normeren van medische experimenten gerichte verklaringen kan nog melding worden gemaakt van enkele codificaties met een meer algemene toepassing, waarin tevens bepalingen zijn opgenomen m.b.t. medische experimenten. Aldus de Verklaring van Hawai of Honolulu, aangenomen door de General Assembly of the World Psychiatric Association (augustus 1977)(zie voor een samenvatting BERGKAMP, L., *a.w.*, 75). Het Charter van de ziekenhuispatiënt, aangenomen door de Ziekenhuiscommissie van de Europese Gemeenschap in 1979, met name art. 5 (zie SCHUTYSER, K., "De rechten van de ziekenhuispatiënt", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, 379; BERGKAMP, L., *a.w.*, 76). Zie ten slotte nog art. 19 tot 21 van de Europese Handleiding voor medische ethiek, in 1987 opgesteld door de Internationale Conferentie van de orde van geneesheren en Gelijkgestelde Organismen (zie voor de tekst hiervan SCHOTSMANS, P., *En de mens schiep de mens*, Antwerpen, Pelckmans/DNB, 1988, 223).

§2. Bespreking van de eisen gesteld aan medische experimenten

A. WETENSCHAPPELIJKE AANVAARDBAARHEID VAN HET EXPERIMENT

1. Wetenschappelijke deugdelijkheid

816 Het experiment dient aan algemeen aanvaarde wetenschappelijke principes te voldoen en moet gebaseerd zijn op deugdelijk laboratorium en dierexpe-

rimenteel onderzoek en op een grondige kennis van de wetenschappelijke literatuur(zie art. 89 Code geneeskundige plichtenleer; Verklaring van Helsinki I, 1; *vgl.* art. 209-2 lid 2 Code de la Santé Publique en art. 4, b. voorontwerp Nederlandse wet).

2. Wetenschappelijke noodzaak

817 De verwachting moet bestaan dat het experiment nieuwe inzichten zal opleveren die niet door andere methoden kunnen worden verkregen. M.a.w. om die inzichten te verwerven is het experiment noodzakelijk. Het experiment mag dan ook geen onnodige herhaling zijn van eerdere onderzoekingen en alternatieve mogelijkheden om de gewenste informatie te verkrijgen moeten bestudeerd zijn (BERGKAMP, L., *a.w.*, 149).

3. Wetenschappelijke relevantie

818 De verwachte resultaten van het onderzoek moeten van wetenschappelijk belang zijn.

4. Wetenschappelijke haalbaarheid en uitvoerbaarheid

819 Het moet vaststaan dat het voorgestelde onderzoek in normale omstandigheden tot een goed einde kan worden gebracht.

5. Wetenschappelijk verantwoorde uitvoering

820 De organisatie van het onderzoek moet zodanig zijn dat de uitvoering van het experiment op een wetenschappelijk verantwoorde wijze kan geschieden (*vgl.* art. 209-3, lid 2 Code de la Santé Publique).

821 De eis van wetenschappelijke aanvaardbaarheid heeft vanzelfsprekend ook consequenties voor de wijze waarop de selectie van de proefpersonen dient te gebeuren. Aan de ene kant moet het aantal proefpersonen voldoende groot zijn om statistisch relevante resultaten te verkrijgen. Aan de andere kant eist het beginsel van risico-minimalisering dat het aantal proefpersonen niet groter is dan nodig om betrouwbare resultaten te verkrijgen (BERGKAMP, L., *a.w.*, 152).

B. DESKUNDIGHEID VAN DE ONDERZOEKER

822 Ieder experiment moet worden uitgevoerd door wetenschappelijk gekwalificeerde personen en moet onder toezicht staan van een arts (Verklaring van Helsinki, 13).

Dat het experiment dient te worden uitgevoerd door wetenschappelijk gekwalificeerde personen houdt tevens verband met de wetenschappelijke aanvaardbaarheid van het experiment. Dat het toezicht op het experiment bij een medisch onderlegd persoon dient te berusten houdt, benevens de wetenschappelijke aanvaardbaarheid, ook verband met de eis dat een experiment moet worden afgebroken als voortzetting ervan tot ernstige schade voor de proefpersonen zal leiden. Om dit

te beoordelen is medische deskundigheid vereist. Bovendien kan deze arts de vereiste medisch zorg verlenen aan de proefpersonen.

De eis dat het experiment onder het toezicht staat van een arts biedt de mogelijkheid tuchtrechtelijk controle uit te oefenen op de naleving van de voorschriften van de orde der geneesheren. Althans voor zover deze arts geen "papieren" arts is (diplomahouder) maar, als beoefenaar van de geneeskunde, ingeschreven is op de lijst van de orde der geneesheren. Art. 209-3 Code de la Santé Publique eist dat biomedisch onderzoek wordt uitgevoerd onder leiding en toezicht van een arts ("médecin") die een geëigende ervaring bezit. In het wetsontwerp was sprake van een doctor in de geneeskunde. Uit deze wijziging moet blijken dat het diploma van arts niet voldoende is : de toezichthoudende arts moet de geneeskunde daadwerkelijk beoefenen (Assemblée Nationale, Verslag, 30).

Bij een therapeutisch experiment zal de onderzoeker niet alleen een arts dienen te zijn omwille van de deskundige uitvoering van het experiment en het snel tussenkomen ingeval van een (dreigende) slechte afloop. Maar ook op grond van de Wet Uitoefening Geneeskunst omdat in dat geval onderzoek en medisch handelen door éénzelfde persoon gebeuren.

C. EVENREDIGHEIDSEIS (BALANS VOORDELEN-RISICO'S)

823 Een experiment is slechts geoorloofd wanneer de te verwachten voordelen voor de proefpersonen, de wetenschap en de geneeskunde opwegen tegen de voorzienbare risico's voor de proefpersonen (Verklaring van Helsinki 14; art. 209-2, lid 3 Code de la Santé Publique; BERGKAMP, L., *a.w.*, 153; VAN LIL, M. e.a., *a.w.*, 466).

Indien in de loop van de uitvoering van het experiment blijkt dat de werkelijke risico's groter zijn dat de verwachte voordelen, moet het experiment worden afgebroken (Verklaring van Helsinki, 17). De evenredigheidseis impliceert dat vooraleer een experiment wordt aangevat, zorgvuldig de risico's en de te verwachten voordelen voor de proefpersoon en de wetenschap worden geëvalueerd (Verklaring van Helsinki, 15). Uit de evenredigheidseis volgt tevens de plicht om de risico's te minimaliseren en de verwachte voordelen te maximaliseren (BERGKAMP, L., *a.w.*, 154).

De Franse wet eist niet enkel een evenredigheid tussen voorzienbare risico's en voordelen. Zij verbiedt bovendien ieder niet-therapeutisch experiment dat een ernstig voorzienbaar risico voor de gezondheid van de proefpersonen vertoont (art. 209-15, lid 1 Code de la Santé Publique). In het geval van een niet-therapeutisch experiment mogen de voorzienbare risico's slechts minimaal of te verwaarlozen zijn (Assemblée Nationale, Verslag 29).

D. RESPECT VOOR DE INTEGRITEIT EN DE PRIVACY VAN DE PROEFPERSOON

824 De eis tot bescherming van de integriteit van de proefpersoon vloeit reeds voort uit de evenredigheidseis. Maar ook los daarvan dient de proefpersoon in zijn integriteit te worden beschermd. Alle voorzorgsmaatregelen dienen te worden genomen om de privacy van de proefpersoon te respecteren en de invloed van het experiment op de fysieke en psychische integriteit te verminderen (Verklaring van Helsinki, 16; *vgl.* art. 94 Code van geneeskundige plichtenleer).

Het respect voor de privacy houdt t.a.v. de gegevensverzameling over de proefpersoon de volgende normen in (BERGKAMP, L., *a.w.*, 158). De te verzamelen gegevens zijn noodzakelijk om de doelstelling van het onderzoek en een verantwoorde uitvoering te verwezenlijken. De inzage van deze gegevens moet worden beperkt. Het gebruik van deze gegevens is slechts toegestaan voor het

doel waarvoor ze verzameld werden. Bij de publikatie van deze gegevens moet de anonimiteit van de proefpersoon gewaarborgd worden. De arts-onderzoeker moet hier in het bijzonder waken over het beroepsgeheim (zie hierover ook VAN LIL, M. e.a., *a.w.*, 467).

825 Een bijzonder probleem kan zich voordoen wanneer de proefpersoon zelf afstand wenst te doen van de hem geboden bescherming en integendeel aandringt op het evalueren van een nieuw geneesmiddel waarvan hijzelf en zijn lotgenoten hopen belangrijke voordelen te behalen ook al zijn de risico's niet gekend of voorzienbaar groot. In het recente verleden heeft dit zich voorgedaan in de V.S. bij het beschikbaar komen van mogelijke geneesmiddelen tot behandeling van AIDS (zie hieromtrent, VANSWEEVELT, T., *Aids en recht*, deel IV, Hfdst. 3 : Juridische geoorloofdheid van medische AIDS-experimenten).

Een min of meer analoog probleem doet zich voor wanneer een geneesmiddel van de markt wordt gehaald op grond van art. 7 Geneesmiddelenwet omdat de registratievoorwaarden niet zijn vervuld, terwijl sommige patiënten dit middel toch nog wensen te gebruiken. Toen een dergelijke maatregel enige jaren geleden werd genomen spanden sommige patiënten een kort geding aan tegen de Belgische Staat teneinde het geneesmiddel opnieuw beschikbaar te stellen. Die vordering werd moreel gesteund door een niet onbelangrijk aantal artsen en apothekers (Rb. Luik, Kort ged., 13 september 1988, *Jur. Liège*, 1988, 1256). De eisers beriepen zich op het recht op leven, op fysieke integriteit en op gezondheid. Paradoxaal in zekere zin, omdat de strenge voorwaarden voor het op de markt brengen van nieuwe geneesmiddelen juist zijn bedoeld om de fysieke integriteit, het leven en de gezondheid te beschermen.

826 Het niet-respecteren van de balans tussen risico's en voordelen en het in gevaar brengen van de fysieke integriteit van de proefpersonen stelt de onderzoeker bloot aan vervolgingen wegens overtreding van art. 402 Sw. m.n. het toedienen van schadelijke stoffen die een ziekte veroorzaakt hebben of, in het algemeen, het opzettelijk toebrengen van slagen en verwondingen (HENNAU-HUBLET, Chr., *R.D.P.*, 1986, 592).

Gaat het daarentegen om een niet werkzame stof, een zogenaamd placebo dat aan een patiënt wordt toegediend, dan loopt de experimentator gevaar schuldig te worden bevonden aan het niet verlenen van hulp aan een persoon in groot gevaar (art. 422*bis* Sw.), het onthouden van verzorging (art. 401*bis* Sw.) of het toebrengen van slagen en verwondingen (*a.w.*., 596).

E. TOESTEMMING VAN DE PROEFPERSOON

827 Een medisch experiment zonder de toestemming van de proefpersoon is ongeoorloofd.

Zie art. 7 B.U.P.O. Verdrag (zie boven, nr. 814). Het vereiste van de toestemming treft men ook aan in alle nationale en internationale documenten die hierboven werden besproken (zie b.v. Verklaring van Helsinki 19 en Code van geneeskundige plichtenleer, art. 90 en 91).

828 Om geldig te zijn dient de toestemming aan een aantal voorwaarden te voldoen.

De betrokkene moet juridisch bekwaam zijn een geldige toestemming te geven. Daarmee rijst de vraag of handelingsonbekwamen, met name minderjarigen, onderworpen mogen worden aan experimenten (zie verder, nr. 829). Voorts moet de betrokkene ook in de praktijk een geldige toestemming kunnen geven. Hij dient over een wilsbekwaamheid te beschikken, d.w.z. te weten wat hij wil. Dit stelt het probleem van de informatie waarover de proefpersoon dient te beschikken (zie verder, nr. 844). Verder moet de toestemming vrij worden gegeven, waardoor sommige patiënten niet in aanmerking komen als proefpersoon (zie verder, nr. 832).

Ten slotte rijst de vraag of in uitzonderlijke gevallen de toestemming van de proefpersoon niet hoeft te worden gevraagd (zie verder, nr. 841).

1. Bijzondere categorieën proefpersonen en de toestemming

a) Minderjarige proefpersonen

829 Art. 90 Code van geneeskundige plichtenleer laat experimenten op gezonde proefpersonen slechts toe voor zover die meerderjarig zijn. Dit houdt in dat niet-therapeutische experimenten op gezonde minderjarige proefpersonen niet toegelaten zijn.

Of dit inhoudt dat niet-therapeutische experimenten op zieke minderjarigen ook steeds verboden zijn is niet meteen duidelijk (zie daarover het probleem van niet-therapeutische experimenten op patiënten in het algemeen, zie verder, nr. 832).

Art. 90 Code van geneeskundige plichtenleer laat niet-therapeutische experimenten op (gezonde) kinderen niet toe, ook niet met de toestemming van de ouders of een wettelijke vertegenwoordiger.

In de Verklaring van Helsinki wordt het onderscheid tussen therapeutische en niet-therapeutische experimenten niet gemaakt t.o.v. kinderen. De Verklaring eist de toelating van de wettelijke vertegenwoordigers overeenkomstig de nationale wetgeving en, indien het kind feitelijk in staat is zijn toestemming te geven, bovendien die van het kind. De Franse wet maakt dit onderscheid wel. Minderjarigen mogen in beginsel slechts deelnemen aan experimenten waarvan een direct therapeutisch voordeel voor henzelf kan worden verwacht (art. 209-6, lid 1 Code de la Santé Publique). Niettemin mag niet-therapeutisch onderzoek worden verricht wanneer de volgende voorwaarden zijn vervuld. Het onderzoek mag geen enkel voorzienbaar ernstig risico inhouden; het moet van nut zijn voor personen die behoren tot dezelfde leeftijdscategorie; en het onderzoek kan niet op een andere wijze worden gerealiseerd dan met minderjarigen. AUBY acht deze mogelijkheid van niet-therapeutische experimenten met minderjarigen "assez audacieux" (AUBY, J.M., *a.w.*, nr. 34). Vanzelfsprekend is ook een toestemming vereist. Degene die het ouderlijk gezag uitoefent dient deze te geven (art. 209-10 Code de la Santé Publique). Als de minderjarige feitelijk bekwaam is zijn wil te uiten moet hij eveneens toestemmen. De weigering van de minderjarige is doorslaggevend. De toelaatbaarheid van niet-therapeutisch onderzoek volgt nog uit art. 209-15, lid 2 Code de la Santé Publique : voor dergelijk onderzoek mag in beginsel aan de proefpersoon een vergoeding worden uitbetaald, maar niet wanneer de proefpersoon een minderjarige is. Die bepaling werd aangenomen om te vermijden dat een minderjarige, en meer nog zijn wettelijke vertegenwoordiger, zich zou laten leiden door geldelijke overwegingen bij het geven van toestemming (Assemblée Nationale, Verslag, 50).

830 Minderjarigen kunnen juridisch geen geldige toestemming verlenen voor niet-therapeutische experimenten. Hun ouders of wettelijke vertegenwoordigers evenmin vermits dit soort experimenten per definitie niet in het belang is van het kind, terwijl de ouders hun ouderlijk gezag juist dienen uit te oefenen met het oog op dit belang. Dit schept een onoverkomelijk probleem (zie voor een soortgelijke conclusie naar Nederlands recht, BERGKAMP, L., *a.w.*, 178).

b) Onbekwamen

831 Wat de onbekwamen betreft die onder een of ander beschermingsstatuut vallen, geldt *mutatis mutandis* wat hierboven over de minderjarigen werd gezegd. Art. 90 Code van geneeskundige plichtenleer sluit experimenten op personen die niet bewust een vrije toestemming kunnen geven uit.

De Franse wet bevat eenzelfde regeling als voor minderjarigen, maar stelt in dit geval wel zwaardere eisen aan de toestemming. Voor het therapeutisch experiment dat geen enkel voorzienbaar ernstig risico stelt, volstaat de toestemming van de voogd (en de betrokkene als hij daartoe in staat is). In alle andere gevallen d.w.z. het therapeutisch onderzoek dat een voorzienbaar ernstig risico inhoudt en alle niet-therapeutisch onderzoek moet de toestemming van de voogd worden bekrachtigd door de familieraad of de voogdijrechter (art. 209-10 Code de la Santé Publique).

c) Patiënten

832 De vraag of patiënten hun medewerking kunnen verlenen aan experimenten stelt zich niet omwille van hun juridische (on) bekwaamheid maar wel wegens de feitelijke kwetsbare positie waarin zij zich kunnen bevinden. Kunnen zij wel in vrijheid toestemmen?

Om te vermijden dat een behandelend arts misbruik maakt van zijn positie tegenover de patiënt schrijft de Verklaring van Helsinki voor dat in de relatie patiënt-behandelend arts uitsluitend plaats is voor therapeutische experimenten. Dit betekent dat de behandelend arts zijn patiënten niet mag onderwerpen aan experimenten die geen verband houden met hun ziekte. Hieruit kan worden afgeleid dat een ander dan de behandelend arts wel niet-therapeutisch experimenten mag verrichten t.a.v. patiënten, d.w.z. niet gezonde proefpersonen. Dit wordt trouwens in de Verklaring van Helsinki bevestigd (BERGKAMP, L., *a.w.*, 168). Deze Verklaring sluit derhalve niet uit dat een patiënt proefpersoon is in een niet-therapeutisch experiment. Art. 91 Code van geneeskundige plichtenleer lijkt veel strenger. Deze bepaling houdt in dat de zieken van hun arts verzachting van de pijn en genezing verwachten. Zij mogen in geen geval uitsluitend worden gebruikt voor observatie- en navorsingsdoeleinden.

De Franse wet sluit niet uit dat patiënten, opgenomen in een ziekenhuis, worden onderworpen aan niet-therapeutisch onderzoek. De zgn. "malades en situation d'urgence" kunnen onder dezelfde voorwaarden als minderjarigen en onbekwamen aan niet-therapeutische experimenten worden onderworpen. AUBY stipt hierbij aan dat het niet eenvoudig is te bepalen wat een "situation d'urgence" is (AUBY, J.M., *a.w.*,36). BERGKAMP heeft nog opgemerkt dat bepaalde niet-therapeutische experimenten uit hun aard slechts bij patiënten kunnen verricht worden, zoals onderzoekingen naar de etiologie of pathogenese van ziekten. Dergelijke experimenten acht hij in beginsel wel toelaatbaar (BERGKAMP, L., *a.w.*, 169).

d) Patiënten in coma

833 Het onderwerpen van bewusteloze en meer bepaald comateuze patiënten aan medische experimenten is zeer omstreden.

De Franse wet was nog maar nauwelijks goedgekeurd of opnieuw laaide een polemiek op tussen de voor- en tegenstanders van medische experimenten op comateuze patiënten. Naar aanleiding van vroegere discussies had het Comité Consultatif National d'Ethique op 24 februari 1984 ongunstig advies uitgebracht over experimenten op zieken "en état végétatif continu et stable". Het Verslag van de discussie in de Assemblée Nationale aanvaardde dat comateuze patiënten "en tant que malades sont visées par cette loi" (Assemblée Nationale, Rapport de Claude Huriet au nom de la commission des affaires sociales, 1988-89, nr. 132, 12). Dit zou betekenen dat therapeutische experimenten en, onder strikte voorwaarden, niet-therapeutische experimenten kunnen worden uitgevoerd op comateuze patiënten krachtens de huidige wetgeving. Deze mening wordt onderschreven door AUBY. Maar hij gaat niet in op de vraag wie, namens de patiënt, toestemming kan geven. De wet regelt dit niet in art. 209-10 Code de la Santé Publique noch elders (zie hierover ook THOUVENIN, D., *a.w.*, nr. 67-70).

834 Een therapeutisch experiment bij een comateuze patiënt met de vervangende toestemming van wie hem kan vertegenwoordigen lijkt verdedigbaar. Maar het is niet goed mogelijk de constructie van de vervangende toestemming ook toe te passen voor een experiment dat geenszins in het belang is van de comateuze patiënt (zie in deze zin ook BERGKAMP, L., *a.w.*, 174). Hij verbindt twee bijzondere voorwaarden aan therapeutisch onderzoek met bewusteloze patiënten. Het experiment kan onmogelijk worden gedaan bij personen die niet in bewusteloze toestand verkeren. Het experiment is gericht op het opheffen van de bewusteloosheid of het bestrijden van daarmee gepaard gaande stoornissen of afwijkingen.

e) Stervende en (hersen)dode patiënten

835 Bij de discussie tijdens de voorbereiding van de Franse wet is er ook een controverse gerezen over het al dan niet uitvoeren van experimenten bij patiënten bij wie de (hersen)dood werd vastgesteld.

Het Verslag van de discussie in de Assemblée Nationale is duidelijk : een hersendode is biologisch en juridisch dood. De wet is niet langer van toepassing (Assemblée Nationale, Verslag, 12). Dit stemt overeen met een advies dat het Comité Consultatif National d'Ethique ter zake uitbracht op 7 november 1988. Op een (hersen)dode mogen bijgevolg geen experimenten worden uitgevoerd, tenzij de betrokkene nog tijdens zijn leven toestemming zou hebben gegeven. AUBY daarentegen suggereert, niet heel duidelijk, dat een hersendode niet dood zou zijn in de juridische zin van het woord en dat zijn situatie vergelijkbaar is met die van een comateuze patiënt (zie ook THOUVENIN, D., *a.w.*, nr. 69, die eveneens van mening is dat de wet niet toelaat experimenten uit te voeren op overleden personen).

De hersendode is dood, ook juridisch (zie boven, nr. 741). Experimenten uitgevoerd op een hersendode zijn experimenten op een lijk. Men kan zich niet beroepen op het geen bezwaar systeem van de Orgaantransplantatiewet vermits dit slechts geldt voor therapeutische doeleinden (zie boven, nr. 767). De

uitdrukkelijke toestemming van de overledene tijdens zijn leven is daarom vereist.

836 Therapeutische experimenten op stervende patiënten laat BERGKAMP toe onder dezelfde voorwaarden als experimenten op bewustelozen (BERGKAMP, L., *a.w.*, 175).

Zie inzake ongeneeslijk zieke patiënten art. 92, §3 Code van geneeskundige plichtenleer.

f) Zwangere en zogende vrouwen

837 Een bijzondere categorie "patiënten" worden gevormd door zwangere en zogende vrouwen : hoewel niet ziek, staan zij toch onder medisch toezicht en lopen zij het gevaar dat druk op hen wordt uitgeoefend om toe te stemmen in een experiment.

De Franse wet stelt strengere eisen aan niet-therapeutisch onderzoek met zwangere vrouwen dan met andere kwetsbare groepen als minderjarigen en onbekwamen. Het onderzoek mag geen enkel (en niet slechts geen ernstig) voorzienbaar risico vertonen voor de gezondheid van vrouw of kind - volgens AUBY impliceert dat ook de foetus - en bovendien moet het experiment van nut zijn voor de kennis van fenomenen verbonden aan zwangerschap of zogen (art. 209-4 Code de la Santé Publique). De Franse Wet stemt overeen met wat in de richtlijnen van CIOMS en Fonds voor Geneeskundig Wetenschappelijk Onderzoek wordt geëist (zie hieromtrent uitgebreider VAN LIL, M. e.a., *a.w.*, 477).

g) Geesteszieke patiënten

838 Deze categorie van patiënten die overigens moeilijk is af te bakenen valt samen met andere categorieën als patiënten in het algemeen (zie boven, nr. 832), onbekwamen (zie boven, nr. 831) en proefpersonen die van hun vrijheid zijn beroofd (zie verder, nr. 839).

h) Van hun vrijheid beroofde proefpersonen

839 Hierbij gaat het voornamelijk om gevangenen en onder dwang opgenomen geesteszieken.

Experimenten op gevangenen komen in de Belgische en internationale documenten over medische experimenten nauwelijks ter sprake (zie ook BERGKAMP, L., *a.w.*, 182). Over de geoorloofdheid van dergelijke experimenten wordt trouwens zeer verschillend gedacht.

In de praktijk vormen gevangenen, zoals ook psychiatrische patiënten en militairen, een aantrekkelijke groep voor experimenteel onderzoek. De aantrekkelijkheid van die groep wordt bepaald door een aantal voor het verzamelen van gegevens en voor statistische bewerkingen gunstige karakteristieken van de groep. Anderzijds zijn zij kwetsbaar en gemakkelijk te beïnvloeden.

Art. 90 Code van geneeskundige plichtenleer laat experimenten op gezonde proefpersonen slechts

toe mits deze een vrije toestemming kunnen geven. "Wat niet het geval is voor gevangenen", voegt het daaraan toe. Dit betekent dat op gevangenen geen niet-therapeutische experimenten mogen worden uitgevoerd, volgens de code. In Frankrijk bevat art. 380, lid 3 Code Procédure Pénal een soortgelijke bepaling. Art. 209-5 Code de la Santé Publique laat toe personen die door een gerechtelijke of administratieve beslissing van hun vrijheid zijn beroofd, te onderwerpen aan biomedisch onderzoek op voorwaarde dat hiervan een rechtstreeks en belangrijk ("majeur") voordeel voor hun gezondheid kan worden verwacht. Volgens AUBY volgt hieruit dat niet-therapeutisch onderzoek op deze personen is uitgesloten (AUBY, J.M., *a.w.*, nr. 34; zie in dezelfde zin Assemblée Nationale, Verslag, 42; zie ook BERGKAMP, L., *a.w.*, 182-183).

In de Aanbeveling van het Ministercomité van de Raad van Europa over de opname en behandeling van geesteszieken wordt aanbevolen niet-therapeutisch onderzoek op onder dwang opgenomen psychiatrische patiënten te verbieden (zie VAN LIL, M. e.a., *a.w.*, 477).

i) Personen niet onderworpen aan de sociale zekerheid

840 Art. 209-16 Code de la Santé Publique verbiedt ieder niet-therapeutisch experiment op een persoon die niet is onderworpen aan de sociale zekerheid.

Volgens het Verslag van de bespreking in de Assemblée Nationale houdt dit verbod verband met het vermijden van deelname van deze personen aan medische experimenten louter omwille van financiële redenen (Assemblée Nationale, Rapport de Claude Huriet au nom de la commission des affaires sociales, 1988-89, nr. 132, 50; AUBY, J.M., *a.w.*, nr. 34 geeft een andere verklaring nl. vermijden dat de proefpersoon bij schade zonder vergoeding zou blijven omdat de sociale zekerheid niet tussenkomt).

2. Uitzonderingen op het toestemmingsvereiste

841 Toestemming is de regel. Zij dient door de proefpersoon persoonlijk te worden gegeven. Om die reden vallen een aantal categorieën patiënten of gezonde personen af als proefpersoon omdat zij ofwel juridisch niet bekwaam zijn toestemming te geven ofwel zich in een onvrije situatie bevinden ofwel feitelijk niet in staat zijn toestemming te geven terwijl niemand anders dat in hun plaats mag doen. Dat geldt zeker voor de niet-therapeutische experimenten.

Los hiervan kunnen er zich omstandigheden voordoen waarin het vragen van de toestemming als onmogelijk wordt ervaren.

De Verklaring van Helsinki sluit niet uit dat het vereiste van de toestemming niet wordt nageleefd in geval van een therapeutisch onderzoek (Verklaring van Helsinki, II 5 : acht een arts het van essentieel belang geen toestemming te vragen voor therapeutisch onderzoek, dan moet de reden worden vermeld in het onderzoeksprotocol en voorgelegd worden aan de bevoegde commissie; zie VAN LIL, M. e.a., *a.w.*, 475). Volgens BERGKAMP liggen in de Verklaring impliciet twee uitzonderingen op het toestemmingsvereiste vervat, nl. de noodsituatie (de dringendheid van de ingreep maakt het vragen van toestemming onmogelijk) en het zgn. therapeutisch privilege (de arts oordeelt dat het vragen van toestemming niet in het belang is van de patiënt). BERGKAMP zelf laat slechts één uitzondering toe op de toestemmingseis. Wanneer zich een noodsituatie voordoet die geen tijd laat om informed consent te verkrijgen, kan een therapeutisch experiment geoorloofd zijn indien het experiment slechts met proefpersonen in een noodsituatie kan worden uitgevoerd en wanneer dit experiment gericht is op het opheffen van de noodsituatie of het bestrijden van daarmee gepaard gaande stoornissen of afwijkingen (BERGKAMP, L., *a.w.*, 166).

De Franse wet laat niet toe het toestemmingsvereiste in noodsituaties niet na te leven. Wel kan

de toestemming in zo'n geval tijdelijk worden vervangen door de toestemming van een naastbestaande (zie art. 209-9, laatste lid Code de la Santé Publique; deze bepaling lijkt enkel bedoeld voor therapeutische experimenten maar volgens AUBY is het niet uitgesloten dat zij ook voor niet-therapeutisch onderzoek wordt ingeroepen (zie AUBY J.M., *a.w.*, nr. 25). De Franse wet laat geen enkele uitzondering toe op grond van het therapeutisch privilege. Wel laat art. 209-9, lid 4 Code de la Santé Publique uitzonderlijk toe dat bepaalde informatie niet wordt meegedeeld (zie verder, nr. 844) maar dat betekent formeel niet dat mag worden afgestapt van het vragen van de toestemming. Wel rijst de vraag naar de geldigheid van deze toestemming.

3. Vorm waarin de toestemming wordt gegeven

842 Overeenkomstig de Verklaring van Helsinki wordt de toestemming van de proefpersonen bij voorkeur schriftelijk gegeven (Verklaring van Helsinki, 1,9).

BERGKAMP vindt dat voor een niet-therapeutisch experiment altijd schriftelijke toestemming moet worden gegeven, tenzij het experiment geen noemenswaardige risico's en slechts een geringe belasting oplevert. In dat geval is toestemming in aanwezigheid van getuigen verplicht. Voor therapeutisch onderzoek met verstrekkende gevolgen, acht hij schriftelijke toestemming of toestemming in aanwezigheid van getuigen eveneens aangewezen. De Franse wet daarentegen eist steeds een schriftelijke toestemming zonder onderscheid tussen therapeutische of niet-therapeutische experimenten. Wanneer het opmaken van een geschrift onmogelijk is, moet de toestemming worden bevestigd door een derde die onafhankelijk moet staan tgov. onderzoeker en promoter (art. 209-9, voorlaatste lid Code de la Santé Publique; art. 209-9, lid 3 voorziet dat de toestemming, eenmaal gegeven, op ieder ogenblik kan worden herroepen zonder dat dit tot enige aansprakelijkheid aanleiding kan geven.

843 Naar Belgisch recht dient voor een niet-therapeutisch experiment steeds een schriftelijke toestemming van de proefpersoon te worden verkregen. Men kan hiervoor analogisch art. 8, §2 Orgaantransplantatiewet inroepen dat voor de wegneming van een orgaan bij een levende donor, en dit onafgezien van het orgaan of de zwaarte van de ingreep, steeds een schriftelijke toestemming eist, in het bijzin van een meerderjarige getuige (zie verder, nr. 873).

4. Informatie aan de proefpersoon

844 De toestemming van de proefpersoon is juridisch slechts geldig voor zover zij met kennis van zaken en welbegrepen wordt gegeven.

Uit de nationale en internationale verklaringen over medische experimenten blijkt dat algemeen de eis wordt gesteld van een volledige of zo volledig mogelijke informatie (VAN LIL, M. e.a., *a.w.*, 471-472). Nochtans blijkt het in de praktijk nagenoeg onmogelijk om de proefpersoon zodanig in te lichten dat hij alles over het experiment weet en begrijpt aangezien de materie meestal te ingewikkeld is. Het is trouwens onmogelijk een compleet beeld te geven van alle consequenties van een onderzoek. Er duiken praktisch altijd onvoorziene nevenwerkingen op ten gevolge van individueel verschillende reacties. Bovendien kent de experimentator ook niet alle risico's en gevolgen anders zou hij niet behoeven te experimenteren. Het is dus moeilijk aan te geven waar precies de grens ligt van de informatieplicht van de arts.

BERGKAMP concludeert na een literatuuroverzicht als volgt : "Als algemeen criterium geldt dat de onderzoeker aan de persoon wiens deelname hij verzoekt alle informatie dient te verstrekken die een redelijk persoon in zijn besluitvorming zou betrekken of die substantieel is voor rationele besluitvorming en voorts de informatie die de betrokken persoon verlangt of die voor de betreffende persoon van wezenlijk belang is, voor zover dit voor de onderzoeker kenbaar was of had moeten zijn" (BERGKAMP, L., *a.w.*, 163).

Art. 209-9, lid 1 Code de la Santé Publique eist de "consentement éclairé", voorafgaand aan ieder onderzoek. Daartoe moet de proefpersoon op de hoogte worden gebracht van de doelstelling, methode en duur van het onderzoek; de voorzienbare ongemakken en risico's; het advies van de commissie die over het onderzoeksprotocol een advies heeft uitgebracht; het recht van de proefpersoon deelneming te weigeren of stop te zetten, zonder dat zijn verantwoordelijkheid hierdoor in het gedrang kan komen. De informatie wordt mondeling verstrekt. Een samenvatting ervan moet op schrift worden gesteld en overhandigd aan de proefpersoon (art. 209-9, lid 2, 3 en 5). Op de eis van voorgelichte toestemming laat de Franse wet één uitzondering toe, op grond van het therapeutisch privilege. Wanneer in het belang van een zieke de diagnose van zijn ziekte hem niet werd meegedeeld mag de onderzoeker bepaalde informatie die te maken heeft met de diagnose niet meedelen. Dat moet uitzonderlijk blijven en in het onderzoeksprotocol moet daarvan melding worden gemaakt (zie art. 209-9 lid 4). Uit de aard van de zaak volgt dat deze uitzondering enkel bedoeld is voor de therapeutische experimenten (zie hieromtrent ook BERGKAMP, L., *a.w.*, 166).

845 Een bijzonder probleem doet zich voor wanneer, zoals vaak gebeurt bij gecontroleerd klinisch geneesmiddelenonderzoek, gebruik wordt gemaakt van zgn. placebo's. Een p l a c e b o is een middel dat zoveel mogelijk dezelfde kenmerken heeft als het te testen middel (uiterlijk, kleur, vorm, smaak, geur e.d.) maar ofwel geen enkele stof bevat die een bekend therapeutisch effect heeft (een "echt" placebo) ofwel een stof die wel farmacologisch effect sorteert, maar niet op de te behandelen ziekte (een "vals" placebo).

Volgens BERGKAMP is het gebruik van een placebo niet geoorloofd indien er een effectieve standaardbehandeling bestaat die niet zonder onaanvaardbare gevolgen voor de patiënt kan worden nagelaten (BERGKAMP, L., *a.w.*, 191). In dezelfde zin bepaalt art. 92, §1 Code van geneeskundige plichtenleer dat het beproeven van nieuwe geneesmiddelen en inzonderheid de "dubbel blind" proeven de zieke niet opzettelijk mogen beroven van een erkende waardevolle behandeling. Bovendien stelt de experimentator zich bloot aan vervolgingen wegens het niet verlenen van hulp aan een persoon in nood (art. 422*bis* Sw.), het onthouden van verzorging (art. 401 Sw.) en zelfs wegens slagen en verwondingen (HENNAU-HUBLET, Chr., *a.w.*, *R.D.P.*, 1986, 596).

846 Uitgaande van de veronderstelling dat bij de placebotoediening aan de patiënten een normale en gebruikelijk zorg wordt gegeven en zij geen schade hoeven te vrezen, is het gebruik van placebo's toegestaan op voorwaarde dat ook in dat geval hun toestemming wordt gevraagd voor deelname aan het placebo experiment hetgeen betekent dat zij daarover ook geïnformeerd moeten worden. Wel is dan een volledige informatie niet mogelijk, in die zin dat een proefpersoon niet mag weten in welke groep patiënten hij is ingedeeld. Zoniet komt de validiteit van het onderzoek in het gedrang (zie VAN LIL, M. e.a., *a.w.*, 473).

Zie hieromtrent ook BERGKAMP, L., *a.w.*, 196 : het recht van de proefpersoon op informatie omvat ook de informatie over het gebruik van placebo's bij onderzoek. De risico's die toediening

van placebo's en onthouding van behandeling met zich brengen, moeten aan de proefpersoon uitgelegd worden. Voorts dient de arts de proefpersoon in te lichten over het gebruik van placebo's, b.v. dat de patiënt een kans heeft van 50% om een onwerkzame stof toegediend te krijgen. Soortgelijke problemen als bij het gebruik van placebo's, stellen zich bij het gebruik van randomisatie d.w.z. dat de keuze van de behandeling (eventueel toediening van een placebo) wordt overgelaten aan het lot. BERGKAMP acht randomisatie aanvaardbaar, mits de proefpersoon informatie krijgt over het feit dat door het lot bepaald wordt welke van de twee behandelingen hij zal krijgen (BERGKAMP, L., *a.w.*, 197).

5. Toestemming en vergoeding van proefpersonen

847 Proefpersonen ontvangen doorgaans een vergoeding voor hun medewerking aan het onderzoek. Voor patiënten is deze vergoeding meestal beperkt tot een onkostenvergoeding. Gezonde proefpersonen krijgen bovendien een extra-vergoeding uitgekeerd (BERGKAMP, L., *a.w.*, 209; uit het verslag van de discussie in de Assemblée Nationale blijkt dat het om vrij hoge bedragen, 2.000 Franse frank per dag, kan gaan. Zie Assemblée Nationale, Verslag, 36). Dergelijke vergoedingen kunnen de vrijheid van de proefpersoon beïnvloeden en hem er toe brengen aan het onderzoek deel te nemen vanwege de financiële voordelen die dat oplevert.

Moet men daarom de financiële vergoedingen verbieden of het bedrag ervan beperken? BERGKAMP ziet veel meer heil in de beperking van het aantal keren dat een proefpersoon aan een onderzoek kan deelnemen. Dat zou verwezenlijkt kunnen worden door een registratiesysteem van proefpersonen gekoppeld aan een verplichte melding door de onderzoeker (BERGKAMP, L., *a.w.*, 210-211). De Franse wet bevat een regeling die deze richting uitgaat, nl. de oprichting van een soort nationale databank, gecombineerd met een beperking van het bedrag aan vergoedingen dat eenzelfde proefpersoon jaarlijks kan ontvangen. Art. 209-8 Code de la Santé Publique verbiedt iedere financiële vergoeding voor biomedisch onderzoek, buiten de terugbetaling van de kosten en onder voorbehoud van wat is bepaald in art. 209-15. Dat artikel laat toe dat de promotor van een niet-therapeutisch onderzoek aan de proefpersoon een bedrag toekent tot vergoeding van de ondervonden ongemakken. Hieruit volgt dat een vergoeding voor deelneming aan therapeutisch onderzoek uitgesloten is, buiten de vergoeding voor de gemaakte kosten (AUBY, J.M., *a.w.*, nr. 39; in dezelfde zin Assemblée Nationale, Verslag, 35). Een vergoeding is steeds uitgesloten voor onderzoek uitgevoerd op minderjarigen, meerderjarigen onder voogdij en personen die in een ziekenhuis werden opgenomen. Om te vermijden dat de vergoeding voor deelneming aan niet-therapeutisch onderzoek de vrije wilsuiting van de proefpersoon zou beïnvloeden, bevat de Franse wet de volgende regels. Het totale bedrag aan vergoedingen dat in de loop van eenzelfde jaar kan worden uitbetaald aan eenzelfde proefpersoon is beperkt tot een door de minister bepaald maximum (art. 209-15, lid 1 Code de la Santé Publique; bovendien moet de commissie die adviseert over het protocol zich uitspreken over het bedrag; zie art. 209-12, lid 3). Vervolgens mag niemand tegelijkertijd deelnemen als proefpersoon aan meerdere niet-therapeutisch experimenten (art. 209-17, lid 1; zie ook BERGKAMP, L., *a.w.*, 24). Ten slotte dient ieder onderzoeksprotocol voor een niet-therapeutisch project een termijn te bepalen die aanvangt na afloop van het project en binnen de welke de proefpersonen die deelnemen aan het project niet aan een ander onderzoek mogen deelnemen. De duur van deze termijn varieert naar gelang van de aard van het onderzoek (art. 209-17, lid 2). Met het oog op de controle van deze maatregel wordt door de Minister van Volksgezondheid een nationale databank opgericht.

848 Niet alleen de proefpersoon, maar ook de onderzoeker ontvangt doorgaans een vergoeding voor zijn werkzaamheden (BERGKAMP, L., *a.w.*, 208-209).

Meestal is deze vergoeding gekoppeld aan het aantal proefpersonen dat conform het onderzoeksprotocol behandeld is. Deze wijze van vergoeding kan de onderzoekers in verleiding brengen zoveel mogelijk proefpersonen te laten deelnemen aan een onderzoek. Daartoe kan hij bewust de risico's lichter voorstellen dan ze in werkelijkheid zijn waardoor de vrije toestemming van de proefpersonen in het gedrang komt.

Opvallend is dat in de nationale en internationale verklaringen nauwelijks aandacht gaat naar de voorwaarden waaraan de vergoeding van de onderzoeker moet voldoen (zie VAN LIL, M. e.a., *a.w.*, 484). Art. 93 van de Code van geneeskundige plichtenleer bepaalt wel dat "de geneesherengroep die een experiment of een therapeutische proef op een mens verricht, financieel volledig onafhankelijk moet staan t.o.v. elke instelling die commerciële belangen heeft bij de promotie van een nieuwe behandeling of een nieuw instrumentarium". Een overdreven financiële vergoeding van de onderzoeker kan onder dit artikel worden gebracht. In de literatuur wordt dikwijls gesteld dat de beloning aan de onderzoeker binnen de perken moet blijven (BERGKAMP, L., *a.w.*, 209).

Specifiek voor het Belgisch recht is art. 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst van belang. Deze bepaling verbiedt onder meer iedere overeenkomst tussen een arts en een producent van farmaceutische produkten of een leverancier van geneeskundige apparaten wanneer die overeenkomst en betrekking heeft op hun beroep en ertoe strekt aan de een of de ander rechtstreeks of onrechtstreeks winst of voordeel te verschaffen. Dit verbod is van openbare orde en de overeenkomst tussen de arts/onderzoeker en de farmaceutische industrie zal nietig zijn wanneer de vergoeding die de onderzoeker ontvangt van die aard is dat zij hem "winst of voordeel" oplevert. Wel is de vraag of art. 18, §2 ook kan worden toegepast wanneer het een niet-therapeutisch experiment betreft vermits art. 18, §2 beperkt lijkt tot overeenkomsten die betrekking hebben op *in casu* het beroep van beoefenaar van de geneeskunde (over art. 18, §2 en de ongeoorloofde verrijking, zie verder, nr. 1155). Althans in hoofde van de andere partij is de voorwaarde vervuld dat de overeenkomst betrekking dient te hebben op het beroep.

AFDELING V

AANSPRAKELIJKHEID VAN DE ARTS-ONDERZOEKER

849 Hier komt voornamelijk de burgerrechtelijke aansprakelijkheid ter sprake. De strafrechtelijke aansprakelijkheid kwam reeds aan bod. In het algemeen kan men er van uitgaan dat tussen de onderzoeker en de proefpersoon een overeenkomst bestaat. BERGKAMP noemt dit een "experimentenovereenkomst", die hij kwalificeert als een onbenoemde, meerzijdige consensuele overeenkomst (BERGKAMP, L., *a.w.*, 236; zie ook VAN WIJMEN, F.C.B., 'Rechtsbescherming bij medische experimenten : de experimenteerovereenkomst", in *Liber Amicorum H.J.J. Leenen*, 239 e.v.).

Voor experimenten uitgevoerd op gezonde proefpersonen gaat dit goed op. Wanneer een experiment wordt uitgevoerd in een ziekenhuis (fase II en III onderzoek) met patiënten en wanneer de

behandelingsovereenkomst werd afgesloten tussen ziekenhuis en patiënt, rijst de vraag of deze experimentenovereenkomst ook niet tussen ziekenhuis en proefpersoon kan ontstaan.

Wanneer geen toestemming werd bekomen van de proefpersoon of een vertegenwoordiger kan er vanzelfsprekend geen contractuele relatie bestaan.

850 Over de aard van de verbintenissen die voortvloeien uit een experimentenovereenkomst bestaat discussie. Volgens SLUYTERS is de onderzoeker gehouden aan een resultaat: "het resultaat waartoe de onderzoeker zich verplicht is dat de proefpersoon ten gevolge van het experiment geen schade zal ondervinden, behalve tijdverlies en enig tijdelijk ongemak" (geciteerd door BERGKAMP, L., *a.w.*, 237). Doet zich schade voor dan zal de experimentator het bewijs moeten leveren dat van een fout in zijn hoofde geen sprake is (BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, A.M.L. en STOLKER, C.J.J.M., *Geneesmiddelen en aansprakelijkheid*, Deventer, Kluwer, 1986, 66 pleiten eveneens voor een resultaatsverbintenis).

BERGKAMP ziet daarentegen niet in waarom een medisch onderzoeker door een resultaatsverbintenis i.p.v. een inspanningsverbintenis zou zijn gebonden. Hij zal zich moeten inspannen dat er geen schade ontstaat. Maar doet zich toch schade voor dan heeft de onderzoeker de plicht de schade te vergoeden en dit op grond van de redelijkheid en de billijkheid. Zowel bij therapeutische als niet-therapeutische experimenten. Volgens BERGKAMP leidt de aard van de experimentenovereenkomst via de redelijkheid en de billijkheid tot het aannemen van een schadevergoedingsplicht in hoofde van de onderzoeker. Omdat het niet zeker is dat de rechter deze redenering zal volgen, pleit hij voor een wettelijke aansprakelijkheidsregeling voor medische experimenten met mensen. Dat is ook de optie van het Nederlandse wetsontwerp. Ook de Franse wet bevat een bijzondere aansprakelijkheidsregeling.

851 Vanuit de analogie die er bestaat tussen zuiver esthetisch chirurgische ingrepen en niet-therapeutische experimenten zou men kunnen besluiten tot het bestaan van een resultaatsverbintenis, in de zin van het garanderen dat er zich geen schade zal voordoen of althans geen andere dan deze die het gevolg is van de voorzienbare risico's. De aansprakelijkheid van de arts bij medische experimenten komt dus heel dicht te liggen bij de objectieve aansprakelijkheid. Het loutere feit van het experiment maakt een fout, althans een vermoeden van fout uit, en de arts is gehouden alle schade die er uit voortvloeit te vergoeden, zelfs zo hem geen enkele daad *contra legem artis* bij de uitvoering van het experiment kan worden verweten (VANDERMEERSCH, D., *a.w.*, 854).

852 De auteur pleit *de lege ferenda* wel voor een soepeler benadering in die zin dat de arts enkel nog zou instaan voor de schade die voortvloeit uit fouten begaan ten gevolge van de uitvoering van het experiment. De arts zou dan niet langer aansprakelijk zijn voor de verwezenlijking van een niet foutief risico.

Dit voorstel druist in tegen de tendens in het buitenland een risico aansprakelijkheid in te voeren bij experimenten. Zo legt de Franse wet een schadevergoedingsplicht en een verzekeringsplicht op aan de promotor van medisch experimenteel onderzoek. Promotor is de persoon die het initiatief heeft genomen voor zo'n onderzoek (zie art. 209-7 Code de la Santé Publique). In geval van een niet-therapeutisch onderzoek dient de promotor alle schade te vergoeden die een proefpersoon als

gevolg van het onderzoek heeft geleden ook al is er van een fout geen sprake. Tegen deze aansprakelijkheid dient hij zich te verzekeren. Bij een therapeutisch onderzoek wordt de fout vermoed maar de promotor is gerechtigd het bewijs te leveren dat de schade niet het gevolg is van zijn fout. Ook in dit geval moet hij zich verzekeren tegen zijn aansprakelijkheid. In geen geval mag de promotor zich beroepen op het feit gepleegd door een derde of de vrijwillige terugtrekking van een proefpersoon uit het onderzoek. Art. 209-7 bepaalt slechts de aansprakelijkheid van de promotor. Dit artikel sluit niet uit dat de promotor verhaal uitoefent tegenover de onderzoekende arts indien die een fout zou hebben gemaakt (AUBY, J.M., *a.w.*, nr. 43).

853 In verband met de aansprakelijkheid van de onderzoeker rijst nog de vraag welk criterium zal worden gehanteerd bij het beoordelen van de fout bij de uitvoering van een therapeutisch onderzoek. Geldt dan als criterium de zorgvuldige arts of de zorgvuldige onderzoeker of nog de zorgvuldige arts/onderzoeker?

Wanneer een arts niet enkel optreedt als beoefenaar van de geneeskunde maar tevens als wetenschappelijk onderzoeker, dient zijn handelen tegenover de patiënt/proefpersoon te worden getoetst aan dat van de zorgvuldige wetenschappelijke onderzoeker, voor zover zijn handelen verband houdt met de uitvoering van het medisch experiment en aan dat van de zorgvuldige arts voor zover het gaat om zijn medisch handelen. Voor zover een scheiding tussen beide vormen van handelen moeilijk is aan te brengen mag men aannemen dat de eisen die gesteld worden aan een wetenschapper hoger liggen dan deze die gelden voor een arts (zie ook BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, A.M.L. en STOLKER, C.J.J.M., *a.w.*, 65).

AFDELING VI

ROL VAN COMMISSIES VOOR MEDISCHE ETHIEK BIJ DE BEOORDELING VAN MEDISCHE EXPERIMENTEN

854 De tussenkomst in welke vorm ook van een zgn. commissie voor medische ethiek - ook wel toetsingscommissie, experimentencommissie of nog anders genoemd - is in België niet door de wetgever verplicht gesteld.

Dit is wel zo in Frankrijk (zie art. 209-12 Code de la Santé Publique). Alvorens biomedisch onderzoek met mensen te verrichten moet iedere onderzoeker het onderzoeksvoorstel voorleggen voor advies aan de zgn. raadgevende commissie tot bescherming van proefpersonen van de regio waar de onderzoeker zijn onderzoeksactiviteit uitvoert. Het (laten) verrichten van onderzoek zonder dat het advies van deze commissie werd bekomen is strafbaar gesteld in art. 209-20, lid 2 Code de la Santé Publique.

855 Voor artsen die zijn ingeschreven op de lijst van de orde der geneesheren bestaat er een deontologische verplichting om het onderzoeksprotocol aan een zgn. ethische commissie voor te leggen.

Zie de eerste deontologische regel in het advies van de Nationale Raad van de orde der geneesheren d.d. 14 april 1984 : "alle biomedische research op mensen vereist een protocol dat voorafgaandelijk aan een ethische commissie moet worden voorgelegd en van deze een gunstig advies

heeft bekomen" (*T. Orde Gen.*, 1983-84, afl. 32, 48). Zie ook de zevende regel : "Elke arts die deelneemt aan biomedische research op proefpersonen moet er zich van vergewissen dat het protocol voorafgaandelijk werd voorgelegd aan een ethische commissie waarvan de samenstelling door de Nationale Raad van de orde der geneesheren werd goedgekeurd", en de achtste regel : "Elke arts die betrokken is bij biomedische research op proefpersonen en waarvan het protocol niet voorafgaandelijk aan een ethische commissie werd voorgelegd kan tuchtstraffen oplopen".

Uit de zevende regel volgt dat niet iedere commissie voor medische ethiek in aanmerking komt als bevoegde adviescommissie. Slechts commissies waarvan de samenstelling werd goedgekeurd door de Nationale Raad of die voorkomen op het register van de ethische commissies "dat door de Nationale Raad ter beschikking wordt gesteld van de navorsers, komen hiervoor in aanmerking" (zie de negende deontologische regel in het advies van 14 april 1984). Inzake de samenstelling van zo'n commissie zijn de tweede t.e.m. de vijfde deontologische regel van belang. De samenstelling vereist deskundigheid inzake biomedische en ethische problemen. Ten minste één lid mag niet de geneeskunde beoefenen en ten minste één lid (het kan hetzelfde lid zijn) moet onafhankelijk zijn van de betrokken instelling of organisme. Een commissie moet voorts uit ten minste vijf leden bestaan. Een commissielid dat direct of indirect bij een project betrokken is moet zich ervan onthouden aan de beslissing deel te nemen. De onafhankelijkheid waarvan de commissieleden moeten blijk geven brengt met zich mee dat de leden van de raad van beheer van een ziekenhuis of de leden van de directie van dat ziekenhuis geen deel kunnen uitmaken van de commissie voor medische ethiek van dat ziekenhuis (zie ANDRE, A., "Ethische commissies in België", *T. Orde Gen.*, 1988, afl. 40, 63; zie over deze commissies en hun opdrachten ook nog ANDRE, A., "Ethische commissies", *T. Orde Gen.*, 1987, afl. 38, 49; HOTTOIS, G. en MALHERBE, J.F., "Ethische commissies in ziekenhuizen en biomedische onderzoeksprojecten" in *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, Omega, 1987, 490; DELFOSSE, M.L. "La création des comités d'éthique en Belgique", *Louvain Médical* 1989, 97-105; DIJON, X., "De medische ethiek in katholieke ziekenhuizen : wie beslist"?, *N. Tijds. Pol.*, 1990, afl. 2, 55-95; VAN BORTEL, P., NYS, H. en SCHOTSMANS, P., *Commissies medische ethiek. Achtergronden en orientaties*, Antwerpen, Kluwer, 1991; zie voor een rechtsvergelijkend overzicht BYK, C., "Les instances d'éthique en droit comparé", *Cahiers internationaux de Sociologie*, 1990, 215-230.

856 De opdracht van een dergelijke commissie is louter adviserend. Wel is een gunstig advies vereist opdat zou kunnen worden aangevangen met de uitvoering van het onderzoek. Nergens is bepaald waarop het advies dient te slaan. Met name is het niet duidelijk of de commissies ook de wetenschappelijke gegrondheid van het onderzoeksvoorstel mogen toetsen of zich moeten beperken tot de zuiver ethische aspecten ervan. Het toezicht dat de commissies kunnen uitoefenen via hun advies slaat klaarblijkelijk slechts op het ontwerpprotocol. De uitvoering alszodanig ervan valt niet meer onder haar bevoegdheid (zie in dezelfde zin voor Frankrijk, THOUVENIN, D., *a.w.*, nr. 58).

De onderzoekers zijn vrij zich te wenden tot een (erkende) commissie van hun keuze. Volgens ANDRE is het "evident dat iedereen moet vrij zijn om zich tot de ethische commissie van zijn keuze te wenden" (ANDRE, A., *a.w.*, 1988, 61). Dit houdt evenwel het gevaar in van een verglijding naar die commissies die, terecht of niet, bekend staan als soepel. De Franse wet bevat een verplichting het protocol te laten goedkeuren door de commissie van de regio waar de onderzoeker zijn zetel heeft of waar hij zijn activiteit uitoefent (zie art. 209-12 Code de la Santé Publique).

857 Vermits de commissie een advies uitbrengt en geen goedkeuring hecht aan een onderzoeksprotocol, blijft de verantwoordelijkheid voor het onderzoek en de uitvoering ervan rusten op de onderzoeker. Dat is uitdrukkelijk bepaald in de Franse wet, art. 209-12, lid 4 Code de la Santé Publique (zie ook

HIRY, E., "De juridische waarde van de adviezen uitgebracht door de comité's van ethiek", *Vl. T. Gez.*, 1988-89, 230; in dit artikel wordt tevens ingegaan op de mogelijke aansprakelijkheid van de leden van de commissie voor het uitgebrachte advies).

HOOFDSTUK II

WEGNEMING VAN ORGANEN EN WEEFSELS BIJ LEVENDEN

AFDELING I

WEGNEMING MET HET OOG OP TRANSPLANTATIE MET THERAPEUTISCHE BEDOELINGEN

858 De wegneming van organen of weefsels met het oog op transplantatie voor therapeutische doeleinden wordt geregeld door de zgn. Orgaantransplantatiewet (Wet 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *B.S.*, 14 februari 1987, erratum *B.S.*, 26 februari 1987, gewijzigd door Wet van 17 februari 1987, *B.S.*, 14 april 1987; de aanbevolen afkorting van deze wet is Orgaantransplantatiewet, zie *Juridische verwijzingen en afkortingen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, tweede uitgave, 81. Die afkorting is minder geslaagd vermits deze wet nauwelijks de transplantatie van organen regelt en vrijwel uitsluitend de wegneming. Niettemin wordt ook hier deze afkorting gebruikt).

§1. Toepassingsgebied

859 De wet is niet van toepassing op iedere wegneming van een orgaan of weefsel bij een levende persoon. In art. 1, §1 is sprake van de wegneming van organen of weefsels van het lichaam van een persoon, "donor" genoemd, met het oog op het voor therapeutische doeleinden transplanteren van die organen of weefsels op het lichaam van een ander persoon, "receptor" genoemd.

860 Hieruit volgt dat de zgn. autotransplantatie of het wegnemen van weefsel bij een persoon om het te gebruiken bij dezelfde persoon niet valt onder deze wet. Donor en receptor moeten verschillende personen zijn (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 4). In dat geval gelden de regels van de medische behandelingsovereenkomst.

861 Uit art. 1, §1 volgt nog dat de wegneming enkel door de bepalingen van de Orgaantransplantatiewet wordt beheerst wanneer zij gebeurt met het oog op de transplantatie met een therapeutische bedoeling (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 26; nr. 832/2, 10 waar in dit verband sprake is van een "fundamentele keuze"). Wegneming van een orgaan met het oog op andere (transplantatie)doeleinden, b.v. experimentele, valt niet onder deze wet (zie boven, nr. 767).

Niet vereist is dat de transplantatie onmiddellijk volgt op de wegneming. Zo kan de wegneming gebeuren om een reserve samen te stellen, b.v. een huidbank. Op het ogenblik dat de wegneming

gebeurt is de receptor vaak niet gekend maar de wegneming moet gebeuren met het oog op de behandeling van een, niet nader bepaalde, receptor (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 4-5; zie nochtans art. 6 dat betrekking heeft op de wegneming met het oog op de behandeling van een receptor die in levensgevaar verkeert. In dat geval zal het wel om een gekende receptor gaan en zal de transplantatie snel na de wegneming gebeuren; zie ook art. 7 : wegneming met het oog op transplantatie bij broer of zus). De bevoegdheid van de Koning om de wegneming tot andere doeleinden uit te breiden (art. 2) slaat slechts op de wegneming na overlijden (zie boven, nr. 769).

862 De wet definieert "transplanteren" niet. Volgens de toelichting bij het wetsontwerp moet die term "in zijn ruimste betekenis" worden verstaan, nl. "elke overbrenging, inplanting of overenting of welke andere term ook wordt gebruikt" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 4).

Art. 1, §1, tweede lid brengt evenwel een beperking aan : het overbrengen van een embryo, het wegnemen en transplanteren van testes en ovaria en het gebruiken van eicellen en sperma worden niet geregeld door deze wet.

Die beperking kwam in het oorspronkelijk wetsontwerp niet voor en volgt uit een regeringsamendement (zie hieromtrent AKVELD, H., *Transplantatie en wetgeving. Werkelijkheid en ideaal*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1987, 75-76). Het was nooit de bedoeling van de Regering de problemen rond onvruchtbaarheid en voortplanting door deze wet te regelen. Zij maken een specifieke problematiek uit die een eigen regeling behoeft (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/2, 10; zie ook de Resolutie van het Comité van Ministers van de Raad van Europa van 11 mei 1978 inzake harmonisatie van wetgeving op het terrein van orgaantransplantatie, art. 1 §2; zie voorts over de problematiek van medisch begeleide bevruchting, boven, nr. 364 e.v.).

863 Evenmin wordt "organen" en "weefsels" gedefinieerd. Volgens de toelichting bij het ontwerp betreft het hier alle bestanddelen van menselijke oorsprong, behalve bloed en secreties. Een opsomming zou snel voorbij gestreefd zijn. De termen moeten ruim worden begrepen (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/2, 4).

Ingevolge art. 1, §1, tweede lid zijn embryo's, testes, ovaria, eicellen en sperma uitgesloten. Ook foetaal weefsel valt buiten de wet. De wet betreft organen of weefsels van het lichaam van een persoon (art. 1, §1, eerste lid) en een foetus is geen persoon in de juridische betekenis van het woord.

Wegnemen van bloed wordt geregeld door de Wet van 7 februari 1961 betreffende de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong, *B.S.*, 22 mei 1964 en het Uitvoeringsbesluit van 10 november 1971, *B.S.*, 5 mei 1972 (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 311/1 en 312/2). Overigens is de Wet van 7 februari 1961 niet van toepassing op het wegnemen en transplanteren van organen en weefsels overeenkomstig de Orgaantransplantatiewet (zie art. 1, §2 van deze wet).

864 De wet bevat evenmin een omschrijving van "wegneming". Dit heeft in de (medische) praktijk geleid tot vragen omtrent de toepasselijkheid van de wet in sommige omstandigheden.

GEVERS onderscheidt drie vormen van "wegneming". Afgezien van lichaamsprodukten die op natuurlijke wijze door het lichaam worden afgescheiden kunnen cellen en weefsels van levende personen beschikbaar komen door een daarop gerichte ingreep (zoals het afnemen van bloed bij

een donor) of als bijprodukt van een medisch handelen gericht op onderzoek en behandeling van de patiënt (amputatie van een lidmaat, wegneming appendix, wegneming van een ziek stuk orgaan b.v. van milt of lever e.d.) (GEVERS, J.K.M., *Beschikken over cellen en weefsels*, Deventer, Kluwer, 1990, 7).

865 In toenemende mate is het mogelijk weefsels die het bijprodukt ("afval") zijn van een medische ingreep te recycleren en te gebruiken. Zo b.v. worden menselijke venae afkomstig uit de navelstreng en van spataderpatiënten gebruikt als steun -en geleidingsmiddel bij andere patiënten, dus met therapeutische doeleinden. Soms worden dergelijke bijprodukten ook gebruikt in het kader van wetenschappelijk onderzoek. Dan is de toepassing van de wet om deze reden al uitgesloten. Maar bij gebruik voor therapeutische doeleinden is de vraag gerezen naar de toepasselijkheid van de wet, onder meer i.v.m. de vereiste toestemming en het ontbreken van winstoogmerk.

In de toelichting bij het ontwerp is gesteld dat de wegneming enkel onder toepassing valt van de wet wanneer zij gebeurt met het oog op een medische behandeling van de receptor. "De wegneming gebeurt met het oog op de behandeling van een receptor" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat 1984-85, nr. 832/1, 4-5). Dit lijkt te impliceren dat de "wegneming" die het gevolg is van een ingreep die allereerst het belang beoogt van de persoon bij wie de wegneming gebeurt, niet wordt bedoeld, zie verder, nr. 867).

§2. Algemene voorwaarden voor wegneming

A. DOOR EEN ARTS IN EEN ZIEKENHUIS

866 Een wegneming van organen of weefsels dient te gebeuren door een arts in een ziekenhuis zoals bepaald in de Gecoördineerde Ziekenhuiswet (art. 3; zie voor strafsancties bij niet-naleving van deze bepaling, art. 17, §1).

Niet enkel de wegneming maar ook de transplantatie moet gebeuren door een arts in een ziekenhuis zoals bepaald in de Ziekenhuiswet. Betekent dit dat ieder orgaan dat wordt weggenomen op grond van de Orgaantransplantatiewet d.w.z. met het oog op transplantatie voor therapeutische doeleinden, moet worden getransplanteerd in een ziekenhuis zoals bepaald in de Ziekenhuiswet? Dit zou dan betekenen dat het in strijd is met art. 3 en dus strafbaar, een orgaan dat wordt weggenomen in het kader van de Orgaantransplantatiewet, uit te voeren in het kader van internationale afspraken zoals Eurotransplant. Omwille van de enge band die art. 1, §1 Orgaantransplantatiewet legt tussen wegneming en transplantatie is die interpretatie verdedigbaar. Zij leidt wel tot ongewenste en door de wetgever wellicht ook niet bedoelde consequenties. Een andere interpretatie van art. 3 is trouwens mogelijk. Iedere transplantatie die i n B e l g i ë gebeurt, moet geschieden in een ziekenhuis zoals bepaald in de Ziekenhuiswet.

B. ZONDER WINSTOOGMERK

867 De afstand van organen of weefsels mag niet met een oogmerk van winst gebeuren, ongeacht de partijen tussen welke die afstand plaats heeft (art. 4, §1).

De term "afstand" heeft een ruimere betekenis dan "wegneming". In een vroeger wetsontwerp was enkel bepaald dat de afstand van organen en weefsels zonder winstoogmerk diende te geschieden. De Raad van State merkte daarbij op dat de term "afstand stellig op de rechtsbetrekking tussen donor en receptor doelt", maar meende dat het niet duidelijk was of afstand ook slaat op de instelling (b.v. een weefselbank) die in voorkomend geval de gift heeft ontvangen om ze vervolgens door te geven. Terwijl volgens de Raad juist in dat geval het verbod van winstoogmerk het meeste zin lijkt te hebben (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1980-81, nr. 774/1, 13). Om uit te drukken dat het verbod van winstoogmerk niet enkel slaat op de relatie tussen donor en receptor suggereerde de Raad het verbod uit te breiden tot "alle fasen van de afstand" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 28). Vandaar de woorden "ongeacht de partijen tussen welke hij plaats heeft" in art. 4, §1, eerste lid. De term "afstand" impliceert dus de gehele procedure en niet alleen de daad waardoor de wegneming wordt uitgevoerd, daarin begrepen alle tussenfasen (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 220/9, 23-24) (zie in dit verband ook art. 9 K.B. 15 april 1988 betreffende de weefselbanken en het wegnemen, bewaren, bereiden, invoeren, vervoeren, distribueren en afleveren van weefsels, *B.S.*, 29 april 1988). Overtreding van het verbod van winstoogmerk is strafbaar gesteld in art. 17, §3.

868 Ook tussen donor en receptor geldt het verbod van winstoogmerk. Art. 4, §1, tweede lid voegt daar nog aan toe dat de donor noch zijn naastbestaanden enig recht lastens de receptor kunnen doen gelden. Deze bepaling is vooral van belang t.a.v. levende donoren, vermits art. 14 dat voorziet in de anonimiteit van donor en receptor jegens elkaar slechts geldt voor de wegneming bij een overleden donor. Bij levende donoren is handhaving van de anonimiteit om praktische redenen meestal niet haalbaar (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 11).

869 Het verbod van winstoogmerk verhindert niet dat de kosten en gederfde inkomsten van een donor worden vergoed. Aan de Koning is opgedragen regelen vast te stellen om een vergoeding toe te kennen aan de donor ten laste van de overheid of de sociale zekerheid. Deze vergoeding dekt zowel de onkosten als de inkomstenderving die het rechtstreeks gevolg zijn van de afstand van organen (art. 4, §2).

Tot nog toe zijn dergelijke regelen niet vastgesteld. In de praktijk is het zo dat zowel de uitkering voor arbeidsongeschiktheid als de kosten voor gezondheidszorg worden gedragen door het stelsel van verplichte ziekteverzekering, zij het dat deze praktijk op een wankele wettelijke basis steunt. Juist om die reden werd aan de Koning opgedragen specifieke regels te stellen (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 27-28).

Deze regeling tot vergoeding van de kosten en inkomstenderving treedt niet in de plaats van de vergoeding van de schade die de donor zou ondervinden ten gevolge van een fout van de arts. De schadeloosstellingsregeling van de wet laat het recht van de donor overeenkomstig het gemeen recht te worden vergoed voor de schade die hem mocht zijn berokkend door een tekortkoming bij het wegnemen, onverkort. Voor de arts die overgaat tot de wegneming van een orgaan bij een levende donor blijft dus een risico bestaan met een rechtsvordering te worden geconfronteerd (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1980-81, nr. 774/1, 14).

De wettelijke vergoedingsregeling is evenmin bedoeld om alle schade die de donor mocht ondervinden te vergoeden. Art. 4, §2, tweede lid gebruikt het woord "rechtstreeks" hetgeen als een beperking kan worden begrepen. De voorbereidende werken zijn op dit punt onduidelijk en geven op een bepaalde plaats wel de indruk dat een ruime interpretatie zich opdringt. "Indien de schenking geneeskundige kosten meebrengt, zelfs 10 jaar na de wegneming, behoort de maatschappij

de waarde van die schade te erkennen en de schade te vergoeden" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/2, 11-12).

C. LEEFTIJD VAN DE DONOR

870 De wegneming van een orgaan of weefsel kan slechts worden verricht bij een donor die de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt (art. 5). Op deze minimumleeftijd wordt in art. 7 een uitzondering voorzien. Wanneer de wegneming normalerwijze geen ernstige gevolgen kan hebben voor de donor of wanneer zij betrekking heeft op organen en weefsels die kunnen regenereren en wanneer deze wegneming bestemd is voor een transplantatie bij een broer of zus van de donor, dient de donor geen 18 jaar te zijn. Er is dan zelfs geen minimumleeftijd voorzien (i.v.m. deze bepaling uitvoerig, zie boven, nr. 528 e.v.; *anders*, AKVELD, J., *a.w.*, 76 die meent dat de wet een minimumleeftijdsgrens van 15 jaar heeft voorzien).

D. TOESTEMMING VAN DE DONOR

871 Art. 5 eist dat de donor vooraf in de wegneming heeft toegestemd.

Wanneer de donor nog niet meerderjarig is geldt deze regel ook indien hij de leeftijd van 15 jaar heeft bereikt (zie hieromtrent uitvoerig boven, nr. 528 e.v.)(art. 7, §2, 2e).

872 Deze toestemming moet vrij en bewust worden gegeven (art. 8, §1). De vrije en bewuste toestemming impliceert dat onbekwaamverklaarden of verlengd minderjarigen niet in aanmerking kunnen komen als donor (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 8 en 30). Anderzijds is niet vereist dat de onbekwaamheid juridisch werd vastgesteld : of iemand al dan niet vrij en bewust zijn toestemming kan geven is een feitenkwestie.

In een nota toegevoegd als bijlage bij het verslag van de Kamercommissie worden de personen opgenomen in een krankzinnigengesticht zonder meer beschouwd als niet in staat vrij en bewust in te stemmen in een wegneming van een orgaan. Dit mag soms zo zijn, het is te ongenuanceerd om dit als regel te stellen (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 220/9, 53).

In dezelfde nota worden, terecht, de stervenden uitgesloten als donor. In die omstandigheden kan van een vrije en bewuste toestemming geen sprake zijn. Om dezelfde reden komen comateuze patiënten evenmin in aanmerking als donor (over coma en dood, zie boven, nr. 742). Art. 53 Code van medische plichtenleer laat toe dat bij een patiënt die zich in een zgn. "onomkeerbaar coma" bevindt en dus nog leeft - het artikel spreekt overigens over preleveren *ex vivo* - organen worden weggenomen met de voorafgaandelijke toestemming van de wettelijke vertegenwoordigers van deze patiënt. Juridisch is een dergelijke wegneming onaanvaardbaar. De Orgaantransplantatiewet heeft niet voorzien in een systeem van vervangende toestemming voor wegneming bij een levende donor (behoudens wanneer de donor geen 15 jaar oud is en wegneming uitzonderlijk is toegelaten; voor de nuanceringen in dat verband, zie boven, nr. 528 e.v.). De donor zelf dient toestemming te verlenen. Een vervangende toestemming is waardeloos vermits de wegneming geenszins het belang van de donor dient.

873 De toestemming moet schriftelijk worden gegeven in het bijzijn van een meerderjarige getuige. Zij moet gedagtekend en ondertekend zijn door de per-

sonen die hun toestemming moeten geven en door de getuige (art. 8, §2).

De arts die de wegneming zal verrichten kan niet optreden als getuige (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/2, 18). Een familielid wel, maar niet de verwante die desgevallend samen met de donor toestemming dient te verlenen (*ibid.*). Zie hieromtrent ook K.B. 30 oktober 1986 tot regeling van de wijze waarop de toestemming tot het wegnemen van organen en weefsels bij levenden wordt uitgedrukt, *B.S.*, 14 februari 1987.

874 De bewuste en vrije toestemming van de donor veronderstelt dat hij weet wat hij doet. Hier geldt zonder twijfel de eis van "informed consent". Overeenkomstig art. 9, tweede lid moet de arts die zich voorneemt een wegneming te verrichten de (potentiële) donor duidelijk en volledig inlichten over de lichamelijke, psychische, familiale en sociale gevolgen van de wegneming.

Wanneer de arts de vereiste voorlichting niet heeft gegeven, kan hij worden gestraft, zelfs als de donor zou verklaren dat hij in ieder geval zijn toestemming zou hebben gegeven. Het parket zal dan oordelen of het opportuun is te vervolgen (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 220/9, 36).

875 De toestemming van de donor is ten allen tijde herroepbaar (art. 8, §1 *in fine*). De herroeping is aan geen enkel vormvereiste gebonden en kan gebeuren tot op het laatste ogenblik (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 220/9, 32).

De toestemming dient schriftelijk te worden gegeven. De herroeping daarentegen kan zonder vormvereiste gebeuren. Dit stelt het probleem van het bewijs van de herroeping (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 220/9, 32-33). In art. 3 K.B. 30 oktober 1986 tot regeling van de wijze waarop de toestemming tot het wegnemen van organen en weefsels bij levenden wordt uitgedrukt, *B.S.*, 14 februari 1987, wordt als bewijs van de herroeping een geschrift geëist. Hieruit mag niet worden afgeleid dat een mondelinge herroeping ongeldig zou zijn. Wel kan het bewijs ervan moeilijk te leveren zijn. Die bewijslast rust op degene die de herroeping inroept (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1 : om praktische redenen werd bepaald dat degene die er zich op beroept zijn toestemming te hebben herroepen daarvan het bewijs dient te leveren). Men mag hierbij niet uit het oog verliezen dat de arts die de toestemming heeft gekregen voor het wegnemen van een orgaan geen recht heeft op die wegneming. De toestemming van de patiënt in het kader van het medisch contract mag tot op het laatste ogenblik worden ingeroepen. De patiënt beschikt over een absoluut recht tot inkeer (VAN QUICKENBORNE, M., "De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, nr. 13). *A fortiori* geldt dit voor de potentiële donor die heeft ingestemd in een ingreep die voor hem geen enkel therapeutisch nut heeft. De potentiële donor heeft zich, door zijn toestemming, niet verbonden zijn lichaam ter beschikking van de arts te stellen. De arts heeft er geen recht op dat de donor zijn lichaam ter beschikking stelt voor de ingreep. Hij kan de donor niet dwingen de wegneming te ondergaan, ook al gaf de donor tevoren zijn schriftelijke toestemming.

De donor die zijn toestemming herroept oefent zijn recht op fysieke integriteit uit. Hij kan dan ook niet aansprakelijk worden gehouden voor de gevolgen van die weigering. Behalve wanneer die herroeping zou zijn gebeurd met het opzet de receptor te schaden (in die zin, de Minister van Justitie bij de bespreking van het wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 220/9, 33-34). (Zie hieromtrent ook de beschouwingen van DE BOER, J., "Het kinderlichaam afgewogen", *N.J.B.*, 1990, 1367 over een Amerikaanse rechtszaak waarin een leukemiepatiënt zijn nicht dagvaardde opdat zij door de rechter bevolen zou worden beenmerg aan hem af te staan).

876 Het bewijs van de toestemming moet worden geleverd aan de arts die zich voorneemt de wegneming te verrichten (art. 8, §3). Uit deze wat enigmatische bepaling (toelichting ontbreekt nagenoeg en slaat, vreemd genoeg, op het herroepen van de toestemming; Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 9) kan worden afgeleid dat de arts die de wegneming verricht geen vrede mag nemen met het bewijs van toestemming dat hem niet rechtstreeks door de donor wordt bezorgd maar langs een omweg.

Sommigen hebben deze bepaling zo begrepen dat zij de bewijslast inzake de toestemming legt op de arts die de wegneming verricht (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 220/9, 34). Er is echter sprake van "aan" en niet "door". Zie hieromtrent ook nog art. 2 K.B. 30 oktober 1986 tot regeling van de wijze waarop de toestemming tot het wegnemen van organen en weefsels bij levenden wordt uitgedrukt, *B.S.*, 14 februari 1987).

877 De toestemming van de receptor wordt door de wet niet geregeld.

Het werd niet opportuun geacht in specifieke regels te voorzien m.b.t. de toestemming van de receptor aangezien de toestemming van een patiënt in beginsel altijd noodzakelijk is voor om het even welke ingreep. Bijzondere regels zijn derhalve overbodig (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 220/9, 30).

E. BEOORDELING VAN DE VOORWAARDEN DOOR DE WEGNEMENDE ARTS

878 Art. 9, eerste lid Orgaantransplantatiewet draagt aan de arts die zich voorneemt een wegneming te verrichten op zich er van te vergewissen dat de voorwaarden inzake leeftijd en toestemming wel degelijk zijn vervuld.

Wat het verbod van winstoogmerk aangaat verplicht art. 9, derde lid deze arts "vast te stellen" dat de donor zijn beslissing oordeelkundig en met een niet te betwijfelen altruïstisch doel heeft genomen.

Niet-naleving van beide bepalingen is strafbaar (zie art. 17, §3).

Vooral de formulering van art. 9, derde lid heeft aanleiding gegeven tot vragen in het Parlement. Wat is "oordeelkundig" en een "niet te betwijfelen altruïstisch doel"? Onder "oordeelkundig" wordt verstaan "gezond van geest" (*vgl.* art. 901 B.W.). Dit is een gegeven waarover een arts bevoegd is te oordelen (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 220/9, 36-37). Kan hetzelfde worden gezegd over het beoordelen van het altruïstisch doel? De toelichting bij het ontwerp drukte zich voorzichtig uit : van de arts "kan niet worden verwacht een enquête in te stellen om te weten of de donor met een altruïstisch doel handelt. Wanneer hij uit de mededelingen van de donor tot het inzicht komt dat dit niet het geval is mag hij niet overgaan tot de wegneming" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 9). Dat het altruïstisch doel "niet te betwijfelen is" moet dan ook in relatieve zin worden begrepen. Is een altruïstisch doel hetzelfde als zonder winstoogmerk? In de Kamercommissie werd gewezen op de relatie tussen art. 9, derde lid en art. 4, §1, eerste lid. Deze laatste bepaling is ruimer in die zin dat ze betrekking heeft op de gehele afstandsprocedure en art. 9, derde lid slechts op de beslissing tot wegneming. Daartegenover staat dat art. 9, derde lid van de donor meer eist dan louter afwezigheid van winstoogmerk (negatief). Het vereist op een positieve wijze een altruïstische ingesteldheid.

§3. Specifieke voorwaarden voor wegneming

A. WEGNEMING MET MOGELIJK ERNSTIGE GEVOLGEN OF VAN EEN NIET REGENEREERBAAR ORGAAN

879 Wanneer de wegneming ernstige gevolgen kan hebben voor de donor of betrekking heeft op organen of weefsels die niet regenereren, dan moeten bijkomende voorwaarden worden vervuld (art. 6). Het gaat hier om twee verschillende hypothesen : ofwel kan de wegneming ernstige gevolgen hebben voor de donor, ofwel heeft zij betrekking op niet regenereerbare organen of weefsels (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 220/9, 25).

De wet bepaalt niet de "ernstige gevolgen" omdat de wetgever dat moeilijk kan doen. Het oordeel hierover wordt aan de arts overgelaten (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 832/9, 25).

880 In zo'n geval kan de wegneming slechts worden verricht als de receptor in levensgevaar verkeert en de transplantatie van lijkorganen geen even bevredigend resultaat kan opleveren. Als de donor gehuwd is moet de met hem samenlevende echtgenoot eveneens toestemmen. Is de donor geen 21 jaar (maar hij moet hoe dan ook 18 jaar zijn) en ongehuwd dan is de toestemming van de personen of persoon van wie volgens het B.W. de toestemming tot het huwelijk van een minderjarige is vereist, nodig.

Het verkeren in levensgevaar moet worden beoordeeld in het licht van de ontwikkeling van de medische wetenschap (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer 1985-86, nr. 220/9, 26). Uit de gebruikte formulering kan men afleiden dat de receptor, op het ogenblik dat de wegneming wordt verricht, in levensgevaar verkeert. Het volstaat derhalve niet dat het levensgevaar dreigt te ontstaan als niet snel tot transplantatie zal worden overgegaan. Om deze voorwaarde te controleren is vereist dat de receptor reeds gekend is. Zoniet zou deze voorwaarde gemakkelijk kunnen worden omzeild omdat ergens ter wereld altijd wel iemand zal te vinden zijn die in levensgevaar verkeert en die baat kan hebben bij een transplantatie met het orgaan dat men wil wegnemen. Vermits de arts die voornemens is tot wegneming over te gaan, zich er moet van vergewissen dat alle wettelijke voorwaarden zijn vervuld (zie art. 9, eerste lid) brengt dit voor hem de verplichting mee het levensgevaar waarin de receptor verkeert vast te stellen. Hoewel de wet hierover niets bepaalt, zou de arts die tot wegneming wenst over te gaan niet de behandelend arts van de receptor mogen zijn om belangenconflicten te vermijden. Hij zou kunnen geneigd zijn het levensgevaar te lichtvaardig te aanvaarden. Een andere moeilijk te beoordelen voorwaarde is deze van de subsidiariteit : de wegneming van een orgaan bij een levende donor mag slechts gebeuren wanneer de transplantatie van een lijkorgaan geen even bevredigend resultaat kan opleveren. Een van de vragen die zich hierbij stelt is of deze voorwaarde *in concreto* of *in abstracto* moet worden beoordeeld. Stel dat het gebruik van een lijkorgaan even (of zelfs meer) bevredigende resultaten kan opleveren maar dat zo'n orgaan ontbreekt? Volgens een beoordeling *in abstracto* mag niet tot wegneming worden overgaan. Maar volgens een beoordeling *in concreto* wel, vermits in dit geval een transplantatie met een lijkorgaan hoedanook geen even bevredigend resultaat kan opleveren (zie ook over dit probleem OSCHINSKY, S.en U., "Prélèvement et transplantation d'organes", *J.T.*, 1987, 171). Aanvaardt men die redenering, dan rijst vervolgens de vraag hoever moet worden uitgekeken naar een lijkorgaan. In het ziekenhuis zelf? De wijde omgeving? In België? In Europa? Wereldwijd? De toelaatbaarheid van de wegneming wordt dan een zodanig aleatoire aangelegenheid, dat men geneigd is een beoordeling *in abstracto* voor te staan. Wanneer op grond van de huidige stand van de medische wetenschap een transplantatie met lijkorganen geen even bevredigende resultaten kan hebben, dan is de wegneming van een orgaan bij een levende donor geoorloofd. Anders niet.

De wet eist niet dat beide echtgenoten samenwonen zodat de arts geen getuigschrift van woonplaats dient te vragen ten bewijze van dit samenwonen. Slechts het samenleven is vereist, wat niet een samenwonen impliceert. Al dan niet samenleven van gehuwden is een feitelijke kwestie (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 220/9, 27). Weigert de samenlevende echtgenoot de toestemming dan is niet voldaan aan de wettelijke voorwaarden tot wegneming. Tegen die weigering is geen beroep mogelijk (zie voor kritische bedenkingen bij deze regeling vanuit het zelfbeschikkingsrecht, AKVELD, H., *a.w.*, 92-93), (inzake de toestemming voor de donor tussen 18 en 21 jaar, zie boven, nr. 525 e.v.).

881 Volgens een Kamerlid zou art. 6 toelaten dat een orgaan wordt weggenomen bij een donor ook al heeft dit het overlijden van de donor tot gevolg (Wetsontwerp, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 220/9, 26; als voorbeeld wordt de wegneming van het hart vermeld).

De Minister van Justitie gaf toe dat een letterlijke interpretatie van art. 6 deze stelling kan schragen maar wees er op dat zij niet met de bedoeling van het ontwerp strookte. Hij voegde daar nog aan toe dat de medische deontologie artsen verbiedt een persoon te helpen bij zelfmoord. Dit laatste is niet ter zake : van hulp bij zelfmoord is geen sprake wanneer een arts bij een levende "donor" het hart wegneemt, ook al gebeurt dit op verzoek van die "donor". Voorts valt het te betreuren dat de Minister van Justitie de indruk als zou art. 6 een dergelijke ingreep toelaten, heeft bevestigd en niet krachtiger de stelling van het Kamerlid heeft afgewezen. Dit artikel laat de wegneming van een niet regeneerbaar orgaan slechts toe voor zover de transplantatie van een lijkorgaan geen even bevredigend resultaat kan opleveren. Hoe zou men daarover een uitspraak kunnen doen nu er geen vergelijking mogelijk is tussen transplantatie met een lijkhart en een hart afkomstig van een levende donor? Dit laatste komt tot op heden niet voor. En zou dat toch het geval zijn, zoals het Kamerlid beweerde, dan vertoont zo'n transplantatie klaarblijkelijk een experimenteel karakter, terwijl de wet enkel wegnemingen toelaat met het oog op transplantatie voor therapeutische doeleinden. De tekst van art. 6 laat dus de wegneming van een hart bij een levende donor geenszins toe. Trouwens de arts die tot een dergelijke wegneming overgaat maakt zich schuldig aan opzettelijke doding. M.a.w., zo'n wegneming is niet alleen niet toegelaten, zij is strafbaar op grond van het gemeen strafrecht (zie in dezelfde zin voor het Franse recht, CHARAF ELDINE, A., "Les prélèvements d'organes , Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 decembre 1976", *Rev. Dr. Sanitaire,* 1978, 458).

B. WEGNEMING BIJ EEN MINDERJARIGE DONOR (FAMILIEDONATIE)

882 Art. 5 stelt als voorwaarde dat de donor meerderjarig is. In afwijking hierop laat art. 7 de wegneming van een orgaan toe bij een minderjarige donor. Naast de algemene voorwaarden (zie boven, nr. 866-878) moeten dan specifieke voorwaarden worden nageleefd.

883 De wegneming mag normalerwijze geen ernstige gevolgen hebben of (lees: en; zie boven, nr. 529) zij heeft betrekking op genereerbare organen of weefsels, zoals b.v. beendermerg. De wegneming is bestemd voor transplantatie bij een broer of zus van de donor. Is de donor 15 jaar of ouder, dan is zijn voorafgaande toestemming vereist (hetgeen niet betekent dat de wegneming bij een minder dan 15-jarige kan gebeuren tegen diens verzet in, zie boven, nr. 535). Is de donor reeds gehuwd dan is de toestemming van de met hem samenlevende echtgenoot vereist (zie boven, nr. 526). Is hij niet gehuwd, dan is de toestemming nodig van de personen of persoon van wie volgens het B.W. de

toestemming tot het huwelijk van een minderjarige is vereist (zie boven, nr. 526).

De arts die zich voorneemt tot wegneming van een orgaan over te gaan moet zich ervan vergewissen dat al deze voorwaarden zijn vervuld (art. 9, eerste lid waarvan niet-naleving strafbaar is op grond van art. 17, §3).

AFDELING II

WEGNEMING VAN THERAPEUTISCHE BESTANDDELEN VAN MENSELIJKE OORSPRONG

884 De wegneming van therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong wordt geregeld door de Wet van 7 februari 1961 betreffende de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong, *B.S.*, 22 mei 1964 (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 311/1).

Onder therapeutisch bestanddeel van menselijke oorsprong verstaat de wet "ieder bestanddeel dat van een mens afgenomen wordt en voor therapeutische doeleinden bestemd is zoals bloed, rode bloedcellen, serum, plasma, proteïnen en derivaten, alsmede weefsels of organen waaruit het menselijk organisme samengesteld is".

Deze wet heeft in beginsel een ruim toepassingsgebied. Zij is evenwel niet van toepassing op het wegnemen en transplanteren van organen en weefsels overeenkomstig de Orgaantransplantatiewet (art. 1, §2 Orgaantransplantatiewet). Op haar beurt is de Orgaantransplantatiewet niet van toepassing op bloed (zie boven, nr. 863). Evenmin geldt de Orgaantransplantatiewet voor het wegnemen van eicellen of sperma (zie art. 1, §1, tweede lid). Het lijkt daarentegen niet uitgesloten om op grond van de Wet van 7 februari 1961 regelen te treffen t.a.v. onder meer het wegnemen van eicellen of sperma voor zover deze worden aangewend voor therapeutische doeleinden. De Wet van 7 februari 1961 sluit dit niet uitdrukkelijk uit, terwijl de therapeutische bedoeling waarmee een produkt van menselijke oorsprong wordt gebruikt het doorslaggevend criterium is om te spreken over een therapeutisch bestanddeel van menselijk oorsprong. Slechts weinig bestanddelen van menselijke oorsprong hebben intrinsiek een therapeutische werking. Doorgaans is daartoe een of andere bewerking nodig. Zo dat is gebeurd, kunnen eicellen en sperma, zoals bloed, beschouwd worden als dergelijke bestanddelen.

Evenmin als de Orgaantransplantatiewet (zie boven, nr. 863) is de Wet van 7 februari 1961 van toepassing op het gebruik van embryonaal of foetaal weefsel. Art. 1 spreekt over ieder bestanddeel dat "van een mens afgenomen wordt".

De Orgaantransplantatiewet sluit de toepassing van de Wet van 7 februari 1961 uitdrukkelijk uit. Het omgekeerde is niet gebeurd. Voor zover verenigbaar met elkaar is het dus niet uitgesloten dat bepalingen van de Orgaantransplantatiewet ook van toepassing zijn op wegnemingen die geregeld worden door of krachtens de Wet van 7 februari 1961. Men denke aan het vereiste van de toestemming en de verplichtingen die in dit verband aan de afnemende arts zijn opgelegd.

Krachtens art. 1, tweede lid geldt de wet niet voor de *ex tempore* transfusie of overentingen d.w.z. wanneer de weggenomen bestanddelen onmiddellijk worden gebruikt door de arts die ze heeft weggenomen (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat 1959-60, nr. 505, 2; zie ook RIJCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 601).

885 Therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong mogen alleen door een arts of onder diens leiding worden afgenomen en gebruikt (voor de bloedafname door niet artsen, zie boven, nr. 54). De aflevering of de terhandstelling mag alleen op medisch voorschrift geschieden (art. 3).

886 Ook bij de wegneming van therapeutische bestanddelen geldt een verbod van winstoogmerk (art. 6; zie ook art. 8 dat reclame verbiedt).

887 Voor het overige is de Wet van 7 februari 1961 een kaderwet. De uitvoerende macht is bevoegd regels te stellen voor het afnemen, bereiden, invoeren, bewaren, distribueren, afleveren, terhandstellen en gebruiken van de therapeutische bestanddelen (art. 2, 4 en 5).

Voorts bepaalt de Koning de criteria op grond waarvan de donoren in aanmerking komen en de criteria waaraan de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong moeten voldoen (art. 5; zie voor bloeddonoren nr. 521).

De uitvoeringsbesluiten van de Wet van 7 februari 1961 hebben tot nu toe bijna uitsluitend betrekking op de therapeutische bloedzelfstandigheden van menselijke oorsprong (zie vooral K.B. 10 november 1971 betreffende de afneming, de bereiding, de bewaring en de terhandstelling van therapeutische bloedzelfstandigheden van menselijke oorsprong, *B.S.*, 5 mei 1972; HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 312/2).

AFDELING III

ANDERE GEVALLEN VAN WEGNEMING VAN ORGANEN EN WEEFSELS

§1. Wegneming met het oog op zgn. autotransplantatie

888 De wegneming van weefsel of bot om het aan te wenden bij de patiënt zelf valt niet onder de Orgaantransplantatiewet (zie boven, nr. 860) terwijl tot op heden geen enkel uitvoeringsbesluit genomen krachtens de Wet van 7 februari 1961 hierop betrekking heeft. Op een dergelijke ingreep zijn de algemeen geldende regels van de medische behandelingsovereenkomst van toepassing.

§2. Wegneming met het oog op onderzoek en diagnosestelling (biopsie)

889 Het afnemen van bloed of het wegnemen van stukjes weefsel met het oog op microscopisch of chemisch onderzoek (b i o p s i e) is onderworpen aan de algemeen geldende regels voor de medische behandelingsovereenkomst.

890 Steeds meer is aan de orde of het geoorloofd is dat bloed of weefsel dat

werd weggenomen in het kader van een diagnosestelling wordt gebruikt voor andere doeleinden zonder medeweten van de onderzochte.

De vraag is onder meer gerezen i.v.m. de toelaatbaarheid van een HIV-test (onderzoek van het bloed naar het voorkomen van het HIV-virus dat aids veroorzaakt). De arts die bloed afneemt en daarop testen laat uitvoeren met het oog op de diagnosestelling of om tijdens de behandeling compatibel bloed te kunnen toedienen handelt met een geoorloofd diagnostisch of therapeutisch doel. Mag de arts op dit bloedstaal een HIV-test uitvoeren zonder de toestemming of zelfs zonder het medeweten (en dus zonder impliciete toestemming) van de patiënt? Volgens VANSWEEVELT is deze arts strafrechtelijk niet sanctioneerbaar. Hij heeft het bloed op een rechtmatige wijze verkregen zodat van een strafbare inbreuk op de fysieke integriteit geen sprake is. Eenmaal het bloed van het menselijk lichaam wordt afgescheiden, aanvaardt men dat deze stof een zelfstandige zaak wordt. Het bloed maakt dan geen deel meer uit van het menselijk lichaam en bestaat op zichzelf. De arts die ongevraagde bloedtesten uitvoert raakt dus niet aan het menselijk lichaam, maar aan een daarvan afgescheiden stof. Aldus ontbreekt er een voorwaarde, nl. een letsel om de arts wegens slagen of verwondingen strafrechtelijk te kunnen sanctioneren (VANSWEEVELT, T., *Aids en recht*, 38). De vraag kan worden gesteld of een andere redenering niet mogelijk is. Wanneer de HIV-test wordt uitgevoerd zonder aanwijsbaar diagnostisch of therapeutisch nut voor de patiënt maar omdat de arts zichzelf wenst te beschermen tegen mogelijke besmetting en de arts op het ogenblik dat hij tot bloedafname overgaat reeds voornemens is de HIV-test te verrichten dan zal hij de patiënt daarvan op de hoogte moeten brengen. De impliciete toestemming die in het kader van de medische behandelingsovereenkomst een inbreuk op de fysieke integriteit zoals het nemen van bloed rechtvaardigt, is dan ontoereikend omdat de arts niet handelt met louter diagnostische en therapeutische bedoelingen. Vermits de impliciete toestemming niet volstaat en er geen uitdrukkelijke toestemming werd gegeven is de inbreuk op de fysieke integriteit niet gerechtvaardigd. Vanzelfsprekend zal het niet eenvoudig zijn aan te tonen dat de intentie om een HIV-test te verrichten reeds bestond op het ogenblik van de bloedafname. Dit zal kunnen worden afgeleid uit de omstandigheden. Wanneer een arts systematisch op alle bloedstalen afgenomen bij zijn patiënten een HIV-test laat verrichten dan kan hieruit worden afgeleid dat bij hem de intentie aanwezig is om zo'n test te laten uitvoeren. Wel kan men zich afvragen of de impliciete toestemming voor bloedafname om diagnostische en therapeutische redenen niet ook de HIV-test dekt, ook al heeft die in het algemeen nauwelijks diagnostisch en zeker geen therapeutisch nut voor de onderzochte (dat kan veranderen in de toekomst, zo een geneesmiddel tegen aids tot ontwikkeling zou komen). De HIV-test is in België gaan behoren tot de gebruikelijke onderzoekingen en met een verwijzing naar wat gebruikelijk is in de arts-patiënt relatie zou de impliciete toestemming kunnen worden gebillijkt. Hoe aantrekkelijk deze redenering ook mag zijn bekeken vanuit de noden van de medische praktijk, zij kan de toets van een orthodoxe juridische beoordeling niet doorstaan. Bovendien is het niet zeker of er van een gebruik werkelijk sprake is. De situatie verschilt sterk van ziekenhuis tot ziekenhuis.

Stel dat de intentie om een HIV-test uit te voeren niet voorzat, en dat de arts pas achteraf besloot tot het uitvoeren van een HIV-test. Terecht stelt VANSWEEVELT dan dat er van slagen of verwondingen geen sprake is. Hier rijst evenwel een andere vraag. Schendt de arts die zo te werk gaat niet het eigendomsrecht van de patiënt over dit bloedstaal?

891 In dit verband rijst de vraag naar het juridisch statuut van het lichaam afgescheiden bestanddelen als bloed, weefsel e.d.

Door de afscheiding van het lichaam krijgen deze bestanddelen het karakter van objecten die voor menselijke beheersing vatbaar zijn.

In de Nederlandse rechtsleer wordt er dan ook vrij algemeen van uitgegaan dat het zaken zijn die binnen de sfeer van het vermogensrecht vallen, zij het dat er voorbehoud wordt gemaakt voor die bestanddelen waarin het persoonlijkheidsrecht over het lichaam nog doorwerkt (GEVERS,

J.K.M., *Beschikken over cellen en weefsels*, Deventer, Kluwer, 1990, 12-13). Volgens DIJON brengt het "extra commercium" karakter van het menselijk lichaam niet met zich dat een zakelijk recht over de afgescheiden lichaamsdelen moet worden uitgesloten (DIJON, X., *Le sujet de droit*, nr. 995-986). SENAEVE is van mening dat door de afscheiding van het lichaam het persoonlijkheidsrecht teniet gaat waardoor een voor het vermogensrecht relevante zaak ontstaat (SENAEVE, P., "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.*, 1984-85, nr. 6-7).

HEYVAERT merkt op dat in het geldende recht het onderscheid rechtssubject/rechtsobject helemaal niet zo strak is als het vaak theoretisch wordt voorgesteld. De mens, rechtssubject bij uitstek kan ook als rechtsobject worden behandeld, b.v. als hij in een gevangenis wordt opgesloten. Anderzijds kan een rechtsobject eigenschappen van het rechtssubject vertonen. Er bestaan volgens deze auteur geen metajuridische criteria die toelaten te bepalen wat in het recht een subject dan wel een object moet zijn. Het al dan niet toekennen van rechtssubjectiviteit noemt hij uiteindelijk slechts het resultaat van een politieke optie (HEYVAERT, A., "Opmerkingen over 'juridische' stellingen i.v.m. de nieuwe procreatietechnieken en afstammingsafspraken", in APOSTEL, L., e.a. (ed.), *Beschikken over lijf en leden*, Acco, Leuven, 1987, 93-95). Traditioneel wordt het onderscheid gemaakt tussen vitale, intieme onderdelen zoals bloed en nieren en andere onderdelen zoals haar en nagels. T.a.v. de vitale, intieme onderdelen zou dan een zelfde persoonlijkheidsrecht bestaan als tegenover het lichaam in zijn geheel. Daarentegen is een zakelijk recht wel denkbaar tegenover andere afgescheiden bestanddelen (zie hierover NYS, H., "Eigendom in het medisch recht", *R.W.*, 1983-84, 2371, nr. 19). Behalve de intimiteit en vitaliteit worden in de literatuur nog andere criteria gebruikt zoals al dan niet op natuurlijke wijze vervangen worden, de herkenbaarheid van het bestanddeel na afscheiding, de gevoelsband die al dan niet aanwezig blijft. GEVERS wijst er op dat deze criteria problemen stellen doordat zij tot verschillende uitkomsten leiden, leiden tot anomalieën (tanden b.v. zijn niet regenererend, zaadcellen wel) of tot onzekerheid voor zover gevoelswaarden een rol spelen. Ook gaan ze eraan voorbij dat door de ontwikkeling van de biomedische wetenschappen de grens tussen intieme en andere lichamelijke bestanddelen vervaagt. Iedere lichaamscel is drager van genetische informatie en in die zin heeft alle lichaamsmateriaal een persoonlijk karakter (GEVERS, J., *a.w.*, 13). De ontwikkeling van de biomedische wetenschap wijst aldus twee tegengestelde richtingen aan. Enerzijds heeft ieder lichamelijk bestanddeel iets hoogstpersoonlijk in zich wat pleit voor het handhaven van het persoonlijkheidsrecht over alle, ook afgescheiden, lichaamsbestanddelen. Anderzijds is het door de vooruitgang van diezelfde biomedische wetenschap mogelijk lichaamsbestanddelen weg te nemen, te vervangen, te bewaren, te manipuleren, kortom, te objectiveren. En dit pleit voor een of andere vorm van bescherming van deze objecten door hen onder een zakelijk recht te brengen.

892 Volgens de (in Nederland) gangbare opvattingen worden cellen en weefsels na afscheiding eigendom van degene van wie ze afkomstig zijn (GEVERS, J.K.M., *a.w.*, 13).

In België bestaat daaromtrent minder consensus. DIJON acht een eigendomsrecht over de afgescheiden bestanddelen moeilijk denkbaar (DIJON, X., *Le sujet de droit*, nr. 986, noot 32). Volgens SENAEVE is er geen reden om het zakelijk recht over afgescheiden lichaamsstoffen of -delen anders dan als een eigendomsrecht te kwalificeren. Bij de afscheiding ontstaat dus een eigendomsrecht over de lichaamsstof of het lichaamsdeel waarvan de rechthebbende de persoon is van wie de lichaamsstof of -deel afkomstig (SENAEVE, P., *a.w.*, 628, nr. 77; *anders*, MEULDERS-KLEIN, M. Th., "Le droit de l'enfant face au droit, au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", in *Internationaal colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, Brussel, *Belgisch Staatsblad*, 1988, 164, noot 61). Als men wil tegengaan dat door de toenemende manipuleerbaarheid van

afgescheiden lichaamsdelen de betrokkene geen zeggenschap meer heeft over die bestanddelen dan kan de toekenning van het eigendomsrecht aan degene van wie de bestanddelen afkomstig zijn een oplossing bieden. De toepassing van art. 461 Sw. e.v. (diefstal) op de arts die bloed of andere afgescheiden lichaamsstoffen gebruikt zonder medeweten of toestemming van degene van wie ze afkomstig zijn, lijkt dan mogelijk.

Of dergelijke stoffen als een "zaak" kunnen worden beschouwd in de zin van art. 461 Sw. is niet zeker. In het kader van een zgn. progressieve of evolutieve interpretatie van de Strafwet, waarbij deze toepasselijk verklaard wordt op uitingen of technieken van misdadigheid die door de historische wetgever niet voorzien zijn of niet voorzien konden worden, werd het diefstalartikel reeds toegepast op produkten waarvan het zaakkarakter ook niet zonder meer vaststaat. Aldus diefstal van gas, elektriciteit, computergegevens (DUPONT en VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, nr. 156). Zie voor een merkwaardige illustratie van eigendom over een lichaamsdeel, Trib. Gr. Inst. Avignon, 24 september 1985, *Gaz. Pal.*, 1986, nr. 45-46, 3, noot BERTIN, Ph. Een gevangene had bij wijze van protest een kootje van een vinger afgesneden; na verzorging keerde hij terug naar de gevangenis terwijl het kootje, in een bewaarmiddel, in bewaring bleef bij de gevangenisdirectie. De gevangene eiste het stuk vinger op met de bedoeling het naar de Minister van Justitie te sturen. De directie weigerde afgifte. De gevangene beriep zich o.a. op art. 359 Sw. dat strafbaar stelt het verbergen van een lijk... Volgens de rechtbank kon hiervan geen sprake zijn, "la propriété de M. sur sa phalangue amputée n'étant pas contestée".

893 Wanneer men afgescheiden lichaamsdelen beschouwt als objecten die vatbaar zijn voor eigendom, heeft dat naast het voordeel van de bescherming tegen ongeoorloofde toeëigening, ook een nadeel. Het gevaar dreigt dat degene aan wie het eigendomsrecht toekomt zich als eigenaar gaat gedragen en deze bestanddelen indien mogelijk, verkoopt. Daartegenover staat wel dat de beschikkingsbevoegdheid van de eigenaar niet onbeperkt is. Krachtens art. 544 B.W. mag eigendom niet worden gebruikt in strijd met de wetten. Zie in dit verband art. 6 Wet 7 februari 1961 (uitsluiting van winst bij aflevering van bestanddelen van menselijke oorsprong) en art. 4, §1 Orgaantransplantatiewet (verbod winstoogmerk bij afstand van organen of weefsels). Beide wettelijke bepalingen kunnen worden beschouwd als de expliciete verwoording van een algemeen (rechts?) beginsel dat de afstand van lichaamsbestanddelen om niet behoort te geschieden (Wetsontwerp betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Gedr. St.*, Kamer, 1985-86, nr. 220/9, 24). Dit betekent dat de eigendomsoverdracht van afgescheiden lichaamsbestanddelen mogelijk is, voor zover de afstand om niet gebeurt. Met de afstand tegen vergoeding (koop, ruil) ligt het anders. Traditioneel wordt aangenomen dat koop-verkoopovereenkomsten aangaande afgescheiden lichaamsdelen nietig zijn wegens strijdigheid met de goede zeden : het wordt ongeoorloofd geacht dat een persoon materieel voordeel zou opdoen bij de afstand van organen of andere lichaamsbestanddelen (SENAEVE, P., *a.w.*, 629, nr. 11).

Zie in dezelfde zin voor het Nederlands recht, GEVERS, J.K.M., *a.w.*, 9; beide auteurs citeren de afwijkende opinie van VAN HERTEN die de verkoop van bloed toelaatbaar acht voor zover deze geschiedt aan een bloedbank die onder rechtstreeks overheidstoezicht staat en er waarborgen worden geschapen tegen misbruik van de verkoopmogelijkheden; VAN HERTEN, J. H.S., "De

rechtspositie van lichaam, lijk, stoffelijke resten, organen en niet-menselijke implantaten", *W.P.N.R.*, 1984, 160, nr. 3.2; ook is er sprake van betaling voor levende donororganen. Zie de parlementaire vraag van het Europarlementslid E. Glinne aan de Raad van de Europese Gemeenschappen van 22 januari 1990, *PB.* C., 1990, nr. 117/25 over de "groeiende internationale handel in transplantatienieren".

894 Wanneer een arts met het oog op diagnose of behandeling bloed afneemt bij een patiënt of een biopsie verricht dan worden de afgescheiden lichaamsbestanddelen eigendom van de patiënt. Dat volgt uit het voorgaande. De medische behandelingsovereenkomst en de doorgaans impliciete toestemming waarmee de afname geschiedt heeft niet tot strekking de eigendom over te dragen, tenzij uit de omstandigheden blijkt dat de betrokkene het materiaal heeft willen overdragen, zoals bij een bloedgift of een orgaandonatie. De medische behandelingsovereenkomst en in het bijzonder de uitvoering te goeder trouw impliceren dat de arts zich houdt aan het doel waarvoor de lichaamsbestanddelen werden afgestaan. Wanneer de arts deze bestanddelen voor andere doeleinden wenst aan te wenden zoals het verrichten van wetenschappelijk onderzoek, het uitvoeren van tests die niet het belang van deze patiënt dienen enz. dan dient bij de toestemming van de patiënt daartoe te bekomen. Minstens dient de patiënt op de hoogte te worden gebracht, zodat hij zich eventueel hiertegen kan verzetten (GEVERS, J.K.M., *a.w.*, 13-14; in dezelfde zin ROSCAM-ABBING, H.D.C., "Medische (persoons)gegevens, lichaamsmateriaal en wetenschappelijk onderzoek", *Tijdschrift Gezondheidsrecht*, 1989, 362-368).

Uit reacties van medici op deze gedachtengang blijkt dat zij daarmee grote moeite hebben. Men mag aannemen dat Belgische artsen op dezelfde wijze zouden reageren. Niettemin is de door GEVERS ontwikkelde redenering principieel ook geldig voor het Belgische recht. Gelet op een medische praktijk die in vele gevallen haaks op deze redenering staat, kan men zich wel afvragen hoe afdwingbaar deze redenering in rechte is. Strafrechtelijk lijkt een vervolging wegens inbreuk op art. 461 Sw. (diefstal) niet uitgesloten. Dit artikel stelt met diefstal gelijk het bedrieglijk wegnemen van andermans goed voor kortstondig gebruik. Dat er zich bewijsmoeilijkheden zullen stellen ligt voor de hand. Burgerrechtelijk handelt de arts die zonder toestemming van de patiënt tests uitvoert onrechtmatig

(Zie i.v.m. de HIV-test, VANSWEEVELT, T., *a.w.*, 39, nr. 25). Vooral het bewijs van schade die voor vergoeding in aanmerking komt zal zwaar vallen.

De verzuchting van GEVERS dat de bevoegdheid zelf te beschikken over uit het lichaam genomen cellen en weefsels duidelijker in het recht tot uitdrukking zou worden gebracht, gaat ook naar Belgisch recht op (GEVERS, J.K.M., *a.w.*, 15). Zie voor een andere benadering, nl. vanuit het recht op bescherming van de privacy omdat bloed drager zou zijn van persoonsgegevens, FRANKEMA H.C. en DE GRAAF, F., "Grondrechten en eigendom van bloed : het NCAB rapport over grootschalig AIDS-onderzoek", *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1990, 185-193, en de afwijzende reactie van ROSCAM-ABBING, H.D.C., "Grondrechten en eigendom van bloed", *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1990, 324.

895 Wanneer een arts overgaat tot de wegneming van weefsel (biopsie) zonder een diagnostische of therapeutische bedoeling maar met wetenschappelijke doeleinden, maakt hij zich schuldig aan opzettelijke slagen en verwondingen (Corr. Charleroi, 29 maart 1983, *Rev. Rég. Dr.*, 1983, 248 bevestigd door Bergen, 7 december 1983, *R.D.P.*, 1985, 476).

§3. Wegneming van organen of weefsel in het kader van een behandeling

896 Bij een heelkundige ingreep worden dikwijls delen van organen of weefsels weggenomen. Men denke aan een blindedarmwegneming, beenamputatie, e.d. meer.

Doorgaans worden dergelijke operatieresten of bijprodukten vernietigd. De instemming van de patiënt mag daarbij worden verondersteld (GEVERS, J.K.M., *a.w.*, 14).

Wanneer echter aan dergelijke resten een andere bestemming wordt gegeven dan de patiënt mocht verwachten dan zal hij daarvan op de hoogte moeten worden gebracht zodat hij zich daar tegen kan verzetten. Dat het hier niet meer gaat om een louter academische kwestie is gebleken uit de door GEVERS uitvoerig beschreven affaire MOORE. Na onderzoek was gebleken dat deze patiënt leed aan een zeldzame vorm van leukemie. In het kader van de behandeling werd zijn milt verwijderd. De cellen van deze milt bleken een aantal unieke eigenschappen te bezitten. Zonder medeweten of instemming van de patiënt werd uit die cellen een cellijn ontwikkeld waarmee farmaceutische stoffen konden worden geproduceerd met aanzienlijke therapeutische en commerciële waarde. De onderzoekers namen een patent op hun vinding en maakten veel winst. Min of meer toevallig kwam MOORE hier achter. Hij stelde een rechtsvordering in wegens onrechtmatig gebruik van zijn lichaamsmateriaal en eiste zijn deel van de winst. De rechter in eerste aanleg wees zijn vordering af; het Hof van Beroep kwam tot een ander besluit en verwees de zaak naar de lagere rechter (Het Californische Supreme Court vernietigde ten dele de uitspraak van het Hof van Beroep en oordeelde dat een patiënt geen eigendomsrechten heeft t.a.v. afgescheiden weefsels (zie voor uittreksels uit het arrest van het Supreme Court d.d. 9 juli 1990, *N.J.B.*, 1990, 1180-1181) (GEVERS, J.K.M., *a.w.*; zie hierover ook EDELMAN, B., "Entre personne humaine et matérial humain : le sujet de droit", in EDELMAN, B. en HERMITTE, M.A., *L'homme, la nature et le droit*, 1988, Parijs, Christian Bourgeois Editeur, 129-130).

TITEL IX

MEDISCH BEROEPSGEHEIM EN MEDISCHE GEGEVENS

HOOFDSTUK I

MEDISCH BEROEPSGEHEIM

AFDELING I

PERSONEEL TOEPASSINGSGEBIED

§1. Artsen

A. ALGEMEEN

897 Art. 458 Sw. bedreigt met strafsancties de "geneesheren, heelkundigen, officieren van gezondheid" die de geheimen bekend maken waarvan zij uit hoofde van hun beroep kennis hebben.

Alle artsen, zonder enig onderscheid, vallen onder de toepassing van art. 458 Sw. voor zover zij uit hoofde van hun beroep kennis hebben van geheimen. De arts die een patiënt aan een onderzoek onderwerpt met het oog op het bepalen van een diagnose en eventueel instellen van een therapie, oefent uiteraard zijn beroep uit en valt onder de toepassing van art. 458 Sw.

898 In de rechtsliteratuur wordt de opvatting verdedigd dat de arts die iemand aan een medisch onderzoek onderwerpt in opdracht van een derde (een werkgever, een verzekeraar) niet valt onder de toepassing van art. 458 Sw.

Zo is HAAGDORENS van mening dat de arts die werd aangesteld door een werkgever om de arbeidsongeschiktheid van een werknemer te beoordelen, niet valt onder toepassing van art. 458 Sw., hoewel hij "in aanmerking komt met feiten die uiteraard geheim zijn of die uitdrukkelijk of stilzwijgend aan hem zijn toevertrouwd en daardoor een beroepsgeheim heeft". Volgens deze auteur is art. 458 Sw. enkel van toepassing op artsen die hun beroep uitoefenen, d.w.z. "verzorging verstrekken" (HAAGDORENS, J., "De discretieplicht van de door de werkgever gemachtigde en betaalde controlegeneesheer", *R.W.*, 1985-86, 1233). Deze opvatting is overigens vrij algemeen verspreid (zie DELHUVENNE, M., "Juridische dubbelzinnigheden van het medisch beroepsgeheim", *B.T.S.Z.*, 1978, 558; HANNEQUART, Y., "L'assureur face au secret médical", *Cons. Man.*, 1979, 114; GROSEMANS, R., noot onder Arbh. Bergen, 5 september 1980, *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1981, 151; PETIT, J., "De bevoegdheid van de controlerend geneesheer bij geschil nopens de arbeidsongeschiktheid van de werknemer", *Vl. T. Gez.*, 1982-83, 7, noot 9).

899 De rechtspraak heeft zich over de vraag of een arts die optreedt als deskundige in opdracht van een derde onder de toepassing van art. 458 Sw. valt niet nadrukkelijk uitgesproken.

De Raad van State oordeelde wel dat artsen die handelen in opdracht van de Administratieve Gezondheidsdienst (A.G.D.) niet optreden als een "behandelend geneesheer". Tegenover de A.G.D. kunnen zij het beroepsgeheim niet inroepen (R.v. St., Van De Plas, nr. 16.702, 6 november 1974). Het Hof van Cassatie oordeelde dat de arts die door de Hoge Militieraad is aangesteld voor het onderzoeken van de gezondheidstoestand van de vader van een dienstplichtige, zijn beroepsgeheim niet schendt door aan de Hoge Militieraad de resultaten van zijn onderzoek mee te delen

(Cass, 20 juli 1979, *Arr. Cass.*, 1979, 1335; *Pas.*, 1979, I, 1303). Hetzelfde geldt voor de arts die in opdracht van een verzekeringsmaatschappij handelt (Brussel, 27 oktober 1976, *J.T.*, 1977, 624).

900 Uit deze rechtspraak afleiden dat art. 458 Sw. in het geheel niet zou gelden voor artsen die handelen in opdracht van een derde, gaat te ver.

In een noot onder het cassatiearrest van 4 december 1979 heeft VAN NESTE dit als volgt verwoord: "De gerechtelijk deskundige is vanzelfsprekend niet tot geheimhouding verplicht. Hij heeft een opdracht gekregen vanwege de rechtbank (...). Inzoverre de deskundige echter een beroep uitoefent waarop art. 458 Sw. toepasselijk is, is hij, alleen binnen deze opdracht, ontheven van zijn zwijgplicht" (VAN NESTE, F., noot onder Cass., 4 december 1979, *R.W.*, 1980-81, 307). *In casu* ging het om een bedrijfsrevisor. Maar dit gaat ook op voor een arts (zie in die zin RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 497 en voor het Franse recht, MAZEN, N.-J., *Le secret professionnel des praticiens de la santé*, Parijs, Vigot, 1988, 35; *anders*, THOUVENIN, D., *Le secret médical et l'information du malade*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1982, 73).

901 De opvatting volgens welke de arts die als deskundige optreedt in opdracht van een derde niet is onderworpen aan art. 458 Sw. gaat uit van een onderscheid tussen het uitoefenen van het beroep en het uitvoeren van een opdracht. Bij het uitvoeren van een opdracht zou het beroep niet worden uitgeoefend. Althans de beroepsuitoefening is ondergeschikt aan het uitvoeren van de opdracht.

Dit onderscheid treft men ook aan in het arrest van het Hof van Cassatie van 4 december 1979 (Cass., 4 december 1979, *R.W.*, 1980-81, 307, noot VAN NESTE, F.).

Misschien is het verdedigbaar dat een gerechtelijk deskundige niet optreedt in het kader van zijn beroepsuitoefening. Maar in het algemeen handelt de arts die een opdracht uitvoert voor een derde op beroepsmatige wijze. Dat is zeker het geval voor een arbeidsgeneesheer, een adviserend geneesheer van een ziekenfonds alsook voor de controleartsen die handelen in opdracht van een werkgever en de raadsgeneesheren van verzekeringsmaatschappijen.

902 Door de toepassing van art. 458 Sw. te beperken tot artsen die in een relatie "ad sanandum" staan tot hun patiënten (zie GROSEMANS, R., *a.w.*, 151) wordt een voorwaarde gesteld die in dit artikel niet voorkomt.

Iedere arts die beroepshalve, of het nu is in het kader van de preventieve geneeskunde, de curatieve geneeskunde, de arbeidsgeneeskunde, de controlegeneeskunde, de verzekeringsgeneeskunde e.d. meer, kennis neemt van geheimen is onderworpen aan art. 458 Sw.

B. BIJZONDERE GEVALLEN

1. Adviserend geneesheren van ziekenfondsen

903 Adviserend geneesheren van ziekenfondsen zijn onderworpen aan art. 458 Sw. (VAN DEN BUSSCHE, A., "Beroepsgeheim en ziekenfonds", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 352).

Zonder te verwijzen naar art. 458 Sw. erkende ook het Hof van Beroep te Brussel dat voor deze artsen een zwijgplicht geldt (Brussel, 8 november 1973, *Pas.*, 1974, II, 50; *J.T.*, 1974, 138). Het arrest verwijst wel naar art. 21 K.B. nr. 35 van 20 juli 1967 houdende het statuut en het barema van de adviserend geneesheren, *B.S.*, 29 juli 1967, volgens hetwelk het aan de adviserend geneesheer verboden is aan de administratieve overheid van zijn verzekeringsinstelling de overwegingen van geneeskundige aard mede te delen die de door hem genomen beslissing motiveren. Ook de Nationale Raad van de orde der geneesheren baseert de zwijgplicht van deze artsen op dit artikel. Op grond hiervan mogen zij medische gegevens niet overhandigen, doorspelen aan een patiënt met het oog op het instellen van een rechtsgeding (*T. Orde. Gen.*, 1988, afl. 40, 11-12).

Geheel anders oordeelde het Arbeidshof te Bergen : een unanieme rechtsleer zou aanvaarden dat op deze arts geen zwijgplicht rust (Arbh. Bergen, 16 januari 1976, *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1976, 256; zie hierover NYS, H., "Het beroepsgeheim in de gezondheidszorg. Overzicht van rechtspraak 1970-1984", *R.W.*, 1985-86, 1252). Reeds een jaar later wijzigde dit Hof zijn opvatting (Arbh. Bergen, 20 september 1977, *T.S.R.*, 1978, 203). En in het arrest van 5 oktober 1980 sluit dit Arbeidshof zich aan bij de algemeen aanvaarde opvatting dat deze arts t.a.v. de medische gegevens die hem werden meegedeeld door de behandelend arts van de verzekerde, door een zwijgplicht gebonden is (Arbh. Bergen, 5 september 1980, *J.T.*, 1980, 742, noot GROSEMANS, R; *J.T.T.*, 1981, 107; *T.S.R.*, 1981, 71; *R.D.P.*, 1981, 99, noot R.G., *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1981, 151, noot GROSEMANS, R.; zie voor meer verwijzingen, NYS, H., *a.w.*, 1252).

904 Betwisting blijft er bestaan over de zwijgplicht van de adviserend geneesheer van een ziekenfonds tegenover de geneesheren-inspecteurs van het R.I.Z.I.V.

Art. 84 Z.I.V.-Wet verplicht de adviserend geneesheren aan deze inspecteurs - zonder dat die met name worden genoemd - alle inlichtingen te verstrekken die zij voor de uitoefening van hun controleopdracht nodig hebben. Maar de mededeling en het gebruik van deze gegevens is wel afhankelijk van de eerbiediging van het beroepsgeheim. Op grond hiervan maakt VANDEN BUSSCHE een onderscheid tussen gegevens "nodig voor de uitoefening van de controle-opdracht", die zonder enige twijfel moeten worden meegedeeld en andere die door het beroepsgeheim van de adviserend geneesheer worden beschermd en die deze laatste derhalve kan weigeren mee te delen (VANDEN BUSSCHE, A., *a.w.*, 352). SCHUTYSER daarentegen kent aan de geneesheren-inspecteurs van het R.I.Z.I.V., omwille van hun controlebevoegdheid over de taakuitoefening van de adviserend geneesheer, het recht toe tot inzage in de volledige medische dossiers van de ziekenfondsen (SCHUTYSER, K., *De geneeskundige controle in de sociale zekerheid*", Gent, E. Story-Scientia, 1973, 309; *anders*, VANDEN DRIESSCHE R., "De adviserend geneesheer, de samenwerking met de behandelend geneesheer, het beroepsgeheim en de arbeidsrechtbank", *B.T.S.Z.*, 1977, 773-779).

905 Op verzoek van een behandelend arts is een adviserend geneesheer verplicht inlichtingen te verschaffen n.a.v. een beslissing die hij t.a.v. een verzekerde heeft genomen (art. 26 K.B. nr. 35 van 20 juli 1967 houdende het statuut en het barema van de adviserend geneesheren, *B.S.*, 29 juli 1967).

2. Geneesheren-inspecteurs R.I.Z.I.V.

906 Deze artsen zijn tegenover alle andere personen dan hun opdrachtgevers gebonden door een zwijgplicht (SCHUTYSER, K., *a.w.*, 302; zie indezelfde zin PURNELLE, G., "Het beroepsgeheim in het raam van de geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V.", *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1990, 163).

Art. 35 Z.I.V.-Wet legde aan de dienst voor geneeskundige controle op de misbruiken inzake therapeutische en diagnostische vrijheid ter kennis te brengen van de raden van de orde der geneesheren (voor een uitvoerige bespreking van deze bepaling, zie verder, nr. 1048 e.v.).

Derhalve verplichtte deze wet de geneesheren-inspecteurs en de dienst voor geneeskundige controle de inlichtingen die zij in het kader van hun opdracht bekwamen van behandelend artsen, bekend te maken. Door zo te handelen, maakten zij zich niet schuldig aan schending van het beroepsgeheim (Cass., 7 september 1989, *R.W.*, 1989-90, 404). Evenmin schenden de geneesheren-inspecteurs het beroepsgeheim wanneer zij, in overeenstemming met de art. 79, eerste en negende lid, art. 80 en art. 102 Z.I.V.-Wet overtredingen vaststellen en die meedelen aan hun hiërarchische oversten, aan de leden van de beperkte kamer, de commissie van beroep en de controlecommissie die allen ook door het beroepsgeheim gebonden zijn (R.v.St., Muret, nr. 34.523, 23 maart 1990; zie reeds R.v.St., Millet, nr. 12.113, 16 december 1966, *T.S.R.*, 1967, 226, noot MEERT, R.).

Over de relatie behandelend arts en de geneesheer-inspecteur van het R.I.Z.I.V., zie verder, nr. 936.

3. Controlerende artsen in opdracht van een werkgever

907 De arts die de arbeidsgeschiktheid van werknemers beoordeelt in opdracht van een werkgever is door de zwijgplicht gebonden. Dit kan worden afgeleid uit art. 31, §2, voorlaatste lid Arbeidsovereenkomstenwet (zie hierover BLANPAIN, R., "Het medisch beroepsgeheim", in OVERSTEYNS, B. (ed.), *Gezondheid en onderneming*, Brugge, Die Keure, 1989, 76-77).

Luidens deze bepaling gaat de door de werkgever gemachtigde en betaalde arts na of de werknemer werkelijk arbeidsongeschikt is; alle andere vaststellingen vallen onder het beroepsgeheim. Men kan t.a.v. dit artikel twee houdingen aannemen. Deze bepaling is noodzakelijk omdat een arts die werkt in opdracht van een derde alszodanig niet door een zwijgplicht is gebonden. Of, deze bepaling bevestigt uitdrukkelijk de zwijgplicht die reeds voortvloeit uit art. 458 Sw. VAN NESTE opteert voor de laatste mogelijkheid (VAN NESTE, F., noot onder Cass., 4 december 1979, *R.W.*, 1980-81, 307).

Afgezien van wat hierboven reeds werd gezegd i.v.m. de algemene gelding van art. 458 Sw., pleit voor deze laatste visie nog dat art. 31 Arbeidsovereenkomstenwet niet strafrechtelijk is gesanctioneerd.

908 De opdracht van deze artsen is door de wetgever beperkt tot het nagaan van de arbeidsgeschiktheid. Deze wettelijk omschreven opdracht kan door een werkgever niet worden uitgebreid (Cass., 6 december 1984, *Arr. Cass.*, 1985, 488; *Pas.*, 1985, I, 436 : deze arts mag de werkgever niet in kennis stellen van de mogelijke evolutie van de aandoening waardoor een werknemer is aangetast).

Op de regel dat deze arts slechts de arbeidsgeschiktheid mag meedelen aan de werkgever bestaat slechts één uitzondering : bij een nieuwe arbeidsongeschiktheid binnen de 14 dagen na de vorige mag de controlerende arts aan de werkgever ook meedelen of het om dezelfde of om een andere aandoening gaat (PETIT, J., *a.w.*, 6-7).

4. Arbeidsgeneesheren (bedrijfsartsen)

909 De geheimhoudingsplicht van de arbeidsgeneesheer is tweevoudig. Dat

houdt verband met de wettelijke opdrachten van de arbeidsgeneeskundige dienst waaraan hij als arbeidsgeneesheer verbonden is. Die opdracht bestaat enerzijds in het onderzoeken van de gezondheidstoestand van de werknemers en het verstrekken van adviezen aan hen en anderzijds in het attent zijn op de arbeidsvoorwaarden die de gezondheidstoestand van de werknemers kunnen schaden (art. 104, §2 A.R.A.B.). Aan het eerste aspect van zijn opdracht is het beroepsgeheim van de arbeidsgeneesheer als medicus verbonden; aan het andere aspect zijn beroepsgeheim als lid van het bedrijf die inzicht heeft of kan hebben in bepaalde fabricagemethoden, produktieprocessen enz. (NYS, H., "Medisch beroepsgeheim en informatisering in de arbeidsgeneeskunde : enkele juridische aspecten", *Soc. Kron.*, 1987, 233).

Zowel het medisch beroepsgeheim als het bedrijfsgeheim van de arbeidsgeneesheer zijn uitdrukkelijk bepaald in art. 148*septies* A.R.A.B. Zie inzake de bewaring van de dossiers opgesteld door een arbeidsgeneesheer art. 146*quinquies* A.R.A.B. (zie voorts nog art. 146*bis*, §1, vierde lid A.R.A.B.)

De geheimhoudingsplicht van de arbeidsgeneesheer kan ook uit art. 458 Sw. worden afgeleid (zie boven, nr. 902; *anders*, VAN EECKHOUTTE, W., "Juridische aspecten van het gebruik van alcohol op en om het werk", *Soc. Kron.*, 1986, 320). In een advies van 16 juni 1979 maakt de Nationale Raad van de orde der geneesheren een onderscheid tussen een aanwervingsonderzoek en het onderzoek dat een arbeidsgeneesheer uitvoert in het kader van zijn preventieve opdracht. Bij de aanwerving handelt de arts in opdracht van de werkgever en heeft hij tegenover zijn opdrachtgever geen geheimhoudingsplicht zover zijn opdracht strekt. Bij het preventief onderzoek van werknemers handelt hij niet in opdracht van de werkgever (*T.Orde. Gen.*, 1979, afl. 27, 38). Dan is hij ook tegenover de werkgever gebonden door een zwijgplicht op grond van art. 458 Sw. Schendt zijn geheimhoudingsplicht, de arbeidsgeneesheer die een omstandig verslag, bestemd voor de werkgever van een reeds ontslagen werknemer opstelt, over de huidige en toekomstige (!) gezondheidstoestand van die werknemer (Arbrb. Namen, 16 maart 1981, *J.T.T.*, 1981, 361; bovendien schond deze arts art. 146*bis*, §1, vierde lid A.R.A.B. volgens welke bepaling geen diagnoses mogen worden vermeld op de medische fiche).

5. Gevangenisartsen

910 De vrij door een gevangene gekozen arts valt onder toepassing van art. 458 Sw. Hetzelfde geldt voor de door de instelling aangewezen arts (BULTHE, B., "De gevangenisarts en de rechten van de mens", *Bull.Strafinr.*, 1982, 293-294; VANSWEEVELT, T., *Aids en recht*, 49-50).

Ook de Nationale Raad van de orde der geneesheren is van mening dat de gevangenisarts het beroepsgeheim moet respecteren (*T. Orde Gen.*, 1985-86, afl. 34, 25). PIETERS daarentegen verdedigt dat een gevangenisarts de directie en het gevangenispersoneel moet inlichten, wanneer bij een gevangene HIV-seropositiviteit wordt vastgesteld. Ten onrechte beroept hij zich hiervoor op K.B. 1 maart 1971 betreffende de profylaxe tegen overdraagbare ziekten (zie verder, nr. 939) (PIETERS, F., "Het jaar van het virus : AIDS-virus in de Belgische gevangenissen", *Panopticon*, 1986, 565).

6. Medisch directeur (hoofdgeneesheer) van een ziekenhuis

911 In ieder ziekenhuis dient een hoofdgeneesheer te worden benoemd en/of aangewezen door de ziekenhuisbeheerder (art. 13, 1° Ziekenhuiswet). De mi-

nimale opdrachten van deze hoofdgeneesheer worden bij K.B. 15 december 1987, *B.S.*, 25 december 1987, bepaald.

Noch de Ziekenhuiswet noch dit uitvoeringsbesluit bevatten bepalingen in verband met het beroepsgeheim van een hoofdgeneesheer *qualitate qua*.

De schaarse rechtspraak dateert van vóór de verplichte aanwezigheid van een hoofdgeneesheer in ieder ziekenhuis. De Arbeidsrechtbank te Brussel was van mening dat de arts die deelneemt aan de leiding van een ziekenhuis alszodanig niet onder de toepassing valt van art. 458 Sw. (Arbrb. Brussel, 3 juni 1977, *J.T.*, 1977, 627). Het Hof van Cassatie oordeelde daar anders over. Wel betrof het een arts die, naast zijn directiefunctie, ook nog een medische praktijk had en als behandelend arts was opgetreden (Cass., 30 oktober 1978, *Arr. Cass.*, 1979, 235; *Pas.*, 1979, I, 248; *R.W.*, 1978-79, 2232; *J.T.*, 1979, 369; *R.D.P.*, 1979, 293, noot R.S.; *De Verz.*, 1979, 91, noot J.R.; *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1979, 55, noot GROSEMANS, R.).

BRUYNEEL vroeg zich af of dit *a contrario* betekent dat een medisch directeur die niet betrokken is geweest bij de behandeling niet onder art. 458 Sw. valt. Hijzelf meent dat er sprake is van een zgn. gedeeld beroepsgeheim tussen de behandelend arts en de medisch directeur (BRUYNEEL, A., "Le secret bancaire en droit belge après l'arrêt rendu par la Cour de Cassation du 25 octobre 1978", *J.T.*, 1979, 377). Het Hof van Beroep te Brussel was van mening dat de medisch directeur van een psychiatrisch ziekenhuis door het beroepsgeheim is gebonden (Brussel, 3 januari 1972, *Pas.*, 1972, II, 56).

§2. Andere beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg

912 Gelet op de ruime formulering van art. 458 Sw. ("alle andere personen die uit hoofde van hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd") bestaat er geen betwisting over dat alle personen die beroepshalve een taak vervullen in de gezondheidszorg onder de toepassing van dat artikel vallen.

Zeker geldt dit voor die beroepen die zoals de arts rechtstreeks betrokken zijn bij de patiëntenzorg, nl. paramedici en verpleegkundigen (zie voor deze laatsten, CARELS, A., "Het beroepsgeheim van de verpleegkundige", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 331-342; DE BEER, W., "Het juridische aspect van het beroepsgeheim van verpleegkundigen", *Hospitalia*, 1985, 79; NYS, H., "Beroepsgeheim van de verpleegkundigen", in DE BAUW, M. e.a., *Handboek Recht voor Verpleegkundigen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, tweede herwerkte uitgave, nr. 400-407; PEETERS, E., "Het beroepsgeheim van de verpleegkundige", *Verpleegkundigen en Gemeenschapszorg*, 1985, 136).

Rechtspraak in dit verband is zeer schaars. Het Hof van Cassatie overwoog dat art. 458 Sw. naast artsen "andere gezondheidsverzorgers" tot het beroepsgeheim verplicht (Cass., 9 februari 1988, *Arr. Cass.*, 1988, 720; *Pas.*, 1988, I, 662; Brussel, 11 maart 1969, *R.W.*, 1968-69, 1515 : van toepassing op personeel dat toegang heeft tot de medische dossiers; Bergen, 9 december 1975, *Pas.*, 1976, II, 159; *Rev.Not.B.*, 1977, 123, noot F.L. : art. 458 Sw. is van toepassing op kinesitherapeuten, verpleegkundigen, vroedvrouwen; Pol. Luik, 8 januari 1986, *Jur. Liège*, 1986, 103-104 : van toepassing op wie rechtstreeks of onrechtstreeks meewerkt aan medische hulpverlening, zoals paramedici; Pol. Florenville, 20 februari 1968, *J.T.*, 1970, 311 : van toepassing op paramedisch personeel).

Ook de bestuurder van een ziekenwagen van de dienst 100, en bij uitbreiding van om het even welke spoedhulpwagen, valt onder de zwijgplicht (Corr. Charleroi, 27 juni 1974, *J.T.*, 1975, 28; Luik, K.I., 6 maart 1985, *Jur. Liège*, 663, concl. SPIRLET, A.).

Zie inzake het beroepsgeheim van de aangestelden van een 100-oproepcentrum, ook art. 5, §2

K.B. 2 april 1965 houdende vaststelling van de modaliteiten tot inrichting van de dringende geneeskundige hulpverlening en houdende aanwijzing van het eenvormig oproepstelsel, *B.S.*, 12 mei 1965 en ANRYS, H., *L'aide médicale urgente*, *a.w.*, 48-49).

Volgens de Politierechter te Luik is de verantwoordelijke voor het onthaal van patiënten op een verpleegafdeling niet gebonden door een zwijgplicht omdat deze persoon geen informatie verneemt over de gezondheidstoestand van de patiënten (Pol. Luik, 8 januari 1986, *Jur. Liège*, 1986, 103-104; zie voor kritiek op deze uitspraak, AERDEN, R., "Het beroepsgeheim in het ziekenhuis", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 346; positiever : MEERT-VAN DE PUT, R., "La confidentialité des données et le sécret médical : aspect juridique", *Louvain Médical*, 1986, 522).

Wat het administratief personeel in dienst van ziekenfondsen betreft, aanvaardde de Correctionele Rechtbank te Gent de toepasselijkheid van art. 458 Sw. (Corr. Gent, 18 september 1987, *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 340, noot VAN LIL, M.).

Of de echtgenoot/ote of partner van een arts door een zwijgplicht is gebonden, wordt betwist (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 172 vermelden hen bij de geheimplichtigen; Luik, K.I., 22 januari 1987, *Pas.*, 1987, II, 79-80, concl. MASSA, H.; *Jur. Liège*, 1987, 217; *J.T.*, 1988, 174 aanvaardde geen schending van de zwijgplicht door de vriendin van een arts die de B.O.B. op de hoogte bracht van diens contact met een gekwetste gangster).

Indien de partner op een geregelde wijze de arts bijstaat bij de uitoefening van zijn beroep, b.v. door opnemen van telefoon, bijhouden van de agenda, assistentie e.d., dan kan sprake zijn van geheimen die in het kader van een beroep werden toevertrouwd en waarvoor geheimhouding verschuldigd is.

§3. Onwettige beoefenaars van de geneeskunde

913 Men is het eens dat het medisch beroepsgeheim niet kan worden ingeroepen door personen die op onwettige wijze de geneeskunde uitoefenen (VIAENE, L., *Huiszoeking en beslag in strafzaken*, *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1962, nr. 500).

Maar het blijft bestaan in hoofde van de arts die wegens een tuchtmaatregel zijn beroep niet mag uitoefenen.

AFDELING II

MATERIEEL TOEPASSINGSGEBIED

914 Art. 458 Sw. bevat drie elementen die van belang zijn voor het bepalen van het materiële toepassingsgebied van dat artikel. Opdat een gegeven zou vallen onder de toepassing van art. 458 Sw. dient de arts er uit hoofde van zijn beroep kennis van te hebben gekregen (§1), dient het een geheim karakter te hebben (§2) en dient het hem te zijn toevertrouwd (§3).

§1. Kennis uit hoofde van het beroep

915 Om uit te drukken dat de geheimhoudingsplicht enkel geldt voor geheimen waarvan men kennis draagt uit hoofde van het beroep, wordt meestal de term (medisch) beroepsgeheim gebruikt.

Het beroepsgeheim, aldus VAN NESTE, betreft "de kennis omtrent bepaalde aangelegenheden - en deze kennis is niet noodzakelijk uiteraard geheim - aan personen toevertrouwd die een bepaald beroep uitoefenen of een bepaalde staat hebben" (VAN NESTE, F., "Kan het beroepsgeheim absoluut genoemd worden?", *R.W.*, 1977-78, 1286).

In dit verband duiken twee vragen op. Is art. 458 Sw. ook van toepassing op mededelingen gedaan aan een arts buiten diens beroepsuitoefening maar als kennis, vriend of collega? Vervolgens : geldt het artikel ook voor gegevens toevertrouwd in het kader van de beroepsuitoefening maar die niet relevant zijn daarvoor?

De eerste vraag wordt negatief beantwoord (zie RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations* nr. 184; LAMBERT, P., *Le secret professionnel*, Brussel, Nemesis, 1985, 156; zie ook de rechtspraak aangehaald door NYS, H., *a.w.*, 1254, nr. 8 *in fine*; zie voorts wat betreft het Franse recht, MAZEN, N.-J., *a.w.*, 48 die evenwel aanmaant tot voorzichtigheid wanneer de arts niet enkel als vriend maar tevens als beroepsbeoefenaar wordt geconsulteerd).

Ook de tweede vraag wordt door meerdere auteurs ontkennend beantwoord (zie LAMBERT, P., *a.w.*, 157 : een arts is tijdens een huisbezoek de ongewilde getuige van een echtelijke ruzie; wat hij zo verneemt valt niet onder de strafrechtelijke zwijgplicht, maar een tuchtsanctie kan worden opgelegd; art. 57 Code van geneeskundige plichtenleer vermeldt als vallend onder het beroepsgeheim niet enkel wat tijdens de uitoefening van het beroep werd vernomen, maar ook bij gelegenheid daarvan; zie ook DUMON, F., "Le secret médical", *Cons. Man.*, 1987, 23-24, die instemmend LAMBERT citeert). Volgens MAZEN wordt dezelfde opvatting gedeeld door vele Franse auteurs (MAZEN, N.-J., *a.w.*, 49; volgens hemzelf vallen feiten die geen direct verband houden met de ziekte of met de patiënt niet onder art. 378 Code Pénal).

Het voorbeeld door LAMBERT gegeven kan ons misleiden omtrent de vraag waarover het hier werkelijk gaat, nl. of gegevens die een arts over zijn patiënt verneemt en die met de vervulling van zijn taak niets te maken hebben, kunnen worden beschouwd als zijnde ter kennis gekomen in het kader van de beroepsuitoefening. In dat voorbeeld gaat het niet alleen om "extra professionele" gegevens die hij over een patiënt verneemt, maar ook over derden. In dat geval zou zijn besluit kunnen onderschreven worden. Het gaat evenwel te ver als regel te stellen dat gegevens die (ogenschijnlijk) niets te maken hebben met de gezondheidstoestand niet onder art. 458 Sw. vallen, omdat zij niet werden toevertrouwd in het kader van het beroep. Gegevens die voor een leek met een ziekte niets te maken hebben zoals een echtscheiding of financiële problemen kunnen wel degelijk relevant zijn voor de taakvervulling van de arts. Het valt dan ook niet goed in te zien hoe het onderscheid zal worden gemaakt tussen de gegevens die wel en andere die niet onder het toepassingsgebied vallen van art. 458 Sw.

§2. Geheimen

916 Vooral de interpretatie van "geheimen" leidt tot moeilijkheden bij de toepassing van art. 458 Sw.

VAN NESTE heeft de volgende omschrijving gegeven van "geheimen" : "feiten, gegevens, beslissingen, oordelen, meningen die verborgen gehouden moeten worden. Particuliere waarheden dus die, overeenkomstig algemeen aanvaarde criteria en normen, niet kenbaar, openbaar gemaakt mogen worden" (VAN NESTE, F., *a.w.*, 1281). De vermelding van "waarheden" is hier van belang. "Een deel van de waarheid wordt "afgezonderd" van de cummunicatie, wordt *secretum (secernere)* d.i. afscheiden van, *in casu*, een particuliere waarheid die terecht niet volledig moet of mag worden meegedeeld".

VAN NESTE wijst er voorts op dat men geheimen teveel als op zichzelf staand is gaan beschouwen, buiten het verband met het oorspronkelijke recht op waarheid. Dat heeft dan geleid tot een verabsolutering van het geheim en van de zwijgplicht. De door VAN NESTE gegeven omschrijving is nog om een andere reden interessant. Een gegeven blijkt geheim niet zozeer omdat het alszodanig geheim is, maar omdat het "overeenkomstig algemeen aanvaarde criteria en normen niet openbaar gemaakt mag worden". Dergelijke criteria en normen kunnen uiteraard veranderen. Wat in 1867 als geheim zou worden beschouwd kan het thans niet meer zijn.

Dergelijke criteria kunnen bovendien verschillen naargelang de situatie waarin de geheimplichtige verkeert. Of een bepaald gegeven geheim dient te blijven kan anders worden beoordeeld naargelang de arts als getuige is gedagvaard of dient te antwoorden op de vraag van een collega optredend voor een verzekeringsmaatschappij. Ook de omstandigheden waarin de geheimgerechtigde zich bevindt zullen invloed hebben. Iemands bloedgroep is in het algemeen een weinig vertrouwelijk gegeven, behalve in gerechtelijke procedures zoals de vaststelling van het vaderschap.

De vraag of een gegeven geheim is of niet kan derhalve niet worden losgezien van de context waarin deze vraag wordt gesteld. De belangen die tegenover het beroepsgeheim moeten worden afgewogen bepalen mee deze context. Soms zijn dat private belangen van derden, in andere gevallen kunnen openbare belangen betrokken zijn. De afweging van belangen is mede bepalend voor het geheim karakter van een gegeven. Een en ander betekent dat algemene uitspraken over wat als een geheim kan worden beschouwd met terughoudendheid moeten benaderd worden. Temeer omdat bij het beoordelen van het geheim karakter van een gegeven rekening moet worden gehouden met de mogelijke zeggenschap die de geheimgerechtigde daaromtrent heeft (zie verder, nr. 952 e.v.).

917 Uit de gepubliceerde rechtspraak kunnen voorbeelden worden geput die deze interpretatiemoeilijkheden illustreren.

Behalve de in het overzicht van rechtspraak 1970-1984 (NYS, H., *a.w.*, 1255, nr. 10-14) vermelde gevallen zijn ook nog de volgende zaken van belang. In een arrest van 9 februari 1988 oordeelde het Hof van Cassatie dat het beroepsgeheim en het daarin besloten liggend verbod om feiten bekend te maken die aanleiding kunnen geven tot strafrechtelijke vervolging ten laste van de patiënt niet kan worden uitgebreid tot feiten waarvan de patiënt het slachtoffer zou zijn (Cass., 9 februari 1988, *Arr. Cass.*, 1988, 720; *Pas.*, 1988, I, 662; zie verder, nr. 964 e.v.). Het feit dat iemand in een ziekenhuis is opgenomen valt "strikt genomen onder het beroepsgeheim". Dat is het uitgangspunt van een advies van de Nationale Raad van de orde der geneesheren van 12 februari 1983 (*T.Orde.Gen.*, 1983, afl. 31, 26 e.v.). Maar men kan niet staande houden dat een ziekenhuisopname tgov. politie en rijkswacht nog geheim is, wanneer die het gevolg was van een ongeval op de openbare weg en gebeurde door tussenkomst van de dienst 100. In deze zin deed de Correctionele Rechtbank te Brussel uitspraak. De dienstdoende arts had aan een politieagent toestemming gegeven tot het zien van de patiënt "die daartoe in staat werd geacht". Door het geven van die toestemming, waardoor meteen ook de opname in het ziekenhuis bekend werd, werden geen geheimen geopenbaard (Corr. Brussel, 1 oktober 1985, bevestigd door Cass., 19 februari 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 856; *Pas.*, 1986, I, 760; *R.W.*, 1986-87, 1259 : of het hier een opname via de dienst 100 betrof is niet met zekerheid uit te maken, maar lijkt wel zeer aannemelijk).

De Arbeidsrechtbank te Gent sprak uit dat de behandelend arts die op verzoek van de werkgever van een patiënt bevestigt dat deze laatste niet meer in staat is zijn gewone arbeid verder uit te voeren, daardoor zijn beroepsgeheim niet schendt, omdat hij niets vermeldde over de ziekte van de werknemer. Hij heeft slechts de arbeidsgeschiktheid nader gepreciseerd in een attest afgeleverd aan de werkgever (Arbrb. Gent, 6 februari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1093). In deze uitspraak wordt er klaarblijkelijk van uitgegaan dat arbeids(on)geschikheid alszodanig niet onder het beroepsgeheim valt. Art. 31 Arbeidsovereenkomstenwet onttrekt de arbeidsongeschiktheid uitdrukkelijk aan de zwijgplicht van de arts die door een werkgever betaald wordt om de arbeids(on)geschiktheid van een werknemer te evalueren (zie boven, nr. 907). *A contrario* dient de arts die niet door de werkgever wordt betaald maar de behandelend arts is van de werknemer de arbeidsgeschiktheid te beschouwen als vallend onder zijn zwijgplicht.

§3. Toevertrouwd

918 Dit element is nauw verbonden met het voorgaande. "In het beroepsgeheim ontstaat het geheim pas na communicatie van bepaalde gegevens aan personen uit een bepaald beroepsmilieu. Het is een toevertrouwd geheim" (VAN NESTE, F., *a.w.*, 1287). M.a.w. men deelt geen geheimen mee; door de mededeling worden gegevens geheim.

"Toevertrouwen" mag niet letterlijk worden opgevat. Behalve hetgeen de patiënt uitdrukkelijk aan de arts heeft toevertrouwd, valt ook nog onder de bescherming van art. 458 Sw. wat de arts zelf heeft vastgesteld. Men kan dit beschouwen als zijnde stilzwijgend toevertrouwd (Brussel, 8 maart 1972, *R.D.P.*, 1971-72, 923). Maar in de rechtspraak treft men ook striktere interpretaties aan. "Het beroepsgeheim strekt ertoe de in vertrouwen door een patiënt aan zijn arts meegedeelde gegevens niet openbaar te maken" (Arbrb. Gent, 6 februari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1093).

AFDELING III

BEKENDMAKEN VAN GEHEIMEN

919 Voor de toepassing van art. 458 Sw. is ook nog de bekendmaking vereist, onder welbepaalde voorwaarden.

§1. Opzet

920 Art. 458 Sw. is een wanbedrijf en voor deze misdrijven is opzet in de regel vereist, tenzij duidelijk blijkt dat de strafbaarheid reeds bij onachtzaamheid bestaat (DUPONT en VERSTRAETEN *Handboek Belgisch Strafrecht*, nr. 427). Gelet op de formulering van art. 458 Sw. neemt men aan dat opzet vereist is (HENNAU, Chr. en VERHAEGEN, J., "Recherche policière et secret médical", *J.T.*, 1988, 167). Een algemeen opzet volstaat; er is geen bijzonder oogmerk vereist (Corr. Neufchâteau, 15 mei 1986, *Jur. Liège*, 1986, 446).

Door de bekendmaking van medische gegevens via een onachtzaamheid kan art. 458 Sw. niet worden geschonden. Maar tuchtrechtelijke sancties en een burgerrechtelijke veroordeling tot schadevergoeding zijn niet uitgesloten (HENNAU, Chr. en VERHAEGEN, J., *a.w.*, 167).

§2. Bekendmaken

921 Wanneer is sprake van (strafbaar) bekendmaken van geheimen? In het gewone spraakgebruik wijst "bekendmaken" op het verspreiden in ruimere kring.

Doch voor de overtreding van art. 458 Sw. is het zonder belang of het geheim werd bekend gemaakt aan slechts één persoon, b.v. een advocaat bij een echtscheidingsprocedure (Corr. Neufchâteau, 15 mei 1986, *Jur. Liège*, 1986, 446) of aan talrijke personen. Het kwantitatieve element

is niet doorslaggevend. Maar de kwaliteit van degene aan wie een geheim wordt meegedeeld kan wel van belang zijn om te oordelen of er sprake is van bekendmaken in de zin van art. 458 Sw. Wanneer een arts gegevens over een patiënt doorgeeft aan een collega die belast is met de diagnosestelling of de therapie, kan men niet spreken van bekendmaken. Er is dan wel sprake van een "toevertrouwen" van een geheim aan een persoon die eveneens onder de toepassing valt van art. 458 Sw. Dit artikel vereist niet dat de gegevens door de patiënt zelf worden meegedeeld aan een arts. Ook tussen artsen onderling kan sprake zijn van het "toevertrouwen" van gegevens.

In de literatuur (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 166) wordt veelvuldig beroep gedaan op de theorie van het zgn. gedeelde beroepsgeheim (secret partagé) om het doorgeven van geheimen aan collega's te verantwoorden. Maar deze "theorie" is zeker niet vrij van dubbelzinnigheid (zie voor een kritische bespreking van de verschillende, opvattingen over het gedeeld beroepsgeheim LAMBERT, P., *a.w.*, 121). Een eerste bezwaar betreft de terminologie. Als er al sprake is van iets te delen dan is dat niet een geheim maar wel de kennis omtrent het geheim. Men zou dus moeten spreken van "gedeelde kennis omtrent geheimen" veeleer dan van een "gedeeld beroepsgeheim".

Een tweede bezwaar tegen deze term vinden we bij MAZEN. Hij ziet in dit taalgebruik de uiting van de gedachte als zou het beroepsgeheim een privilege zijn van de arts, die vrij kan beslissen het met een collega te delen. Hij stelt daarom voor te spreken van "secret commun" i.p.v. "secret partagé" d.w.z. een in gemeenschap gebracht geheim (MAZEN, J.N., *a.w.*). Toch lijkt dit geen fundamenteel verschil uit te maken.

Een derde en belangrijker bezwaar tegen de opvatting van het gedeeld beroepsgeheim is dat zij vlug aanleiding geeft tot misverstanden. Zo aanvaarden sommigen dat een arts patiëntengegevens mag verstrekken aan een notaris omdat beiden door een zwijgplicht zijn gebonden. Zij delen dan het beroepsgeheim. Die opvatting is evenwel onjuist (zie verder, nr. 922).

Al bij al heeft men geen behoefte aan dubbelzinnige contructies als het gedeeld beroepsgeheim om patiëntengegevens in de gezondheidszorg vlot te laten doorstromen en toch voldoende te beschermen. Art. 458 Sw. verhindert niet het t o e v e r t r o u w e n van patiëntengegevens door een arts aan een collega met het oog op de hulpverlening aan een patiënt.

922 De moeilijkheid is het maken van het onderscheid tussen straffeloos toevertrouwen aan de ene kant en strafbaar bekendmaken aan de andere kant.

Dit onderscheid is zeker geen sinecure want in beide gevallen is er communicatie, uitwisseling van gegevens. En in beide gevallen is er opzet, wetens en willens meedelen. Opdat het doorgeven van patiëntengegevens als toevertrouwen i.p.v. bekendmaken kan worden gekwalificeerd, dienen de volgende voorwaarden vervuld te worden.

Het doorgeven dient te gebeuren hetzij op verzoek van de patiënt hetzij met diens uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming. Het doorgeven geschiedt aan een persoon met wie de patiënt een vertrouwensrelatie heeft (b.v. van medisch specialist naar huisarts) of zal ontwikkelen (b.v. van huisarts naar medisch specialist).

Deze voorwaarde houdt voorts in dat de persoon aan wie gegevens worden overgemaakt tot een vertrouwensrelatie kan komen met de patiënt. Dit is uitgesloten wanneer de arts handelt in opdracht van een derde, b.v. een verzekeringsmaatschappij. Dan is er geen sprake van toevertrouwen, maar van bekendmaken. Deze voorwaarde kan nog worden gespecifieerd. De vertrouwensrelatie dient verband te houden met het patiënt-zijn van de persoon over wie gegevens worden doorgegeven. De vertrouwensrelatie die kan ontstaan tussen hem en b.v. een notaris of een advocaat is van een heel andere aard. Om die reden kan hier van toevertrouwen niet worden gesproken. Het gaat dan om bekendmaken (zie NYS, H., *a.w.*, 1273, nr. 51).

Vervolgens mogen niet meer gegevens worden overgemaakt dan nodig. Nodeloos toevertrouwen van patiëntengegevens kan met bekendmaken worden gelijk gesteld.

AFDELING IV

UITZONDERINGEN

§1. In rechte getuigenis afleggen

A. TOELATING VAN DE WET OM TE SPREKEN. SPREEKRECHT

923 De arts die geheimen die hem werden toevertrouwd bekend maakt wanneer hij geroepen wordt om in rechte getuigenis af te leggen, is niet strafbaar wegens overtreding van art. 458 Sw.

924 Over de juridische kwalificatie van deze niet strafbaarheid bij getuigenis in rechte bestaan uiteenlopende opvattingen.

Sommigen hebben dit gekwalificeerd als een recht, nl. een spreekrecht (HENNAU, Chr. en VERHAEGEN, J., *a.w.*, 117, voetnoot 6; RUTTIENS, R., "Getuigenis in rechte en medisch beroepsgeheim", *T.Orde Gen.*,1987, afl. 38, 56) dat evenwel niet mag worden misbruikt.

Voor anderen gaat het niet om een spreekrecht, maar om een louter straffeloze bekendmaking, die burgerrechtelijke of tuchtrechtelijke sancties niet zou beletten. Het betreft dan veeleer een toelating van de Strafwet dan een recht (DUPONT, en VERSTRAETEN, *Handboek Belgische Strafrecht*, nr. 352; DUMON, F., *a.w.*, 24. Of nog, een strafrechtelijke immuniteit (in deze zin Cass., 30 oktober 1978, *Arr. Cass.*, 1979, 235; *Pas.*, 1979, I, 248; *R.W.*, 1978-79, 2232; *J.T.*, 1979, 369; *R.D.P.*, 1979, 293, noot R.S.; *De Verz.*, 1979, 91 noot J.R.; *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1979, 55, noot GROSEMANS, R.; DUMON, F., *a.w.*).

925 Onder het afleggen van een getuigenis in rechte verstaat men het afleggen van een mondelinge of schriftelijke verklaring voor de burgerlijke rechter, de strafrechter of de onderzoeksrechter (Cass., 12 april 1976, *R.D.P.*, 1975-76, 917).

Het verlenen van medewerking aan politie of rijkswacht valt hier niet onder (HENNAU, Chr. en VERHAEGEN, J., *a.w.*, 165).

B. ZWIJGRECHT

926 De arts die ingaat op de uitnodiging getuigenis af te leggen, kan niet worden gestraft wegens overtreding van art. 458 Sw.. Hij kan ook beslissen geen getuigenis af te leggen.

Hier lijkt het bestaan van een recht i.p.v. een straffeloze mogelijkheid meer aanvaard (Cass., 23 september 1986, *Arr. Cass.*, 1987, 96; Pas., 1987, I, 89; *T.G.R.*, 1987, 128 : "dat aan het *recht* van een getuige om wegens het beroepsgeheim, het stilzwijgen te bewaren ..."; Pol. Luik, 16 oktober 1985, *Jur. Liège*, 1985, 594; HANNEQUART, Y., noot onder Cass., 13 Mei 1987, *Jur. Liège*, 1987, 1171).

927 Van het recht om niet te getuigen wegens het beroepsgeheim wordt geen afstand gedaan door de omstandigheid dat de arts tijdens het vooronderzoek verklaringen zou hebben afgelegd en zich dan niet op het beroepsgeheim zou

hebben beroepen (Cass., 23 september 1986, *Arr. Cass.*, 1987, 96; *Pas., 1987, I, 89; T.G.R.*, 1987, 128).

928 Er bestaat geen eensgezindheid over de grondslag van dit recht om te zwijgen.

Sommigen leiden het recht om te zwijgen impliciet af uit art. 458 Sw. zelf. Het "recht" om te spreken zou zonder enige twijfel ook het "recht" inhouden dat niet te doen en dus te zwijgen (RUTTIENS, R., *a.w.*, 55). Toch laat art. 458 Sw. niet toe een dergelijk besluit te trekken. Daaruit kan enkel een mogelijkheid (of een recht) om te zwijgen voortvloeiend uit het respecteren van de zwijgplicht worden afgeleid. De opvatting die het zwijgrecht impliciet afleidt uit art. 458 Sw. houdt onvoldoende rekening met de spreekplicht die in beginsel geldt voor eenieder die als getuige wordt gedagvaard (art. 80 Sv. in strafzaken en art. 926 Ger. W. in burgerlijke zaken).

De arts die gedagvaard wordt om in rechte getuigenis af te leggen wordt met twee tegenstrijdige plichten geconfronteerd, nl. een spreekplicht en een zwijgplicht. Art. 458 Sw. dat hem straffeloosheid waarborgt wanneer hij spreekt doet de balans doorslaan naar de spreekplicht. Het zwijgrecht kan dan ook niet volgen uit art. 458 Sw. In burgerlijke zaken is dat neergelegd in art. 929 Ger. W., dat weliswaar niet naar art. 458 Sw. verwijst maar in het algemeen naar het beroepsgeheim. Volgens COLLE is art. 929 Ger.W. "aan een dringende herziening toe". Het beroepsgeheim "zou zomaar niet verder als wettige reden mogen beschouwd worden om ontslagen te worden van de plicht getuigenis af te leggen. De beoordeling ter zake zou uitsluitend de rechter moeten toekomen" (COLLE, Ph., "Zelfmoord, medisch beroepsgeheim en levensverzekering", *De Verz.*, 1990, 239). Voor strafzaken vindt men in het Wetboek van Strafvordering geen analoge bepaling. Toch wordt ook in strafzaken het zwijgrecht algemeen aanvaard (zie voor details, NYS, H., "Getuigenis in rechte", *T.Orde Gen.*, 1987, afl. 36, 57-61).

C. SPREKEN OF ZWIJGEN

929 Over de opportuniteit te spreken of te zwijgen oordeelt de arts die als getuige wordt gedagvaard. Oordeelt hij dat hij het geheim dient te bewaren dan kan hij niet tot spreken worden gedwongen zelfs indien hij van zijn geheimhoudingsplicht werd ontslagen (Cass., 23 september 1987, *Arr. Cass.*, 1987, 96; *Pas.*, 1986, I, 89; *T.G.R.*, 1987, 128).

Volgens sommige rechtspraak zou de getuige toch moeten spreken wanneer hij door de patiënt werd ontslagen van zijn zwijgplicht (Arbh. Bergen, 16 januari 1976, *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1976, 256; Arbh. Bergen, 20 september 1977, *T.S.R.*, 1978, 203 kwam hierop terug; Arbrb. Brussel, 3 juni 1977, *J.T.*, 1977, 627 vernietigd door Cass., 30 oktober 1978, *Arr. Cass.*, 1979, 235; *Pas.*, 1979, I, 248; *R.W.*, 1978-79, 2232; *J.T.*, 1979, 369; *R.D.P.*, 1979, 293, noot R.S.; *De Verz.*, 1979, 91, noot J.R., *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1979, 55, noot GROSEMANS, R.)(zie voor het Franse recht dat geen uitzondering voorziet voor een getuigenis in rechte in hoofde van de houder van een beroepsgeheim, FENAUX, H., "Etendue de l'obligation du secret professionnel du médecin", *D.*, 1988, 106).

Volgens Procureur-Generaal DUMON is een arts in principe wel degelijk verplicht te getuigen

wanneer de patiënt hem heeft ontheven van de geheimhoudingsplicht (DUMON, F., *a.w.*, 24). Maar dat is geen absolute verplichting. Als een arts twijfelt over de opportuniteit van een getuigenis, dan dient uiteindelijk de rechter daarover te oordelen. Die kan desgevallend het advies inwinnen van een lid van een raad van de orde der geneesheren of besluiten tot een niet-openbare zitting (DUMON, F., *a.w.*, 24).

COLLE is van mening dat art. 458 Sw. aan de rechter de macht heeft verleend "om de arts tot getuigenis te brengen", maar geeft voor deze klaarblijkelijk afwijkende mening geen argumenten (COLLE, Ph., *a.w.*, 239).

930 Het Hof van Cassatie oordeelt tot nu toe dat de beslissing over de opportuniteit te zwijgen of te spreken ligt bij de arts. Wel dient de feitenrechter na te gaan of "in acht genomen de gegevens van de zaak, de getuige, door het stilzwijgen te bewaren, het beroepsgeheim niet afwendt van zijn doel" (Cass., 23 september 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 96; ; *Pas.*, 1986, I, 89; *T.G.R.*, 1987, 128; in dezelfde zin Cass., 30 oktober 1978, *Arr. Cass.*, 1979, 235; *Pas.*, 1979, I, 248; *R.W.*, 1978-79, 2232; *J.T.*, 1979, 369; *R.D.P.*, 1979, 293, noot R.S.; *De Verz.*, 1979, 91, noot J.R.; *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1979, 55, noot GROSEMANS, R. en Cass., 23 juni 1958, *Arr. Cass.*, 1958, 854; *Pas.*, 1958, I, 1180; *R.D.P.*, 1957-58, 1020).

In het arrest van 30 oktober 1978 wordt hieromtrent de volgende toelichting verstrekt : "die afwijking op de algemene regel (nl. de verplichting getuigenis af te leggen) moet beperkt worden tot de maatschappelijke noodwendigheden waardoor zij gemotiveerd en verantwoord wordt".

931 Zou de arts die n.a.v. een getuigenis in rechte geheimen bekend maakt, waarvoor hij strafrechtelijk niet kan worden gestraft, toch tuchtrechtelijk gesanctioneerd kunnen worden door een raad van de orde der geneesheren? Hierover bestaan uiteenlopende opvattingen (zie NYS, H., "Getuigenis in rechte", *T. Orde Gen.*, 1987, afl. 36, 59).

MARECHAL en LEGROS (beiden geciteerd door LAMBERT, P., *a.w.*, 139) zijn van mening dat een disciplinaire sanctie onwettig zou zijn omdat de Strafwet aan de arts straffeloosheid garandeert. In dezelfde zin heeft RUTTIENS zich uitgesproken (RUTTIENS, R. "Getuigenis in rechte en medisch beroepsgeheim", *T. Orde Gen.*, 1987, afl. 38, 56, als reactie op NYS, H., *a.w.*). Genuanceerder is DUMON. In principe acht deze een tuchtsanctie in een dergelijk geval onwettig. Daardoor zou worden gestraft nl. het afleggen van getuigenis in rechte, wat de Strafwet toelaat. Toch sluit DUMON een tuchtsanctie niet uit, wanneer n.a.v. de getuigenis in rechte een deontologische fout zou worden begaan. De getuigenis alszodanig zou hem nooit kunnen worden aangewreven voor de tuchtrechter, wel de omstandigheden waarin de verklaringen werden afgelegd (DUMON, F., *a.w.*, 25). HENNAU en VERHAEGEN sluiten een tuchtsanctie en een burgerrechtelijke veroordeling tot schadevergoeding niet uit wanneer misbruik wordt gemaakt van het spreekrecht (HENNAU, Chr. en VERHAEGEN, J., *a.w.*). HANNEQUART is van oordeel dat de tuchtoverheid bevoegd is op te treden tegen de arts die het spreekrecht gebruikt maar stelt twee grenzen aan deze bevoegdheid. De raad van de orde mag haar mening niet in de plaats stellen van het geweten van de arts. En het tuchtrechtelijk optreden is maar geoorloofd voor zover door het getuigenis de eer en de waardigheid van het beroep in gedrang werd gebracht (HANNEQUART, Y., *a.w.*, 1172-1173). LAMBERT gaat het verst met zijn opvatting dat tuchtrecht en strafrecht twee onderscheiden sanctiestelsels zijn. Het tuchtrecht staat geheel los van het strafrecht en niets belet dat een tuchtrechtelijke sanctie wordt opgelegd aan de arts die zijn spreekrecht laat primeren op zijn zwijgrecht (LAMBERT, P., *a.w.*, 139-140).

§2. Overleggen van een medisch dossier

932 Overeenkomstig art. 877 Ger.W. kan de rechter wanneer er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij of een derde een stuk onder zich heeft, dat het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit, bevelen dat het stuk of een eensluidend afschrift ervan bij het dossier van de rechtspleging wordt gevoegd.

Het Hof van Cassatie heeft deze verplichting gelijkgesteld met de verplichting een getuigenis in rechte af te leggen (Cass., 30 oktober 1978, *Arr. Cass.*, 1979, 235; *Pas.*, 1979, I, 248; *R.W.*, 1978-79, 2232; *J.T.*, 1979, 369; *R.D.P.*, 1979, 293, noot R.S.; *De Verz.*, 1979, 91, noot J.R., *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1979, 55, noot GROSEMANS, R.).

Het Arbeidshof te Bergen had zich reeds eerder in deze zin uitgesproken (Arbh. Bergen, 16 januari 1976, *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1976, 256). Deze analoge behandeling van getuigenis in rechte en overmaken van een dossier is niet zonder kritiek gebleven (zie HENRY, P., "Contre le droit au secret médical", *Jur. Liège*, 1980, 129).

Nu het voorleggen van een medisch dossier wordt gelijkgesteld met een getuigenis in rechte, volgt hieruit dat de verplichting opgelegd door art. 877 Ger. W. door een arts niet moet worden nageleefd, voor zover het geheime gegevens betreft en onder voorbehoud van toetsing door de rechter (Cass., 20 maart 1989, *Arr. Cass.*, 1989, 835; *Pas.*, 1989, I, 749; *J.T.*, 1990, 195 en LAMBERT, P., "Secret professionnel et dossier disciplinaire", *J.T.*, 1990, 196 : "Les principes qui régissent la matière de la production de documents et celle du témoignage en justice sont analogues")(*anders*, COLLE, Ph., *a.w.*, 239 die in deze analoge benadering een "cirkelredenering" ontwaart).

933 De rechtspraak is er niet over eens of het bevel het dossier te overhandigen kan voorschrijven dit niet aan de rechter maar aan een gerechtelijk deskundige over te maken.

Het Arbeidshof te Bergen wees de mogelijkheid van overhandiging van het dossier aan een ander dan de rechter zelf af (Arbh. Bergen, 16 januari 1976, *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1976, 256. Zie uitgebreider NYS, H., "Overzicht van rechtspraak 1970-1984", 1258, nr. 19). De Handelsrechtbank te Brussel beveelde het medisch diensthoofd van een ziekenhuis het medisch dossier over te maken aan een door de rechter aangestelde medische deskundige (Kh. Brussel, 16 februari 1984, *De Verz.*, 1987, 124, noot STANDAERT, M. De annotator betwijfelt of deze arts wel op zo'n bevel mag ingaan. De deskundige zou dan zelf tot geheimhouding verplicht zijn jegens de rechter en dat maakt de deskundigenopdracht zinloos. De Arbeidsrechtbank te Brussel beveelde het medisch dossier over te maken aan de aangestelde gerechtsdeskundige (art. 982 Ger.W.). De gerechtsdeskundige kan zijn verslag steunen op dat dossier en, indien de bescherming van het privé-leven het eist, zijn bron geheim houden (Arbrb. Brussel, 2 februari 1990, *J.T.T.*, 1990, 276).

934 Het bevel een stuk dat men onder zich heeft over te maken, kan niet enkel worden gericht tot een van de partijen, maar eveneens tot een derde, *in casu* een raad van de orde der geneesheren.

Zo beval de Arbeidsrechtbank te Doornik "alvorens recht te doen de provinciale raad te Henegouwen van de orde der geneesheren het origineel of een gelijkluidend afschrift van het volledig dossier(....) bij het dossier van de rechtspleging te voegen". Het cassatieberoep hiertegen werd niet ontvankelijk verklaard (Cass., 23 juni 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 1460-1461; *Pas.*, 1986, I, 1315; i.v.m. de overhandiging van het medisch dossier aan de patiënt, in het kader van een gerechtelijke procedure, zie verder, nr. 1014).

§3. Wettelijke verplichting geheimen bekend te maken

A. WET IN FORMELE OF MATERIËLE ZIN

935 Het verbod beroepsgeheimen bekend te maken geldt niet wanneer "de wet verplicht de geheimen bekend te maken" (art. 458 Sw.). Is hier een wet in formele zin bedoeld of volstaat een K.B., voor zover dat steun vindt in een formele wet?

Over deze kwestie lopen de standpunten in de literatuur uit elkaar (zie NYS, H., "Overzicht van rechtspraak 1970-1984", 1259-1260; NYS, H., "Is aangifte van AIDS wettelijk verplicht?", *R.W.*, 1987-88, 1326, nr. 4). Volgens sommigen kan slechts een wet in formele zin uitzonderingen bepalen op art. 458 Sw. (zie onder meer DUMON, F., *a.w.*, 20-21). Anderen verdedigen de opvatting dat een wet in materiële zin volstaat (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 125).

Slechts een wet in formele zin kan in uitzonderingen voorzien op de geheimhoudingsplicht. Maar een dergelijke wet kan aan de Koning opdragen deze uitzonderingen nader uit te werken.

B. ART. 84 Z.I.V.-WET

936 Art. 84, eerste lid Z.I.V.-Wet verplicht "de personen die de bij deze wet omschreven geneeskundige verstrekkingen mogen verlenen" - daaronder dienen vanzelfsprekend de artsen te worden gerekend - aan de geneesheren-inspecteurs van de dienst voor geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V. "alle inlichtingen en stukken te verstrekken welke zij ter uitoefening van hun controleopdracht behoeven. De mededeling en het gebruik van die inlichtingen en stukken zijn afhankelijk gesteld van de eerbiediging van het geneeskundig geheim".

Zie in dezelfde zin art. 58, a Code van geneeskundige plichtenleer. Art. 104, eerste lid Z.I.V.-Wet voorziet in de toepassing van strafsancties nl. een door de politierechtbank uit te spreken geldboete van 25 tot 500 fr. indien de inspecteur wordt gehinderd bij de uitoefening van zijn taak of hem onjuiste inlichtingen worden verstrekt. Luidens het tweede lid is er geen overtreding wanneer de arts zich op het medisch geheim beroept als verantwoording voor deze feiten en de rechter van mening is dat de verontschuldiging gegrond is. Om dit te beoordelen mag de magistraat een lid van de raad van de orde der geneesheren van het rechtsgebied als deskundige aanstellen.

937 SCHUTYSER kwalificeerde art. 84, eerste lid *in fine* als een "mysterieuze zin" (SCHUTYSER, K., *a.w.*, nr. 13). Volgens hem is "de meest aannemelijke uitleg van deze mooiklinkende frase dat de behandelend geneesheer steeds mag weigeren, onder het inroepen van zijn beroepsgeheim, mededeling te doen en dat de geneesheer-inspecteur zelf betreffende eventuele toch gedane mededelingen door het beroepsgeheim is gebonden ... Elke geneesheer kan dus aan de toepassing van dit strafartikel (nl. art. 104, eerste lid Z.I.V.-Wet) ontsnappen door zich op het medisch beroepsgeheim te beroepen. De strafrechter oefent toezicht uit op de aanvaardbaarheid van deze verontschuldiging". Kritiek op art. 58, a Code van geneeskundige plichtenleer wordt uitgeoefend door DELHUVENNE. De verwijzing naar het beroepsgeheim verhindert de inspecteurs hun opdracht naar hun werkgever behoorlijk te vervullen (DELHUVENNE, M., "Juridische dubbelzinnigheden van het medisch beroepsgeheim", *B.T.S.Z.*, 1978, 562).

938 Een meer genuanceerde benadering treft men aan bij PURNELLE, die erop wijst dat de rechtspraak terzake beperkt is daar de conflicten in de dagdagelijkse praktijk worden opgelost door een dialoog. Volgens PURNELLE heeft de wetgever door art. 104 Z.I.V.-Wet enige voorrang willen geven aan het principe van het beroepsgeheim "als de mogelijkheid bestaat dat men de feiten die erdoor beschermd worden voor de controle niet nodig heeft" (PURNELLE, G., *a.w.*, 161). Anders uitgedrukt : het adagium beroepsmisdrijf sluit beroepsgeheim uit (zie verder, nr. 990) is ook hier van toepassing. Het beroepsgeheim wordt slechts opgeheven voor zover de uitoefening van de controleopdracht daartoe noodzaakt. Volgens het Hof van Cassatie verplicht art. 84 Z.I.V.-Wet een arts aan de geneesheer-inspecteur a l l e inlichtingen te verstrekken die deze behoeft ter uitoefening van zijn controleopdracht (Cass., 7 september 1989, *R.W.*, 1989-90, 404).

Eigenlijk kan men art. 84 Z.I.V.-Wet niet beschouwen als een "zuivere" verplichting tot bekendmaking van geheimen. De bekendmaking dient niet op eigen initiatief van de arts te gebeuren, maar op verzoek van de geneesheer-inspecteur. Bovendien, en vooral, is de bekendmaking ("mededeling") afhankelijk van de eerbiediging van het beroepsgeheim. In plaats van een wettelijke uitzondering te zijn op art. 458 Sw., bevestigt art. 84 Z.I.V.-Wet dit artikel. Daar komt bij dat degene die de mededeling ontvangt bij het gebruik ervan verplicht is het geheim te eerbiedigen (zie ook Antwerpen, 23 mei 1985, *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 85).

C. AANGIFTE VAN BESMETTELIJKE ZIEKTEN

939 De aangifte van bepaalde besmettelijke ziekten wordt verplicht gesteld door K.B. 1 maart 1971 betreffende de profylaxe tegen overdraagbare ziekten, *B.S.*, 23 april 1971. Zie voor strafsancties, art. 10 (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 282/8).

De wettelijkheid van dit K.B. wordt door sommigen ten onrechte in twijfel getrokken (zie hieromtrent uitgebreid NYS, H., "Is aangifte van AIDS wettelijk verplicht?", *R.W.*, 1987-88, 1326, nr. 5-9).

Ook art. 23 K.B. 31 mei 1885 legt artsen een zeer algemene aangifteverplichting op van gevallen van overdraagbare ziekten (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 211/3). Deze verplichting is niet meer voorzien van strafsancties en men mag aannemen dat art. 23 impliciet werd opgeheven. Dit artikel verplicht nl. aan te geven bij de gemeenten, terwijl tijdens de bespreking van de Gezondheidswet van 1 september 1945 werd erkend dat de gemeenten in deze opdracht hebben gefaald (NYS, H., *a.w.*, 1326, nr. 5).

De aangifteplicht in het Decreet van 19 juli 1831, nl. art. 10 en 13 is dermate vaag geformuleerd ("daadzaken van aard om dat gevaar mede te brengen") en laat zoveel appreciatieruimte aan de arts ("zonder wettige reden" weigeren aangifte te doen) dat van een werkelijke verplichting geen sprake is. *Anders*, LAMBERT, P., "Enfants maltraités et toxicomanes dans la polémique du secret professionnel", *R.D.P.*, 1990, 315 die suggereert dat de aangifte van AIDS op grond hiervan verplicht is.

D. AANGIFTE VAN SEKSUEEL OVERDRAAGBARE ZIEKTEN

940 De Besluitwet van 24 januari 1945 betreffende de profylaxe der geslachtsziekten, *B.S.*, 26 januari 1945, legt de aangifte op van de vier in art.

1 vermelde seksueel overdraagbare ziekten (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 282/5).

De verplichte aangifte heeft betrekking op de aard van de ziekte, de gemeente waar de patiënt woont, "al wat omtrent de besmetting kan ontdekt worden" en "zo mogelijk naam en adres van de als besmettingsbron aangegeven persoon". Naam noch adres van de patiënt moeten worden bekendgemaakt (art. 4 Besluitwet 24 januari 1945). Art. 12, derde lid bepaalt strafsancties bij niet-naleving van de aangifteplicht.

E. KENNISGEVING VAN BEVALLING. AANGIFTE VAN GEBOORTE

941 In welbepaalde gevallen, nl. bij bevalling buiten een ziekenhuis, is de arts die bij de bevalling aanwezig was verplicht hiervan kennis te geven aan de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 56, §2, tweede lid B.W.; voor meer details, zie boven, nr. 503-504).

Voor zover men de bevalling kan beschouwen als een geheim - dat zal afhangen van de omstandigheden - heeft men hier te maken met een duidelijk geval waar de wet verplicht onder dreiging met strafsancties (zie art. 361 Sw.), een geheim bekend te maken.

942 De eigenlijke geboorteaangifte is in de regel geen verplichting van de arts. Slechts wanneer hij kennis heeft gegeven van de bevalling, wat op zich al zeldzaam is, zal hij soms verplicht zijn een geboorte aan te geven (zie boven nr. 505).

Ook in dat geval verplicht de wet een geheim - zo een geboorte alszodanig kan worden beschouwd - bekend te maken (art. 56, §3 B.W.). Hierbij moet worden opgemerkt dat art. 58, e Code van geneeskundige plichtenleer voorbij gestreefd is vermits het de vroegere tekst van art. 56 B.W. bevat.

Voor de aangifte van overlijden zie boven, nr. 733-734.

F. AANGIFTE VAN ARBEIDSONGEVALLEN

943 Art. 58, f Code van geneeskundige plichtenleer vermeldt de aangifte van arbeidsongevallen bij de wettelijke verplichtingen tot bekendmaking van geheimen. Toch betreft het hier geen "zuivere" toepassing van een dergelijke verplichting.

Art. 62, vierde lid Arbeidsongevallenwet legt aan de werkgever of zijn aangestelde de verplichting op aangifte te doen van een ongeval dat aanleiding kan geven tot toepassing van deze wet. Bij deze aangifte wordt een verklaring van een arts gevoegd. Van een wettelijke verplichting tot aangifte in hoofde van deze arts is geen sprake. SCHUTYSER vraagt zich wel af of de arts niet op grond van de overeenkomst met de patiënt tot afgifte van deze verklaring kan gehouden zijn (SCHUTYSER, K., *a.w.*, nr. 343).

G. MEDISCH GETUIGSCHRIFT VOORAFGAAND AAN GEDWONGEN OPNAME IN PSYCHIATRISCH ZIEKENHUIS

944 Art. 58, g Code van geneeskundige plichtenleer vermeldt als laatste "wettelijke" verplichting tot bekendmaking van geheimen het getuigschrift

dat door een arts dient te worden afgeleverd alvorens tot plaatsing van een geesteszieke kan worden overgegaan (uitgebreid zie boven, nr. 586).

Ook in dit geval gaat het niet om een "zuivere" verplichting tot bekendmaking van geheimen, vermits geen arts door de wet verplicht wordt een dergelijk getuigschrift op te stellen.

H. AANGIFTE VAN MISDRIJVEN

945 De vraag welke hieronder wordt behandeld is de volgende : bestaat er een b i j w e t opgelegde v e r p l i c h t i n g tot bekendmaking van misdrijven waarvan een arts kennis heeft gekregen in het kader van zijn beroepsuitoefening? Anders gesteld : bestaat er een wettelijke bepaling die de arts, onder bedreiging met strafsancties, verplicht misdrijven aan de bevoegde overheid te melden.

1. Art. 20 K.B. 31 mei 1885

946 Art. 20 K.B. 31 mei 1885 verplicht iedere arts "geroepen in de gevallen die tot een gerechtelijk onderzoek zouden aanleiding kunnen geven, zo b.v. vergiftiging, onmiddellijk aan de gerechtelijke overheid ervan kennis (te) geven" (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 211/3).

947 In de recente literatuur en jurisprudentie bestaat er eensgezindheid over dat dit artikel geen verplichting inhoudt om geheimen bekend te maken en misdrijven aan te geven. Wel lopen de opgegeven redenen uiteen.

Volgens sommigen kan een K.B. geen uitzondering bepalen op een wettelijk opgelegde zwijgplicht (HANNEQUART, Y., *a.w.*, 1171; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 189). Maar voor zover art. 20 K.B. 31 mei 1885 een geldige wettelijke basis heeft is dat argument niet doorslaggevend. Het K.B. 31 mei 1885 vindt steun in de Wet Uitoefening Geneeskunst die de Wet van 12 maart 1818 waarop het K.B. 31 mei 1885 aanvankelijk steunde heeft vervangen. Ernstiger is het argument dat art. 20 K.B. 31 mei 1885 van in het begin was aangetast door onwettigheid (DUMON, F., *a.w.*, 20). Noch de Wet van 12 maart 1818, noch de Wet Uitoefening Geneeskunst hebben de Koning de bevoegdheid gegeven een zo ruim gestelde verplichting op te leggen tot bekendmaking van geheimen. Volgens DUMON loopt de arts die gevolg zou geven aan art. 20 het risico strafrechtelijk en tuchtrechtelijk te worden veroordeeld.

Het Hof van Cassatie besliste dat "het geheim evenmin wordt beperkt door het voorschrift van K.B. 31 mei 1885 ... nu die wettelijke bepaling de afwijkingen op de genoemde regel niet kon uitbreiden buiten de door haarzelf gestelde grenzen" (Cass., 14 juni 1965, *J.T.*, 1965, 486; *Pas.*, 1965, I, 1102, noot; *Rev. Adm.*, 1965, 10; Cass., 30 oktober 1978, *Arr. Cass.*, 1979, 235; *Pas.*, 1979, I, 248; *R.W.*, 1978-79, 2232; *J.T.*, 1979, 369; *R.D.P.*, 1979, 293, noot R.S.; *De Verz.* 1979, 91, noot J.R., *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1979, 55, noot GROSEMANS, R.). Het Hof van Cassatie lijkt, anders dan DUMON, een interpretatie van art. 20 waardoor deze bepaling een wettelijk karakter heeft niet uit te sluiten. Maar in dat geval kan art. 20 wel niet de verplichting inhouden geheimen bekend te maken (in de zinsnede : "buiten de door haarzelf gestelde grenzen" slaat "haarzelf" dan op art. 20 K.B. 31 mei 1885 en niet op art. 458 Sw., zoals in de samenvatting van het arrest van het Hof van Cassatie van 30 oktober 1978 in de Pasicrisie wordt gesuggereerd. Zelf ben ik er in het "Overzicht van rechtspraak 1970-1984" eveneens van uitgegaan dat "haarzelf" sloeg op art. 458 Sw. Bij nader inzien heeft dat minder zin)(NYS, H., *a.w.*, 1269, nr. 41).

De feiten die ten grondslag hebben gelegen aan beide cassatiearresten betroffen telkens een mis-

drijf waaraan de patiënt zich schuldig had gemaakt. In het eerste geval een zwangerschapsafbreking; in het tweede geval het afleggen van valse verklaringen. Uit deze arresten kan dan ook worden besloten dat art. 20 geen verplichting inhoudt aangifte te doen van een misdrijf waaraan een patiënt zich heeft schuldig gemaakt. Vast staat ook dat de niet-naleving van art. 20 K.B. 31 mei 1885 niet strafrechtelijk kan worden beteugeld (Gent, K.I., 5 januari 1971, *R.W.*, 1970-71, 1714, concl. Proc. Gen. MATTHIJS, J.). Art. 44 K.B. 31 mei 1885 stelt de overtredingen van de bepalingen van het K.B. strafbaar met de straffen bepaald in de Wet van 12 maart 1818. Die wet werd opgeheven door art. 50, §1 Wet Uitoefening Geneeskunst (DASSEN, A., "Kindermishandeling en het beroepsgeheim van de geneesheer", *R.W.*, 1972-73, 936; HUYBRECHTS, L., "Aangifte van misdrijven", *Comm. Strafr.*, Antwerpen, Kluwer, losbl., nr. 18).

2. Art. 30 Sv.

948 Art. 30 Sv. bevat een algemene verplichting tot aangifte in hoofde van de burger die getuige is geweest van een aanslag, hetzij tegen de openbare veiligheid, hetzij op iemands leven of eigendom.

Het nalaten van deze verplichting wordt ook in dit geval alsdusdanig niet strafrechtelijk beteugeld (HUYBRECHTS, L., *a.w.*, nr. 18).

Bovendien zal de arts doorgaans geen getuige zijn van de aanslag tegen iemands leven doch met de gevolgen van de aanslag worden geconfronteerd wanneer hij het slachtoffer ervan verzorgt, of met de pleger van de aanslag, wanneer hij deze laatste verzorgt.

I. PLICHT TOT WAARSCHUWING VAN DERDEN OP GROND VAN ART. 422*BIS* SW.

949 De vraag die hier aan de orde wordt gesteld is of art. 422*bis* Sw. in een bepaald geval de plicht kan inhouden een geheim bekend te maken aan derden. Met andere woorden : kan de hulpverleningsplicht alszodanig voorrang hebben op de zwijgplicht?

Doorgaans wordt de vraag vanuit een andere invalshoek bekeken, nl. vanuit het conflict dat zich voordoet tussen twee evenwaardige plichten. Zie verder, nr. 958 e.v. Hier wordt onderzocht of de hulpverleningsplicht alszodanig zwaarder kan wegen dan de zwijgplicht.

950 De in nr. 949 gestelde vraag kan zich voordoen wanneer een arts geconfronteerd wordt met een HIV-seropositieve patiënt die weigert zijn partner op de hoogte te brengen van de besmetting. Maar er zijn ook andere situaties denkbaar, zoals het waarschuwen van derden voor de moordplannen van een patiënt.

Volgens VANSWEEVELT zou uit art. 422*bis* Sw. volgen dat "bij voorlichtingsweigering van de patiënt de arts niet gerechtigd maar v e r p l i c h t is de partner te waarschuwen teneinde diens fysieke integriteit te vrijwaren. De waarschuwingsverplichting veronderstelt de vervulling van 2 voorwaarden: a) de patiënt weigert zijn partner over het gevaar in te lichten; b) de derde moet in voorzienbaar gevaar verkeren (VANSWEEVELT, T., *Aids en recht*, 55-56). Art. 422*bis* eist dat de persoon die geholpen dient te worden in "groot" gevaar verkeert. Voorzienbaar gevaar volstaat op zichzelf niet. Afgezien hiervan - het gaat om een feitenkwestie - valt niet in te zien om welke reden de hulpverleningsplicht, aangenomen dat hij bestaat, zonder meer zou primeren op de zwijgplicht. De stelling van VANSWEEVELT komt er op neer dat art. 422*bis* Sw. een "wet" uitmaakt

die in welbepaalde gevallen verplicht geheimen bekend te maken. Argumenten hiervoor ontbreken. Dat zich een conflict kan voordoen tussen de hulpverleningsplicht aan een derde en de zwijgplicht tgo. de patiënt is aannemelijk. Dit conflict zal dan door een belangenafweging geval per geval moeten worden opgeheven. Zonder meer stellen dat de hulpverleningsplicht, omdat hij bestaat, de zwijgplicht zou verdringen gaat te ver.

§4. Geheimhoudingsplicht en rechtvaardigingsgronden

951 Art. 458 Sw. mag niet worden losgezien van de algemene systematiek van het strafrecht. Behalve de uitzonderingen die in art. 458 Sw. zelf of op basis van een uitdrukkelijke wetsbepaling zijn voorzien en die hierboven werden behandeld, kunnen uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht ook voortvloeien uit de toepasselijkheid in een concreet geval van een rechtvaardigingsgrond (zie DE NAUW, A., "La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité", noot onder Cass., 13 mei 1987, *R.C.J.B.*, 1989, 609). Hieronder worden de rechtvaardigingsgronden die tot nog toe in rechtspraak en rechtsleer werden aanvaard, besproken.

A. TOESTEMMING VAN DE PATIËNT

952 Over de toestemming van de benadeelde als rechtvaardiging van een misdrijf schrijven DUPONT en VERSTRAETEN : "Niemand kan er rechtsgeldig in toestemmen dat afbreuk gedaan zou worden aan bepaalde rechtsgoederen die door de wetgever zo belangrijk worden geacht dat hij de vrije beschikking erover aan de burgers onttrekt (...). Men kan derhalve zeggen dat de toestemming van het slachtoffer niet als rechtvaardigingsgrond kan gelden (...). In bepaalde gevallen heeft de wetgever precies het vrije beschikkingsrecht van individuen over rechtsgoederen willen waarborgen" (DUPONT en VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, nr. 392-394).

Als rechtsgoederen waarover geheel of gedeeltelijk vrij beschikt kan worden, vermeldt DUPONT het eigendomsrecht en de seksuele vrijheid. Als zodanig wordt de beschikking over gegevens die onder de geheimhoudingsplicht vallen niet vermeld.

953 In de rechtsliteratuur is een duidelijke strekking aanwezig om het vrije beschikkingsrecht van de patiënt over de gegevens die onder de geheimhoudingsplicht vallen, te erkennen. Anders gezegd : de arts die, op verzoek of met toestemming van de patiënt, de geheimhoudingsplicht niet eerbiedigt, pleegt geen misdrijf. De patiënt kan de arts van zijn geheimhoudingsplicht ontslaan.

Zie voor een overzicht van deze literatuur, het "Overzicht van rechtspraak 1970-1984" (NYS, H., *a.w.*, 1264, nr. 30; meer recent werd deze opvatting ook nog verdedigd door DIERKENS, R., "Beroepsgeheim en recht", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 263; DUMON, F., *a.w.*, 21 en 26; VAN NESTE, F., "Het medisch beroepsgeheim", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, nr. 4).

954 De rechtspraak blijft over deze kwestie verdeeld.

Volgens GROSEMANS maakte het cassatiearrest van 30 oktober 1978 "een einde aan een controverse over de vraag of de toestemming van de patiënt, waarbij de geneesheer van het beroepsgeheim wordt ontheven, voldoende is om de geneesheer zijn vrijheid terug te geven" (GROSEMANS, R., noot onder Cass., 30 oktober 1978, *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1979, 55-70). Dit cassatiearrest stelt wat volgt : "Het beroepsgeheim raakt de openbare orde en de zieke kan daarover niet beschikken; de geneesheer wordt niet ontheven van het geheim door de omstandigheid dat de zieke zou hebben ingestemd met het verspreiden van de door hem aan de geneesheer gedane confidenties" (Cass., 30 oktober 1978, *Arr. Cass.*, 1979, 235; *Pas.*, 1979, I, 248; *R.W.*, 1978-79, 2232; *J.T.*, 1979, 369; *R.D.P.*, 1979, 293, noot R.S.; *De Verz.*, 1979, 91, noot J.R., *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1979, 55, noot GROSEMANS, R.). Alle hoven van beroep die zich dienden uit te spreken over deze kwestie, hebben dit overgenomen (Arbh. Bergen, 5 september 1980, *J.T.*, 1980, 742, noot GROSEMANS, R.; *J.T.T.*, 1981, 107; *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1981, 151, noot GROSEMANS, R.; *R.D.P.*, 1981, 99, noot R.G., *T.S.R.*, 1981, 71); Luik, 22 januari 1981, *Jur. Liège*, 1981; Brussel, 3 februari 1981, *Vl. T. Gez.*, 1981-82, 38; Gent, 21 juni 1984, *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 455). Daarmee lijkt de controverse in de rechtspraak inderdaad beslecht. Toch is dat niet helemaal zo.

De lagere rechtspraak heeft zich daar nog niet bij neergelegd en aanvaardt, uitzonderlijk, dat een persoon op anticipatieve en uitdrukkelijke wijze een arts ontslaat van zijn zwijgplicht (Rb. Leuven, 5 januari 1979, *Vl. T. Gez.*, 1981-82, 32, noot NYS, H.). Belangrijker is dat de Hoven van Beroep te Brussel en Luik hun positie lijken te herzien (Luik, 23 december 1988, *Jur. Liège*, 1989, 432, noot HENRY, P.). HENRY verwijst in zijn noot naar niet gepubliceerde arresten van Luik, 21 november 1988 en vooral van Brussel, 7 februari 1989. Daarin heeft dat Hof aanvaard dat de erfgenamen van een overleden patiënt diens behandelende arts kunnen ontslaan van zijn zwijgplicht wanneer zulks onontbeerlijk is voor de vrijwaring van de belangen van de overledene en de eigen morele en materiële belangen van de erfgenamen.

Vooralsnog heeft het Hof van Cassatie zich nog niet in een andere zin uitgesproken hoewel sommigen het arrest van 9 februari 1988 zo hebben geïnterpreteerd (zie verder, nr. 968). Wel heeft zich bij de auteurs die het cassatiearrest van 30 oktober 1978 bekritiseren, ook de vroegere Procureur-Generaal DUMON gevoegd (DUMON, F., *a.w.*, 30). Uit het openbare orde karakter van de geheimhoudingsplicht afleiden dat de patiënt die verplichting niet kan opheffen is volgens DUMON geenszins pertinent. Vanzelfsprekend is de geheimhoudingsplicht van openbare orde. Maar de toestemming of het verzoek van de patiënt maakt een bekendmaking mogelijk : "celle-ci ne méconnaît aucune règle d'ordre public ou non" (DUMON, F., *a.w.*, 30). Ook het arrest van het Hof van Justitie te Luxemburg van 10 juni 1980 wordt door sommige auteurs in verband gebracht met de toestemming van de patiënt en een voorbode genoemd van een zwenking van de cassatierechtspraak (zie hieromtrent het "Overzicht van rechtspraak 1970-1984", NYS, H., *a.w.*, 1264, nr. 30-33; CLAESSENS, H., "Le point de vue de l'assureur", *Cons. Man.*, 1987, 56 en DUMON, F., *a.w.*, 27-28 stellen hoge verwachtingen in dit arrest).

955 De Code van geneeskundige plichtenleer vertolkt in art. 64 eenzelfde opvatting als het cassatiearrest van 30 oktober 1978 : "de verklaring van een zieke waarbij hij zijn geneesheer ontheft van zijn zwijgplicht, volstaat niet om de geneesheer van zijn verplichting te ontslaan".

Er gaat overigens een onmiskenbare invloed uit van de Code van geneeskundige plichtenleer op de rechtspraak inzake de toestemming van de patiënt (zie NYS, H., "Het medisch beroepsgeheim en de aflevering van een geneeskundige verklaring", *Vl. T. Gez.*, 1981-82, 37).

Er zijn overigens tekenen die erop wijzen dat ook in de medische deontologie meer rekening wordt gehouden met de wil van de patiënt inzake de geheimhouding van gegevens die op hem betrekking hebben. In een advies van de Nationale Raad van de orde der geneesheren van 13 juli 1981 (*T. Orde Gen.*, 1981, afl. 29, 42 e.v.) over het verstrekken van inlichtingen aan de politie over een

patiënt die via de dienst-100 na een ongeval op de openbare weg in een ziekenhuis wordt opgenomen, blijkt dit duidelijk. Wanneer de patiënt oordeelsbewust is en zijn wil geldig kan uiten dan kan de arts, met toestemming van de patiënt, een algemene beschrijving geven van de opgelopen verwondingen en van de ernst ervan. Kan de patiënt geen toestemming geven dan moet de arts zich beperken tot een zeer algemene beschrijving van zijn toestand. Ook wat de vraag om inlichtingen door een verzekeringsmaatschappij betreft wordt in het advies gesteld dat met toestemming van de patiënt inlichtingen over de opgelopen letsels mogen worden verstrekt. Na verzoek van een Procureur-Generaal om bijkomende inlichtingen werd dit advies op 9 oktober 1982 bevestigd (*T. Orde Gen.*, 1982, afl. 31, 18). Er werd aan toegevoegd dat ook de identiteit van het slachtoffer aan de politie mag worden meegedeeld (*T. Orde Gen.*, 1982, afl. 31, 17). Op 12 februari 1983 werd het advies "vervolledigd" in die zin dat ook een raming van de duur van de arbeidsongeschiktheid mag worden meegedeeld (*T.Orde Gen.*, 1982-83, afl. 31, 25-26).

956 Door de toestemming van de patiënt wordt de wederrechtelijkheid van de schending van de geheimhoudingsplicht opgeheven.

In dit verband rijst nog de vraag op welk rechtsgoed deze vrije beschikking van de patiënt betrekking heeft. Het beschikkingsrecht van de patiënt over de gegevens die onder de geheimhoudingsplicht vallen is geen eigendomsrecht. Beroepsgeheim staat in verband met persoonlijkheidsrechten en niet met vermogensrechten (VAN NESTE, F., *a.w.*, 1989, 197, nr. 3). Art. 458 Sw. bevindt zich in titel VIII van het Sw., "Misdaden en wanbedrijven tegen personen". Het geheim zelf kan op zich niet het voorwerp zijn van zakelijke rechten. Het materieel substraat waarin het geheim is opgenomen, b.v. een medisch dossier, een magneetband e.d., kan wel het voorwerp zijn van een zakelijk recht (zie SCHUTYSER, K., "Eigendomsrecht en medische dossiers", *R.W.*, 1983-84, 3021-3048)(zie verder, nr. 1010).

957 De toestemming van de patiënt zal moeten beantwoorden aan de voorwaarden die in het algemeen worden gesteld aan de toestemming van de benadeelde als rechtvaardigingsgrond. Dit betekent dat de toestemming op voorhand moet zijn gegeven; dat zij vrij en dus met kennis van zaken wordt gegeven en dat degene die toestemt de enige belanghebbende mag zijn (DUPONT, L., *Beginselen van strafrecht*, Acco, Leuven, 1980, vol. 1, 175).

De toestemming heft de wederrechtelijkheid van de bekendmaking op. Een verplichting tot bekendmaking kan de toestemming van de patiënt niet bewerkstelligen.

B. NOODTOESTAND EN AANGIFTE VAN MISDRIJVEN

958 DUPONT en VERSTRAETEN definiëren de noodtoestand als een situatie waarin het overtreden van strafrechtsbepalingen en het schenden van strafrechtelijk beschermde rechtsgoederen en rechtsbelangen het enige middel is om andere-belangrijker-rechtsgoederen of rechtsbelangen te vrijwaren. Bij noodtoestand staat men voor de keuze : hetzij de Strafwet te respecteren en te dulden dat iemands rechtsgoederen of rechtsbelangen geschonden worden; hetzij de Strafwet te overtreden en een rechtsgoed van een lagere orde op te offeren voor een rechtsgoed of rechtsbelang van een hogere orde (DUPONT, en VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, nr. 381).

De bescherming van het privé-leven van een patiënt en van de vertrouwensre-

latie tussen arts en patiënt is geen absolute waarde of belang. Die bescherming kan in conflict komen met de bescherming van andere waarden en belangen zoals de opsporing van misdadigers, de bescherming van minderjarigen tegen mishandeling e.d. Vermits art. 458 deel uitmaakt van het strafrecht is er op zich geen reden waarom bij de toepassing van dat artikel niet de in het Sw. voorziene mechanismen die ten voordele van de beklaagde kunnen werken, zouden spelen. Aldus de noodtoestand (zie DE NAUW, A., *a.w.*, 608-609; HENNAU, Chr. en VERHAEGEN, J., *a.w.*, 165; LAMBERT, P., *a.w.*, 46).

Het klassieke voorbeeld waarvan overigens in de rechtspraak geen sporen terug te vinden zijn is de arts wiens patiënt die treinbestuurder is epilepticus blijkt te zijn. In dat geval, zo wordt geleerd, zou de arts ter bescherming van het leven van de treinreizigers, de werkgever van de bestuurder op de hoogte mogen brengen van de ziekte, zonder dat hem een inbreuk op art. 458 Sw. kan worden aangewreven.

In de praktijk gaat het om meer genuanceerde, moeilijker te beoordelen situaties. Met name de aangifte van de patiënt die een misdrijf zou hebben gepleegd en die zich voor verzorging aanbiedt bij een arts of een ziekenhuis, geeft aanleiding tot delicate vragen. In het recente verleden werd getracht hierop een antwoord te formuleren door een beroep te doen op de noodtoestand.

1. Patiënt is dader

959 De klassieke opvatting luidt dat onder geen beding de dader van een misdrijf mag worden aangegeven aan de gerechtelijke overheid. In het arrest van 9 februari 1988 heeft het Hof van Cassatie deze opvatting in beginsel onderschreven : art. 458 Sw. bevat een verbod om feiten bekend te maken die aanleiding kunnen geven tot strafrechtelijke vervolgingen ten laste van de patiënt (Cass., 9 februari 1988, *Arr. Cass.*, 1988, 720-721; *Pas.*, 1988, I, 662). Geen enkele wettelijke bepaling verplicht de arts tot aangifte over te gaan (zie boven, nr. 945-948). De vervolging van een patiënt als vermoedelijke dader op grond van een dergelijke bekendmaking is nietig (Cass., 14 juni 1965, *Pas.*, 1965, I, 1102; *J.T.*, 1965, 486; Gent, K.I., 5 januari 1971, *R.W.*, 1970-71, 1714, concl. Procureur-Generaal MATTHIJS, J.).

In geen van beide gevallen (zwangerschapsafbreking en kindermoord) werd een beroep gedaan op de noodtoestand. Het lag inderdaad geenszins voor de hand dat door de aangifte van deze misdrijven de arts nog het leven van iemand had kunnen beschermen.

960 Doch wanneer het misdrijf waaraan de hulpvrager zich heeft schuldig gemaakt en de omstandigheden waarin het misdrijf werd gepleegd laten vermoeden dat nog inbreuken op de fysieke integriteit of aanslagen tegen het leven kunnen volgen, zou een beroep op de noodtoestand wel aan de orde kunnen komen. Het Hof van Cassatie oordeelde dat b e h o u d e n s r e c h t v a a r d i g i n g s g r o n d art. 458 Sw. verbiedt om feiten bekend te maken die aanleiding kunnen geven tot strafrechtelijke vervolging ten laste van de patiënt (Cass., 9 februari 1988, *Arr. Cass.*, 1988, 720; *Pas.*, 1988, I, 662). Deze uitspraak bevestigt ondubbelzinnig hetgeen het Hof van Cassatie in de arresten van 8 mei 1985 (*Arr. Cass.*, 1985, 1219; *Pas.*, 1985, I, 1106) en vooral 13 mei

1987 (*Arr. Cass.*, 1987, 1203; *Pas.*, 1987, I, 1061; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 173, noot VAN LIL, M.; *J.T.*, 1988, 170-171; *Jur. Liège*, 1987, 1165-1168, noot HANNEQUART, Y.; *J. Proc.*, 1987, afl. 111, 30-31 *R.C.J.B.*, 1989, 588, noot DE NAUW, A.) had laten doorschemeren.

Zo oordeelde de K.I. te Luik dat de strafvordering tegen een druggebruiker niet nietig was, hoewel zij was gebaseerd op feiten die aan het licht waren gekomen d.m.v. de schending van de geheimhoudingsplicht van een arts. Deze arts, hoofd van de reanimatieafdeling van een ziekenhuis, had spontaan de rijkswacht op de hoogte gebracht van de opname van een slachtoffer van een overdosis heroïne. Toen dit zich herhaalde, bevestigde hij schriftelijk tegenover de politie de opname van die persoon wegens een overdosis (in het laatste geval was de politie reeds verwittigd door de dienst-100). Het O.M. oordeelde dat de strafvordering tegen de patiënt was gebaseerd op een flagrante schending van de geheimhoudingsplicht en dat zij derhalve nietig was. Zonder zich uit te spreken over een mogelijke schending van die plicht oordeelde de K.I. dat de arts zich had kunnen bevinden in een noodtoestand, rekening houdend met het gevaar dat de betrokkene vormde voor zichzelf en voor anderen enerzijds en art. 422*bis* Sw. anderzijds (Luik, K.I., 6 maart 1985, *Jur. Liège*, 1985, 661, concl. SPIRLET, A., noot F.P.)

Tegen dit arrest werd in de voorziening in cassatie o.a. aangevoerd dat het niet naar recht was verantwoord omdat de voorwaarden voor het bestaan van een noodtoestand niet waren vastgesteld en evenmin de aanwezigheid van de voorwaarden van art. 422*bis* Sw. Het Hof van Cassatie oordeelde dat deze middelen geen verband hielden met de bevoegdheid en de ontvankelijkheid van de strafvordering en uitsluitend betrekking hadden op de regelmatigheid van het voorbereidend onderzoek. Ook de andere middelen werden afgewezen (Cass., 8 mei 1985, *Arr. Cass.*, 1985, 1219; Pas., 1985, I, 1106).

In zijn commentaar bij het arrest van de K.I. acht PIEDBOEUF de argumentatie ervan weinig overtuigend en voor discussie vatbaar. Het beroep op de hulpverleningsplicht als rechtvaardiging voor een schending van de zwijgplicht tast het wezen zelf aan van die zwijgplicht. Bovendien waren de voorwaarden voor het bestaan van de hulpverleningsplicht niet eens vervuld. Zo maakt het arrest niet duidelijk hoe de aangifte als hulp zou kunnen worden beschouwd (PIEDBOEUF, F., "Réveil ou déclin des droits de l'homme", *Jur. Liège*, 1985, 666).

Ook HENNAU en VERHAEGEN gaven uiting aan hun bezorgdheid n.a.v. dit arrest. Zij zien er de uitdrukking in van een neiging om voorrang te geven aan de bescherming van de samenleving tegen criminaliteit en wettelijke waarborgen zoals het beroepsgeheim hieraan ondergeschikt te maken (HENNAU, Chr. en VERHAEGEN, J., *a.w.*, 166).

Afgezien van beide kritische commentaren, in het laatste geval nog veeleer terloops, is deze uitspraak vrijwel onopgemerkt gebleven. Wellicht is dit te verklaren doordat aan de vraag die hier aan de orde is, nl. of de arts zijn geheimhoudingsplicht schendt wanneer hij een patiënt die een misdrijf heeft gepleegd aangeeft, werd voorbijgegaan. De K.I. achtte het niet haar opdracht hierop een antwoord te geven.

961 Geheel anders verliep het met een ander arrest van de K.I. te Luik, waarin de vraag naar de mogelijke schending van de geheimhoudingsplicht wel centraal stond (Luik, K.I., 22 januari 1987, *Pas.*, 1987, II, 79-80, concl. Adv. Gen. MASSA, H.; *J.T.*, 1988, 174; *Jur. Liège*, 1987, 217).

Deze uitspraak betrof de klacht van enkele personen tegen een arts aan wie werd verweten dat hij zijn beroepsgeheim zou hebben geschonden jegens zijn vriendin en tegenover leden van de B.O.B. Op grond van verklaringen van de arts had men de klagers, die gezocht werden wegens het gijzelen van een persoon kunnen inrekenen. Na hun aanhouding dienden zij klacht in tegen deze arts wegens schending van zijn geheimhoudingsplicht. De K.I. besliste tot buitenvervolgingstelling van de arts. Ook al vermeldt art. 458 Sw. slechts twee gevallen waarin een arts is ont-

heven van zijn geheimhoudingsplicht, nl. de getuigenis in rechte en de wettelijke verplichting tot bekendmaking, kan de toepassing van een rechtvaardigingsgrond niet worden uitgesloten. *In casu* aanvaardde de K.I. het bestaan van een noodtoestand, m.n. een conflict tussen de geheimhoudingsplicht en de morele plicht om aan de handhaving van de orde mee te werken door de verblijfplaats bekend te maken van personen die actief worden opgespoord omwille van ernstige misdrijven en waarvan mag worden verwacht dat zij opnieuw feiten zullen plegen die een groot gevaar inhouden voor de veiligheid van anderen.

Geconfronteerd met een dergelijk conflict van plichten, waarvan de naleving uiteenlopende waarden en belangen beschermt, was de arts volgens de K.I. geenszins verplicht tot bekendmaking van het schuiladres van de misdadigers, ook niet op verzoek van de B.O.B. De keuze tussen beide plichten kwam aan de betrokkene zelf toe. De keuze ten voordele van bekendmaking kon, gelet op de bijzondere omstandigheden, door het "sociale geweten" niet enkel dan worden goedgekeurd.

962 Het Hof van Cassatie was van oordeel dat de Luikse K.I. op grond van de beschreven feiten, zonder de art. 71 en 458 Sw. te schenden heeft kunnen beslissen dat de door de arts aangevoerde noodtoestand in aanmerking moest worden genomen, aangezien hij, gelet op de waarde van de met elkaar in conflict verkerende plichten en gelet op de dreiging van een ernstig kwaad voor anderen, redenen had om aan te nemen dat hem ter vrijwaring van een hoger belang geen andere weg openstond dan de feiten te plegen die hem werden verweten (Cass., 13 mei 1987, *Arr. Cass.*, 1987, 1203; *Pas.*, 1987, I, 1061; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 173, noot VAN LIL, M.; *J.T.*, 1988, 170-171; *Jur. Liège*, 1987, 1165-1168, noot HANNEQUART, Y.; *J. Proc.*, 1987, afl. 111, 30-31; *R.C.J.B.*, 1989, 588, noot DE NAUW, A.).

963 De reacties in de rechtsleer op beide uitspraken waren zeer uiteenlopend.

HANNEQUART keurde de uitspraak goed; gezien de zeer bijzondere omstandigheden van de zaak, lag een beroep op de noodtoestand voor de hand (HANNEQUART, Y., noot onder Cass., 13 mei 1987, *Jur. Liège*, 1987, 1165-1168, in dezelfde zin, DE NAUW, A., *a.w.*, 611; zie ook SCEVENS, R., "Het medisch geheim", *T. Orde Gen.*, 1989, afl. 48, 58-60). De uitspraak houdt overigens in dat het schuiladres van misdadigers alszodanig onder de geheimhoudingsplicht valt zoniet was een beroep op de noodtoestand overbodig geweest. Voorts waarschuwt HANNEQUART voor een evolutie waardoor het uiteindelijke oordeel over het doorbreken van het geheim niet meer bij de arts maar bij de rechter zou worden gelegd.

HENNAU en VERHAEGEN analyseren deze jurisprudentie vanuit de definitie van noodtoestand als een kritieke, uitzonderlijke en moeilijk te voorziene situatie. De kernvraag is dan of het sociaal belang dat de aanhouding van misdadigers zeker vertoont kan worden beschouwd als een dergelijke situatie. Die vraag beantwoorden zij ontkennend.

De voorkoming van misdadigheid in het algemeen en zelfs van zware criminaliteit vormt geen uitzonderlijke omstandigheid die een schending van art. 458 Sw. zou kunnen rechtvaardigen. Zij beroepen zich op de straffeloosheid van het verbergen van vervolgde of veroordeelde personen.

Voorts vragen zij zich af of wellicht een andere uitzonderlijke omstandigheid de inbreuk op art. 458 Sw. kon rechtvaardigen. Aldus de aanwezigheid van een ernstig en dreigend gevaar voor anderen. Ook hiervan trekken HENNAU en VERHAEGEN de ernst in twijfel.

Besluitend kan de commentaar van HENNAU en VERHAEGEN als volgt samengevat worden. Een inbreuk op art. 458 Sw. is gerechtvaardigd wanneer hierdoor een ernstig en dreigend gevaar voor anderen kan worden afgewend. *In casu* was het bestaan van dit gevaar niet aangetoond (HEN-

NAU, Chr. en VERHAEGEN, J., *a.w.*, 165-167). Ook LEGEIN meende dat in dit geval van een noodtoestand niet kon worden gesproken (LEGEIN, M., "Le secret professionnel du médecin", *J. Proc.*, 1987, afl. 111, 15).

Sommige commentaren gaan verder en beschouwen de uitspraken als "een duidelijke zwenking, zoniet ommekeer", omdat zij "duidelijk afwijken van een tot dusver gevestigde rechtsleer en rechtspraak en van de geest die aan de redactie van art. 458 Sw. ten grondslag ligt" (DIERKENS, R., "Beroepsgeheim en recht", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 265-266). Met de gevestigde rechtspraak worden wellicht het cassatiearrest van 14 juni 1965 (Cass., 14 juni 1965, *Pas.*, 1965, I, 1102, noot; *J.T.*, 1965, 486) en het arrest van de Gentse K.I. (Gent, K.I. 5 januari 1971, *R.W.*, 1970-71, 1714, concl. Procureur-Generaal MATTHIJS, J.) bedoeld. Een vergelijking gaat nochtans niet op omdat in geen van beide gevallen een beroep was gedaan op de noodtoestand ter rechtvaardiging van de aangifte van het misdrijf (zie boven, nr. 959). Dat de noodtoestand kan worden ingeroepen als rechtvaardiging voor een inbreuk op het beroepsgeheim kan in redelijkheid niet worden betwist. Het arrest van het Hof van Cassatie, 9 februari 1988, heeft dat trouwens ondubbelzinnig bevestigd (Cass., 9 februari 1988, *Arr. Cass.*, 1988, 720; *Pas.*, 1988, I, 662; zie boven, nr. 960).

Of het beroep op de noodtoestand *in casu* voldoende verantwoord was, kan in twijfel getrokken worden. Men mag overigens niet uit het oog verliezen dat hier geen sprake is geweest van een spontane aangifte. De bekendmaking van het schuiladres is pas gebeurd nadat de misdadigers medisch waren verzorgd en nadat de B.O.B. op de hoogte was gesteld door de vriendin van de arts. Terecht wijst DE NAUW erop dat dit arrest geenszins de arts verplicht tot aangifte van de patiënt aan de gerechtelijke overheden. De beslissing aan welk belang voorrang wordt gegeven ligt bij de arts zelf (DE NAUW, A., *a.w.*, 612-613).

2. Patiënt is slachtoffer

964 Ook wanneer de patiënt het slachtoffer is van feiten die tot strafrechtelijke vervolging kunnen aanleiding geven is een constructie mogelijk, waarbij de arts zijn zwijgplicht doorbreekt met een beroep op de noodtoestand als rechtvaardiging.

In die zin heeft VAN NESTE zich uitgesproken : "Het actueel en reëel gevaar voor het leven of de gezondheid van derden kan in bepaalde gevallen een rechtvaardigingsgrond (noodtoestand) zijn om het zwijgen te verbreken. Bij het vaststellen van kindermishandeling kan deze rechtvaardigingsgrond voorhanden zijn" (VAN NESTE, F., *a.w.*, 1989, 201; zie ook DE NAUW, A., *a.w.*, 610).

965 In het arrest van 9 februari 1988 heeft het Hof van Cassatie evenwel een andere redenering gevolgd. Art. 458 Sw. beoogt de bescherming van de patiënt. Het verbod om feiten bekend te maken die aanleiding kunnen geven tot strafrechtelijke vervolging ten laste van de patiënt kan dan ook niet worden uitgebreid tot feiten waarvan de patiënt het slachtoffer zou zijn. Het nietig verklaren van de strafvordering tegen de dader van een misdrijf dat werd bekendgemaakt door een personeelslid van het ziekenhuis waar het slachtoffer wordt verzorgd schendt art. 458 Sw.

In dit arrest (Cass., 9 februari 1988, *Arr. Cass.*, 1988, 720; *Pas.*, 1988, I, 662) beroept het Hof van Cassatie zich niet op een rechtvaardigingsgrond (een rechtvaardigingsgrond komt wel ter sprake ingeval de patiënt dader is van het misdrijf; zie boven, nr. 959). Veeleer lijkt het Hof van Cassatie te steunen op de bedoeling van art. 458 Sw., nl. de bescherming van de patiënt. Het verhinderen van de bestraffing van de dader van het misdrijf waarvan de patiënt slachtoffer is geweest, is met die bedoeling klaarblijkelijk in strijd. Overigens oordeelt het Hof niet dat feiten

waarvan de patiënt het slachtoffer is geweest, niet onder het beroepsgeheim zouden vallen. Wel strekt het verbod tot bekendmaking aan de gerechtelijke overheid dat in het beroepsgeheim ligt besloten, zich niet uit tot deze feiten. Voor het overige blijft het beroepsgeheim zonder meer gelden.

966 Van een juridisch afdwingbare verplichting tot aangifte van misdrijven waarvan de patiënt het slachtoffer is, in het bijzonder van kindermishandeling, is geen sprake. Noch art. 20 K.B. 31 mei 1885 noch art. 30 Sv. voorzien sancties in geval van niet-naleving van de aangifteplicht die deze bepalingen bevatten (zie boven, nr. 945).

Sommige auteurs verdedigen wel de opvatting dat de arts verplicht is over te gaan tot de aangifte wanneer de patiënt het slachtoffer is geweest van een misdrijf (in deze zin BLANPAIN, R., "Juridische aspecten van het beroepsgeheim", *R.W.*, 1965-66, 287; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 190). Van een mogelijk conflict tussen aangifte en geheimhouding kan geen sprake zijn, vermits art. 458 Sw. niet van toepassing is. De geheimhoudingsplicht betreft slechts de arts-patiëntrelatie, terwijl de arts hier gegevens over een derde verneemt en bekendmaakt. Voor wat kindermishandeling betreft nuanceren RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT hun standpunt. Als de ouders de daders zijn en zij patiënt zijn bij dezelfde arts als het kind dan geldt toch de geheimhoudingsplicht (in dezelfde zin, DELVOYE, G., "Oudergeweld rond wieg en kinderledikant", *R.W.*, 1979-80, 2151). Maar wanneer ondanks herhaalde waarschuwingen van de arts de mishandelingen verder gaan, zou toch weer opnieuw een aangifteverplichting kunnen ontstaan. De Minister voor Volksgezondheid sloot zich bij deze opvatting aan in antwoord op een parlementaire vraag (*Vr. en A.*, Kamer, 1979-80, 20 november 1979, 330, Vr. nr. 143 VAN CAUWENBERGHE).

Andere auteurs stellen zich genuanceerder op (zie DASSEN, A., "Kindermishandeling en het beroepsgeheim van de geneesheer", *R.W.*, 1972-73, 936; DE NAUW, A., *a.w.*, 610-611 spreekt over een mogelijkheid tot aangifte, geen plicht; zie ook HUTSEBAUT, F., "Kindermishandeling en justitie", in CLARA, R., (e.d.), *Kindermishandeling en -verwaarlozing in Vlaanderen*, Leuven, Acco, 1990, 161.

Het nalaten van een wettelijk verplichte aangifte kan onrechtstreeks onder de Strafwet vallen. Wie een wettelijke plicht heeft het misdrijf op te sporen en eraan medewerkt door het bewust te laten begaan kan als mededader of medeplichtige beschouwd worden (HUYBRECHTS, L., *a.w.*, 15, nr. 18). Tot de wettelijke plichten van de arts behoort niet het opsporen van misdrijven.

Verder zou een aangifte kunnen zijn de hulp die krachtens art. 422*bis* Sw. moet worden verleend aan iemand die in groot gevaar verkeert. Daarover zal de feitenrechter uitspraak moeten doen.

Art. 61 Code van geneeskundige plichtenleer lijkt wel een verplichting op te leggen aan de arts: "Wanneer de geneesheer meent dat een minderjarige wordt mishandeld, ondervoed is of onvoldoende verzorgd, dient hij de ouder, de voogd of de gerechtelijke overheid hiervan op de hoogte te brengen".

Deze code is tot nu toe door de Koning niet bindend verklaard (zie boven, nr. 142). Bovendien geeft art. 61 laatste lid aan de betrokken arts nogal wat marge : "In al deze gevallen treedt de geneesheer in de eerste plaats op om het slachtoffer te beschermen".

(Zie hierover ook RENAER, M., "De orde der geneesheren en het probleem van de kindermishandeling", in CLARA, R., *a.w.*, 145; LUYCKX, J., "Kindermishandeling en medisch beroepsgeheim (art. 458 Sw.)", *Limb.Rechtsl.*, 1979, 61-62).

967 Dat er van een juridisch afdwingbare plicht tot aangifte van kindermishandeling thans geen sprake is, betekent niet dat de arts die hiermee wordt geconfronteerd volledig op zichzelf zou (moeten) zijn aangewezen.

Wanneer de mishandeling van die aard is dat er een ernstige bedreiging van uit gaat voor de integriteit van het kind zal het beroepsgeheim hem niet beletten aangifte te doen van het misdrijf aan de bevoegde overheid.

Bovendien kan hij een beroep doen op een van de erkende centra voor hulpverlening inzake kindermishandeling (Besluit Vlaamse Executieve van 8 juli 1987 houdende vaststelling van de voorwaarden voor erkenning en subsidiëring van centra voor hulpverlening inzake kindermishandeling, *B.S.*, 15 januari 1988; zie voor de Franse Gemeenschap, Decreet van 29 april 1985 betreffende de bescherming van de mishandelde kinderen, *B.S.*, 12 juni 1985; vermeldenswaard is het advies van de Raad van State bij het voorstel dat tot dit decreet heeft geleid. Als regel van strafrecht behoort art. 458 Sw. niet tot de bevoegdheid van de Gemeenschap. Maar wanneer het effect van art. 458 Sw. zou zijn dat artsen en andere hulpverleners niet ongestraft hun meldingsplicht, die in het voorstel was voorzien, maar niet werd goedgekeurd, kunnen naleven tegenover de vertrouwensarts, dan zou het voorstel van decreet geen enkel resultaat kunnen hebben. Bijgevolg is de gemeenschap op grond van art. 10 Bijzondere Wet Hervorming Instellingen bevoegd om art. 458 Sw. aan te passen in het licht van de meldingsplicht die het voorstel op artsen en andere hulpverleners wilde leggen. (*Gedr. St.*, Cons. Comm. Fr., 1982-83, nr. 87/2)(Nys, H.,"De bevoegdheden van de Vlaamse Gemeenschap inzake gezondheidsbeleid", *T.B.P.*, 1990, 166).

968 Sommigen beschouwen het arrest van het hof van Cassatie van 9 februari 1988 als een ommekeer tgov. de vroegere rechtspraak van het Hof van Cassatie en met name tegenover het arrest van 30 oktober 1978 (in die zin COLLE, Ph., *a.w.*, 237, noot 35). In het arrest van 9 februari 1988 zou het Hof van Cassatie de zgn. functionele opvatting over het beroepsgeheim hebben aanvaard door uitdrukkelijk te stellen dat dit geheim strekt tot bescherming van de patiënt. Uit dit laatste afleiden dat het Hof van Cassatie hiermee aanvaard heeft dat een patiënt zijn arts kan ontslaan van zijn zwijgplicht is evenwel een voorbarige conclusie. Er is een verschil tussen het geheim opvatten ter bescherming van de patiënt en het geheim opvatten als ter beschikking staand van de patiënt.

C. WETTELIJK VOORSCHRIFT

969 Art. 70 Sw. bepaalt dat er geen misdrijf is wanneer het feit door de wet geboden is.

Alle wettelijke bepalingen die de arts verplichten geheimen bekend te maken kunnen worden beschouwd als toepassingen van de regel die art. 70 Sw. bevat, nl. dat een gedraging niet tegelijk rechtmatig en onrechtmatig kan zijn.

970 Volgens DUPONT en VERSTRAETEN kan met een wettelijk voorschrift worden gelijkgesteld de uitdrukkelijke toelating door de wet (DUPONT en VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht* nr. 352).

Als voorbeeld citeren zij het verbreken van het beroepsgeheim om in rechte te getuigen (zie boven, nr. 924).

971 Zelfs wat door de wet impliciet geduld of toegelaten wordt kan volgens hen met een wettelijk voorschrift worden gelijkgesteld.

Een aantal wettelijke bepalingen die, ten onrechte, worden gerangschikt bij verplichtingen tot bekendmaking, zoals de aflevering van een getuigschrift vóór gedwongen opname in een psychiatrisch ziekenhuis kunnen beter beschouwd worden als een expliciete of impliciete toelating van de wet de geheimen bekend te maken.

D. OVERHEIDSBEVEL (BLOEDMONSTERNEMING)

972 Volgens art. 70 Sw. is er geen misdrijf wanneer het feit door de overheid bevolen is. Ook van deze rechtvaardigingsgrond vindt men een toepassing op het gebied van de medische geheimhoudingsplicht.

Art. 63, §1 Wegverkeerswet legt de verplichting op een bloedmonster te laten nemen "door een daartoe opgevorderde geneesheer". K.B. 10 juni 1959 betreffende de bloedproef met het oog op het bepalen van het alcoholgehalte bevat nadere bepalingen i.v.m. het verrichten van bloedafnemingen. De arts die wordt opgevorderd mag zich hieraan niet onttrekken behoudens wanneer hijzelf een tegenindicatie heeft vastgesteld of wanneer de betrokken persoon een geldige reden tegen het nemen van het bloedmonster aanvoert (art. 1 K.B. 10 juni 1959). De niet-naleving van de opvordering buiten deze twee uitzonderingen is strafbaar (art. 10 W. 1 juni 1849; tot herziening van het crimineel tarief, *B.S.*, 21 juni 1849, HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 57/1).

Wanneer de bloedafneming bevolen wordt in het kader van de Wegverkeerswet, dient de opgevorderde arts bovendien een formulier in te vullen volgens het model in bijlage I bij het K.B. 10 juni 1959 (art. 2 K.B. 10 juni 1959). Daarin dient hij verslag te geven van zijn klinisch onderzoek en bevindingen bekend te maken die onder zijn geheimhoudingsplicht vallen zoals het vaststellen van symptomen van hersenschudding, het lijden aan enige kwalen en andere geneeskundige bevindingen die hij heeft vastgesteld.

973 De arts die opgevorderd wordt voor het nemen van een bloedmonster is derhalve niet enkel verplicht aan deze vordering gevolg te geven; bovendien dient hij een aantal vaststellingen bekend te maken op een formulier waarop de identiteit van de onderzochte is vermeld. Men kan hierin een toepassing zien van het wettelijk voorschrift. Beter lijkt het hier een beroep te doen op het overheidsbevel als rechtvaardigingsgrond, omdat deze bekendmaking geschiedt in het kader van een per geval besliste opvordering, in combinatie met het wettelijk voorschrift.

974 De arts die wordt opgevorderd voor het nemen van een bloedstaal en het opstellen van een verslag van het klinisch onderzoek wordt hierdoor iemand die optreedt als deskundige. Het is een algemeen aanvaarde regel dat de behandelend arts van een patiënt niet mag worden aangesteld als deskundige met het oog op het onderzoeken van deze patiënt vermits hij door een geheimhoudingsplicht is gebonden (Corr. Charleroi, 22 oktober 1980, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.444).

Een bijzondere toepassing van deze regel doet zich hier voor. Algemeen wordt aanvaard dat de behandelend arts van een persoon bij wie een bloedmonster dient te worden genomen, niet mag overgaan tot het opstellen van het klinisch verslag (Cass., 19 mei 1982, *Pas.*, 1982, I, 1099; *Jur. Liège*, 1983, 1, noot PIEDBOEUF, F., waardoor Corr. Luik, 7 december 1981, *Jur. Liège*, 1983, 4 werd bevestigd; zie verder Luik, 1 februari 1983, *Jur. Liège*, 1983, 166; Gent, 12 november 1985, *T.V.B.R.*, 1986, 6, met anonieme noot; Corr. Brussel, 8 maart 1984, *Pas.*, 1985, III, 4; Pol. Hasselt, 4 oktober 1985, *Limb. Rechtsl.*, 1986, 71-72; *T. Vred.*, 1987, 60-61; zie over dit alles

HUTSEBAUT, F., "De bloedproef en het beroepsgeheim van de geneesheer", *Panopticon,* 1984, 150-152; HUTSEBAUT, F., "Ademtest en bloedproef", *Comm. Strafr.*, Antwerpen, Kluwer, losbl., nr. 9; HUYBRECHTS, L., "En een bloedmonster nemen, en verzorgen", *R.W.*, 1989-90, 225-227). Desgevallend zal dit verslag uit de debatten worden geweerd. Wanneer dit verslag wordt opgesteld door de behandelend arts is het risico aanwezig dat hij zich zal laten leiden door zijn voorkennis als behandelend arts.

Als behandelend arts wordt beschouwd de arts die wachtdienst heeft in een ziekenhuis en de eerste verzorging heeft toegediend (Cass., 19 mei 1982, *Arr. Cass.*, 1982, 1154; *Pas.*, 1982, I, 1099; *Jur. Liège,* 1983, 1, noot PIEDBOEUF, F.; *R.D.P.*, 1983, 1018; Corr. Charleroi, 17 juni 1980, *J.T.*, 1980, 522; *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10.420; Corr. Brussel, 8 maart 1984, *Pas.*, 1985, III, 4; Pol. Namen, 27 februari 1981, *T. Vred.*, 1981, 5; *Jur. Liège,* 1981, 182; *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.542; Pol. Charleroi, 5 februari 1982, *R.D.P.*, 1982, 1006; *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 153; Pol. Hoei, 17 mei 1982, *R.D.P.*, 1982, 1007; *Jur. Liège,* 1982, 324).

Maar een behandelend arts kan zich op grond van zijn geheimhoudingsplicht niet onttrekken aan de verplichting het bloedstaal te nemen. Het nemen van een bloedstaal wordt door rechtspraak en rechtsleer *in casu* niet beschouwd als een medische maar een louter materiële handeling en de tevoren door de arts bij de patiënt gedane medische vaststellingen kunnen daarbij van geen invloed zijn (zie in deze zin, Cass., 19 maart 1962, *R.W.*, 1962-63, 751; *Pas.*, 1962, I, 798; *R.D.P.*, 1963, 359; Cass., 19 mei 1982, *Pas.*, 1982, I, 1099; *Jur. Liège,* 1983, 1, noot PIEDBOEUF, F., *R.D.P.*, 1983, 1018; Cass., 3 april 1985, *Arr. Cass.*, 1985, 1064-1065; *Pas.*, 1985, I, 975; Cass., 21 juni 1988, *Arr. Cass.*, 1988, 1378; Pas., 1988, I, 1272; Cass., 25 april 1989, *Arr. Cass.*, 1989, 989; *Pas.*, 1989, I, 883; *R.W.*, 1989-90, 224, noot HUYBRECHTS, L.; Luik, 1 februari 1983, *Jur. Liège,* 1983, 166; Corr. Luik, 7 december 1981, *Jur. Liège,* 1983, 4; *anders*, Corr. Charleroi, 17 juni 1980, *J.T.*, 1980, 552; *R.G.A.R.*, 1981, 10.420; Pol. Hoei, 17 mei 1982, *R.D.P.*, 1982, 1007; *Jur. Liège,* 1982, 324; Pol. Antwerpen, 9 november 1982, *Pas.*, 1983, III, 48; *De Pol.*, 1987, 83). LURQUIN heeft deze opvatting betwist. Naar zijn mening gaat het niet om een zuiver materiële handeling vermits de arts met mogelijke tegenindicaties die hem dus bekend moeten zijn of redenen opgegeven door de betrokkene kan rekening houden om niet tot de bloedafneming over te gaan. Voor zover de opgevorderde arts als behandelend arts op de hoogte is van een tegenindicatie, b.v. hemofilie, zal hij de opvordering dienen te weigeren (LURQUIN, P., *L'expertise médicale*, Brussel, Bruylant, 1989, 2; zie boven, nr. 54 waar de wetgeving, rechtspraak en rechtsleer wordt onderzocht i.v.m. de bloedafname als medische handeling. Men kan hierin een argument zien ten voordele van de opvatting die door LURQUIN wordt voorgestaan).

Voorts bepaalt art. 131 Code van geneeskundige plichtenleer dat de arts zich aan de vordering mag onttrekken wanneer de persoon die een bloedmonster moet afstaan, een van zijn patiënten is en op voorwaarde dat de vorderende overheid een beroep kan doen op een andere arts. Een door een arts genomen bloedstaal is evenwel niet nietig wegens het enkele feit dat het genomen is met miskenning van dit voorschrift van de code (Cass., 25 april 1989, *R.W.*, 1989-90, 244, noot HUYBRECHTS, L.).

§5. Andere uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht

A. DWALING

975 HENNAU en VERHAEGEN hebben in hun commentaar bij het cassatiearrest van 13 februari 1987 (zie boven, nr. 963) de vraag gesteld of, zo de noodtoestand niet was aanvaard, een veroordeling wegens schending van de geheimhoudingsplicht onvermijdelijk zou zijn geweest (HENNAU Chr. en VERHAEGEN, J., *a.w.*, 167).

Zo vragen zij zich af of hier geen toepassing kon worden gemaakt van de zgn. "putatieve noodtoestand". Daaronder wordt verstaan "een situatie waarin iemand verkeerdelijk meent zich in de

voorwaarden van noodtoestand te bevinden" (DUPONT en VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, nr. 391). Wanneer men een arts oproept voor een ernstig verkeersongeval en deze zich zo snel mogelijk, met overschrijding van de snelheidsbeperking, naar de plaats van het ongeval begeeft, doch het slechts om een grap ging, dan kan deze arts zich niet op noodtoestand beroepen. Volgens DUPONT en VERSTRAETEN zou de arts zich wel op een schuldopheffingsgrond, zoals de onoverwinnelijke dwaling, kunnen beroepen.

976 Volgens HENNAU en VERHAEGEN had de arts in kwestie zich op de onoverwinnelijk dwaling kunnen beroepen.

"La complexité de la situation, reconnue par la cour d'appel, les hésitations de la jurisprudence quant à la solution à donner à ce type de conflit et dont témoignent plusieurs décisions prononcées sur conclusions non conformes du ministère public, les hésitations tout aussi perceptible du législateur confronté avec le délicat problème du secret médical en rapport avec les enfants maltraités, le manque de transparence des règles déontologiques en la matière suffisaient amplement semble-t-il, à faire admettre l'erreur non fautive" (HENNAU, Chr. en VERHAEGEN, J., *a.w.*, 167). Beide auteurs erkennen dat het beroep op de onoverwinnelijke dwaling geen afdoende oplossing kan bieden voor dit soort inbreuken op de geheimhoudingsplicht in het algemeen.

Een andere toepassing van de dwaling wordt geciteerd door THIRY. Een pas afgestudeerd arts had inlichtingen verstrekt aan een ambtenaar van het openbaar ministerie over de alcoholemie in het bloed van een patiënt. De arts verkeerde in de overtuiging dat hij de gevraagde inlichtingen moest geven. De provinciale raad van de orde der geneesheren te Oost-Vlaanderen besliste de zaak zonder gevolg te laten omdat de onwettige houding van de ambtenaar deze arts in dwaling had gebracht (THIRY, Y., "Problematiek van het beroepsgeheim. Tuchtrecht orde der geneesheren", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 328).

B. OPTREDEN IN RECHTE

– Recht op verdediging

977 In de mate dat hij zichzelf in rechte moet verdedigen mag de arts op wie een geheimhoudingsplicht rust geheimen prijsgeven. Het algemeen rechtsbeginsel van het recht op verdediging heeft dan voorrang op de geheimhoudingsplicht.

Dit is het standpunt dat door de recente rechtspraak en rechtsleer wordt aanvaard. Art. 458 Sw. vindt geen toepassing als degene die tot het bewaren van een beroepsgeheim is gehouden, zich in rechte moet verdedigen. Dit artikel wordt door de rechter niet geschonden wanneer hij beslist dat een arts die wegens een misdrijf in de uitoefening van zijn beroep, m.n. een zwangerschapsafbreking, wordt vervolgd geen onbeperkt beroepsgeheim kan doen gelden om zichzelf aan de vervolgingen te onttrekken (Cass., 5 februari 1985, *Arr. Cass.*, 1985, 760; *Pas.*, 1985, I, 670; *J. Proc.*, 1985, afl. 59, 28; in dezelfde zin, Corr. Gent, 12 februari 1988, *T.G.R.*, 1988, 35; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 347, noot VAN LIL, M.). Daarbij is niet van belang of de patiënt hem heeft ontslagen van zijn geheimhoudingsplicht. De Rechtbank te Brussel aanvaardde de voorrang van het recht op verdediging wanneer de arts wordt gedagvaard wegens een professionele fout (Rb. Brussel, Kort ged., 7 maart 1988, *J.T.*, 1988, 458; zie ook Brussel, 18 oktober 1989, *De Verz.*, 1990, 177, noot BRASSEUR : een arts tegen wie een vordering op grond van art. 1382 B.W. werd ingesteld, schendt het beroepsgeheim niet wanneer hij bij zijn verdediging aan het college van deskundigen gegevens over de gezondheidstoestand van zijn patiënt verstrekt). Deze opvatting treft men ook aan bij VAN NESTE. Bij vorderingen tot schadevergoeding tegen een arts ingeleid is hij niet gebonden door de zwijgplicht (VAN NESTE, F., *a.w.*, 1989, nr. 7). Vroeger reeds had VAN NESTE in het algemeen de voorrang verdedigd van het recht op verdediging op de geheimhoudingsplicht

(VAN NESTE, F., "Kan het beroepsgeheim absoluut genoemd worden?", *R.W.*, 1977-78, 1292; zie ook RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 205). Ook DUMON aanvaardt de voorrang van het recht op verdediging, voor zover de bekendmaking wordt beperkt tot de noodwendigheden van de verdediging in rechte. Hij voegt er aan toe dat het moeilijk is en delicaat om dit uit te maken. Volgens DUMON zou de patiënt door zijn vordering tegen de arts noodzakelijk aansturen op een "opheffing" van het medisch beroepsgeheim. Die verklaring schiet wel te kort wanneer een arts gedagvaard wordt wegens een beroepsmisdrijf zoals zwangerschapsafbreking (DUMON, F., *a.w.*, 22; zie in dezelfde zin voor Frankrijk, DUBOUIS, L., "La conciliation entre le secret médical et le droit pour le médecin de se défendre en justice", *Rev. Dr. Sanitaire*, 1985, 302 die zich beroept op art. 6 E.V.R.M. en het recht op een eerlijk proces). Vroeger werd een absolute opvatting over de geheimhoudingsplicht voorgestaan, onder invloed van de Franse jurisprudentie (zie hierover LAMBERT, P., *a.w.*, 109-110). Opvallend bij dit alles is dat geen enkele geciteerde auteur erop wijst dat de rechtspraak in beginsel openbaar is waardoor de bekendmakingen die de arts zich veroorlooft om zich in rechte te verdedigen op ruime schaal kunnen worden verspreid (zie in deze zin DE HOOG, P.A., "De reikwijdte van het medisch beroepsgeheim", *Advocatenblad*, 1989, 98 voor wat betreft het Nederlandse recht)(Het omgekeerde werd daarentegen, vnl. in tuchtzaken, wel aangevoerd, nl. dat openbaarheid is uitgesloten omdat de geheimhoudingsplicht niet geldt).

– Optreden als eisende partij

978 De vraag die hier aan de orde is, is of een arts die een vordering instelt tegen een patiënt en die rechtstreeks verband houdt met de beroepsuitoefening geheimen mag bekendmaken om zijn eis te staven. Men denkt hierbij meestal aan een vordering tot betaling van honorarium.

RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT zijn van mening dat bij een honorariumbetwisting de arts tot staving van zijn eis geen geheime gegevens mag bekendmaken. Noch het geldelijk belang van de arts noch de zgn. impliciete toestemming van de patiënt kunnen de bekendmaking in dit geval rechtvaardigen. Beide auteurs citeren instemmend VAN REEPHINGEN volgens wie de arts zou kunnen eisen dat de patiënt in persoon verschijnt om te vermijden dat het geheim zou worden openbaar gemaakt in de rechtszaal (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 204; op die plaats vindt men reeds oude jurisprudentie die de bekendmaking in zo'n geval wel heeft aanvaard. Zie hierover ook LAMBERT, P., *a.w.*, 113 en dezelfde, "Enfants maltraités et toxicomanes dans la polémique du secret professionnel", *R.D.P.*, 1990, 14 die geen graten ziet in de bekendmaking van geheimen n.a.v. een vordering tot inning van honorarium). Recente rechtspraak ontbreekt.

979 Zo men afwijzend staat tegenover het doorbreken van de geheimhoudingsplicht in zaken die rechtstreeks met de beroepsuitoefening verband houden, dan zal men *a fortiori* de bekendmaking afwijzen als de vordering van de arts daarmee geen uitstaans heeft.

Een unieke illustratie hiervan vindt men in een Frans cassatiearrest. De eiser in cassatie, een arts, was door het Hof van Beroep te Lyon veroordeeld wegens schending van het beroepsgeheim. De arts had klacht ingediend tegen een van zijn patiënten die hem telefonisch reeds meerdere malen met de dood had bedreigd. In de brief aan de procureur had hij deze patiënt beschreven als een geesteszieke en er aan toegevoegd dat de patiënt zijn echtgenote meermaals met een mes had bedreigd. Dat laatste kon de arts maar weten omdat de patiënt het hemzelf had verteld. Volgens het Hof van Beroep te Lyon had de arts zich in zijn klacht moeten beperken tot de feiten waardoor hij persoonlijk schade leed. Andere gegevens vielen onder zijn geheimhoudingsplicht, ook

tegenover de procureur. Nog volgens dit Hof van Beroep zou de bekendmaking van geheimen in rechte enkel geoorloofd zijn om zich te verdedigen tegen het in gedrang brengen van zijn professionele kwaliteiten. Het Franse Hof van Cassatie oordeelde dat het Hof van Beroep te Lyon zijn arrest voldoende had gemotiveerd (Cass. Fr., 18 juli 1984, *Rev. Dr. Sanitaire*, 1985, 299, noot DUBOUIS, L.). DUBOUIS leidt uit deze rechtspraak af dat de rechter terughoudend staat tegenover bekendmaking wanneer de arts optreedt als eiser.

– Optreden in tuchtzaken en loyauteitsverplichting

980 De arts die een klacht neerlegt bij de provinciale raad van de orde der geneesheren tegen een collega wegens een professionele fout die hij bij een van zijn patiënten heeft vastgesteld, schendt zijn geheimhoudingsplicht niet. Een dergelijke verplichting bestaat nl. niet jegens de tuchtoverheid aan wie de arts e e r l i j k h e i d e n l o y a u t e i t verschuldigd is krachtens de plichtenleer van zijn beroep (Cass., 29 mei 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 1329; *R.W.*, 1986-87, 1027; *Pas.*, 1986, I, 1194; uitgebreider, zie boven, nr. 205).

981 De plicht, in hoofde van een arts die tuchtrechtelijk wordt vervolgd, blijk te geven van oprechtheid tegenover de tuchtoverheid is geen algemeen rechtsbeginsel (Cass., 21 maart 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 1008; *Pas.*, 1986, I, 915).

Maar een arts is tegenover de tuchtoverheid wel eerlijkheid en loyauteit verschuldigd, op grond van de plichtenleer (Cass., 29 mei 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 1329; *R.W.*, 1986-87, 1027; *Pas.*, 1986, I, 1194; DUMON, F., *a.w.*, 22 : "Ceux qui sont convoqués devant leurs autorités disciplinaires doivent dire la vérité"; LAMBERT, P., *a.w.*, 71, die pleit voor het stellen van grenzen aan de waarheidsverplichting). DUMON wees er ook op dat de loyauteitsplicht in botsing dreigt te komen met de door hem, ook toen nog, bestreden openbaarheid in tuchtzaken. In dit verband is de volgende uitspraak van het Hof van Cassatie van belang. Om te vermijden dat, door de openbaarheid in tuchtzaken enerzijds en het feit dat tegenover de tuchtoverheid geen geheimhoudingsplicht bestaat anderzijds, geheimen bekend zouden geraken in hoofde van onbevoegden mag de raad van beroep beslissen "dat het recht op een openbare behandeling moet wijken voor de zorg voor het beroepsgeheim. Hij oordeelt daarover op onaantastbare wijze" (Cass., 23 december 1988, *Arr. Cass.*, 1989, 522; *Pas.*, 1989, I, 468; *R.W.*, 1988-89, 1086) (zie hieromtrent boven, nr. 178).

982 De Franstalige raad van beroep van de orde der geneesheren besliste dat de tuchtrechtelijke bevoegdheid van de raden noodzakelijk impliceert dat degenen die voor een raad worden opgeroepen om te getuigen zich niet achter hun zwijgplicht mogen verschuilen (GOFFIN, L., "L'avocat ou le médecin peut-il révéler à ses autorités disciplinaires le secret dont il est professionnellement le dépositaire?", *Ann. Dr.*, 1984, 370)(zie boven, nr. 201).

Die uitspraak wordt eveneens geciteerd door THIRY (THIRY, Y., "Problematiek van het beroepsgeheim. Tuchtrecht orde der geneesheer", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 328). Deze auteur meent dat de regel geformuleerd in deze uitspraak is overgenomen in art. 69, tweede lid Code van geneeskundige plichtenleer. Nochtans bevat deze bepaling wel de mogelijkheid zich te beroepen op de geheimhoudingsplicht als men wordt geroepen om in tuchtzaken als getuige op te treden.

§6. Geheimhoudingsplicht en opsporen van misdrijven in de artsenpraktijk

A. ALGEMEEN

983 Omtrent de verhouding tussen de geheimhoudingsplicht en het opsporen van misdrijven d.m.v. zoeking en inbeslagneming bestonden vroeger twee, tegengestelde opvattingen (VIAENE, L., *Huiszoeking en beslag in strafzaken*, *A.P.R.*, Brussel, Larcier, nr. 473).

Aanvankelijk werd door sommigen voorgehouden dat het beroepsgeheim een strikt persoonlijke aangelegenheid zou zijn van de geconsulteerde arts die enkel verplichtingen voor hem meebracht, terwijl de gerechtelijke overheid volledig vrij zou blijven om alle middelen aan te wenden die zij in geweten geschikt achtte om de waarheid te achterhalen. Voorstanders van deze stelling beriepen zich op de algemene bewoordingen van art. 86 en 87 Sv. die aan het recht tot zoeking en inbeslagneming geen enkele beperking m.b.t. het beroepsgeheim opleggen.

Deze zienswijze gaf aanleiding tot reacties in tegengestelde zin. Zo werd beweerd dat telkens wanneer een onderzoeksrechter toegang verlangt tot een artsenpraktijk, de arts verplicht zou zijn de toegang te weigeren. Dit kwam er op neer een onschendbaarheid toe te kennen aan de plaatsen waar de geraadpleegde arts zijn beroep uitoefent.

984 Rechtspraak en rechtsleer zijn evenwel eensgezind tot de bevinding gekomen dat beide extreme stellingen niet houdbaar zijn.

Het is nooit de bedoeling geweest van de wetgever aan de praktijk van de arts een soort asielrecht te verlenen, waardoor zowel de verdachte stukken als de overtuigingsstukken onvoorwaardelijk aan de gerechtelijke opsporingen kunnen onttrokken worden. Toch is de plicht tot geheimhouding niet denkbaar zonder een recht tot geheimhouding dat op zijn beurt moet geëerbiedigd worden ook door het gerecht.

985 Volgens VIAENE ligt de oplossing voor het probleem dat zich hier voordoet in een parallelle benadering tussen de ontheffing van de verplichting getuigenis in rechte af te leggen en de onschendbaarheid van de aan de arts toevertrouwde documenten bij zoeking en inbeslagneming. De plicht tot eerbiediging van het recht tot geheimhouding is onsplitsbaar. Wanneer de bekendmaking niet door getuigenis kan afgedwongen worden, kan dat in de regel evenmin door huiszoeking of beslag (VIAENE, L., *a.w.*, 474). Deze oplossing is zeer bruikbaar voor zover de arts geen verdachte is van het misdrijf (zie verder, nr. 986). Wanneer de arts daarentegen zelf verdacht is van het misdrijf, dient zich een andere oplossing aan (zie verder, nr. 990).

B. ARTS IS GEEN VERDACHTE

986 De medische praktijk is geen asielplaats. Art. 458 Sw. kan dan ook niet worden ingeroepen tegen huiszoekingen en inbeslagnemingen.

1. Voor beslag vatbare zaken

987 Voor beslag zijn vatbaar de overtuigingsstukken en de bewijselementen.

Onder overtuigingsstukken worden verstaan de overtuigingsstukken in de strikte zin, zoals omschreven door art. 42 Sw. De geheimhouding betreft nooit deze overtuigingsstukken omdat het niet tot de normale uitoefening van het medisch beroep behoort dergelijke stukken te bewaren (VIAENE, L., *a.w.*, nr. 475).

"Onder bewijselementen worden verstaan alle zaken die, ofschoon zij niet het voorwerp uitmaken van het misdrijf, niet gediend hebben om het te plegen, noch ertoe bestemd waren of ook niet uit het misdrijf voortkomen, niettemin toch een element zijn in het bewijs van schuld of onschuld, of tot beoordeling van de graad van de schuld" (VIAENE, L., *a.w.*, nr. 477). Over de inbeslagneming van bewijselementen die zich in handen van de arts bevinden, bestaat geen eensgezindheid. Maar in de praktijk wordt meestal aanvaard dat dit mogelijk is, behalve de voorwerpen en de bescheiden die hun ontstaan hebben gevonden in de betrekkingen tussen de patiënt en de arts, zoals het medisch dossier. Dat kan niet in beslag worden genomen.

2. Voorzorgsmaatregelen bij zoeking

a) Bewijzen of zware vermoedens

988 De gerechtelijke overheid zal in een artsenpraktijk slechts tot zoeking overgaan, indien er bewijzen bestaan of minstens zware vermoedens gesteund op nauwkeurige en betrouwbare gegevens, dat er bij deze arts overtuigingsstukken of voor beslag vatbare bewijselementen van het misdrijf berusten (VIAENE, L., *a.w.*, nr. 480).

b) Respect voor gebruiken inzake opsporing en inbeslagneming

989 Wanneer men een zoeking in een artsenpraktijk verantwoord acht, komt het er op aan de zoeking zodanig te verrichten dat de geheimhouding van de patiëntendossiers en andere documenten die onder het medisch beroepsgeheim vallen gevrijwaard blijft. Geen enkele wettelijke regeling heeft hierin voorzien. Wel zijn er in dat verband tradities gegroeid. De niet-naleving ervan is op zichzelf geen oorzaak van de onwettigheid van de zoeking, maar de inbeslagneming van een stuk dat door de geheimhoudingsplicht is gedekt of dat slechts door een schending van die plicht kon worden bemachtigd, is onwettig en bijgevolg nietig. Om dit te voorkomen hebben de officieren van gerechtelijke politie er dus alle belang bij de gevestigde tradities inzake opsporing en inbeslagneming zo getrouw mogelijk na te leven (VIAENE, L., *a.w.*, 481).

De door VIAENE bedoelde tradities stemmen vrijwel volledig overeen met de voorzorgsmaatregelen die de Nationale Raad van de orde der geneesheren in een Advies van 8 maart 1975 heeft geformuleerd (*T. Orde. Gen.*, 1975, afl. 24, 56-58).

De onderzoeksrechter zal persoonlijk overgaan tot de huiszoeking in de artsenpraktijk (VIAENE, L., *a.w.*, nr. 482; Advies Nationale Raad, I, 3). De zoeking gebeurt in aanwezigheid van een lid van de (provinciale) raad van de orde der geneesheren waartoe de arts behoort (VIAENE, L., *a.w.*,

nr. 483; Advies Nationale Raad, I, 4). Alle documenten die berusten in de plaatsen waar de arts zijn beroep uitoefent worden geacht in het kader van de beroepsuitoefening te zijn toevertrouwd en worden door het beroepsgeheim beschermd (VIAENE, L., *a.w.*, nr. 484). Het advies van de Nationale Raad is op dit punt minder genuanceerd. Wanneer de arts niet verdacht wordt van een misdrijf "mag het object van de inbeslagneming niet zijn medische documenten of andere bewijsstukken die betrekking hebben op de door een arts aan een zieke verstrekte zorgen" (Advies Nationale Raad, II, B). Over de afbakening van de bevoegdheden van de onderzoeksrechter en het lid van de raad van de orde bestaan sterk uiteenlopende opvattingen (VIAENE, L., *a.w.*, nr. 485).

VIAENE maakt een onderscheid tussen de eigenlijke zoeking en de inzage van de aangetroffen documenten. Het lijdt geen twijfel, aldus VIAENE, dat de bevoegdheid tot eigenlijke zoeking krachtens de wet zelf uitsluitend aan de onderzoeksrechter behoort. In geen enkel geval kan hij dit recht overdragen aan de tuchtoverheid of een door hem aangesteld expert. Wel zal hij zoals reeds vermeld, de zoeking doen in aanwezigheid van een lid van de raad van de orde alsook van de arts bij wie wordt opgetreden (zie voor dit laatste eveneens het advies van de Nationale Raad, I, 1. Dit advies erkent dat noch de voorzitter noch het lid van de raad van de orde zich mogen verzetten tegen de huiszoeking noch tegen de inbeslagneming, zie I,5). Wanneer de onderzoeksrechter nu stukken aantreft "die alleen reeds te oordelen naar hun uiterlijk voorkomen, enig verband kunnen hebben met de uitoefening van het beroep, zal hij ze overhandigen aan de afgevaardigde van de disciplinaire overheid zonder zelf kennis te nemen van hun inhoud" (VIAENE, L., *a.w.*, nr. 485; in dezelfde zin LAMBERT, P., *a.w.*, 176-177). Volgens het advies van de Nationale Raad kan het lid van de raad zich in dit geval verzetten tegen de inbeslagneming maar haar niet verhinderen. In die zin ook VIAENE : "De onderzoeksrechter moet zich niet onvoorwaardelijk neerleggen bij de zienswijze van de tot zwijgen gerechtigde of bij deze van de disciplinaire overheid. De onderzoeksrechter beslist in laatste instantie of hij een geschrift in beslag neemt of niet" (VIAENE, L., *a.w.*, nr. 489).

Bij betwisting zal de onderzoeksrechter tot inbeslagneming kunnen overgaan, zonder de stukken in te zien. Volgens VIAENE komt het toe aan het lid van de raad van de orde om de betwiste stukken in te zien. "Toelaten dat de onderzoeksrechter wel inzage neemt van alles wat hem tijdens de zoeking onder de hand valt zou insluiten dat men aanneemt dat het recht tot geheimhouding vrijelijk mag geschonden worden" (VIAENE, L., *a.w.*, nr. 486). Het advies van de Nationale Raad bevat de volgende regeling in geval van betwisting tussen de onderzoeksrechter en het lid van de raad van de orde :" Indien de onderzoeksrechter niettemin meent de stukken te moeten in beslag nemen, mag de afgevaardigde in het proces-verbaal doen akte geven van zijn meest uitdrukkelijk voorbehoud, zich baserend op de eerbiediging van het beroepsgeheim; hij mag ook eisen dat de inbeslaggenomen stukken in een verzegelde omslag zullen geborgen worden, waarop hij zijn handtekening zal zetten. Deze omslag zal later slechts in aanwezigheid van een lid van de raad der orde mogen geopend worden" (Advies Nationale Raad, II, B). Over de rol van het lid van de raad van de orde schrijft VIAENE nog dat hij "niet de verdediger van de verdachte, of de geraadpleegde (is), noch de tegenstrever van de onderzoeksrechter, noch een scheidsrechter tussen deze personen" (VIAENE, L., *a.w.*, nr. 488).

C. ARTS WORDT VERDACHT

1. "Beroepsmisdrijf sluit beroepsgeheim uit"

990 Art. 458 Sw. vormt geen wettelijk beletsel tegen de inbeslagneming van een medisch dossier. Een arts die ervan wordt verdacht als arts, in de uitoefening van zijn beroep, een misdrijf te hebben gepleegd, kan zich niet beroepen op een onbeperkt beroepsgeheim teneinde zich aan de vervolgingen te onttrekken. Bij de beoordeling van het al dan niet wettelijk karakter van de inbeslagneming dient geen onderscheid te worden gemaakt tussen de gevallen waarin een patiënt zelf om de opheffing van het beroepsgeheim verzoekt of integendeel vraagt om de geheimhouding te bewaren (Cass., 5 februari 1985, *Arr. Cass.*, 1985, 760; *Pas.*, 1985, I, 670; *J. Proc.*, 1985, afl. 59, 28; *in casu* betrof

het een zwangerschapsafbreking; zie in dezelfde zin m.b.t. hetzelfde misdrijf, Corr. Gent, 18 september 1987, *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 340, noot VAN LIL, M; en Corr. Gent, 12 februari 1988, *T.G.R.*, 1988, 35; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 347, noot VAN LIL, M.). Het beroepsmisdrijf sluit aldus het beroepsgeheim uit. Onder een "beroepsmisdrijf" verstaat VIAENE "het misdrijf gepleegd door de noodzakelijke vertrouwensman waardoor zijn beroepsactiviteit in het gedrang wordt gebracht" (VIAENE, L., *a.w.*, nr. 491). Denk aan onwettige zwangerschapsafbreking, onvrijwillige slagen of verwondingen en valsheid in medische geschriften. Ook misdrijven die verband houden met de reglementering inzake de ziekteverzekering kunnen als een beroepsmisdrijf worden beschouwd. Art. 124 van de Programmawet van 22 december 1989, *B.S.*, 30 december 1990, heeft aan de geneesheren-inspecteurs van het R.I.Z.I.V. het recht toegekend om beslag te leggen op medische documenten. Vroeger hadden zij dat recht niet (zie hierover PURNELLE, G., *a.w.*, 166; zie omtrent deze problematiek in het algemeen DELHUVENNE, M., "Juridische en administratieve implicaties in de medische controles in de ziekteverzekering", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 197-219 en BALLEGEER, P., "De strafrechtelijke sanctionering van de verzorgingsverstrekkers bij de benadeling van de ziekteverzekering", *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1988, 88-90).

991 Ook wanneer de arts geen verdachte is maar er op hem niettemin verdenkingen wegen, zullen de stukken die een streng vertrouwelijk karakter hebben hun vertrouwelijk karakter verliezen zodra zij op het misdrijf betrekking hebben (VIAENE, L., *a.w.*, nr. 493).

2. Voor beslag vatbare zaken

992 Wanneer de arts verdacht wordt van een misdrijf of op hem verdenkingen rusten, kunnen niet alleen de overtuigingsstukken en de bewijselementen (zie boven, nr. 986 en 987) in beslag worden genomen, maar ook brieven, aantekeningen en andere stukken of geschriften die tussen arts en patiënt werden uitgewisseld, zelfs als zij met het oog op de behartiging van de toevertrouwde belangen werden opgesteld (VIAENE, L., *a.w.*, nr. 493 en 506, zie eveneens het advies van de Nationale Raad van de orde der geneesheren i.v.m. huiszoeking en inbeslagneming, *T.Orde Gen.*, 1975, afl. 24, 57 : "In principe mag de rechter alles in beslag nemen wat hem nuttig schijnt").

3. Voorzorgsmaatregelen

993 Aan een huiszoeking bij een arts die verdacht is van een misdrijf worden niet dezelfde strenge eisen gesteld als aan de zoeking in de praktijk van een arts op wie geen verdenkingen wegen. Zware vermoedens dat zich voor beslag vatbare stukken in de praktijk bevinden zijn dan niet vereist (VIAENE, L. *a.w.*, nr. 494).

In beginsel moeten evenwel dezelfde voorzorgsmaatregelen genomen worden als i.v.m. de zoeking bij de arts die geen verdachte is van een misdrijf (VIAENE, L., *a.w.*, nr. 495; Advies Nationale Raad, I).

Ook in dit geval worden deze voorzorgsmaatregelen in acht genomen om te vermijden dat bij het verrichten van het onderzoek medische geheimen zouden bekend geraken zonder dat dit voor de opsporing en bestraffing van het misdrijf noodzakelijk is (Corr. Gent, 18 september 1987, *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 340, noot VAN LIL, M., Corr. Gent, 12 februari 1988, *T.G.R.*, 1988, 35; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 347, noot VAN LIL, M.; zie eveneens de oudere rechtspraak en literatuur bij

RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 202, noot 28; LAMBERT, P., *a.w.*, 175-177). Van deze voorzorgsmaatregelen mag omwille van "praktische efficiëntie-overwegingen" slechts worden afgeweken "waar een snel en/of onverwachts optreden de enige mogelijkheid biedt om te voorkomen dat bewijsstukken zouden worden weggemaakt" (Corr. Gent, 18 september 1987, *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 340, noot VAN LIL, M.; Corr. Gent, 12 februari 1988, *T.G.R.*, 1988, 35, *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 347, noot VAN LIL, M.). In dit geval is de taak van het lid van de raad van de orde der geneesheren anders en delicater dan wanneer de arts niet verdacht wordt van een misdrijf. In dat laatste geval is inbeslagneming van medische gegevens niet de bedoeling van de zoeking. In het thans besproken geval wel. Luidens het advies van de Nationale Raad zal de taak van het lid van de raad van de orde erin bestaan te waken over de beveiliging van het medisch beroepsgeheim van de personen die met het misdrijf niets hebben te maken. Zo moet hij zich verzetten tegen de inbeslagneming van een hele steekkaartenbak maar hij moet wel toelaten dat de door de rechter aangeduide steekkaarten er uit genomen worden. Bij betwistingen moet het lid van de raad de verzegeling eisen van alle in beslag genomen documenten. Het is niet de taak van het lid van de raad van de orde bepaalde documenten uit het dossier te verwijderen of zinnen te schrappen (Corr. Gent, 16 mei 1984, *T.G.R.*, 1985, 125).

VIAENE acht het "minder aangewezen" dat de afgevaardigde van de raad van de orde een zgn. wetsdokter zou zijn (VIAENE, L., *a.w.*, nr. 503). Het advies van de Nationale Raad is radicaler : "de wetsdokter, die als expert door de rechter wordt aangeduid, heeft geen deontologische rol te vervullen" (*T.Orde Gen.*, 1975, afl. 24, 58).

D. PLAATS VAN BEWARING EN INBESLAGNEMING

994 In het voorgaande werd steeds uitgegaan van de zoeking in de praktijkruimte van een arts. De plaats waar de medische documenten worden bewaard heeft alszodanig evenwel geen invloed op de toepasselijkheid van de uiteengezette regels (VIAENE, L., *a.w.*, nr. 505).

Art. 15 Gecoördineerde Ziekenhuiswet bevat de verplichting het dossier van iedere patiënt in het ziekenhuis te bewaren. Dit kan gebeuren in een centraal medisch archief of een archief per dienst. Voorts kunnen medische dossiers zich bevinden in poliklinieken, bedrijfsgeneeskundige diensten, centra voor medisch schooltoezicht en ook bij een patiënt thuis of in de ziekenhuiskamer waarin hij is opgenomen.

Een geval apart is de zoeking en inbeslagneming van een medisch dossier in de zetel van de provinciale raad van de orde der geneesheren. Het komt voor dat een arts die moeilijkheden vreest met het gerecht het dossier overbrengt naar de zetel van de provinciale raad waarvan hij lid is. In dat verband heeft de Nationale Raad in het advies van 15 november 1986 de volgende houding aangenomen. "De Nationale Raad is de mening toegedaan dat een plaatsopneming door het parket in de kantoren van een provinciale raad slechts kan gebeuren voor zover de betrokken voorzitter er voorafgaandelijk van in kennis wordt gesteld dat het parket een huiszoeking zal uitvoeren. Bij elke plaatsopneming hoort de provinciale raad te wijzen op de principes die ter zake moeten worden nageleefd" (*T.Orde Gen.*, 1986, afl. 35, 16-17).

995 De patiëntenkamers in een ziekenhuis kunnen worden beschouwd als woning in de zin van art. 184 Franse Code Pénal en genieten alszodanig van de onschendbaarheid van de woning (Parijs, 17 maart 1986, *Gaz.Pal.* 2-3 juli 1986, noot DOUCET, J.P.; zie ook DOUCET J.P., *La protection pénale de la personne humaine*, Université de Luik, Faculté de droit, 1979, 190).

Zie voor een zelfde gedachte maar vanuit art. 8 E.V.R.M., DE BOER, J., *Art. 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1990, 48.

E. SANCTIES

996 Wanneer een stuk in beslag wordt genomen dat door het beroepsgeheim is gedekt of wanneer het maar kon worden bemachtigd door een schending van de geheimhoudingsplicht is de inbeslagneming onwettig en bijgevolg nietig (VIAENE, L., *a.w.*, nr. 481; LAMBERT, P., "Le secret professionnel et les dossiers de l'aide sociale," *J.T.*, 1987, 540 : in geval van onwettige inbeslagneming geldt het algemeen rechtsbeginsel dat voorschrijft dat ieder bewijselement dat op onwettige wijze werd verworven, uit het dossier moet worden geweerd; zie ook Corr. Gent, 16 mei 1984, *T.G.R.*, 1985, 125).

AFDELING V

AFLEVERING VAN MEDISCHE GETUIGSCHRIFTEN

§1. Aan de patiënt

997 De rechtspraak aanvaardt dat een arts aan zijn patiënt een getuigschrift mag afleveren waarin hetzij de gezondheid (positief getuigschrift) hetzij de afwezigheid van een ziekte (negatief getuigschrift) wordt bevestigd (Bergen, 1 juni 1987, *R.G.A.R.*, 1988, 11.364; Rb. Brussel, 27 februari 1975, *R.G.A.R.*, 1976, 9581; Rb. Brugge, 19 januari 1988, *R.W.*, 1988-89, 757; zie hieromtrent uitgebreider NYS, H., "De aflevering van medische certificaten", *Vl. T. Gez.*, 1981-82, 32).

998 De patiënt kan zijn arts niet dwingen een getuigschrift af te leveren (Arbh. Bergen, 5 september 1980, *J.T.*, 1980, 742, noot GROSEMANS, R.; *J.T.T.*, 1981, 107; *T.S.R.*, 1981, 71; *R.D.P.*, 1981, 99, noot R.G.; *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1981, 151, noot GROSEMANS, R.).

Zie ook art. 67 Code van geneeskundige plichtenleer. De inhoud van deze bepaling lijkt niet helemaal verenigbaar met art. 102 zelfde code : "De geneesheer moet gewetensvol en in alle objectiviteit elk voor het verkrijgen van sociale voordelen vereist dokument opstellen". De verplichting kan zowel slaan op het gewetensvol en objectief opstellen als op het overhandigen, zonder hetwelk het opstellen doorgaans weinig zin heeft.

999 Het afleveren van een getuigschrift aan de patiënt waarin medische gegevens van die patiënt worden bekend gemaakt kan worden beschouwd als een toepassing van de toestemming van de patiënt als geldige rechtvaardiging van een inbreuk op art. 458 Sw. (zie boven, nr. 952 e.v.). Meestal is het getuigschrift bestemd om bij een derde terecht te komen. Op die wijze maakt de arts, met toestemming van de patiënt en langs hem om, gegevens bekend die onder de geheimhoudingsplicht vallen.

Het overhandigen van een getuigschrift aan de patiënt zelf wordt ook wel eens verantwoord vanuit het niet bestaan van de geheimhoudingsplicht tegenover de patiënt. Dit laatste is thans algemeen aanvaard maar schiet hier toch tekort als verantwoording. Er wordt dan onvoldoende in rekening gebracht dat zo'n getuigschrift doorgaans aan een derde wordt overhandigd. Bovendien, als die verklaring juist zou zijn valt niet in te zien waarom de arts niet steeds verplicht is om het getuigschrift op verzoek van de patiënt aan hem te overhandigen.

1000 Vermits de toestemming van de patiënt slechts een geldige rechtvaardigingsgrond is voor zover zij vrijwillig wordt gegeven (zie boven, nr. 952 e.v.) mag de arts slechts ingaan op het verzoek van een patiënt mits deze niet onder druk werd gezet door een derde om dit getuigschrift te vragen aan de arts. Deze druk, en *a fortiori* dwang, tast de vrijwilligheid van de toestemming aan. De inbreuk op de geheimhoudingsplicht is dan niet gerechtvaardigd.

Om deze reden weerde de Rechtbank te Luik in een echtscheidingsprocedure een certificaat uit de debatten dat door een patiënt aan zijn echtgenote was overhandigd hoewel uitdrukkelijk was vermeld dat het om een strikt vertrouwelijk document ging.

De rechtbank twijfelde aan de vrije toestemming van de patiënt (Rb. Luik, 18 april 1986, *Jur. Liège*, 1986, 418-419).

1001 In dit verband rijst nog de vraag naar de geldigheid van de clausule in een verzekeringspolis waardoor de patiënt zijn behandelend arts toestemming verleent om bepaalde gegevens die onder de geheimhoudingsplicht vallen aan de verzekeraar van de verzekerde patiënt te overhandigen.

Volgens sommige uitspraken is een dergelijke afspraak tussen verzekeraar en verzekerde op zichzelf geldig (Antwerpen, 23 juni 1976, *De Verz.*, 1978, 475, noot J.R.; Rb. Leuven, 5 januari 1979, *Vl. T. Gez.*, 1981-82, 32, noot NYS, H.) maar is zij niet bindend voor de arts aangezien zij tegenover hem een "*res inter alios acta*" is.

De arts kan wel op vrijwillige basis het gevraagde getuigschrift overhandigen aan zijn patiënt. Daarbij dienen ook de beperkingen die de polisclausule bevat te worden gerespecteerd. Als in het getuigschrift meer gegevens worden bekendgemaakt dan waartoe de verzekerde patiënt had toegestemd, dan wordt de geheimhoudingsplicht geschonden (zie NYS, H., "Overzicht van rechtspraak 1970-1984", *a.w.*, 1271-1272). Wanneer de geldigheid van de clausule wordt aanvaard, doch de arts weigert de afgifte van het getuigschrift dan betekent dit dat de verzekerde patiënt met lege handen blijft zitten. Wellicht om deze onrechtvaardige consequentie te vermijden, verklaart de meerderheid van de rechtspraak tot op heden een dergelijke clausule nietig. Het openbare orde karakter van art. 458 Sw. verhindert arts en patiënt te beschikken over het medisch beroepsgeheim (i.v.m. het karakter van openbare orde van art. 458 Sw., zie boven, nr. 954; zie i.v.m. de nietigheid van dergelijke clausules, Brussel, 3 februari 1981, *Vl. T. Gez.*, 1981-82, 34, noot NYS, H.; Gent, 21 juni 1984, *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 455).

Genuanceerder is de opvatting van het Hof van Beroep te Brussel. De clausule in een polis waarbij de verzekerde alle inlichtingen of getuigschriften i.v.m. zijn gezondheidstoestand vóór en na een ongeval moet bezorgen, heeft niet tot gevolg dat een arts is ontheven van zijn zwijgplicht (Brussel, 27 oktober 1976, *Pas.*, 1977, II, 128; *J.T.*, 1977, 624).

De uitspraak sluit aan bij de rechtspraak die een dergelijke clausule als een (geldige) afspraak tussen verzekeraar en verzekerde beschouwt. Indien deze clausule echter voor gevolg zou hebben dat de arts is ontheven van zijn zwijgplicht, dan is zij volgens deze uitspraak in strijd met art. 6 B.W.

Vermeldenswaard is de opvatting van de Handelsrechtbank te Antwerpen. Indien de verzekerde

op voorhand zou hebben geweten dat artsen zeer weigerachtig staan om dergelijke getuigschriften af te leveren, zou hij zijn toestemming wellicht niet hebben gegeven. Nu hij dat niet wist, is zijn toestemming aangetast door dwaling. Volgens de rechtbank kan worden getwijfeld aan de goede trouw van de verzekeraar wanneer hij de aflevering van een getuigschrift als voorwaarde oplegt, wel wetend hoe moeilijk het is om zo'n getuigschrift te bekomen van een arts (Kh. Antwerpen, 26 april 1974, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9332).

Meer en meer groeit het besef dat het ingrijpen van de wetgever noodzakelijk is om aan deze dubbelzinnige en rechtsonzekere situatie een einde te stellen. Art. 95 van het laatst bekende voorontwerp van wet op de verzekeringsovereenkomst houdt ter zake de volgende regeling in. "De behandelende geneesheer geeft de verzekerde die erom verzoekt, de geneeskundige getuigschriften af die voor het sluiten of het uitvoeren van de overeenkomst nodig zijn". Het tweede lid bepaalt : "De geneesheer van de verzekerde geeft aan de raadgevende geneesheer van de verzekeraar een getuigschrift af over de doodsoorzaak, indien de verzekeraar de voorafgaande instemming van de verzekerde bewijst". Het uitgangspunt van deze regeling is volgens de memorie van toelichting een ontwikkeling in de gezondheidszorg waaruit "kan worden afgeleid dat het medisch geheim in feite een aangelegenheid is van de zieke zelf die, wanneer het gaat om zijn belangen, het recht moeten hebben om te beslissen dat zijn geneesheer een volledige en getrouwe beschrijving van zijn gezondheidstoestand mag verstrekken". Men kan betreuren dat de clausulering "wanneer het gaat om zijn belangen" ook niet in de tekst van art. 95 werd opgenomen. Uit de toelichting blijkt nog dat het de behandelend arts niet vrij staat de getuigschriften al dan niet te overhandigen. Hij is daartoe verplicht. Een probleem dat zich bij de toepassing van deze bepaling zal kunnen stellen is het bewijs dat een arts de behandelend arts is, zo dit door deze zou worden ontkend.

§2. Aan derden

A. VERWANTEN VAN DE PATIENT

1002 In verband met de overhandiging van getuigschriften aan verwanten van de patiënt dienen twee vragen te worden onderzocht. Kunnen de verwanten zich beroepen op de toestemming die een patiënt aan zijn behandelend arts heeft gegeven om een getuigschrift bevattende medische gegevens te overhandigen aan henzelf of aan derden? Vervolgens : kan een verwante in de plaats van de patiënt toestemmen in de bekendmaking (plaatsvervangende toestemming)?

1. Reikwijdte van de toestemming van de patiënt

1003 Voor zover men oordeelt dat arts en patiënt geen geldige afspraak kunnen maken over de geheimhoudingsplicht van de arts, kunnen de verwanten van de overleden patiënt zich niet op die afspraak beroepen.

Volgens het Hof van Beroep te Gent zou zelfs als de geldigheid van de toestemming van de patiënt wordt aanvaard deze geen gevolg kunnen hebben voor de verwanten van de patiënt (Gent, 21 juni 1984, *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 455-456).

Art. 68 Code van geneeskundige plichtenleer schrijft voor dat de behandelende arts inzake levensverzekeringen noch rechtstreeks noch onrechtstreeks aan de verzekeraar of aan de adviseur van een verzekeringsmaatschappij inlichtingen mag verstrekken m.b.t. de doodsoorzaak van een verzekerde. In een recenter advies aanvaardde de Nationale Raad van de orde der geneesheren dat bij overlijden ten gevolge van een ongeval dit mag worden bevestigd in een getuigschrift, dat rechtstreeks aan de begunstigde van de verzekering moet worden bezorgd (*T. Orde Gen.*, 1983, afl. 31, 28, *vgl.* Vred. Brussel, 14 maart 1988, *De Verz.*, 1990, 286, noot CLAASSENS, H. : de arts

die weigert de oorzaak van het overlijden van de dader van een verkeersongeval mee te delen geeft blijk van een verkeerde opvatting van het medisch beroepsgeheim. Het bekendmaken van de overlijdensoorzaak zou de betrokkene noch in zijn eer, zijn belangen of zijn affectie benadelen).

2. Plaatsvervangende toestemming

1004 Dat de toestemming voor de bekendmaking van geheimplichtige gegevens die wordt gegeven door een ander dan de rechtstreeks betrokkene deze bekendmaking zou kunnen rechtvaardigen, is uitgesloten. De rechtvaardiging veronderstelt immers dat alle belanghebbenden hun toestemming geven (DUPONT, L., *a.w.*, zie boven, nr. 957). Deze voorwaarde is hier niet vervuld.

Niettemin wordt door recente rechtspraak aanvaard dat de erfgenamen van een patiënt diens behandelend arts kunnen ontslaan van zijn geheimhoudingsplicht wanneer zulks onontbeerlijk is voor de vrijwaring van de belangen van de overledene en de eigen morele en materiële belangen van de erfgenamen (Brussel, 7 februari 1989, aangehaald door HENRY, P., noot onder Luik, 23 december 1988, *Jur. Liège,* 1989, 432). Andere uitspraken beperken het verlenen van toestemming aan een arts om medische gegevens bekend te maken tot de patiënt (Gent, 21 juni 1984, *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 455-456; Rb. Brussel, 27 februari 1975, *R.G.A.R.*, 1976, 9581 : het recht een arts te ontheffen van zijn zwijgplicht houdt op te bestaan met het overlijden van de persoon die dit recht heeft; het is een persoonlijk en extra-patrimoniaal recht dat niet overgaat op de erfgenamen van de overledene).

1005 Plaatsvervangende toestemming kan slechts in aanmerking worden genomen voor zover de belangen van de overleden patiënt en de verwanten samenlopen. Indien er een conflict van belangen bestaat of kan ontstaan tussen de overledene en zijn erfgenamen, dan kan de toestemming van de erfgenamen niet die van de overleden patiënt vervangen.

Voorbeelden treft men aan in rechtspraak omtrent de vordering tot nietigverklaring van testamentaire beschikkingen op grond van ongezondheid van geest van de testator (NYS, H., "Art. 909 B.W.", *Comm. Erfr.*, Antwerpen, Kluwer, losbl.).

B. OVERIGE DERDEN

1006 Kan een patiënt erin toestemmen dat een medisch getuigschrift door zijn behandelend arts aan een derde wordt overhandigd?

Wanneer een arts ingaat op het verzoek van zijn patiënt een getuigschrift op te stellen, dan dient hij dit rechtstreeks aan die patiënt te overhandigen (Bergen, 9 februari 1975, *Pas.*, 1976, II, 159). Wordt het aan een derde, b.v. een notaris, overhandigd dan is dit getuigschrift nietig omdat het in strijd met het beroepsgeheim werd afgeleverd (Brussel, 15 maart 1971, *Pas.*, 1971, II, 190; *J.T.*, 1971, 290; *Rev. Not. B.*, 1971, 291).

De toestemming van de patiënt is daarbij, volgens de heersende opvatting in de rechtspraak, niet relevant (zie boven, nr. 952 e.v.). Art.458 Sw. is van openbare orde en arts en patiënt kunnen niet beschikken over de geheimhoudingsplicht.

Wel dient men te wijzen op recente rechtspraak die de afgifte van een getuigschrift aan een derde aanvaardt, wanneer het getuigschrift inhoudelijk geen betrekking heeft op geheimplichtige gegevens of het bewijs daarvan niet wordt geleverd. Het Hof van Cassatie vernietigde een arrest van het Hof van Beroep te Gent dat medische getuigschriften uit de debatten had geweerd, omdat zij door de behandelend arts rechtstreeks aan de advocaat van een van zijn patiënten waren gezonden. Het Hof van Cassatie overwoog dat "uit de enkele omstandigheid dat de bedoelde getuigschriften door de behandelend geneesheer van eiseres aan haar raadsman zijn toegestuurd niet noodzakelijk volgt dat zij zijn afgeleverd met schending van het medisch beroepsgeheim" (Cass., 6 april 1982, *Arr. Cass.*, 1982, 980; *Pas.*, 1982, I, 924; *R.W.*, 1983-84, 932).

Uit dit arrest afleiden dat een patiënt geldige toestemming kan verlenen aan zijn arts om medische geheimen bekend te maken zou te ver gaan. De toestemming van de patiënt kwam zelfs niet ter sprake. Wat wel uit het arrest kan worden afgeleid is dat het afleveren van een medisch getuigschrift aan een ander dan de patiënt niet *ipso facto* een schending oplevert van de geheimhoudingsplicht. Daartoe zal moeten worden onderzocht wat de eigenlijke inhoud is van het getuigschrift en of er al dan niet geheimplichtige gegevens in worden bekend gemaakt (zie ook Arbrb. Gent, 6 februari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1093-1094).

In verband met het overhandigen van getuigschriften aan verzekeraars, zie boven, nr. 1001.

HOOFDSTUK II

ANDERE PLICHTEN I.V.M. MEDISCHE GEGEVENS

AFDELING I

BIJHOUDEN VAN EEN MEDISCH DOSSIER

1007 Het Belgisch recht kent tot nu toe geen wettelijke verplichting voor de arts de medische gegevens over zijn patiënten op een systematische wijze te registreren en te bewaren. Wel vindt men verspreid over de gezondheidswetgeving meerdere bepalingen die op medische dossiervorming betrekking hebben. Opvallend is dat dergelijke bepalingen voornamelijk kunnen worden aangetroffen in de wetgeving op de preventieve gezondheidszorg.

Art. 14, §1, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst geeft aan de Koning de bevoegdheid aan een arts die verantwoordelijk is voor een preventieve geneeskundige activiteit de verplichting op te leggen, met akkoord van de belanghebbende, het geneeskundig dossier van deze laatste mee te delen aan een andere arts die verantwoordelijk is voor een andere preventieve geneeskundige activiteit, behalve voor zover het de arbeidsgeneeskunde betreft. Tot nu toe heeft de Koning deze bevoegdheid niet gebruikt. Klaarblijkelijk gaat deze bepaling ervan uit dat in werkelijkheid een medisch dossier wordt aangelegd, en verplicht daar niet toe. Dergelijke verplichting treft men wel aan in de reglementering van een aantal preventieve voorzieningen. Art. 146*quinquies*, §1 A.R.A.B. verplicht de arbeidsgeneesheer een medisch dossier aan te leggen voor elke persoon die door hem moet worden onderzocht; §2 bevat de verplichting om deze dossiers "ter zetel" van de arbeidsgeneeskundige dienst te bewaren.

Overeenkomstig art. 146*sexies* A.R.A.B. moet de arbeidsgeneeskundige dienst het dossier van de werknemer die geen deel meer uitmaakt van het aan zijn toezicht onderworpen personeel en voor zover het dossier niet werd overhandigd aan een andere dienst, in zijn zetel volledig bewaren, gedurende tenminste 15 jaar na het vertrek van de werknemer (NYS, H., "Medisch beroepsgeheim en informatisering in de arbeidsgeneeskunde : enkele juridische aspecten", *Soc.Kron.*, 1987, 234-235).

Inzake het medisch schooltoezicht moeten de vaststellingen en conclusies van elk medisch onderzoek worden opgetekend in een individueel medisch dossier. De coördinerende arts staat in voor de bewaring van het dossier. Het wordt tenminste 10 jaar na het laatste medisch onderzoek bewaard (art. 14, 3° B.Vl.Ex. 30 juli 1985 betreffende de verplichtingen en de opdrachten inzake medisch schooltoezicht en houdende de erkenningsvoorwaarden en subsidiring van equipes en centra voor medisch schooltoezicht, *B.S.*, 11 november 1985).

Wat de ambulante geestelijke gezondheidszorg betreft, moet voor iedere patiënt een dossier worden aangelegd waarin de diagnose en het behandelingsplan moeten worden opgenomen (art. 5, §2 B.Vl.Ex. 12 oktober 1988 inzake de erkenning en betoelaging van de centra voor geestelijke gezondheidszorg, *B.S.*, 14 februari 1989). Art. 19, §1 bepaalt de inhoud van dit dossier; art. 19, §2 draagt de verantwoordelijke psychiater op het dossier minstens 10 jaar te bewaren na het afsluiten van het dossier zonder heropening.

Voor de curatieve gezondheidszorg is vooral art. 15 Gecoördineerde Ziekenhuiswet van belang. Dit artikel bevat de verplichting voor elke patiënt een medisch dossier aan te leggen en in het ziekenhuis te bewaren. De naleving van deze bepaling is een erkenningsvoorwaarde voor het ziekenhuis (art. 70 Ziekenhuiswet). Hieruit volgt dat art. 15 een verplichting van het ziekenhuis bevat. Ook de bedoeling van het aanleggen en bewaren van het dossier wijst in die richting, nl. het zgn. kwalitatief toetsen van de medische activiteit.

In de eigenlijke erkenningsnormen per ziekenhuisdienst wordt het bijhouden van een medisch dossier per patiënt ook nog eens opgelegd (K.B. 23 oktober 1964 tot bepaling van de normen die door de ziekenhuizen en hun diensten moeten worden nageleefd, *B.S.*, 7 november 1964, bijlagen). Voor bepaalde universitaire ziekenhuisdiensten bestaan meer gedetailleerde voorschriften (K.B. 14 november 1978 tot bepaling van de bijzondere normen voor universitaire ziekenhuizen en ziekenhuisdiensten, *B.S.*, 14 december 1978; zie DECOSTER, C., "Het beroepsgeheim en het medisch dossier in het ziekenhuis", *Hospitalia*, 1980, 181).

Om als "erkend huisarts" aanvaard te worden en te blijven dient de arts dossiers aan te leggen en bij te houden over zijn patiënten (art. 5, §1 M.B. 1 december 1987 tot vaststelling van de erkenningscriteria voor de huisartsgeneeskunde, *B.S.*, 17 december 1987, err. *B.S.*, 30 december 1987, zie ook, Wetsvoorstel houdende de verplichting tot het samenstellen van het medisch dossier, *Gedr. St.*, Kamer, 1984-85, nr. 1303/1, Hancké). Een dergelijke verplichting treft men niet aan in de erkenningscriteria voor medische specialisten. Wel wordt voor de erkenning van een ziekenhuisdienst als stagedienst geëist dat medische dossiers worden bijgehouden.

Specifieke verplichtingen tot het bijhouden van medische gegevens vindt men in recent totstand gekomen wetgeving die de uitoefening van de geneeskunde raakt. Art. 11 Orgaantransplantatiewet verplicht de drie artsen die het overlijden van een donor hebben vastgesteld, het uur van overlijden en de wijze waarop het werd vastgesteld te vermelden in een gedagtekend en ondertekend procesverbaal. Dat moet gedurende tien jaar worden bewaard. Overtreding van deze bepaling is strafbaar (art. 17, §3 Orgaantransplantatiewet). Zie voorts ook boven nr. 436 (zwangerschapsafbreking) en boven nr. 622 (gedwongen opname van psychiatrische patiënten).

De Code van medische plichtenleer verplicht de arts "in principe" voor elke patiënt een medisch dossier bij te houden (art. 38). Het dossier moet gedurende 30 jaar worden bewaard (art. 46).

1008 Uit het bovenstaande kan worden besloten dat in vrijwel alle belangrijke sectoren van de gezondheidszorg een verplichting tot medische dossiervorming bestaat. De afdwingbaarheid ervan laat te wensen over en de verplichting richt zich niet altijd direct tot de arts. In dit verband valt op dat in de ziekenhuissector de verplichting een dossier aan te leggen en bij te houden rust op de ziekenhuisdiensten, eerder dan op de ziekenhuisartsen. Bovendien is deze verplichting, zeker in de curatieve gezondheidssector, zeer vaag omschreven wat bij betwistingen tussen arts en patiënt tot moeilijkheden leidt.

AFDELING II

MEDEDELING VAN MEDISCHE GEGEVENS AAN DERDEN

1009 Bij mededeling van medische gegevens aan derden dient allereerst de geheimhoudingsplicht en de uitzonderingen hierop in herinnering te worden gebracht (zie boven). Voor het overige bestaan er een aantal bepalingen die de mededeling van medische gegevens aan bepaalde derden verplichten of toelaten.

Art. 13 Wet Uitoefening Geneeskunst verplicht een arts, op verzoek of met akkoord van de patiënt, aan een andere arts die door de patiënt werd aangeduid om de diagnose of de behandeling voort te zetten of te vervolledigen, alle nuttige of noodzakelijke hem betreffende inlichtingen van

geneeskundige aard mee te delen. De raden van de orde der geneesheren zien toe op de naleving van deze bepaling (art. 13, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst) en kunnen tuchtsancties treffen tegen de arts die deze bepaling niet naleeft (art. 38, §3, c Wet Uitoefening Geneeskunst). Art. 41 Code van geneeskundige plichtenleer bevat een analoge bepaling. Art. 13 Wet Uitoefening Geneeskunst heeft een beperkte draagwijdte. Het regelt de mededeling van medische gegevens van behandelend arts tot behandelend arts binnen de curatieve sector.

Art. 14 Wet Uitoefening Geneeskunst is ruimer gesteld. De Koning heeft op grond van art. 14, §1 de bevoegdheid een verplichting op te leggen aan de arts die verantwoordelijk is voor een preventieve activiteit om aan de behandelend arts die de consultant (d.i. degene die beroep doet op de preventieve zorg) heeft aangewezen, de uitslagen over te maken van de onderzoekingen waaraan deze werd onderworpen. De Koning heeft deze bevoegdheid nog niet gebruikt. Zie ook art. 14, §1, tweede lid dat reeds ter sprake kwam bij de medische dossiervorming (zie boven, nr. 1007). Het A.R.A.B. kent een bijzonder strikt toegangsregime m.b.t. het medisch dossier aangelegd door de arbeidsgeneesheer; enkel hijzelf en zijn direkte medewerkers hebben toegang. Alle maatregelen moeten worden genomen opdat niemand anders inzage kan krijgen dan de geneesheer-arbeidsinspecteur aan wie het op diens vordering moet worden voorgelegd (art. 146*quinquies*, §2 A.R.A.B.). Inzake de mededeling van gegevens uit het dossier bevat het A.R.A.B. de volgende regeling. Uitwisseling van medische dossiers tussen arbeidsgeneeskundige diensten is toegelaten op grond van art. 125, §3 en 146*septies* A.R.A.B. Teneinde herhaling van preventieve onderzoekingen te vermijden doet de arbeidsgeneesheer navraag of er reeds een medisch dossier op naam van de te onderzoeken persoon bestaat. De arbeidsgeneeskundige dienst waar het dossier zich bevindt is verplicht dit dossier over te maken of tenminste uit te lenen of er een kopie van te bezorgen. Bij deze uitwisseling van dossiers moet steeds het medisch beroepsgeheim gerespecteerd blijven (art. 146*decies* A.R.A.B.). Voorts mag de arbeidsgeneesheer op verzoek of met toestemming van de werknemer aan diens behandelend arts de documenten uit het medisch dossier uitlenen of hem er een afschrift van bezorgen (art. 146*octies* A.R.A.B.; NYS, H., *a.w.*, 237).

Zie inzake het medisch schooltoezicht, art. 14, 5° B.Vl.Ex. 30 juli 1985 betreffende de verplichtingen en de opdrachten inzake medisch schooltoezicht en houdende de erkenningsvoorwaarden en subsidiëring van equipes en centra voor medisch schooltoezicht, *B.S.*, 15 november 1985. Dit artikel regelt de mededeling van gegevens tussen artsen verantwoordelijk voor het medisch schooltoezicht.

Voor de ambulante geestelijke gezondheidszorg moet worden gelet op art. 19, §3 B.Vl.Ex. van 12 oktober 1988 inzake de erkenning en betoelaging van de centra voor geestelijke gezondheidszorg, *B.S.*, 14 februari 1989. Na toelating van de patiënt of zijn wettelijke vertegenwoordiger kunnen aan hulpverleners, niet aan het centrum verbonden - die ruime formulering kan slaan op hulpverleners uit de preventieve of de curatieve sector - met inachtname van de regels inzake deontologie, gegevens van het dossier of nuttige inlichtingen van de behandeling medegedeeld worden (zie ook nog art. 5, §6 zelfde besluit).

AFDELING III

INZAGE VERLENEN IN MEDISCHE GEGEVENS

1010 In verband met het verlenen van inzage in medische gegevens betreffende een patiënt dient te worden verwezen naar de geheimhoudingsplicht voor zover het inzage aan derden betreft.

Het verlenen van inzage aan de patiënt zelf in zijn medische gegevens kan daarentegen niet worden benaderd vanuit deze geheimhoudingsplicht, aangezien deze plicht niet bestaat tegenover de patiënt.

De vraag rijst of op de arts een plicht rust aan de patiënt die erom verzoekt inzage te verlenen in de medische gegevens die hem aanbelangen. In het verlengde hiervan ligt de afgifte van originelen of kopies.

Het is aangewezen niet te spreken over de inzage in het medisch dossier en de plicht van de arts in dat verband en een corresponderend recht van de patiënt.

De notie medisch dossier is te vaag. Er bestaat geen eensgezindheid over de definitie (zie DECOSTER, C., *a.w.*, 179; SCHUTYSER, K., "Eigendomsrecht en medische dossiers", *R.W.*, 1989-90, 3023-3025), noch over de inhoud van een medisch dossier. Bij iedere discussie over de inzage in het medisch dossier alszodanig stelt zich het probleem van de persoonlijke, subjectieve, aantekeningen van de arts i.v.m. mogelijke diagnoses en therapieën (*vgl.* CORBISIER, I, "Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique", *R.G.A.R.*, 1990, 116829. Dit probleem stelt zich in mindere mate wanneer de vraag naar inzage of afgifte betrekking heeft op de eigen medische gegevens van de patiënt. Nu is ook de notie "medische gegevens" niet geheel vrij van dubbelzinnigheid. Toch bestaan er hiervan definities die in aanmerking kunnen worden genomen (zie boven, nr. 291).

Het loslaten van de notie "medisch dossier" heeft nog een bijkomend voordeel. Het inzagerecht van de patiënt in zijn medisch dossier wordt wel eens bepleit vanuit het eigendomsrecht dat hij heeft tegenover zijn dossier. Toch is het eigendomsrecht geen degelijke constructie om aan de patiënt inzage in de op hem betrekking hebbende medische gegevens te verlenen. In de regel heeft hij het medisch dossier niet in zijn bezit. Nu dit dossier een roerend goed is, geldt als regel dat de bezitter geacht wordt eigenaar te zijn. Dat is de arts of het ziekenhuis. Maar ook principieel is de benadering vanuit het eigendomsrecht heilloos. Zowel de patiënt, die bepaalde documenten heeft terbeschikking gesteld en om wiens gegevens het gaat, als de arts, die aantekeningen heeft gemaakt, documenten heeft verzameld en wellicht ook de informatiedrager heeft geleverd, als het ziekenhuis dat instaat voor de bewaring van het dossier (art. 15 Gecoördineerde Ziekenhuiswet) komen op een of andere wijze in aanmerking als eigenaar van het dossier. Deze benadering lost derhalve weinig op. Hoe dan ook, de mening van de Europese Commissie als zou in België het recht van patiënten op inzage in hun eigen medisch dossier gebaseerd zijn op het beginsel dat de patiënt eigenaar is van het dossier, is onjuist (*PB.* C., 1983, 177/23).

1011 Een recht van de patiënt op inzage in zijn medische gegevens en een daaraan corresponderende plicht van de arts deze inzage toe te staan heeft tot nu toe geen erkenning gevonden in het Belgisch recht. Wetgeving en rechtspraak ontbreken en beschouwingen in de rechtsleer zijn schaars.

Art. 42 Code van geneeskundige plichtenleer laat de arts toe, op vraag van de patiënt of wanneer hij dat zelf nuttig oordeelt en zo het belang van de patiënt het vergt, objectieve gegevens uit het dossier, zoals radiografieën en resultaten van onderzoekingen, aan de zieke mee te delen. Het betreft hier een loutere mogelijkheid, overgelaten aan het discretionaire oordeel van de arts. Zie i.v.m. de afgifte van radiografieën ook nog, Rb. Brussel, 11 april 1962, *J.T.*, 1962, 602).

1012 Het recht op inzage in de eigen medische gegevens wordt soms herleid tot het recht op informatie in hoofde van de patiënt (over het recht op informatie, zie boven, 301 e.v.).

In deze zin SCHUTYSER : "Het recht op inzage is een toepassing tot in het medisch dossier van het recht op informatie van de patiënt. Als men dit zeer letterlijk neemt, behelst dit recht dat de patiënt zijn medisch dossier moet kunnen inkijken" (SCHUTYSER, K, *a.w.*, 3044).

Hoewel recht op informatie en inzagerecht veel raakpunten met elkaar vertonen vallen zij niet volledig samen. Het recht op informatie van de patiënt is eng verbonden met het vereiste dat toestem-

ming dient te worden gegeven voor een medische ingreep. Deze informatie zal doorgaans door de arts d.m.v. een gesprek met de patiënt worden gegeven. Om de informatieoverdracht vlotter te laten verlopen kan ook gebruik worden gemaakt van geschreven documenten, zoals tekeningen, schema's, maar ook van stukken afkomstig uit het medisch dossier van die patiënt. Inzoverre sluit het inzagerecht dus aan bij het informatierecht (zie ook CORBISIER, I, *a.w.*, 116828).

1013 Het recht op inzage is in de ons omringende landen (Duitsland, Frankrijk, Nederland) echter vnl., zij het niet uitsluitend, ontwikkeld naar aanleiding van misgelopen relaties tussen arts en patiënt.

In de Bondsrepubliek erkende het Bundesgerichtshof in twee uitspraken van 23 november 1983 het inzagerecht van de patiënt in zijn medische gegevens (Bundesgerichtshof, 23 november 1983, *N.J.W.*, 1983, 328-332). Een van beide uitspraken betrof de vordering van de patiënt tot inzage in de medische gegevens omdat hij een proces wilde aanspannen tegen een neurochirurg die tijdens de operatie een fout zou hebben gemaakt. Het Bundesgerichtshof baseerde het recht op inzage vnl. op art. 1 Grundgesetz (recht van een ieder op eerbiediging van zijn persoonlijke waardigheid) en art. 2 (AHRENS, H.J., "Arztliche Aufzeichnungen und Patienten Information; Wegmarken des BGH", *N.J.W.*, 1983, 2609-2613).

In Frankrijk kan het inzagerecht van de patiënt gedeeltelijk worden afgeleid uit wetgeving. Art. 28 van de Ziekenhuiswet van 31 december 1970 stipuleert dat de openbare ziekenhuizen gehouden zijn het dossier van een patiënt mee te delen aan de behandelende arts van de patiënt. Voorts is van belang de Wet van 6 januari 1978 die de gegevensbescherming regelt. Art. 40 van deze wet voorziet dat het recht op toegang tot medische databanken slechts kan worden uitgeoefend langs een arts om; art. 6*bis* van de Wet van 17 juli 1978 betreffende de verbetering van de relaties tussen overheid en burgers, ingevoegd door de Wet van 11 juli 1979 voorziet hetzelfde voor de inzage in medische documenten. Uit deze bepalingen heeft de Franse Raad van State een indirect inzagerecht afgeleid voor de patiënt. De behandelende arts dient het dossier te overhandigen aan de arts aangeduid door de patiënt (Raad van State, Fr., 22 januari 1982, *D.*, 1982, 291, concl. GENEVOIS, M.). *In casu* betrof het eveneens een vordering (zie BOUDET, G. e.a., *Le dossier médical. Droit à l'information et secret*, Parijs, Editions ESF, 1985, 46-47; THOUVENIN, D., "Fichiers médicaux et information de la personne fichée", *Rev. Dr. Sanitaire*, 1984, 303).

Zoals in de Bondsrepubliek is ook in Nederland het inzagerecht in medische gegevens vnl. "rechtersrecht" (zie LEENEN, *Handboek gezondheidsrecht*, 235; zie de analyse van rechtspraak in MARKENSTEIN L.F. en TE BRAAKE, Th.A.M., *De patiënt en zijn medische gegevens*, Maastricht, Rijksuniversiteit Limburg, Capaciteitsgroep Gezondheidsrecht, december 1985). In deze rechtspraak werd aanvankelijk de (pre)contractuele goede trouw als uitgangspunt voor het inzagerecht genomen. Maar in latere uitspraken werd vaker een beroep gedaan op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, neergelegd in art. 10, lid 3 G.W. Ook art. 29 van de Wet Persoonsregistratie bevat als basis voor het inzagerecht het recht op privacy (LEENEN, *Handboek gezondheidsrecht*, 236). Aldus komt de klemtoon van het inzagerecht te liggen op het recht te weten welke gegevens over zichzelf in een dossier of een databank worden bijgehouden. Deze ontwikkeling duidt er op dat de uitoefening van het inzagerecht niet beperkt hoeft te blijven tot conflictsituaties of situaties waarin sprake is van uitwisseling van medische gegevens. Patiënten moeten mogelijkheden hebben om tijdens het gehele behandelingsproces de arts te "volgen", zonder dat er sprake hoeft te zijn van een vertrouwensbreuk (MARKENSTEIN, L., TE BRAAKE, Th., *a.w.*, 11).

1014 In België ontbreekt rechtspraak die het inzagerecht erkent of afwijst. Art. 13 Wet Uitoefening Geneeskunst kent slechts zijdelings een dergelijk recht toe, nl. via de behandelend arts. Zie ook boven, nr. 664 inzake onrechtstreeks inzagerecht van de psychiatrische patiënt.

Het recht op (geschreven) informatie, het klachtrecht en het in dit kader gel-

dende *fair play* beginsel (gelijke kansen) alsmede en vooral het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (kennis over wat er wordt geregistreerd) kunnen een inzagerecht in de eigen medische gegevens dragen. Gegeven de persoonlijke aard van deze rechten, moet het inzagerecht in beginsel door de betrokken patiënt zelf kunnen worden uitgeoefend (*vgl.* SCHUTYSER, K., *a.w.*, 3044)(zie hieromtrent ook het voorontwerp van wet inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, zie boven, nr. 297).

Als een alternatief voor het inzagerecht pogen sommige patiënten medische gegevens die hen betreffen te bekomen via een beroep op art. 877 Ger.W. (Cass., 20 maart 1989, *Arr. Cass.*, 1989, 835; *Pas.*, 1989, I, 749; *J.T.*, 1990, 194)(Brussel, Kort ged., 20 juli 1989, *R.G.A.R.*, 1990, 11701; Rb. Brussel, Kort ged., 7 maart 1988, 458). Opvallend is dat in al deze gevallen de arts het medisch dossier in "veiligheid" had gebracht bij de provinciale raad van de orde der geneesheren. Het is weinig waarschijnlijk dat de procedure via art. 877 Ger.W. een bevredigend alternatief kan bieden voor het inzagerecht (zie hierover ook QUERTAINMONT, Ph., "Toegang tot administratieve documenten en transparantie van persoonlijke dossiers in het Belgische recht", *T.B.P.*, 1990, 614-615).

HOOFDSTUK III

VALSHEID IN MEDISCHE GETUIGSCHRIFTEN

AFDELING I

INLEIDING

1015 Het leerstuk van de valsheid in geschriften werd door DUPONT ooit bestempeld als "een juridisch labyrint" (DUPONT, L., "Valsheid in medische ge(tuig)schriften", *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 288). Dit is volgens hem vooral te wijten aan het feit dat de strafwetgever verregaande onderscheidingen heeft gemaakt tussen diverse soorten getuigschriften en valsheidprocédé's en hieraan zeer uiteenlopende strafrechtelijke regimes heeft verbonden. Hoewel een aantal artikelen van het Sw. in het bijzonder betrekking hebben op "medische getuigschriften", vnl. art. 204 Sw., (zie afdeling II) mag niet uit het oog worden verloren dat het Sw. de valsheid in tal van medische geschriften niet specifiek, alszodanig, heeft strafbaar gesteld. Dit betekent geenszins dat de valsheid in deze niet afzonderlijke vernoemde medische geschriften aan de strafbaarheid ontsnapt. In de meeste gevallen zullen de valsheden in medische ge(tuig)schriften strafbaar zijn zoals de valsheden in andere geschriften (DUPONT, L., *a.w.*, 295; afdeling III). Bepaalde medische getuigschriften zijn door de wetgever op een bijzondere wijze beschermd tegen vervalsing (afdeling IV). Ten slotte wordt het wijzigen van een medisch getuigschrift door een onbevoegde besproken (afdeling V).

AFDELING II

VALSELIJK BEVESTIGEN VAN ZIEKTE OF GEBREK (ART. 204 SW.)

1016 Art. 204 Sw. stelt strafbaar met gevangenisstraf van 8 dagen tot 2 jaar de arts die, om iemand te bevoordeligen, valselijk het bestaan bevestigt van ziekten of gebreken waarvoor vrijstelling kan worden verleend van een wettelijk verschuldigde dienst of van enige andere door de wet opgelegde verplichting. Indien de arts zich daartoe heeft laten bewegen door giften of beloften, dan wordt de straf verhoogd tot minimum een jaar en maximum vijf jaar. Hij kan tevens worden ontzet uit zijn politieke en burgerlijke rechten. Er kunnen in dit artikel vijf toepassingsvoorwaarden worden onderscheiden, die in de onderstaande paragrafen zullen worden toegelicht (zie ARNOU, P., "De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer", *Juridische aspecten van de geneeskunde*, nr. 47).

§1. Getuigschrift

1017 Dat voor de toepassing van art. 204 Sw. een getuigschrift wordt vereist, staat niet met zoveel woorden in de tekst van deze bepaling.

Art. 204 bevindt zich echter in afdeling II van Boek I, Titel III, Hoofdstuk IV Sw. en deze afdeling heeft betrekking op geschreven stukken.

De Strafwet geeft geen bepaling van het getuigschrift. Het begrip moet dus in zijn gebruikelijke betekenis worden verstaan d.w.z. "een schriftelijke verklaring die van een feit of een beoordeling getuigt; het is een geschreven getuigenis" (VAN HALEWIJN, W. en DUPONT, L., *Valsheid in geschriften, A.P.R.*, Gent/Leuven, E. Story-Scientia, 1975, nr. 212). Dezelfde auteurs plaatsen art. 204 bij de artikelen die de zgn. "geneeskundige getuigschriften" beschermen (*a.w.*, nr. 222)(zie ook DUPONT, L., *a.w.*, 294, nr. 28; DUPONT, L., "Valsheid in geschriften", in DE PEUTER, J. e.a., *Bijzonder strafrecht voor rechtspractici*, Leuven, Acco, 1990, nr. 44).

§2. Bevestiging van een ziekte of gebrek

1018 Het bevestigen van een ziekte of gebrek moet met het vereiste bedrieglijk opzet, nl. de vrijstelling van een plicht of een dienst, gebeuren. Als de arts zich vergist in zijn diagnose en ten onrechte een ziekte bevestigt in een getuigschrift, vindt de Strafwet geen toepassing (VAN HALEWIJN, W. en DUPONT, L., *a.w.*, nr. 224).

Dit leidt tot bewijsmoeilijkheden en verklaart waarom dit artikel maar zelden tot vervolging aanleiding geeft. Volgens DELHUVENNE is deze bepaling een "in de vergeethoek geraakte beschikking" (DELHUVENNE, M., noot onder Corr. Brugge, 11 februari 1980, *Vl. T. Gez.*, 1980-81, afl. 1, 33).

Indien de arts een getuigschrift aflevert en naar waarheid bevestigt dat de patiënt ziek is, maar wanneer deze ziekte en de gevolgen ervan sterk worden overdreven, dan zal hij niettemin strafbaar zijn indien alle andere elementen van het misdrijf aanwezig zijn (VAN HALEWIJN, W. en DUPONT, L., *a.w.*, nr. 224; *anders*, SASSERATH, S., "Des faux certificats médicaux", *R.D.P.*, 1928, 325). Voor de interpretatie van VAN HALEWIJN en DUPONT valt veel te zeggen. Strafbaar is het bevestigen van het bestaan van een ziekte waardoor vrijstelling kan worden verleend van een plicht of een dienst. Wanneer nu iemand werkelijk lijdt aan een ziekte die niet van aard is dat zij tot vrijstelling kan leiden terwijl een andere ziekte wordt bevestigd die wel aanleiding geeft tot vrijstelling of terwijl de gevolgen van de werkelijk bestaande ziekte schromelijk worden overdreven, valt niet goed in te zien waarom art. 204 Sw. niet zou van toepassing zijn. Anders zou dit art. nooit kunnen gelden t.o.v. personen die werkelijk ziek zijn. Overlijden is geen ziekte of gebrek. Een vals getuigschrift van overlijden valt buiten de toepassing van art. 204 Sw. (VAN HALEIJN, W. en DUPONT, L., *a.w.*, nr. 225; DUPONT, L., *a.w.*, 294, nr. 28).

§3. Op valselijke wijze

1019 Op valselijke wijze bevestigen betekent bevestigen wat onwaar is (ARNOU, P., *a.w.*, nr. 47). De onwaarheid kan slaan op de ziekte zelf (die niet bestaat), op de gevolgen ervan (die worden overdreven) of op een andere ziekte dan deze die in werkelijkheid bestaat.

In verband met deze voorwaarde duikt de vraag op of het noodzakelijk is dat de arts de (vermeende) zieke werkelijk heeft onderzocht. Men kan stellen dat het maar mogelijk is een ziekte valselijk

te bevestigen, na onderzoek. Toch zou men uit een arrest van het Hof van Cassatie en meer bepaald de weergave van het bevestigde arrest van het hof van beroep kunnen afleiden dat een onderzoek niet noodzakelijk is (Cass., 5 mei 1987, *Arr. Cass.*, 1987, 1162; *Pas.*, 1987, I, 1024).

§4. Uitgaande van een arts

1020 Deze voorwaarde zal in het algemeen weinig problemen opleveren.

Er bestaat wel enige discussie over of de houder van het diploma van doctor in de genees-, heel- en verloskunde die de overige voorwaarden voor de uitoefening van de geneeskunde niet vervult onder de toepassing kan vallen van art. 204 Sw. Volgens MARCHAL zou het volstaan doctor in de geneeskunde te zijn (MARCHAL, A., "Faux commis dans les écritures et les dépêches télégraphiques", *Novelles*, Droit Pénal, II, Brussel, Larcier, 1967). Dit wordt betwist door VAN HALEWIJN en DUPONT : een doctor in de geneeskunde die niet bevoegd is de geneeskunde uit te oefenen kan ook niet bevoegd zijn de door art. 204 Sw. beschermde getuigschriften af te leveren. De hypothese van art. 204 Sw. kan zich dan niet voordoen. Deze arts moet met een particulier worden gelijkgesteld (VAN HALEWIJN, J. en DUPONT, L., *a.w.*, nr. 525. Zie i.v.m. de verouderde terminologie in art. 204 Sw. en de toepassing ervan op tandheelkundigen en vroedvrouwen, VAN HALEWIJN, J. en DUPONT, L., *a.w.*, nr. 522-524).

§5. Vrijstelling van een wettelijke dienst of verplichting

1021 Opdat art. 204 Sw. van toepassing zou kunnen zijn wordt een bijzonder opzet vereist, nl. de bedoeling om iemand te bevoordeligen door vrijstelling te verlenen van een wettelijke dienst of verplichting (DUPONT, L., "Valsheid in medische ge(tuig)schriften", 294, nr. 30).

1022 Wat wettelijk verschuldigde diensten of verplichtingen zijn, wordt ruim geïnterpreteerd (VAN HALEWIJN, J. en DUPONT, L., *a.w.*, nr. 228).

Niet vereist is dat de naleving van de verplichting strafrechtelijk zou zijn beteugeld. "De tekst zelve houdt dergelijke beperking niet in en omvat dan ook, naar onze mening, alle wettelijke verplichtingen, al dan niet strafrechtelijk beteugeld : het zijn alle verplichtingen van openbare orde, tot welke tak van het recht ze ook behoren" (DELHUVENNE, M., *a.w.*, 34).

VAN HALEWIJN en DUPONT vermelden : de vrijstelling van militaire dienst en de aanwezigheid van een militair in dienst in zijn eenheid; de vrijstelling deel uit te maken van een jury; de vrijstelling om in rechte te getuigen; het valselijk bevestigen van de ziekte van een gevangene teneinde hem te doen overbrengen van een gevangenis naar een ziekenhuis; door de wet opgelegde persoonlijke plichten, zoals voogdij en deelname aan de familieraad (VAN HALEWIJN, J. en DUPONT, L., *a.w.*, nr. 228).

Ook de verplichting opgelegd door art. 52, 2° Wegverkeerswet, nl. ter plaatse blijven na een ongeval teneinde de nodige vaststellingen te laten gebeuren, kan aanleiding geven tot toepassing van art. 204 Sw. (zie Corr. Brugge, 11 februari 1980, *Vl. T. Gez.*, 1980-81, afl. 1, 33, noot DELHUVENNE, M. : aflevering van een getuigschrift teneinde iemand die vluchtmisdrijf pleegde een reden te verschaffen waarom hij zich uit de voeten had gemaakt; de arts had valselijk bevestigd dat hij een geneesmiddel had toegediend, wat beschouwd werd als de impliciete bevestiging van ziekte of gebrek, waardoor de dader de daarop volgende 12 uur geen activiteit meer mocht verrichten).

Vanzelfsprekend wordt ook de leerplicht hier bedoeld (VAN HALEWIJN, J. en DUPONT, L., *a.w.*, nr. 228; zie hieromtrent ook het advies van de Nationale Raad van de orde der geneesheren van 16 september 1989 inzake medische getuigschriften en schoolverzuim, *T. Orde Gen.*, 1989, afl. 46, 37-38). Zelfs t.a.v. een niet meer leerplichtige leerling kan sprake zijn van een onwettelijke

vrijstelling. De omstandigheid dat leerlingen niet meer leerplichtig zijn en niet verplicht zijn een diploma te behalen neemt niet weg dat wanneer het regelmatig volgen van de lessen een wettelijke verplichting is voor het behalen van het diploma, het afleveren van valse attesten voor het rechtvaardigen van schoolverzuim van aard kan zijn aan die wettelijke verplichting afbreuk te doen (Cass., 5 mei 1987, *Arr. Cass.*, 1987, 1162; *Pas.*, 1987, I, 1024)(zie DUPONT, L., in *Bijzonder strafrecht voor rechtspractici*, nr. 46).

1023 Wanneer een dienst niet wettelijk verschuldigd is, maar een privaat karakter heeft, geldt art. 204 Sw. niet.

Aldus het getuigschrift om de afwezigheid te verantwoorden van een werknemer die in private dienst werkt (Antwerpen, 25 maart 1983, *Pas.*, 1983, II, 64; DUPONT, L., "Valsheid in medische ge(tuig)schriften", 294, nr. 28).

1024 Wanneer van een wettelijke verplichting of dienst geen sprake is, kan art. 204 Sw. evenmin toepassing vinden.

Aldus het getuigschrift dat valselijk de ziekte van een beklaagde bevestigt die verzet aantekent tegen een veroordelend vonnis, teneinde zijn afwezigheid op de daaropvolgende zitting te rechtvaardigen (Cass., 12 juni 1950, *Arr. Cass.*, 1950, 630; *Pas.*, 1950, I, 714; *R.W.*, 1950-51, 552; *J.T.*, 1950, 498; Corr. Hasselt, 18 juni 1969, *Jur. Liège*, 1969-70, 127; dit vonnis bevestigt dat de beklaagde steeds het recht heeft verstek te laten). Zo ook het getuigschrift waarin valselijk de maagdelijkheid van een meisje wordt bevestigd in een strafvervolging wegens een zedenmisdrijf (Brussel, 29 mei 1949, *J.T.*, 1949, 467; er nog van afgezien dat hier van de bevestiging van een ziekte of gebrek geen sprake is).

1025 Art. 204 Sw. vereist niet dat het getuigschrift werd afgeleverd vóór de vrijstelling werd bekomen. Een onrechtmatige vrijstelling kan inderdaad bekomen worden door een belofte later een getuigschrift voor te leggen (VAN HALEWIJN, J. en DUPONT, L., *a.w.*, nr. 230. Evenmin is vereist dat de vrijstelling dank zij het valse getuigschrift werd bekomen. Het lijkt zelfs niet vereist dat daadwerkelijk een vrijstelling werd bekomen. Art. 204 Sw. spreekt inderdaad over de vrijstelling die "kan worden verleend".

1026 Er bestaat geen twijfel over dat een vals medisch getuigschrift betrekking kan hebben op een andere persoon dan degene die er gebruik zal van maken of er baat bij zal vinden. De rechtspraak is op dat punt eensgezind (Luik, 27 juni 1962, *Jur. Liège*, 1962-63, 18; VAN HALEWIJN, J. en DUPONT, L., *a.w.*, nr. 232 en de verwijzingen aldaar).

§6. Giften of beloften

1027 Indien de arts zich bij het opmaken van het valse getuigschrift heeft laten leiden door giften of beloften kunnen zwaardere sancties worden opgelegd.

Onder giften wordt niet verstaan het gewone honorarium dat de arts voor de raadpleging en het opstellen van het getuigschrift ontvangt (ARNOU, P., *a.w.*, nr. 46).

AFDELING III

VALSHEID IN GESCHRIFTEN (ART. 196 SW.)

1028 Dat een geneeskundig getuigschrift niet beantwoordt aan de voorwaarden voor de toepassing van art. 204 Sw. betekent niet dat er van een mogelijk misdrijf geen sprake kan zijn (VAN HALEWIJN, J. en DUPONT, L., *a.w.*, nr. 231; DUPONT, L., *a.w.*, 295, nr. 32).

In de meeste gevallen zullen de valsheden gepleegd in medische ge(tuig)schriften strafbaar zijn zoals valsheden in andere geschriften. Doorgaans is een medisch getuigschrift bestemd voor derden en inzoverre is het dan ook van aard om in enigerlei mate tot bewijs te dienen van de vermeldingen die erin voorkomen. Alszodanig zijn deze geschriften dan ook vatbaar voor de strafbare valsheid, overeenkomstig art. 194 tot 196 Sw. (DUPONT, L., *a.w.*, 295, nr. 35).

1029 Het getuigschrift voor verstrekte hulp is volgens DUPONT "potentieel een onuitputtelijke bron van valsheid".

Vermits getuigschriften voor verstrekte hulp hoe dan ook in enigerlei mate bestemd zijn of van aard om een bewijs te vormen voor de feiten die ze vaststellen, zullen valsheden in deze geschriften als criminele valsheden strafbaar zijn overeenkomstig art. 196 Sw. (DUPONT, L., *a.w.*, 296, nr. 37; in dezelfde zin; BALLEGEER, P., "De strafrechtelijke sanctionering van de verzorgingsverstrekkers bij benadeling van de ziekteverzekering", *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1988, 93-94; zie ook Cass., 19 oktober 1964, *Pas.*, 1965, I, 185 : valselijk bevestigen van verzorging van een ziekenfondslid; Brussel, 26 februari 1968, *R.D.P.*, 1967-68, 991 : zorg verstrekt door een ander dan de ondertekenende arts. Zie hierover ook RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 490; Gent, 6 januari 1970, *R.W.*, 1969-70, 1970 : valselijk bevestigen dat een persoon werd onderzocht in een getuigschrift dat geldt als aanvraag voor terugbetaling van honoraria). Een blanco ondertekend getuigschrift voor verstrekte zorgen maakt valsheid in geschriften uit, indien nog geen verzorging werd toegediend (BALLEGEER, P., *a.w.*, 94). Ook de patiënt kan zich schuldig maken aan valsheid. Wanneer een patiënt zijn vordering tot terugbetaling van verleende hulp tegenover het ziekenfonds laat verjaren en nadien de data van de medische getuigschriften aanpast om deze verjaring te ontlopen, maakt hij zich schuldig aan valsheid in geschriften in de zin van art. 196 Sw. (Cass., 11 december 1985, *Arr. Cass.*, 1986, 530; *Pas.*, 1986, I, 459; *R.W.*, 1985-86, 2306; *J.T.*, 1986, 601).

1030 Een geneeskundig getuigschrift opgesteld om een vordering tot schadevergoeding te staven kan onder de toepassing vallen van art. 196 Sw. (VAN HALEWIJN, J. en DUPONT, L., *a.w.*, nr. 231; DUPONT, L., *a.w.*, 294, nr. 29).

1031 Valselijk opgestelde getuigschriften met het oog op de gedwongen plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis kunnen eveneens onder art. 196 Sw. vallen.

De arts die valselijk bevestigt, d.i. zonder de betrokkene te hebben onderzocht, dat iemand aan een geestesstoornis lijdt teneinde hem te laten plaatsen in een krankzinnigengesticht valt onder de toepassing van art. 196 Sw. (Gent, 22 mei 1965, *R.W.*, 1965-66, 38; VAN HALEWIJN J. en DUPONT, L., *a.w.*, nr. 231 en de aangehaalde literatuur; DUPONT, L., *a.w.*, 294, nr. 29). De arts die in een getuigschrift met het oog op gedwongen opname niet de vermelding

schrapt dat hij de patiënt persoonlijk heeft gezien, onderzocht en ondervraagd terwijl hij in werkelijkheid deze handelingen niet heeft gesteld, pleegt valsheid; toch kan hij niet worden veroordeeld wegens valsheid omdat geen bedrieglijk opzet of het oogmerk om te schaden was bewezen. Lichtzinnig handelen volstaat niet (Corr. Charleroi, 4 oktober 1984, *Rev. Rég. Dr.*, 1985, 89-91; DUPONT noemt deze uitspraak "verbijsterend" (DUPONT, L., *Bijzonder strafrecht voor rechtspractici*, nr. 74)).

1032 De arts die met bedrieglijk opzet in een geneeskundig getuigschrift valselijk bevestigt dat zijn patiënt arbeidsongeschikt is, maakt zich in beginsel schuldig aan criminele valsheid in geschriften (art. 196 Sw.) (Antwerpen, 25 maart 1983, *Pas.*, 1983, II, 64-65; DUPONT, L., *a.w.*, 296, nr. 39).

In casu ging het om de bevestiging van de arbeidsongeschiktheid zonder onderzoek. De valsheid kan ook slaan op de duur van de arbeidsongeschiktheid, zelfs al bestaat de mogelijkheid van vervroegde gedwongen werkhervatting via een geneeskundige controle van werkgever of ziekenfonds (DUPONT, L., *a.w.*, 296, nr. 39; zie Corr. Charleroi, 18 februari 1958, *J.T.*, 1958, 367 en RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 490).

1033 Valsheid in geschriften in de zin van art. 196 Sw. kan ook hierin bestaan dat een arts in een geschrift valselijk bevestigt dat een vrouw zwanger is en dat de geboorte tegen een bepaalde dag mag worden verwacht, met het oog op de vervroegde uitbetaling van kraamgeld (Cass., 27 april 1982, *Arr. Cass.*, 1982, 1033; *Pas.*, 1982, I, 970).

1034 Ook in geneesmiddelenvoorschriften kan valsheid worden gepleegd in de zin van art. 196 Sw.

Aldus het opstellen van voorschriften zonder dat hieraan een aflevering beantwoordt of zonder corresponderende aflevering van een geneesmiddel (Brussel, 30 mei 1979, *R.W.*, 1979-80, 1497; zie hierover DUPONT, L., *a.w.*, 297, nr. 42; zie ook Cass., 7 maart 1966, *Pas.*, 1966, I, 733; *R.D.P.*, 1965-66, 797; Cass., 2 januari 1956, *Pas.*, 1956, I, 479; RYCKMANS en MEERT- VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 490).

Is eveneens valsheid in geschriften het voorschrijven van geneesmiddelen op naam van een verzekeringsgerechtigde, terwijl de geneesmiddelen bestemd zijn voor een derde die volkomen vreemd is aan de persoon op wiens naam het voorschrift werd uitgeschreven (DUPONT, L., *a.w.*, 297, nr. 42; zie ook PURNELLE, G., "Het voorschrijven van verzorging door een geneesheer en de rechtspraak", *Inf.R.I.Z.I.V.*, 1978, 364 en de daar aangehaalde uittreksels uit niet gepubliceerde rechtspraak).

AFDELING IV

WELWILLENDHEIDSGETUIGSCHRIFTEN (ART. 205)

1035 Soms zal een medisch getuigschrift kunnen worden opgevat als een zgn. welwillendheidsgetuigschrift. Dit is een getuigschrift dat wordt afgeleverd uit pure welwillendheid van de opsteller, die geenszins verplicht is het af te leveren en die voorts een beroep doet op de welwillendheid van de geadresseerde, die geenszins verplicht is er een gevolg aan te geven (DUPONT, L., *a.w.*, 295, nr. 36; VAN HALEWIJN, J. en DUPONT, L., *a.w.*, nr. 235).

Bij wijze van voorbeeld noemt DUPONT getuigschriften waarin bevestigd wordt "dat het wenselijk is dat patiënt X, om gezondheidsredenen, zittend werk zou verrichten; aan de binnendienst geaffecteerd zou worden; niet zou deelnemen aan deze of gene activiteit".

Valsheid in dergelijke geschriften wordt slechts strafbaar gesteld in geval van onderschuiving van de persoon onder wiens naam het welwillendheidsgetuigschrift wordt uitgeschreven. Andere vervalsingen blijven in principe straffeloos, althans voor zover het gaat om een werkelijk welwillendheidsgetuigschrift, d.w.z. een getuigschrift zonder enige juridische draagwijdte. DUPONT merkt op dat door de "overjuridisering van het medisch bedrijf" de meeste medische geschriften wel een juridische draagwijdte (kunnen) hebben. Welwillendheidsgetuigschriften zijn dan ook eerder uitzonderlijk (DUPONT, L., *a.w.*, 290, nr. 15).

AFDELING V

WIJZIGEN VAN EEN MEDISCH GETUIGSCHRIFT DOOR EEN ONBEVOEGDE (ART. 203 SW)

1036 Volledigheidshalve wordt hier ook aandacht besteed aan art. 203 Sw. Dit artikel bestraft de onderschuiving van de naam van een arts of de hoedanigheid van een arts aan wie het getuigschrift wordt toegeschreven, terwijl het in feite niet het geval was. De term "valselijk opmaken" is zo ruim, dat ook de toevoegingen van een particulier op een door een arts opgesteld getuigschrift, onder de toepassing vallen van art. 203 Sw. (DUPONT, L., *a.w.*, 293, nr. 25).

Voor de toepassing van art. 203 Sw. gelden dezelfde voorwaarden als voor art. 204 Sw., behalve dat in dit geval het getuigschrift - de term wordt hier wel gebruikt - schijnbaar dient uit te gaan van een arts. Ook het bijzonder opzet van bevrijding van een wettelijke opgelegde dienst of verplichting geldt hier. Voor de interpretatieproblemen daaromtrent, zie boven, nr. 1021 e.v.

Door art. 203 Sw. kan slechts diegene bestraft worden die een geschrift opstelt dat de kenmerken van een medisch getuigschrift bezit d.w.z. een stuk dat rechtstreeks uitgaat van een arts. Het opstellen van een vals afschrift van een medisch getuigschrift kan dus niet bestraft worden door deze bepaling vermits dit valse afschrift, zelfs indien het voor echt aanzien wordt, niet de benaming "medische getuigschrift" verdient (Brussel, 12 februari 1949, *J.T.*, 1946, 157, noot HOORNAERT, G.). Wel kunnen valse afschriften van medische getuigschriften het vertrouwen wekken en alsdusdanig het materieel element uitmaken van een misdaad bedoeld in art. 196 Sw. Overigens is de vervalsing van een getuigschrift, nl. de materiële wijziging ervan door toevoeging, schrap-

ping of overschrijving, steeds strafbaar krachtens art. 207 Sw. (VAN HALEWIJN, J. en DUPONT, L., *a.w.*, nr. 348). De vervalsing door een militair, om zich aan de dienst te onttrekken, van de vermeldingen door de eenheidsgeneesheer ingeschreven in het ziekenboek, wordt bestraft door de art. 203 en 207 Sw. (Krijgsraad te velde A, 3 november 1972, *R.D.P.*, 1976-77, 96, nr. 19).

TITEL X

DIAGNOSTISCHE EN THERAPEUTISCHE VRIJHEID

HOOFDSTUK I

DIAGNOSTISCHE EN THERAPEUTISCHE VRIJHEID ALGEMEEN BESCHOUWD

AFDELING I

WETTELIJKE BEPALINGEN EN BEGRIPSAFBAKENING

1037 De diagnostische en therapeutische vrijheid van de arts wordt door verscheidene wettelijke bepalingen bevestigd.

Volgens art. 35 Z.I.V.-Wet oordeelt de arts "in geweten en in volle vrijheid over de aan de patiënten te verlenen verzorging". Krachtens art. 11, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst mogen aan artsen, tandartsen en apothekers "geen reglementaire beperkingen worden opgelegd bij de keuze van de middelen die aangewend moeten worden, hetzij voor het stellen van de diagnose, hetzij voor het instellen en uitvoeren van de behandeling, hetzij voor het uitvoeren van magistrale bereidingen". Ten slotte bepaalt art. 130, §1, tweede lid Gecoördineerde Ziekenhuiswet dat de professionele autonomie van de individuele ziekenhuisarts op het vlak van het stellen van de diagnose of het uitvoeren van de behandeling niet in het gedrang mag worden gebracht.

Deze drie bepalingen formuleren allemaal eenzelfde beginsel dat doorgaans de diagnostische en therapeutische vrijheid van de arts wordt genoemd. Men kan betreuren dat die formuleringen niet meer gelijkluidend zijn. Art. 35 Z.I.V.-Wet spreekt enkel over "verzorging". Art. 130, §1 Gecoördineerde Ziekenhuiswet is begrijpelijkerwijs beperkt tot de ziekenhuisarts maar vermeldt niet de vrijheid inzake het instellen van de behandeling. Art. 11 Wet Uitoefening Geneeskunst is in alle opzichten het ruimst gesteld.

1038 De diagnostische en therapeutische vrijheid van de arts wordt in deze bepalingen niet zozeer bevestigd in de relatie tussen arts en patiënt dan wel tegenover de overheid (art. 35 Z.I.V.-Wet en art. 11 Wet Uitoefening Geneeskunst) of de beheerder van ziekenhuizen (art. 11 Wet Uitoefening Geneeskunst en art. 130, §1 Gecoördineerde Ziekenhuiswet).

Ook in de relatie tussen arts en patiënt bestaat er vrijheid van diagnose en therapie in deze zin dat de arts de patiënt niet aan een onderzoek of behandeling mag onderwerpen zonder de toestemming van de patiënt en dat de patiënt van een arts geen behandeling kan verlangen die niet strookt met de professionele, wetenschappelijke of morele overtuiging van de arts. De vrijheid van de arts tegenover de overheid en de ziekenhuisbeheerders is niet dezelfde als de vrijheid van de arts tegenover de patiënt. Ook zonder die uitdrukkelijke wetsbepalingen zou er in de relatie tussen arts en patiënt therapeutische en diagnostische vrijheid bestaan. In de regel vloeit die voort uit het verbintenissenrecht. Wanneer de vrijheid van de arts tegenover de overheid wordt ingeperkt, vnl. om financiële redenen, dan betekent dit niet per definitie dat de vrijheid in de arts-patiënt relatie eveneens wordt aangetast, hoewel dit doorsnee genomen wel het geval kan zijn (zie verder, nr. 1042).

Een beperking van de vrijheid in de relatie arts-overheid of arts-ziekenhuis kan doorwerken in de relatie arts-patiënt. Maar dat is geen reden om de verschillende niveaus, waarop de vrijheid van de arts kan worden gesitueerd, nl. macro (overheid), meso (ziekenhuis) en micro (patiënt) niet goed uit elkaar te houden.

1039 In de literatuur wordt de toestemming van de patiënt wel eens voorgesteld als een begrenzing van de therapeutische en diagnostische vrijheid van de arts die art. 11 Wet Uitoefening Geneeskunst hem toekent (zie ANRYS, H., *La responsabilité civile médicale*, nr. 73; HENNAU-HUBLET, Chr., *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 9). Die benadering is niet overtuigend. Wanneer een arts een bepaalde ingreep niet kan uitvoeren omdat hij de (stilzwijgende) toestemming van de patiënt niet heeft bekomen, dan wordt de therapeutische vrijheid van de arts zoals bedoeld in art. 11 Wet Uitoefening Geneeskunst daardoor niet beperkt of geschonden. Zou dit het geval zijn dan zou de weigering van de patiënt nietig zijn. Krachtens art. 12 Wet Uitoefening Geneeskunst worden als niet geschreven beschouwd in overeenkomsten gesloten door artsen, de bepalingen die hun diagnostische en therapeutische vrijheid schenden. Een dergelijke interpretatie is zo flagrant in strijd met het recht op fysieke integriteit van de patiënt dat zij niet bedoeld kan zijn door de (volmacht)wetgever.

1040 De bevestiging van de diagnostische en therapeutische vrijheid van de arts in art. 11 en 12 Wet Uitoefening Geneeskunst moet vnl. worden geplaatst in het kader van de verhouding van de artsen tegenover de verplichte ziekteverzekering.

Zo ziet DILLEMANS in art. 11 Wet Uitoefening Geneeskunst "grotendeels een herhaling van de versie die art. 35 Z.I.V.-Wet aan het beginsel geeft" (DILLEMANS, R., "De wetgevende besluiten inzake geneeskunst in perspectief", *T.P.R.*, 1986, nr. 22; in dezelfde zin RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 422).

1041 Dit neemt niet weg dat ook buiten het verband van de verplichte ziekteverzekering een beroep op art. 11 en 12 Wet Uitoefening Geneeskunst kan worden gedaan. Aldus door de arts die in opdracht van een derde iemand aan een medisch onderzoek (keuring) onderwerpt. Tegenover zijn opdrachtgever geniet de arts van de diagnostische en therapeutische vrijheid wat inhoudt dat hij de keuring in volledige professionele onafhankelijkheid moet (kunnen) uitvoeren.

De gemeenteraad die zich bij het nemen van een beslissing tot ambtshalve ontslag van een personeelslid wegens ziekte steunt op het verslag van een medische commissie moet worden vermoed een commissie in het leven te hebben willen roepen die een nuttig advies d.w.z. een objectief advies zou uitbrengen. Leden van adviserende commissies zijn in het algemeen verplicht zich onafhankelijk te gedragen tegenover het bestuur dat zij van advies moeten dienen en de beoefenaars van de geneeskunde moeten in het bijzonder vanwege hun vrijheid van diagnose en therapie (art. 11 Wet Uitoefening Geneeskunst) de inhoud van de door hen gestelde handelingen die tot de geneeskunde behoren - en een aan de commissie opgedragen onderzoek van de gezondheidstoestand van een personeelslid behoort daartoe - in volle onafhankelijkheid kunnen bepalen. De arts-

ambtenaar is voor medische handelingen rechtens volkomen onafhankelijk en staat met name niet onder het hiërarchisch gezag van zijn overheid. Bij gebrek aan een uitdrukkelijke tekst die zulk een vermoeden in het leven roept mag hem op grond van een algemeen vermoeden dat hij in feite mogelijk niet conform dat recht op en die plicht tot onafhankelijkheid zou handelen, de toegang tot een medische commissie niet worden ontzegd (R.v.St., Thys, nr. 26.116, 28 januari 1986).

1042 Dat de bevestiging van de vrijheid van diagnose en therapie van de arts vnl. is bedoeld om de verhoudingen van de artsen tegenover de verplichte ziekteverzekering te bepalen mag evenmin verkeerd worden begrepen. Geen wetsbepaling en ook art. 35 Z.I.V.-Wet niet noch art. 11 en 12 Wet Uitoefening Geneeskunst, schrijft voor dat de verplichte verzekering onbeperkt moet zijn of zonder enig voorafgaandelijk toezicht de kosten van om het even welke behandeling voorgeschreven door om het even welke arts en toegepast in om het even welke omstandigheden zou moeten dragen. Integendeel, de Z.I.V.-Wet heeft een zodanig stelsel van voorafgaandelijk toezicht georganiseerd en opgedragen aan de adviserend artsen van de verzekeringsinstellingen. Die bepalingen verhinderen niet dat de behandelend arts de behandeling verder zet noch dat de patiënt ze op eigen kosten ondergaat als de verzekering weigert bij te dragen. Zij beperken de therapeutische vrijheid niet en schenden dan ook niet art. 35 Z.I.V.-Wet noch art. 11 Wet Uitoefening Geneeskunst (R.v.St., Oger, nr. 16.387, 26 april 1974).

Hetzelfde geldt voor een bepaling die de tussenkomst van de verplichte ziekteverzekering in een elektrotherapiebehandeling afhankelijk stelt van het voorschrift van een medisch specialist daar waar voorheen ook een huisarts die behandeling kon voorschrijven. Een dergelijke regeling houdt geen verband met de uitoefening van de vrijheid bedoeld in art. 11 Wet Uitoefening Geneeskunst maar beperkt zich tot het vaststellen van de voorwaarden waaronder de ziekteverzekering financieel tussenkomt in de medische behandeling (R.v.St., Algemene Kinesitherapeutenvereniging, nr. 16.362, 10 april 1974). Een regeling uitgevaardigd in het kader van de Z.I.V.-Wet waarin wordt voorzien in een verzekeringstussenkomst ten voordele van de erkende huisarts die een bezoek brengt aan zijn patiënt die in het ziekenhuis is opgenomen, terwijl die tussenkomst niet wordt toegekend aan specialisten, maakt geen inbreuk op de therapeutische vrijheid van de specialisten. Het staat hen immers vrij deze prestatie te verrichten en daar een honorarium voor te vragen dat dan evenwel niet wordt betaald door de ziekteverzekering (R.v.St., Verbond van Beroepsverenigingen van Belgische Specialisten, nr. 30.635, 7 september 1988).

Ook in de relatie tussen ziekenhuis en ziekenhuisartsen is er geen beperking van de diagnostische en therapeutische vrijheid zolang de getroffen maatregel de vrijheid om bepaalde middelen aan te wenden voor het stellen van een diagnose of instellen van een therapie alszodanig niet aantast.

Aldus de beslissing van de raad voor maatschappelijk welzijn van een O.C.M.W. dat een ziekenhuis beheert en waarbij de anatomische en weefselonderzoekingen die ten behoeve van de patiënten opgenomen in het ziekenhuis moeten gebeuren, exclusief worden opgedragen aan één bepaald laboratorium en niet langer aan het privé-laboratorium dat een van de ziekenhuisartsen thuis had ingericht. Volgens de Raad van State maakt dit een maatregel uit van organisatie van het ziekenhuis als openbare dienst die niet de vrijheid van de ziekenhuisartsen inperkt om die onderzoekingen voor te schrijven die zij in het belang van de zieken nodig achten (R.v.St., Dumont, nr. 21.1933, 22 mei 1981). Het bestuur van een ziekenhuis dat bepaalde isotopen onderzoeken uitsluitend laat verrichten door sommige artsen en de persoonlijke uitoefening ervan door de andere artsen uitsluit, beperkt daardoor alleen niet de vrijheid bedoeld in art. 11 en 12 Wet Uitoefening Geneeskunst wanneer deze artsen zich tot andere diensten kunnen wenden om daar die isotopen onderzoeken te laten verrichten die zij met het oog op het stellen van een diagnose nodig achten

(Cass., 29 januari 1981, *Arr. Cass.*, 1981, 605; *R.W.*, 1982-83, 171; *Pas.*, 1981, I, 587; *J.T.*, 1981, 342; *Vl. T. Gez.*, 1981-82, 112).

1043 De betekenis van de wettelijke bepalingen die de diagnostische en therapeutische vrijheid van de arts bevestigen is dat zij de overheid en de ziekenhuisbeheerders verhinderen de professionele autonomie van een arts op een directe wijze aan te tasten door hem te verbieden bepaalde middelen aan te wenden voor het stellen van een diagnose en het instellen of uitvoeren van een therapie. Zelfs zo opgevat moet de vrijheid van diagnose en therapie nog worden gerelativeerd. Art. 11 Wet Uitoefening Geneeskunst verbiedt reglementaire beperkingen van die vrijheid; art. 12 beschouwt contractuele beperkingen als niet geschreven. De wetgever daarentegen kan wel beperkingen stellen aan de middelen die kunnen worden aangewend voor het stellen van een diagnose of het instellen van een therapie (zie de bepalingen in de Ziekenhuiswet omtrent de planning van zware medische apparatuur die door sommigen als een inbreuk op de diagnostische vrijheid werd ervaren; zie NYS, H. en PRIMS, A., *Ziekenhuiswetgeving in een impasse*, Heule, UGA, 1979, 42-43).

1044 De voornamelijk financiële beperkingen die in het kader van de verplichte ziekteverzekering worden gesteld t.a.v. de beschikbaarheid van bepaalde medische verzorging (eigen bijdragen, voorafgaandelijke toelatingen e.d.) beperken alszodanig de vrijheid van diagnose en van therapie niet (zie boven, nr. 1042 en Arbh. Brussel, 10 januari 1989, *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1989, 89).

Toch kan bezwaarlijk worden ontkend dat dergelijke beperkingen *de facto* de therapeutische en diagnostische vrijheid kunnen inperken en zelfs kunnen uithollen. In dat geval kunnen dergelijke beperkingen een juridische relevantie krijgen in die zin dat de bekommernis om het behoud van hun therapeutische vrijheid aan artsen en hun beroepsverenigingen een eigen, rechtstreeks en gewettigd belang geeft opdat het bedrag van de eigen bijdrage die door hun patiënten moet worden betaald binnen zodanige grenzen zou blijven dat de verzorging niet te kostelijk wordt voor de armsten onder hun patiënten en bijgevolg nog maar moeilijk aan hen voor te schrijven (R.v.St., Coutelier, nr. 25.314, 10 mei 1985).

Art. 10.2 van het Europees Wetboek inzake Sociale Zekerheid, opgemaakt te Straatsburg op 16 april 1964 en goedgekeurd door de Belgische Wet van 26 mei 1969 stelt een plafond vast waarboven de eigen bijdrage van de patiënt in de kosten van gezondheidszorg niet mag uitstijgen, m.n. 25% van deze kosten. Deze bepaling is evenwel niet rechtstreeks toepasselijk in de interne Belgische rechtsorde (R.v.St., Coutelier, nr. 25.314, 10 mei 1985).

1045 De regel dat elke beoefenaar van de geneeskunde vrij de behandelingswijze van zijn patiënten mag kiezen, vastgesteld in art. 11, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst geldt in het Belgische recht niet als een algemeen rechtsbeginsel (Cass., 13 november 1986, *Arr. Cass.*, 1987, 343; *Pas.*, 1987, I, 317; *R.W.*, 1986-87, 2026).

1046 Ook de gebruikte bewoordingen in art. 11 Wet Uitoefening Geneeskunst zetten aan tot een relativerende interpretatie van de vrijheid van diagnose en therapie. Krachtens deze bepalingen mogen geen reglementaire beperkingen worden opgelegd bij de keuze van de middelen die aangewend moeten worden. Dit "moeten" wijst op een begrenzing van de vrijheid in die zin dat niet om het even wat mogelijk zou kunnen bijdragen tot de gezondheid van de patiënt onder die vrijheid valt, maar slechts die middelen waarvan redelijkerwijze mag worden aangenomen dat zij een diagnostisch of therapeutisch nuttig effect kunnen hebben.

Art. 35 Z.I.V.-Wet lijkt in dit opzicht ruimer gesteld dan art. 11 Wet Uitoefening Geneeskunst zeker in de vroegere versie volgens de welke de arts" in geweten en in volle vrijheid" oordeelt over de te verlenen verzorging. In de huidige versie is daar aan toegevoegd "aan de patiënten". Hierdoor sluit die versie beter aan bij art. 11 Wet Uitoefening Geneeskunde (i.v.m. deze versies van art. 35 Z.I.V.-Wet, zie verder, nr. 1053).

1047 Dat de vrijheid van diagnose en therapie geen absoluut beginsel is volgt voorts nog hieruit dat misbruik ervan mogelijk is. Wat kan worden misbruikt, kan niet absoluut zijn. Zie daarover afdeling II.

AFDELING II

BETEUGELING VAN HET MISBRUIK VAN DIAGNOSE EN THERAPIE

§1. Door de raden van de orde der geneesheren

1048 Deze afdeling behandelt de beteugeling van het zgn. misbruik van diagnose en therapie. Beter zou het zijn te spreken van het misbruik van de vrijheid van keuze van de middelen voor het stellen van een diagnose of het instellen en uitvoeren van een therapie. Dit brengt duidelijker tot uiting dat de beteugeling geen betrekking heeft op de diagnosestelling of de therapie alszodanig, maar wel op de middelen die daartoe worden aangewend. De uitdrukking "misbruik van diagnose en therapie" is echter gemeengoed geworden. Zij wordt hier ook gebruikt maar moet worden begrepen met de nuance die hiervoor werd aangebracht.

Een bijzonder geval van misbruik van therapeutische vrijheid is het misbruik bij het voorschrijven van drugs. Zie daarover het volgende hoofdstuk.

1049 Art. 11, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst bepaalt dat de misbruiken van de vrijheid van diagnose en therapie worden beteugeld door de raden van de orde der geneesheren wanneer het misbruik door een arts wordt gepleegd.

Deze bepaling is in zekere zin een herhaling van de vroegere versie van art. 35 Z.I.V.-Wet. Het tweede lid van dit artikel droeg de beoordeling van "de onrechtmatige verstrekkingen die in strijd

zijn met de plichtenleer" op aan de raden van de orde der geneesheren. Het kwam uitsluitend die raden toe de betwistingen van medische aard betreffende de toepassing van die bepaling tussen een arts en een verzekeringsinstelling of de dienst voor geneeskundige controle te beslechten en de arts eventueel een tuchtstraf op te leggen wegens fouten die hij in dat verband beging (art. 35, derde lid Z.I.V.-Wet, oud). Dat de wetgever hier dacht aan "misbruiken" bleek uit het vervolg van die bepaling : "de hiervoor bedoelde misbruiken zullen de raden van de orde ter kennis worden gebracht door de dienst voor geneeskundige controle".

Uit dit art. 35 en uit de op dat artikel betrekking hebbende parlementaire werkzaamheden bleek dat de organen van het R.I.Z.I.V. niet bevoegd waren om een oordeel te vellen over de gepastheid of de waarde van de verleende zorgen. Dat behoorde tot de uitsluitende bevoegdheid van de raden van de orde der geneesheren (R.v.St., De Saedeleer, nr. 30.628, 7 september 1988). In hoeverre de nieuwe versie van art. 35 hierin verandering heeft gebracht wordt hieronder onderzocht.

1050 Volgens het Hof van Cassatie beduidt het woord "misbruik" in art. 11, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst "een verkeerd gebruik" (Cass., 5 november 1987, *Arr. Cass.*, 1988, 308; *Pas.*, 1988, I, 289).

Door deze interpretatie krijgt misbruik een ruime betekenis. Het intentionele element dat misbruik impliceert is afwezig bij verkeerd gebruik. Door misbruik als verkeerd gebruik te omschrijven, is voor misbruik geen opzet vereist. Dit wordt met zoveel woorden bevestigd in dit cassatiearrest : "misbruik van therapeutische vrijheid vereist geen opzet" (Cass., 5 november 1987, *Arr. Cass.*, 1988, 308; *Pas.*, 1988, I, 289).

Misbruik bij het voorschrijven van drugs daarentegen veronderstelt wel een opzet (zie verder, nr. 1075). Overigens is misbruik in art. 11, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst geen misdrijf. Doch de omstandigheden waarin het misbruik wordt gepleegd kunnen met zich brengen dat het onder een of andere strafrechtelijke kwalificatie kan worden gebracht. Aldus valsheid in geschriften (zie boven, nr. 1015) of misbruik bij het voorschrijven van drugs (zie verder, nr. 1064 e.v.).

Bij het beoordelen van het misbruik bij het voorschrijven van drugs dient de strafrechter zich te onthouden van een oordeel over de gegrondheid van de voorgeschreven therapie (Cass., 15 september 1987, *Arr. Cass.*, 1988, 60; *Pas.*, I, 55; *R.W.*, 1988-89, 809, noot MERCKX, D.; uitvoeriger, zie verder, nr. 1066 e.v.). Wanneer nu misbruik in art. 11, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst wordt begrepen als verkeerd gebruik impliceert dit dat de tuchtrechter zich wel een oordeel mag vormen over het al dan niet juist aanwenden van de diagnostische en therapeutische vrijheid. Aldus kan de tuchtrechter wel doordringen tot de kern van het professioneel oordeel (zie in die zin ook R.v.St., De Saedeleer, nr. 30.628, 7 september 1988 : het oordeel over de gepastheid of de waarde van de verleende zorgen is de exclusieve bevoegdheid van de raden van de orde der geneesheren; zie ook de beslissing van de raad van beroep van de orde der geneesheren met het Nederlands als voertaal waarin de schrapping van de lijst wegens misbruik van therapeutische vrijheid werd gemotiveerd met de overweging "dat betrokkene tegen alle thans geldende wetenschappelijke kennis van oordeel is en blijft dat zijn behandeling correct was". Het cassatiemiddel waarin werd gesteld dat een verschil van mening over de "thans geldende wetenschappelijke kennis" niet als misbruik van therapeutische vrijheid kan worden beschouwd omdat misbruik opzet veronderstelt, werd niet aangenomen (Cass., 5 november 1987, *Arr. Cass.*, 1988, 308; *Pas.*, 1988, I, 289).

Deze uiteenlopende interpretaties van "misbruik" zijn niet van aard de toepassing van deze bepalingen te vergemakkelijken. Het verschil is wel te verklaren doordat in het ene geval de strafrech-

ter bevoegd is en die zich als leek op medisch gebied dient te onthouden van een uitspraak over het professionele oordeel van een arts, terwijl in het andere geval de tuchtrechter daar wel toe in staat kan geacht worden (I.v.m. de samenstelling van de raden van de orde, zie boven, nr. 190)

1051 Het doorbreken van de exclusieve bevoegdheid van de raden van de orde komt in de nieuwe wettelijke bepalingen voornamelijk tot uiting in art. 35 Z.I.V.-Wet.

Art. 35, eerste lid bevestigt zoals voorheen dat de arts "in geweten en in volle vrijheid" oordeelt over de aan de patiënten te verlenen verzorging. Al de rest in de nieuwe versie van art. 35 is nieuw en er wordt op geen enkele wijze nog verwezen naar de bevoegdheid van de raden van de orde inzake het beoordelen van de misbruiken van diagnostische en therapeutische vrijheid.

Het vervolg van art. 35, eerste lid bevat het zuinigheidsbeginsel. De arts zal erover waken toegewijde en bekwame geneeskundige verzorging te verstrekken in het belang van de patiënt en rekening houdend met de door de gemeenschap ter beschikking gestelde globale middelen.

Art. 35, tweede lid legt de arts op zich te onthouden van het voorschrijven van onnodig dure onderzoeken en behandelingen, alsook van het verrichten of laten verrichten van overbodige verstrekkingen ten laste van de regeling voor verplichte Z.I.V. De analogie met art. 36, tweede lid Code van geneeskundige plichtenleer is te opvallend om toevallig te kunnen zijn. Merkwaardig is wel dat art. 35, tweede lid Z.I.V.-Wet wordt geplaatst onder de hoofding "kwantiteit van de verleende verzorging" en art. 36, tweede lid code onder de titel "kwaliteit van de verzorging".

Art. 35, derde lid Z.I.V.-Wet ten slotte geeft aan op welke wijze het onnodig dure karakter van onderzoekingen en behandelingen en het overdreven karakter van verstrekkingen dient te worden beoordeeld. Dit moet gebeuren "in vergelijking met de onderzoeken, behandelingen en verstrekkingen die een geneesheer voorschrijft, verricht of laat verrichten in gelijkaardige omstandigheden". Dit lijkt een verwijzing in te houden naar de *bonus medicus* die als norm wordt gehanteerd voor het beoordelen van het gedrag van een arts in het kader van het aansprakelijkheidsrecht. Tevens is het de bedoeling gebruik te maken van de zgn. medische profielen aan de hand waarvan het voorschrijf- en behandelgedrag van een arts kan worden vergeleken met dat van zijn collega's (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 975/1; 18; over deze profielen, zie verder, nr. 1060).

1052 Misbruik in de zin van art. 11, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst kan zowel slaan op een kwalitatief verkeerd gebruik van de vrijheid van diagnose en therapie (zie boven) als op een kwantitatief verkeerd gebruik (zie art. 36, tweede lid Code van geneeskundige plichtenleer : de arts zal vermijden "onnodig dure onderzoekingen en behandelingen voor te schrijven of overbodige verstrekkingen te verrichten"). In geval van misbruik kunnen de raden van de orde de wettelijk voorziene tuchtsancties opleggen (zie boven, nr. 1050).

§2. Door controlecommissies van het R.I.Z.I.V.

1053 De Programmawet van 22 december 1989, *B.S.*, 30 december 1989, heeft een aantal wijzigingen aangebracht aan de Z.I.V.-Wet onder de hoofding "Beoordeling van de kwantiteit van de door de geneesheren voorgeschreven of verleende verzorging". Krachtens art. 31 van die Programmawet wordt de datum van inwerkingtreding van deze bepalingen vastgesteld door de Koning. Die datum is bij K.B. 27 november 1990, *B.S.*, 30 november 1990 vastgesteld op 1 december 1990.

1054 De dienst voor geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V. wordt belast met een bijkomende opdracht, nl. de "kwantiteit van de voorgeschreven of verleende verzorging te beoordelen en uitvoering te geven aan de beslissingen van de provinciale en nationale commissies bedoeld in art. 79*bis*" (art. 77, 2° Z.I.V.-Wet).

Uit de toelichting bij deze nieuwe opdracht blijkt dat het hier wel degelijk gaat om de beoordeling en beteugeling van misbruiken van de diagnostische en therapeutische vrijheid. Het "principiële recht" van de vrijheid van diagnose en therapie kan volgens de Regering niet onbegrensd worden uitgeoefend. Tot nu toe werden de grenzen van die vrijheid niet geformuleerd in de Wet op de Ziekteverzekering maar uitsluitend in de medische deontologie. Het overtreden van deze grenzen kon uitsluitend worden beoordeeld door de raden van de orde der geneesheren en slechts worden bestraft met tuchtsancties. De Regering was van oordeel dat de gedragscode waaraan de arts zich als verstrekker van prestaties in het kader van de verplichte Z.I.V. dient te houden niet langer enkel het voorwerp kan uitmaken van tuchtrechtelijke regels, maar in een ruimer sociaalrechtelijk kader moet omschreven worden. "Los van de deontologische beoordeling, worden de misbruiken inzake therapeutische of diagnostische vrijheid aan administratieve commissies onderworpen" (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 975/1, 17-18).

1055 Het vaststellen van de tekortkomingen bedoeld in art. 35, tweede en derde lid Z.I.V.-Wet wordt opgedragen aan een controlecommissie bij de dienst voor geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V. De bevoegdheid van deze commissie laat de bevoegdheden van de orde van geneesheren inzake tuchtrecht onverminderd bestaan (art. 79*bis*, §1, eerste lid Z.I.V.-Wet).

Deze commissie wordt in tien provinciale afdelingen onderverdeeld behalve in Brabant waar twee afdelingen worden opgericht. Deze commissie bestaat enerzijds uit een vaste kern van leden en anderzijds uit een aantal per afdeling variërende leden. De vaste leden zijn twee effectieve en twee plaatsvervangende leden gekozen uit de magistraten bij de rechtbanken van eerste aanleg en uit de rechters die zetelen in de arbeidsrechtbanken; twee effectieve en twee plaatsvervangende leden, artsen, aangeduid door de representatieve organisaties van het geneesherenkorps en twee effectieve en twee plaatsvervangende leden, artsen, aangeduid door de verzekeringsinstellingen. De ene helft zijn Franstaligen en de andere helft Nederlandstaligen. Per provinciale afdeling bestaat de controlecommissie dus uit drie vaste leden, hetzij Nederlandstaligen hetzij Franstaligen. De per afdeling wisselende leden zijn een effectief en een plaatsvervangend lid uit de betrokken provincie, aangeduid door de representatieve organisaties van het geneesherenkorps en een effectief en een plaatsvervangend lid, aangeduid door de verzekeringsinstellingen (art. 79*quater*, §1). Een afdeling van de controlecommissie bestaat dus uit vijf effectieve leden, nl. een magistraat die voorzitter is van de commissie (art. 79*ter* §1) en vier overige leden die arts zijn. Alle leden worden door de Koning benoemd (zie art. 79*ter*, §2).

1056 Bij de dienst voor geneeskundige controle wordt verder een commissie van beroep ingesteld die tot opdracht heeft uitspraak te doen over de hogere beroepen ingesteld tegen de beslissingen van de controlecommissie (art. 79*bis*, §2 Z.I.V.-Wet).

Deze commissie van beroep bestaat uit twee afdelingen, een Nederlandstalige en een Franstalige. Deze commissie wordt voorgezeten door een tweetalige voorzitter, gekozen uit de magistraten bij de hoven van beroep en de arbeidshoven, met uitsluiting van het openbaar ministerie. Daarnaast

bestaat zij uit twee effectieve en twee plaatsvervangende leden-magistraten bij een hof van beroep of arbeidshof; vier effectieve en vier plaatsvervangende leden-artsen aangeduid door de representatieve organisaties van het artsenkorps en vier effectieve en vier plaatsvervangende leden-artsen, aangeduid door de verzekeringsinstellingen. Telkens evenveel Nederlandstaligen als Franstaligen. Alleen de leden-magistraten (3 op 11 leden) hebben een beslissende stem (art. 79*quater*, §2, 2° *in fine*). Deze bepaling ontbreekt voor de controlecommissie in eerste aanleg zodat mag worden aangenomen dat alle leden er een beslissende stem hebben. Ook de leden van de commissie van beroep worden benoemd door de Koning.

De Koning kan de samenstelling van de controlecommissie en de commissie van beroep wijzigen door ze uit te breiden met twee effectieve en twee plaatsvervangende leden aangeduid door de representatieve organisaties van de werknemers en de werkgevers. Die leden hebben enkel raadgevende stem (art. 79*quater*, §3).

Het mandaat van voorzitter, plaatsvervangend voorzitter, werkend of plaatsvervangend lid van de controlecommissie of de commissie van beroep is onverenigbaar met enig mandaat of functie in een comité of raad ingesteld bij het R.I.Z.I.V. of in een dienst van deze instelling. Het is dus uitgesloten dat een arts van de dienst voor geneeskundige controle die bij het voorafgaand onderzoek is betrokken, lid van de controlecommissie of de commissie van beroep zou zijn. Dit zou in strijd zijn met het algemeen rechtsbeginsel betreffende de onpartijdigheid van de rechter (Cass., 23 mei 1985, *Arr. Cass.*, 1985, 1315; *Pas.*, 1985, I, 1194; Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 975/2, Advies Raad van State, 170).

1057 Een zaak kan aanhangig worden gemaakt bij de afdeling van de controlecommissie van de provincie waar de betrokken arts zijn woonplaats heeft door de dienst voor geneeskundige controle, een profielcommissie of een verzekeringsinstelling die van oordeel is dat een arts de bepalingen van art. 35 overtreedt (art. 79*quinquies*, §1 Z.I.V.-Wet).

Zie voor de (minimaal uitgewerkte) procedure art. 79*quinquies*, §2 t.e.m. §4 Z.I.V.-Wet.

1058 Van iedere definitief geworden beslissing van de controlecommissie of de commissie van beroep wordt een kopie bezorgd aan de bevoegde raad van de orde der geneesheren (art. 79*quinquies*, §5 Z.I.V.-Wet).

1059 Bij vaststelling van een inbreuk op art. 35 Z.I.V.-Wet vorderen de controlecommissie of de commissie van beroep de uitgaven m.b.t. de prestaties die door de Z.I.V. werden ten laste genomen geheel of gedeeltelijk terug van de arts. Samen met deze terugvordering kunnen zij de toepassing van de derde betalersregeling voor de prestaties verstrekt door de betrokken arts verbieden (art. 90*bis* Z.I.V.-Wet). Dit alles onverminderd straf- of tuchtrechtelijke vervolgingen.

De Koning bepaalt de modaliteiten van bekendmaking van de definitieve beslissingen betreffende dit verbod van toepassing van de derde betalersregeling (art. 90*bis* Z.I.V.-Wet).

1060 Overeenkomstig art. 20*bis* Z.I.V.-Wet, totstandgekomen door art. 1 K.B. nr. 408 van 18 april 1986, *B.S.*, 6 mei 1986, worden bij de dienst voor geneeskundige verzorging voor de door de Koning aan te wijzen disciplines, zgn. p r o f i e l c o m m i s s i e s ingesteld die tot taak hebben per zorg-

verstrekker een individuele evaluatie op te maken van de bij art. 135, tweede lid voorgeschreven statistische tabellen. De samenstelling en de werkingsregels van deze commissie worden bepaald door de Koning (zie R.v.St., Depourcq, nr. 29.845, 21 april 1988 inzake de profielenevaluatie voor kinesitherapeuten).

Met betrekking tot de medische verstrekkingen worden trimestriële niet-cumulatieve statistische tabellen opgesteld per verstrekker, per voorschrijvende arts of per ziekenhuis voor de disciplines en volgens de modaliteiten, bepaald door het Beheerscomité van de dienst voor geneeskundige verzorging (art. 322*bis* K.B. 4 november 1963).

Aan de hand van deze gegevens worden de zgn. m e d i s c h e p r o f i e l e n opgesteld, zodat het aantal en soort medische prestaties per arts bekend is waardoor, via de controlecommissie, een kwantitatieve controle op de beoefening van de geneeskunde mogelijk wordt (zie VAN STEENBERGE, J., "Geïnformatiseerde medische databanken en privacy : is de sociale wetgeving gewapend?", *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 233; zie daarover ook DE RIDDER, J., "De profielen van de zorgverstrekkers", *Informatie Landsbond Christ. Mut.*, 1984, 111.

HOOFDSTUK II

MISBRUIK BIJ VOORSCHRIJVEN VAN DRUGS

AFDELING I

WETTELIJKE BEPALINGEN

1061 Art. 3, derde lid Drugwet bedreigt met zware strafsancties de beoefenaars van de geneeskunde of van een paramedisch beroep die misbruik maken van het voorschrijven, toedienen of afleveren van geneesmiddelen die slaapmiddelen, verdovende middelen of psychotropische stoffen bevatten die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen, onderhouden of verergeren. Deze middelen worden hieronder gemakshalve aangeduid als drugs.

Misbruik is strafbaar met de sancties bepaald in art. 2*bis*, §1 Drugwet, nl. gevangenisstraf van 3 maanden tot 5 jaar en/of geldboete van 1.000 tot 100.000 fr. De leeftijd van de verslaafde, ernstige gezondheidsconsequenties of overlijden van het slachtoffer gelden als verzwarende omstandigheden (art. 2*bis*, §2, §3 en §4 Drugwet). Een arts kan bovendien tijdelijk of definitief worden ontzet van de uitoefening van zijn beroep op grond van art. 4, §2 Drugwet. Overtreding van de ontzetting is op haar beurt strafbaar met gevangenisstraf van 3 maanden tot 1 jaar en/of geldboete van 1.000 tot 5.000 fr. (art. 4, §5 Drugwet). De ontzetting kan ook worden opgelegd wanneer een arts buiten de uitoefening van zijn beroep de Drugwet overtreedt (BROSENS, W., "Drugs : de straffen", *Comm. Strafr.*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 9). De ontzetting is een bijkomende straf, geen veiligheidsmaatregel. Uitstel is dus mogelijk (*t.a.p.*).

1062 Krachtens art. 23, eerste lid K.B. 31 december 1930 omtrent de handel in slaap- en verdovende middelen dat werd genomen op grond van de Drugwet moet iedere arts of tandarts die overdreven hoeveelheden verdovingsmiddelen heeft voorgeschreven of gekocht, het gebruik ervan kunnen verantwoorden t.o.v. de arts die door de provinciale geneeskundige commissie is afgevaardigd en door de inspectie der apotheken wordt bijgestaan. Ook deze bepaling laat controle toe op het gebruik en misbruik bij het voorschrijven van drugs. Deze bepaling staat de toepassing van art. 3, derde lid Drugwet niet in de weg (Cass., 15 september 1987, *Arr. Cass.*, 1988, 60; *Pas.*, 1988, I, 55; *R.W.*, 1988-89, 809, noot MERCKX, D.). Een analoge bepaling treft men aan in art. 13 K.B. 2 december 1988 tot reglementering van sommige psychotrope stoffen, *B.S.*, 3 februari 1989.

Het tweede lid van art. 23 stelt strafbaar het "zonder noodzakelijkheid" voorschrijven van verdovingsmiddelen en daardoor doen ontstaan, aanhouden of verergeren van toxicomanie. Het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde dat de schuldnorm "zonder noodzakelijkheid" in deze bepaling niet meer verenigbaar is met de schuldnorm "misbruik" die voorkomt in art. 3, derde lid Drugwet en die recenter is. Art. 3, derde lid Drugwet kwam tot stand door de Wet van 9 juli 1975, *B.S.*, 26 september 1975. Art. 23, lid 2 is een onwettige bepaling geworden en kan derhalve niet meer worden toegepast (Antwerpen, 14 mei 1985, *Pas.*, 1985, II, 132; MERCKX, D., "Betreffende

art. 3, derde lid Drugwet", noot onder Brussel, 16 december 1986, *R.W.*, 1988-89, 473). Vermits art. 3, derde lid Drugwet recenter is en inhoudelijk strijdig is met art. 23, tweede lid K.B. 31 december 1930 kan deze laatste bepaling niet meer worden toegepast. Er wordt daaraan in de verdere bespreking geen aandacht meer besteed tenzij dit voor een goed begrip van art. 3, derde lid Drugwet nuttig is (zie voor het onderscheid "zonder noodzakelijkheid"-"misbruik" en de reden waarom de wetgever in 1975 voor het misbruik als schuldnorm opteerde, NYS, H., "Apotheker, arts en drugs. Enkele gezondheidsrechtelijke aspecten van het voorschrijven en afleveren van drugs", *Panopticon*, 1986, 339 en 343-344). Ook kan nog worden gewezen op de Wet van 2 april 1965 waarin is strafbaar gesteld het vergemakkelijken van de dopingpraktijk op om het even welke wijze, *B.S.*, 6 mei 1965 (zie RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 852; Corr. Charleroi, 3 april 1985, *J.T.*, 1985, 445.

1063 Het voorschrijven alszodanig van deze middelen is niet gereglementeerd en dat zou ook niet op een rechtstreekse wijze kunnen op basis van de Drugwet (NYS, H., *a.w.*, 335).

Krachtens art. 19 K.B. 31 december 1930 mag een apotheker verdovingsmiddelen enkel afleveren op schriftelijk, gedagtekend en ondertekend oorspronkelijk medisch voorschrift. Op dit voorschrift moeten duidelijk naam en adres van de ondertekenende arts worden vermeld en moet de hoeveelheid voluit worden geschreven (de naam van de patiënt dient niet te worden vermeld). K.B. 2 december 1988 heeft deze verplichting tot de psychotrope stoffen uitgebreid. Via een verplichting opgelegd aan de afleverende apotheker wordt het voorschrijven van deze geneesmiddelen aan strengere regels onderworpen dan gewoonlijk : in de regel dient een geneesmiddelenvoorschrift slechts ondertekend en gedagtekend te zijn en in de mate van het mogelijke de gebruiksaanwijzing van het middel te bevatten (art. 21 Wet Uitoefening Geneeskunst).

AFDELING II

CONSTITUTIEVE ELEMENTEN VAN HET MISBRUIKVERBOD

1064 Art. 3, derde lid Drugwet bevat drie constitutieve elementen (DE NAUW, A., "Overzicht van rechtspraak. Tien jaar vernieuwde drugwet", *R.W.*, 1986-87, 835). Vooreerst een handeling van een beoefenaar van de geneeskunde gericht op het voorschrijven, toedienen of afleveren van bepaalde geneesmiddelen. De doctor in de genees-, heel- en verloskunde is hier zonder twijfel bedoeld.

Zie over de vraag of ook een apotheker onder deze omschrijving valt, NYS, H., *a.w.*, 337.

1065 Het voorschrijven, toedienen of afleveren betreft een geneesmiddel dat slaapmiddelen, verdovende middelen of psychotrope stoffen bevat die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen, onderhouden of verergeren.

De lijst van slaapmiddelen, verdovende middelen of psychotrope stoffen die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen wordt door de Koning vastgesteld (art. 2*bis*, §1 Drugwet; zie K.B. 31 december 1930 omtrent de handel in slaap- en verdovende middelen en K.B. 2 december 1988 tot reglementering van sommige psychotrope stoffen). Er bestaat daarentegen geen lijst van geneesmidde-

len die slaapmiddelen, verdovende middelen of psychotrope stoffen bevatten.

Afhankelijkheid heeft een ruimere betekenis dan toxicomanie. Het gaat niet alleen om lichamelijke verslaving, d.i. de onmogelijkheid om met het gebruik van het middel te breken, maar ook om ongewenste of ongewenst geachte psychische gevolgen (BROSENS, W., "Drugs : de strafbare feiten", in *Comm. Strafr.*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 6). Het volstaat dat het middel afhankelijkheid kan veroorzaken. Een resultaat is niet vereist (NYS, H., *a.w.*, 344). Het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde dat het gebruik van zelfs kleine hoeveelheden verdovende middelen of psychotrope stoffen tot afhankelijkheid kan leiden. De wetgever heeft geen voorwaarde gesteld betreffende de kwantiteit waarin het produkt wordt voorgeschreven, afgeleverd of toegediend (Antwerpen, 12 oktober 1988, *R.W.*, 1988-89, 818-819).

1066 Het derde constitutieve element is het misbruik waarmee het voorschrijven, afleveren of toedienen gebeurt. De beoordeling van dit element stelt de meeste interpretatieproblemen.

1067 De wet geeft geen definitie van m i s b r u i k . De Regering verkoos een afzonderlijke beoordeling van ieder geval in functie van het normaal gebruik van de therapeutische vrijheid (NYS, H., *a.w.*, 341). In de rechtsleer werden pogingen ondernomen om het misbruik af te bakenen.

Volgens BROSENS is er sprake van misbruik als de rechter vaststelt dat de arts op een ongeoorloofde wijze voorschrijft, in strijd met de regels van zijn beroep (BROSENS, W., *a.w.*, 15). J.C. spreekt over "onvoorzichtig en overdreven voorschrijven" (J.C., "Methadonverstrekking : enkele bedenkingen naar aanleiding van een recent proces", *Panopticon*, 1984, 357). Nog andere auteurs geven voorbeelden, geen definitie. Aldus het gebruik van blanco voorschriften en het voorschrijven aan patiënten die men niet kent of niet heeft onderzocht (BOUTMANS, E. en LUYTEN, D., *Drugs*, Antwerpen, Van Loghum Slaterus, 1981, 130).

1068 Volgens MERCKX sluiten deze pogingen onvoldoende aan bij de tekst van de wet. De wetgever heeft slechts het misbruik strafbaar willen maken. Voor de betekenis hiervan gaat MERCKX zowel te rade bij VAN DALE (misbruik is verkeerd, slecht of overdadig gebruik) als bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass., 22 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1980, 1176; *Pas.*, 1980, I., 1166; *R.D.P.*, 1980, 902).

Uit een en ander leidt MERCKX af dat er sprake is van misbruik "indien het voorschrift medisch niet verantwoord is" (MERCKX, D., "Betreffende art. 3, derde lid Drugwet", *R.W.*, 1988-89, 472)(zie hierover ook VANDEPLAS, A., "Kanttekeningen bij de immuniteit van de geneesheer", *Vl. T. Gez.*, 1990-91, 111).

Ook het Hof van Beroep te Antwerpen is van mening dat met misbruik wordt bedoeld "medisch niet verantwoord" (Antwerpen, 12 oktober 1988, *R.W.*, 1988-89, 818-819; Antwerpen, 9 december 1988, *R.W.*, 1989-90, 19, noot MERCKX, D.). Het Hof van Beroep beroept zich op de parlementaire voorbereiding van art. 3, derde lid Drugwet. Nergens in de parlementaire stukken of handelingen kon een verwijzing in deze zin worden aangetroffen. Wel integendeel. De wetgever heeft bewust gekozen voor "misbruik maken" i.p.v. de oorspronkelijk voorgestelde term "afwezigheid van noodzaak". Het beoordelen van de afwezigheid van noodzaak zou de strafrechter dwingen uitspraak te doen "over de gegrondheid van het instellen van een therapie". Om zo'n oordeel waartoe de strafrechter geenszins bevoegd is te vermijden gaf de wetgever de voorkeur

aan "misbruik maken" (zie in deze zin Cass., 15 september 1987, *Arr. Cass.*, 1988, 60; *Pas.*, 1988, I, 55; *R.W.*, 1988-89, 809, noot MERCKX, D.; zie over de parlementaire voorbereiding ook MERCKX, D., "Betreffende art. 3, derde lid Drugwet", *R.W.*, 1988-89, 471-472). Indien men uit de parlementaire voorbereiding iets kan afleiden dan is het wel dat de gegrondheid van het medisch oordeel buiten de rechterlijke toetsing dient te blijven. Hoe dit kan wanneer het medisch verantwoord zijn van het voorschrijven wel mag worden beoordeeld valt niet goed in te zien.

1069 In het arrest van 22 mei 1980 aanvaardde het Hof van Cassatie dat naar recht verantwoord is de beslissing dat een arts misbruik heeft gemaakt wanneer wordt vastgesteld dat deze arts de geneesmiddelen bedoeld in art. 3, derde lid Drugwet "op ongeoorloofde wijze, in strijd met de regels" heeft voorgeschreven (Cass., 22 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1980, 1176; *Pas.*, 1980, I, 1166; *R.D.P.*, 1980, 902). Uit dit arrest leidt MERCKX af dat "het toe te passen criterium eigenlijk de medische en therapeutische verantwoording van het toedienen van dergelijke geneesmiddelen is" (MERCKX, D., "Betreffende art. 3, derde lid Drugwet", *R.W.*, 1988-89, 473).

1070 Misbruik maken interpreteren als medisch niet verantwoord voorschrijven verengt de draagwijdte van art. 3, derde lid Drugwet aanzienlijk. Zo wordt klassiek het voorschrijven van geneesmiddelen aan een patiënt die men niet heeft onderzocht als een misbruik beschouwd (zie BOUTMANS, E. en LUYTEN, D., *a.w.*, 130; Brussel, 7 november 1985, *J.T.*, 1986, 371; Brussel, 16 december 1986, *Pas.*, 1987, II, 51; Corr. Brussel, 16 februari 1984, *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1984, 347; *J. Proc.*, 1984, afl. 36, 25-33). Maar in de opvatting die door MERCKX wordt gegeven aan misbruik, zijnde het medisch niet verantwoord voorschrijven is dat niet steeds het geval. "Indien achteraf zou blijken dat het toedienen van een geneesmiddel, ressorterend onder de wetgeving op de verdovende middelen, voor die onbekende patiënt wel degelijk medisch verantwoord was, dan zal de arts niet gestraft kunnen worden op basis van art. 3, derde lid" (MERCKX, D., "Betreffende art. 3, derde lid Drugwet", *R.W.*, 1988-89, 473).

Het Hof van Beroep te Antwerpen dat, zoals MERCKX, het misbruik eveneens interpreteert als medisch niet verantwoord voorschrijven, kwam daarentegen tot een ander besluit. Volgens dit Hof is het afleveren van een voorschrift voor pervitine zonder, zelfs onvolledig, onderzoek "op zichzelf een misbruik" (Antwerpen, 12 oktober 1988, *R.W.*, 1988-89, 818-819).

1071 De uiteenlopende praktische consequenties die worden verbonden aan eenzelfde criterium, nl. medisch verantwoord voorschrijven, doen twijfels rijzen omtrent de bruikbaarheid van dat criterium. Volgens het Hof van Beroep te Antwerpen bestaat er overigens "geen algemeen geldend beginsel waaruit de medische verantwoording kan worden afgeleid". Men zal daarom steeds *in concreto* dienen na te gaan of een geneesmiddel werd voorgeschreven in situaties waar dit medisch niet verantwoord was (Antwerpen, 12 oktober 1988, *R.W.*, 1988-89, 818-819; in dezelfde zin ook MERCKX in latere publikaties. MERCKX, D., "Andermaal over art. 3 derde lid Drugwet", noot onder Cass.,

15 september 1987, *R.W.*, 1988-89, 811; id., "Over art. 3, derde lid Drugwet", noot onder Antwerpen, 9 december 1988, *R.W.*, 1989-90, 19). Het medisch verantwoord voorschrijven is derhalve als toetssteen voor de toepassing van art. 3, derde lid Drugwet weinig bruikbaar.

1072 Naast deze bedenking in verband met de bruikbaarheid kan ook het principe zelf van het medisch (on)verantwoord voorschrijven in vraag worden gesteld.

MERCKX verwijt de rechtspraak en rechtsleer over art. 3, derde lid Drugwet dat zij dit artikel te casuïstisch toepast en geen "gefundeerde criteria" hanteert. "Men hanteert geen algemene criteria doch veelal een aantal voorbeelden van wat een geneesheer al dan niet mag doen aan de hand waarvan het begrip misbruik ingevuld wordt". Hiertegenover stelt hij een basiscriterium, nl. het medisch verantwoord voorschrijven.

Nu is het medisch onverantwoord voorschrijven al even vaag en even vatbaar voor interpretatie als het misbruik maken. MERCKX zelf verwijst voor het invullen van het onverantwoord voorschrijven naar "het criterium van de ongeoorloofdheid en de strijdigheid met de medische regels en wetenschap" (MERCKX, D., "Betreffende art. 3, derde lid Drugwet", *R.W.*, 1988-89, 473). Dit stemt ongeveer overeen met het arrest van het Hof van Cassatie van 22 mei 1980 (Cass., 22 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1980, 1176; *Pas.*, 1980, I, 1166; *R.D.P.*, 1980, 902).

Het Hof van Cassatie heeft het over voorschrijven "in strijd met de regels". Wat daaronder, en onder "medische regels" dient te worden verstaan is onduidelijk. "Regels" kunnen net zo goed medisch-deontologische regels zijn als "medische regels en wetenschap", of beter, medisch-wetenschappelijke regels. MERCKX verkiest deze laatste interpretatie maar verantwoordt die keuze niet.

Hoe dan ook, door het medisch verantwoord zijn van een voorschrift te toetsen aan medisch-wetenschappelijke regels komt men zeer dicht bij de kern van het professionele oordeel van de voorschrijvende arts. Terwijl de wetgever een toetsing van het professionele oordeel van de arts juist heeft willen vermijden door te kiezen voor misbruik i.p.v. zonder noodzakelijkheid (zie boven, nr. 1068; zie ook NYS, H., *a.w.*, 340).

Zo bekeken blijkt het medisch onverantwoord voorschrijven niet alleen weinig bruikbaar in de praktijk. Bovendien leidt het tot de beoordeling van de therapeutische gegrondheid van een voorschrift, en dat heeft de wetgever in 1975 juist willen vermijden. In dit verband is het ook treffend dat in de literatuur van vóór de wetswijziging "zonder noodzakelijkheid" werd beschouwd als "onverantwoord" voorschrijven (zie VAN DROOGHENBROECK, P., "Le délit d'entretien de toxicomanie", *J.T.*, 1973, 189 : "Les mots 'sans nécessité' reviennent, au fond, à dire : lorsque la prescription n'est pas médicalement justifiée").

1073 Eerder dan te zoeken naar één zgn. basiscriterium van waaruit dan mogelijke gevallen van misbruik kunnen worden gededuceerd, is het aangewezen bij de toepassing van art. 3, derde lid Drugwet uit te gaan van de voorbereidende werken en de elementen die daarin terug te vinden zijn (zij het schaars en niet eenduidig). Het gaat om volgende elementen.

Of het voorschrijven als misbruik kan worden beschouwd moet voor ieder geval afzonderlijk worden beoordeeld. Voor een strafrechtelijke bepaling is een dergelijke zgn. casuïstische benadering vanzelfsprekend.

Bij deze beoordeling moet worden uitgegaan van "de normale beoefening van de therapeutische vrijheid".

De "gegrondheid van het instellen van een therapie" mag evenwel door de rechter niet worden beoordeeld (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1971-72, nr. 484, 3).

1074 De meeste rechterlijke uitspraken liggen in de lijn van deze aanwijzingen afkomstig uit de parlementaire voorbereiding.

Een vonnis van de Correctionele Rechtbank te Brussel is zeer uitvoerig ingegaan op de betekenis van "misbruik" (Corr. Brussel, 16 februari 1984, *J. Proc.*, 1984, afl. 36, 25-33; *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1984, 347). De redenering van de rechtbank kan als volgt worden samengevat.

Om een oordeel te kunnen uitspreken, moeten criteria worden gedefinieerd die toelaten misbruik te omschrijven. Dit komt er, in de woorden van het vonnis, op neer dat antithetisch moet worden te werk gegaan, d.w.z. dat het tegengestelde van misbruik, zgn. normaal gebruik of gebruik volgens de beroepsregels wordt bepaald.

Het voorschrijven van methadon (het middel in kwestie) is een medische handeling die alszodanig dient te worden beschouwd als behorend tot de aanvaarde medische praktijk in België. Zij beantwoordt aan de huidige stand van wetenschap en geneeskunde.

De vraag naar het misbruik kan daarom geen betrekking hebben op het voorschrijven van methadon alszodanig maar op de wijze en de procedure volgens welke het voorschrijven is gebeurd. M.a.w.: niet het professioneel oordeel, maar de omstandigheden waarin het zich voltrok staan ter beoordeling.

Bij deze beoordeling dient de rechter na te gaan of de arts geen vergissing of fout heeft begaan die een voorzichtig en waakzaam arts niet zou hebben begaan. De rechtbank voert hier dus ter beoordeling van het mogelijke misbruik de algemene zorgvuldigheidsnorm (de *bonus paterfamilias*) ten tonele. De gelijkenis met art. 35 Z.I.V.-Wet is bijzonder treffend (zie boven, nr. 1054; zie in dezelfde zin, Brussel, 16 december 1986, *Pas.*, 1987, II, 51). De rechtbank mag haar oordeel alszodanig niet baseren op de richtlijnen en aanbevelingen van de raden van de orde der geneesheren of de provinciale geneeskundige commissies aangezien deze geen enkele bindende kracht hebben. Wel mag de rechtbank onderzoeken of zij niet de huidige stand van wetenschap en medische praktijk tot uitdrukking brengen. Hetzelfde geldt voor de bevindingen van de farmaceutische inspectie en de adviezen van de medische deskundigen.

Uiteindelijk kwam de rechtbank tot een stel van richtlijnen die de normale praktijk bij het voorschrijven van methadon uitmaken; het gaat niet om bindende regels, maar praktische aanwijzingen voor de beroepsuitoefening die beantwoorden aan de wijze waarop een voorzichtig en waakzaam arts zou handelen in functie van vaststaande medische gegevens en de huidige stand van de wetenschap. De rechtbank noemde dat "misbruik normen en criteria" en somde er acht op :

a. de noodzaak de patiënt te onderzoeken alvorens een middel voor te schrijven (zie ook Brussel, 7 november 1985, *J.T.*, 1986, 371-372; Brussel, 16 december 1986, *Pas.*, 1987, II, 51; Antwerpen, 12 oktober 1988, *R.W.*, 1988-89, 818-819);
b. slechts uitzonderlijk voorschrijven van het middel in inspuitbare vorm (zie ook Brussel, 16 december 1986, *Pas.*, 1987, II, 51; Antwerpen, 12 oktober 1988, *R.W.*, 1988-89, 818-819; dit arrest beschouwt het zelf injecteren als een uiting van verslaving);
c. bij aanvankelijk inspuitbaar voorschrijven, streven naar overgang naar perorale toediening (zie ook Brussel, 16 december 1986, *Pas.*, 1987, II, 51);
d. niet zodanig voorschrijven dat het middel door de verslaafde gemakkelijk kan worden gemanipuleerd. B.v. geen tabletten die kunnen worden opgelost en vervolgens ingespoten;
e. de voorgeschreven hoeveelheid strikt beperken tot de persoonlijke behoefte van de patiënt;
f. de voorgeschreven hoeveelheid regelmatig opnieuw beoordelen om te komen tot een ontwenning en genezing van de patiënt (zie ook Antwerpen, 14 mei 1985, *Pas.*, 1985, II, 132);
g. voorschrijven in het kader van een globale medisch-psychosociale begeleiding (zie ook Brussel, 16 december 1986, *Pas.*, 1987, II, 51);
h. vermijden een mengeling van meerdere middelen voor te schrijven.

Deze "misbruik-richtlijnen" kunnen in drie categorieën worden ingedeeld:
a. richtlijnen m.b.t. het onderzoek (dat steeds noodzakelijk is) en de wijze waarop het wordt uitgevoerd (opsporen van de persoonlijke behoeften van de patiënt; herevaluatie);
b. richtlijnen m.b.t. het voorschrijven : strikte beperking tot de persoonlijke behoefte; in het kader van een globale medisch-psychosociale begeleiding; geen mengeling van meerdere middelen;
c. richtlijnen m.b.t. het gebruik van het middel : peroraal, uitzonderlijk inspuitbaar, niet manipuleerbaar.

1075 Misbruik maken van het voorschrijven van geneesmiddelen die slaap-, verdovende en psychotrope stoffen bevatten veronderstelt niet dat de voorschrijvende arts met kwade bedoelingen of bedrieglijk opzet heeft gehandeld (Cass., 22 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1980, 1176; *Pas.*, 1980, I, 1166; *R.D.P.*, 1980, 902; Cass., 15 september 1987, *Arr. Cass.*, 1988, 60; *Pas.*, 1988, I, 55; *R.W.*, 1988-89, 809, noot MERCKX, D.). Het algemeen opzet volstaat, nl. de door de wet geviseerde situatie vrijwillig tot stand te hebben gebracht (Brussel, 16 december 1986, *Pas.*, 1987, II, 51; Antwerpen, 12 oktober 1988, *R.W.*, 1988-89, 818-819; DE NAUW, A., *a.w.*, 835).

Vóór de wetswijziging in 1975 was nalatigheid strafbaar op basis van art. 23, tweede lid K.B. 31 december 1930. Maar de wetgever heeft gekozen voor misbruik i.p.v. zonder noodzakelijkheid. Termen als "nalatigheid, onwetendheid, lichtzinnigheid of onvoorzichtigheid" zijn nu verouderd (MERCKX, D., "Betreffende art. 3, derde lid Drugwet", *R.W.*, 1988-89, 811). Dat nalatigheid alszodanig niet meer strafbaar is, mag niet tot verkeerde conclusies leiden. Wanneer wordt voorgeschreven zonder onderzoek is er geen sprake van nalatigheid maar wetens en willens voorschrijven in omstandigheden die misbruik uitmaken.

AFDELING III

MISBRUIKVERBOD EN BEOORDELING DOOR DE ORDE DER GENEESHEREN

1076 Art. 11, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst draagt de beteugeling van misbruiken van therapeutische vrijheid op aan de raden van de orde der geneesheren (zie boven, nr. 1049).

Uit art. 3, derde lid Drugwet volgt evenwel dat het bestraffen van het misbruik van deze vrijheid voor zover zij betrekking heeft op de door die wet bedoelde middelen aan de strafrechter toekomt zonder dat er voorafgaandelijk een deontologisch onderzoek moet worden verricht (Brussel, 16 december 1986, *Pas.*, 1987, II, 51). Het stellen van een prejudiciële vraag aan de bevoegde raad van de orde der geneesheren is dan ook niet vereist alvorens een arts kan worden vervolgd of veroordeeld wegens een inbreuk op de Drugwet (Cass., 15 september 1987, *Arr. Cass.*, 1988, 60; *Pas.*, 1988, I, 55; *R.W.*, 1988-90, 468, noot MERCKX, D.; Brussel, 16 december 1986, *Pas.*, 1987, II, 51). Bovendien schrijft geen enkele wettelijke bepaling voor dat een strafvordering uit hoofde van de overtreding van de Drugwet slechts mag worden ingesteld en

doorgevoerd na advies van een raad van de orde der geneesheren (Antwerpen, 12 oktober 1988, *R.W.*, 1988-89, 818-819) of een provinciale geneeskundige commissie (Cass., 15 september 1987, *Arr. Cass.*, 1988, 60; *Pas.*, 1988, I, 55; *R.W.*, 1988-90, 468, noot MERCKX, D.).

1077 De Nationale Raad van de orde der geneesheren heeft geen omstandige richtlijnen uitgevaardigd m.b.t. het voorschrijven van verdovende en daarmee gelijkgestelde middelen.

Zie hierover art. 37 Code van geneeskundige plichtenleer : "tenzij therapeutische indicaties zorgvuldig werden vastgesteld, moet de geneesheer de ontwikkeling van alle vormen van toxicomanie voorkomen". Deze terminologie sluit meer aan bij art. 23, tweede lid K.B. 31 december 1930 ("zonder noodzakelijkheid") dan bij art. 3, derde lid Drugwet. Door de provinciale raad van Brabant (Franstalig) werden richtlijnen uitgevaardigd voor het voorschrijven van de bedoelde middelen (zie hierover DECOURRIERE, A., *Le toxicomane. Criminel et malade?*, Brussel, Presses Universitaires de Bruxelles, 1986, 100-101).

Deze richtlijnen komen hier op neer. De arts die een drugverslaafde behandelt moet zich ervan vergewissen of hij beschikt over de mogelijkheden, de bekwaamheid en de infrastructuur om de behandeling tot een goed einde te brengen. Hij dient de controle van de raad van de orde te aanvaarden en de raad op de hoogte te brengen van de behandeling. Ook de provinciale geneeskundige commissie moet hiervan op de hoogte worden gebracht. Voorts moet hij aan deze commissie de naam meedelen van de apotheek waar de patiënt zich zal bevoorraden. Een en ander is vanzelfsprekend moeilijk in overeenstemming te brengen met het medisch beroepsgeheim (zie in dezelfde zin het advies van de Nationale Raad van de orde der geneesheren, *T. Orde Gen.*, 1990, afl. 48, 31). Opdat deze verplichtingen afdwingbaar zouden zijn is een wetswijziging noodzakelijk (zie het voorstel van wet betreffende het voorschrijven, toedienen en afleveren van bepaalde geneesmiddelen voor de ontwenning van verslaafden, *Gedr. St.*, Senaat, 1983-84, nr. 592/1). Ook voor de strafrechter zijn deze richtlijnen niet bindend (Corr. Brussel, 16 februari 1984, *J. Proc.*, 1984, afl. 36, 25-33; *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1984, 347).

1078 De bevoegdheid die art. 11, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst toekent aan de raden van de orde der geneesheren om het misbruik van therapeutische vrijheid te sanctioneren, omvat ook het misbruik van het voorschrijven van verdovende en daarmee gelijkgestelde middelen. Aldus mag een raad van de orde een sanctie opleggen aan een arts die langer dan noodzakelijk de verslaving van sommige van zijn patiënten in stand heeft gehouden, nl. door hen aanzienlijke dosissen verdovende middelen voor te schrijven in de vorm van inspuitingen en door niet systematisch genoeg te informeren naar de werkelijke gezondheidstoestand van deze patiënten (Cass., 13 november 1986, *Arr. Cass.*, 1987, 343; *Pas.*, 1987, I, 317; *R.W.*, 1986-87, 2022).

TITEL XI

HONORARIUM VAN DE ARTS

HOOFDSTUK I

HONORARIUM VAN DE ARTS EN DE WET UITOEFENING GENEESKUNST

AFDELING I

RECHT OP HONORARIUM OF FORFAITAIRE BEZOLDIGING

§1. Onderscheid honorarium en forfaitaire bezoldiging. Afstand van het recht op honorarium

1079 Onverminderd de bepalingen van art. 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst hebben de beoefenaars van de geneeskunde, mits eerbiediging van de plichtenleer, recht op honoraria of forfaitaire bezoldigingen voor de door hen geleverde prestaties. In die bewoordingen bevestigt art. 15, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst het recht van een arts op vergoeding van de door hem geleverde prestaties (ANRYS, H., "Les honoraires médicaux", *J.T.*, 1971, 125). Deze vergoeding kan bestaan in een honorarium of een forfaitaire bezoldiging. Art. 15 heeft een einde gemaakt aan een lange controverse over de forfaitaire vergoeding van de arts (ANRYS, H., *a.w.*, 125; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Les récents arrêtés en matière d'art de guérir*, Brussel, Larcier, 1968, 23; Cass., 23 maart 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 695; *R.W.*, 1970-71, 1035; *Pas.*, 1970, I, 651, concl. Adv. Gen. DUMON, F.; Cass., 5 november 1981, *Arr. Cass.*, 1982, 344; *Pas.*, 1982, I, 337, concl. Proc. Gen. DUMON, F.; R.v.St., Verdonk, nr. 18.396, 15 juli 1977; R.v.St., Kiebooms, nr. 29.005, 10 december 1987.

1080 Forfaitaire betaling wordt in de literatuur in een dubbele betekenis begrepen. Een forfaitaire vergoeding die een patiënt betaalt aan een arts voor diens prestaties. En de forfaitaire vergoeding die een derde, meestal een ziekenhuis, betaalt aan een arts in ruil voor het onderzoeken en behandelen van patiënten. Ook in de eerste betekenis is een forfaitaire vergoeding wettelijk toegelaten, op voorwaarde dat de bepaling van het bedrag van het forfait niet vooraf wordt gekoppeld aan de doelmatigheid van de behandeling, want dat is in strijd met art. 16 Wet Uitoefening Geneeskunst (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Les récents arrêtés*, 24; *Droits et obligations*, nr. 269 *in fine* en nr. 271). Doorgaans wordt de tweede betekenis bedoeld.

Het onderscheid tussen een honorarium en een forfaitaire bezoldiging houdt verband met de betaling per prestatie en een betaling die geen of althans in mindere mate verband houdt met de werkelijk geleverde prestaties. Het onderscheid is dus niet geheel terug te brengen tot de betaling van de arts door de patiënt zelf of door een ander dan de patiënt (zie hiervoor), hoewel in de regel de betaling door de patiënt zal gebeuren per prestatie en dus als een honorarium kan worden beschouwd.

1081 Het onderscheid tussen honorarium en forfaitaire bezoldiging treft men ook nog aan in art. 132 Gecoördineerde Ziekenhuiswet, zij het op een meer genuanceerde wijze.

Dit artikel bepaalt 5 vergoedingsstelsels voor een ziekenhuisarts, namelijk :
a) de vergoeding per prestatie in de eigenlijke betekenis;
b) de vergoeding op grond van de verdeling van een "pool" van vergoedingen per prestatie die voor het hele ziekenhuis of per dienst wordt gevormd. Het gaat hier dus om een variante van de betaling per prestatie, waardoor het mogelijk wordt gemaakt bepaalde distorsies weg te werken die voortvloeien uit de toepassing van de nomenclatuur en waardoor de samenwerking tussen de artsen van het ziekenhuis of de dienst kan worden bevorderd (Ontwerp van wet houdende organieke bepalingen in aanvulling op de Wet van 23 december 1963 op de ziekenhuizen, *Gedr. St.*, Senaat, 1983-84, nr. 653/1, 25).
c) de vergoeding bestaande uit een contractueel of statutair bepaald percentage van de vergoeding per prestatie of van een "pool" van vergoedingen per prestatie. In de bevoegde Senaatscommissie kwam het tot een discussie over de vraag of het hier een variante betreft van de betaling per prestatie of de forfaitaire vergoeding. Sommigen verdedigden de stelling dat het een betaling per prestatie betreft omdat het bedrag dat de arts ontvangt afhankelijk is van het aantal prestaties door hem verricht. Anderen hechtten meer belang aan het feit dat het aandeel van de arts in het totale volume honoraria contractueel of statutair vastligt, wat wijst op een forfaitaire bezoldiging. Volgens de minister betreft het een variante van de betaling per prestatie (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1983-84, nr. 653/2, 100 en 115).
d) de forfaitaire vergoeding bestaande uit een wedde;
e) de vaste vergoeding, eventueel vermeerderd met een aandeel in de "pool" van de vergoedingen per prestatie.

Of een ziekenhuisarts per prestatie of op een forfaitaire wijze wordt vergoed heeft aanzienlijke consequenties voor de inspraak die deze arts heeft over de wijze waarop de centraal geïnde honoraria in het ziekenhuis worden aangewend. Art. 140, §1, laatste lid Gecoördineerde Ziekenhuiswet bepaalt dat de aanwending van de honoraria van de ziekenhuisartsen die niet op een forfaitaire wijze worden vergoed, dient te geschieden overeenkomstig de procedures bepaald in die wet. Voor de artsen die op een forfaitaire wijze worden vergoed dienen deze inspraakprocedures niet gevolgd te worden. De ziekenhuisbeheerder beslist zelfstandig over de aanwending van deze honoraria, vanzelfsprekend na betaling van de aan de artsen verschuldigde forfaitaire honoraria.

1082 Art. 15, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst specifieert niet de aard van het recht op honorarium of forfaitaire bezoldiging en evenmin de schuldenaar van dit recht.

In artsenkringen wordt het recht op honorarium dikwijls opgevat als een werkelijk eigendomsrecht. Sporen van deze opvatting treft men aan in art. 72 Code van geneeskundige plichtenleer. Maar ook in de rechtspraak. Zo spreekt de Raad van State van "bezoldigingen, die uiteraard verzoekers eigendom zijn" en "een eigendomsrecht op wat hen toekomt na de afhouding door het ziekenhuis" (R.v.St., Kiebooms, nr. 29005, 10 december 1987).

Het in art. 15 bepaalde recht op honoraria is "in geen geval een onvervreemdbaar recht op het volledig bedrag van de erelonen die door patiënten of verzekeringsinstellingen omwille van de medische prestaties worden betaald" (Gent, 11 mei 1987, *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 435).

Niet enkel kan een arts afstand doen van het recht op een deel van het honorarium (zie verder, nr. 1133 : gebruiksvergoedingen) maar hij kan ook in zijn geheel afstand daarvan doen in ruil voor een forfaitaire vergoeding. Het recht op honorarium gaat dan over op degene die aan de arts een forfaitaire vergoeding verschuldigd is (R.v.St., Verdonk, nr. 18.396, 15 juli 1977; Vred. Malmedy, 26 mei 1989, *Vl. T. Gez.*, 1989-90, 144, noot PATERNOSTER, G.).

Volgens de Raad van State vestigt art. 15 Wet Uitoefening Geneeskunst het beginsel dat een arts krachtens de wet zelf recht heeft op een vergoeding voor door hem gegeven medische zorgen of bijstand, vergoeding waarvan hij in beginsel zelf het bedrag bepaalt, t e n z i j hij in een bijzondere rechtsverhouding getreden is in het kader waarvan zijn prestaties getarifieerd zijn of op een forfaitaire basis bezoldigd wordt. Het woord tenzij kan zowel slaan op het bepalen van het bedrag als het recht op vergoeding. Beide interpretaties hebben zin. Maar hieronder zal nog blijken dat de vrijheid om het bedrag van het honorarium te bepalen nog op andere manieren kan worden beperkt dan door een bijzondere rechtsverhouding, b.v. door de wet. Uit het vervolg van het arrest kan trouwens ook nog worden afgeleid dat tenzij, zo niet uitsluitend, toch ook slaat op het recht op een vergoeding : "dokters die in de rijksuniversiteiten zieken verzorgen treden op als organen van de universiteit; de vergoedingen die de patiënten dienen te betalen zijn retributies d i e a a n d e u n i v e r s i t e i t t o e k o m e n d . w . z . a a n d e i n s t e l l i n g a a n w i e d e p r e s t a t i e s i n r e c h t e m o e t e n w o r d e n t o e g e r e k e n d ; noch art. 15 Wet Uitoefening Geneeskunst noch de ziekteverzekeringswetgeving leveren een rechtsgrond op om te stellen dat de inkomsten, voortgekomen uit de medische prestaties in beginsel toekomen aan degenen welke die prestaties verricht hebben of zelfs niet om te stellen dat de universiteit op die gronden de verplichting heeft om die inkomsten naar de medische faculteit of naar de diensten welke de prestaties hebben verricht, te doen terugvloeien" (R.v.St., Verdonk, nr. 18.396, 15 juli 1977).

Het onderscheid tussen het honorarium en de forfaitaire vergoeding wordt recent doorkruist door een nieuwe term in de Z.I.V.-reglementering, nl. "forfaitair honorarium" (zie K.B. 22 januari 1990 tot bepaling van de wijze waarop de forfaitaire honoraria voor klinische biologie per verpleegdag worden vastgesteld, *B.S.*, 30 januari 1990). Deze term is inzoverre misleidend dat het hier eigenlijk gaat om een forfaitair vastgestelde verzekeringstegemoetkoming i.p.v. een per prestatie vastgestelde verzekeringstegemoetkoming (zie art. 34*octies* §1, §5 en §6 Z.I.V.-Wet). Onrechtstreeks wordt op die manier ook het honorarium voor deze prestaties op een forfaitaire wijze vastgesteld (zie art. 34*octies*, §4 Z.I.V.-wet). Een dergelijke Z.I.V.-reglementering kan de rechtsverhoudingen tussen een ziekenhuis en de klinische biologen niet wijzigen. Wanneer deze klinische biologen vroeger voor dezelfde prestaties een honorarium per prestatie ontvingen dan hadden zij daarop, in de woorden van art. 15 Wet Uitoefening Geneeskunst, "recht". Dat recht blijft ongewijzigd ook al wordt dat honorarium op een forfaitaire wijze vastgesteld en betaald. De uitspraak van de Voorzitter van de Rechtbank te Mechelen in kort geding, nl. dat "de omstandigheid dat de geneesheren zelf het bedrag van (het forfaitair honorarium) niet innen geen afbreuk doet aan hun eigendomsrecht" kan dan ook, behoudens de uitdrukking eigendomsrecht, worden goedgekeurd (Rb. Mechelen, Kort ged., 11 oktober 1990, *R.W.*, 1990-91, 928). Een en ander laat echter hetgeen hiervoor werd gezegd i.v.m. de afstand van het recht op honorarium onverlet.

1083 Een volledige afstand van het recht op honorarium is niet onwettelijk op voorwaarde dat dan het recht op forfaitaire vergoeding wordt geëerbiedigd. Bij het vaststellen van het bedrag van deze vergoeding of, zo men wil, van het bedrag dat niet aan de arts wordt uitbetaald, zal met art. 17 en 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst rekening moeten worden gehouden (zie verder, nr. 1133 gebruiksvergoedingen).

Vergelijkbaar met de afstand van het recht op honorarium maar toch niet hetzelfde is de beslissing van een arts geen honorarium te vragen, b.v. bij de behandeling van een collega (zie verder, nr. 1096). Er wordt dan geen afstand gedaan van het recht op honorarium ten voordele van een derde in ruil voor een forfaitaire bezoldiging. Wel wordt gebruik gemaakt van het recht om in beginsel vrij het bedrag van het honorarium te bepalen en dus eventueel geen frank te vragen.

Niemand wordt vermoed zijn rechten te verzaken, zodat men niet mag veronderstellen dat een arts gratis zijn diensten heeft verleend. Bij twijfel dient men er van uit te gaan dat een arts de bedoeling had zich te laten vergoeden (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 265 en nr. 271).

Wie afstand heeft gedaan van zijn recht honorarium in ruil voor een forfaitaire vergoeding kan aan een patiënt geen vrijstelling verlenen van de betaling van het honorarium (Vred. Malmedy, 26 mei 1989, *Vl. T. Gez.*, 1989-90, 144, noot PATERNOSTER, G.).

§2. Beperkingen aan het recht op honorarium of forfaitaire bezoldigingen

1084 Art. 15, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst stelt twee beperkingen aan het recht op honoraria of forfaitaire bezoldigingen, namelijk de eerbiediging van art. 18, §2 van deze wet en van de medische plichtenleer.

A. ART. 18, §2 WET UITOEFENING GENEESKUNST

1085 Art. 18, §2 verbiedt "onverminderd de bepalingen van artikelen 15 en 17" elke overeenkomst van welke aard gesloten tussen artsen onderling of tussen een arts en een derde "wanneer deze overeenkomst betrekking heeft op hun beroep en ertoe strekt aan de een of de ander rechtstreeks of onrechtstreeks winst of voordeel te verschaffen".

De vraag die hier rijst is of een contractuele of statutaire regeling tussen een arts en een derde, in het bijzonder verzekeringsinstellingen en ziekenhuizen waarin een forfaitaire bezoldiging wordt afgesproken zoals mogelijk gemaakt door art. 15, niet strijdig is met art. 18, §2.

Op het eerste gezicht lijkt art. 18, §2 afspraken tot forfaitaire bezoldiging te verbieden. Maar de rechtspraak heeft deze interpretatie niet gevolgd.

Art. 34*ter* Z.I.V.-Wet voorziet in de mogelijkheid dat tussen artsen en verzekeringsinstellingen overeenkomsten worden afgesloten tot forfaitaire betaling i.p.v. betaling per prestatie van deze artsen. Volgens de Raad van State kan de betekenis van art. 18, §2 niet zijn dergelijke overeenkomsten te verbieden, aangezien art. 18, §2 uitdrukkelijk het bij art. 15 Wet Uitoefening Geneeskunst aan artsen toegekende recht op forfaitaire bezoldigingen voorbehoudt (R.v.St., Nationaal Verbond Socialistische Mutualiteiten, nr. 15.533, 27 oktober 1972). Art. 18, §2 spreekt inderdaad van "onverminderd de bepalingen van artikelen 15 en 17".

Wat afspraken tot forfaitaire bezoldiging tussen artsen en ziekenhuizen betreft, kan worden vastgesteld dat art. 18, §2 slechts spreekt van overeenkomsten en niet van statutaire regelingen (Gent, 11 mei 1987, *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 435). Voor artsen die in een openbaar ziekenhuis hun medische prestaties verlenen op grond van een statutaire regeling en daarvoor een forfaitaire vergoeding ontvangen stelt het probleem van de mogelijke onverenigbaarheid van art. 15 met art. 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst zich niet. De Raad van State liet wel de vraag onbeantwoord "of de in art. 18, §2 gebruikte term overeenkomst zo ruim moet worden opgevat dat hij ook slaat op regelingen die statutair zijn bepaald" (R.v.St., Kiebooms, nr. 29.005, 10 december 1987). Er is geen reden om overeenkomst hier ruimer te begrijpen dan gebruikelijk. In een later arrest heeft de Raad van State de toepassing van art. 18, §2 op statutaire regelingen uitgesloten (R.v.St., A.M.H.I.C.I., nr. 31.897, 3 februari 1989 : art. 18, §2 K.B. nr. 78 heeft geen verband met de in een saneringsplan vervatte maatregelen, die geen contractueel maar wel een eenzijdig karakter hebben, zelfs indien zij een overeenkomst wijzigen).

Wat hier van zij, in het arrest-Kiebooms meende de Raad van State dat "derden" in art. 18, §2 geen betrekking heeft op ziekenhuizen. Blijkbaar interpreteerde de Raad van State "inzonderheid" in dit artikel zodanig dat de er in gegeven opsomming (nl. producenten van farmaceutisch produkten; leveranciers van geneeskundige of prothese-apparaten) limitatief is en niet exemplatief: "de ziekenhuizen worden niet vernoemd; zij zijn ook niet bedoeld" (R.v.St., Kiebooms, nr. 29.005, 10 december 1987). Volgens het *Groot Woordenboek der Nederlandse Taal* (VAN DALE,

elfde herziene druk, 1984) kan inzonderheid zowel een exemplatieve (voornamelijk) als een limitatieve (bepaaldelijk d.i. uitdrukkelijk) betekenis hebben. Procureur-Generaal DUMON suggereerde dat het Franse "notamment" zou wijzen op een exemplatieve opsomming en het Nederlandse "inzonderheid" op een limitatieve (Cass., 5 november 1981, *Pas.*, 1982, I, 339, concl. Proc. Gen. DUMON, F.). Naast deze taalkundige uitlegging, is er nog de bedoeling van de wetgever. Zowel DUMON als de Raad van State vragen zich af of men mag veronderstellen dat de wetgever "de ene (producenten en leveranciers) en de andere (ziekenhuizen) aan dezelfde regeling heeft willen onderwerpen" (R.v.St., Kiebooms, nr. 29.005, 10 december 1987).

1086 Een ziekenhuis is dus geen derde in de zin van art. 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst. Een overeenkomst tot forfaitaire bezoldiging tussen een arts en een ziekenhuis is niet verboden (in dezelfde zin, Gent, 11 mei 1987, *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 435).

Anders dan de Raad van State heeft het Hof van Cassatie ziekenhuizen niet uitdrukkelijk uit het toepassingsgebied van art. 18, §2 gesloten. Wel vallen volgens het Hof van Cassatie buiten dit artikel "de overeenkomsten betreffende het regelmatig vergoeden van de prestaties die de geneesheer in dienst van een ziekenhuis werkelijk verricht" (Cass., 28 april 1987, *Arr. Cass.*, 1987, 1142; *Pas.*, 1987, I, 1007; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 30). Het Hof van Cassatie diende *in casu* de wijze van vergoeding niet te verduidelijken. Maar er is geen reden om aan te nemen dat een overeenkomst tot forfaitaire bezoldiging niet is bedoeld. Een jaar vroeger besliste het Hof van Cassatie dat art. 18, §2 "geenszins de arbeidsovereenkomsten tussen de geneesheren en de ziekenhuizen" beoogt (Cass., 3 februari 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 746; *Pas.*, 1986, I, 654; *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 316, noot PATERNOSTER, G.). Dikwijls, maar niet noodzakelijk altijd, zal bij een arbeidsovereenkomst een forfaitaire vergoeding worden betaald. Zo'n overeenkomst valt dan ook niet onder art. 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst.

1087 Samenvattend kan worden besloten dat een overeenkomst tussen een arts en een derde meer bepaald een ziekenhuis of een verzekeringsinstelling, waarin is voorzien in de forfaitaire betaling van de arts niet in strijd is met art. 18, § 2 Wet Uitoefening Geneeskunst. Wat de ziekenhuizen betreft kan nog de Gecoördineerde Ziekenhuiswet, art. 130 en 131 worden aangehaald. Deze bepalingen leggen de verplichting op collectieve en individuele afspraken te maken tussen artsen en ziekenhuisbeheerders omtrent onder meer de "financiële schikkingen m.b.t. de medische activiteit, met inbegrip van de wijze van vergoeding". Een van deze vergoedingswijzen kan de forfaitaire vergoeding zijn.

B. MEDISCHE PLICHTENLEER

1088 Hier is art. 82 Code van geneeskundige plichtenleer van belang. Dit artikel beperkt het recht op forfaitaire vergoeding aanzienlijk.

Deze bepaling komt er op neer dat de forfaitaire bezoldiging moet overeenstemmen met wat de arts bij wijze van vergoeding per prestatie als honorarium zou hebben ontvangen verminderd met de werkelijke gemaakte kosten. De forfaitaire vergoeding is dan eigenlijke een soort van gecumuleerde betaling van een reeks prestaties verminderd met de werkelijk gemaakte kosten.

Vermits de Code van geneeskundige plichtenleer door de Koning niet bindend werd verklaard (zie boven, nr. 143) kan de code geen beperking stellen op het

beginsel van art. 15 Wet Uitoefening Geneeskunst volgens hetwelk artsen, met inachtneming van de regels van de medische plichtenleer recht hebben op forfaitaire bezoldigingen (Cass., 3 februari 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 746; *Pas.*, 1986, I, 654; *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 316, noot PATERNOSTER, G.).

De omstandigheid dat art. 15 Wet Uitoefening Geneeskunst bepaalt dat het vaststellen van de honoraria of forfaitaire vergoedingen van de artsen moet gebeuren met eerbiediging van de regels van de deontologie betekent niet dat deze regels een algemene reglementaire waarde zouden hebben zelfs zonder bekrachtiging door de Koning (Gent, 11 mei 1987, *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 435).

§3. Recht op honorarium in enkele bijzondere situaties

A. RECHT OP HONORARIUM TEGENOVER VERWANTEN

1089 Kan een arts het recht op honorarium dat art. 15 Wet Uitoefening Geneeskunst hem toekent ook laten gelden tegenover verwanten, in het bijzonder deze tegenover wie hij een p l i c h t t o t l e v e n s o n d e r h o u d heeft? Het antwoord op deze vraag is tevens bepalend voor het recht op terugbetaling ten laste van de verplichte ziekteverzekering van (een deel van) dit honorarium.

Volgens de Raad van State stelt art. 15 Wet Uitoefening Geneeskunst "geen absoluut, algemeen beginsel vast op grond waarvan een apotheker van een ieder, zelfs van personen te zijnen laste, honoraria mag vorderen voor prestaties welke hij voor hen levert"; dit artikel strekt er noch toe, noch heeft het tot gevolg dat wordt afgeweken van de beginselen van het B.W. betreffende de rechten en de plichten van personen op wie, hetzij "rechtstreeks krachtens de wet, hetzij krachtens een rechterlijke beslissing, een plicht tot levensonderhoud of tot alimentatie rust t.a.v. de leden van hun familie of van die van hun echtgenoot" (R.v.St., Chambre Syndicale des pharmaciens d'expression française, nr. 16.408, 7 mei 1974). Wat geldt voor de apotheker, gaat *mutatis mutandis* op voor een arts, vermits art. 15 naar beiden verwijst.

1090 Tegenover bepaalde verwanten kan een arts het recht op honorarium niet laten gelden vermits de burgerrechtelijke onderhoudsverplichting voorrang heeft. Deze regel treft men ook in art. 79 Code van geneeskundige plichtenleer.

"Het is gebruikelijk dat een geneesheer kosteloze verzorging verstrekt aan zijn naaste verwanten, zijn medewerkers en zijn personeel, alsook aan zijn collega's en de personen ten laste van deze laatsten. De geneesheer mag niettemin een vergoeding vragen voor zijn kosten. Behalve aan zijn naaste verwanten, mag de geneesheer tevens een ereloon vragen ten belope van het bedrag dat ten laste valt van derden".

Deze bepaling houdt in dat het niet enkel gebruikelijk is om "kosteloze" (d.w.z. gratis) verzorging te verstrekken aan naaste verwanten, maar ook dat het terugbetaalbare gedeelte van het ereloon niet mag worden gevraagd aan deze verwanten. Wel een vergoeding van de kosten.

1091 Bij het bepalen van de kring van verwanten tegenover wie geen recht op honorarium geldt, laat men zich leiden door het B.W.

Ouders zijn aan hun kinderen levensonderhoud verschuldigd (art. 203, §1 B.W.). De chirurg die een heelkundige ingreep bij zijn dochter zelf uitvoert "heeft niet meer dan zijn plicht t.o.v. zijn kind gedaan. De vervulling van zijn natuurlijke en wettelijk plicht van vader t.o.v. zijn kind doet in zijnen hoofde noch tgov. het kind noch tgov. de derde die tot het vervullen van de plicht aanleiding gaf, een vorderingsrecht ontstaan" (Corr. Tongeren, 30 januari 1968, *R.W.*, 1969-70, 483; enkel de materiële uitgaven veroorzaakt door de heelkundige ingreep zoals de huur van de operatiezaal, medische apparatuur, enz. kwamen voor vergoeding in aanmerking). Kinderen zijn op hun beurt levensonderhoud verschuldigd aan hun ouders en hun andere bloedverwanten in de opgaande lijn die behoeftig zijn (art. 205 B.W.). Schoonzonen en -dochters zijn levensonderhoud verschuldigd aan hun schoonouders (art. 206 B.W.) zoals echtgenoten elkaar bijstand zijn verschuldigd (art. 213 B.W.). Tussen broers en zusters daarentegen bestaat er geen wettelijke onderhoudsverplichting. Wel wordt het bestaan van een natuurlijke plicht tot bijstand erkend (GERLO, J., *Personen - en familierecht*, Brussel, E. Story-Scientia, 1986, vol. 3, 338).

Er bestaat derhalve geen recht op honorarium tegenover ouders, grootouders, kinderen, echtgenoot, echtgenote, schoonouders. Maar tegenover een broer of een zuster, en *a fortiori* een schoonbroer of een schoonzuster, bestaat wel een recht op honorarium wanneer men het niet-bestaan van een wettelijke onderhoudsplicht als criterium neemt voor het bepalen van dat recht.

1092 Het beheerscomité van de dienst geneeskundige verzorging R.I.Z.I.V. is wettelijk niet bevoegd om een onweerlegbaar vermoeden van niet-betaling van een honorarium in hoofde van een arts die zijn naaste verwanten verzorgt, te vestigen (R.v.St., Algemene Pharmaceutische Bond en co, nr. 17.543, 26 maart 1976).

Door dit arrest vernietigde de Raad art. 7, vierde lid K.B. 24 december 1963 houdende verordening op de geneeskundige verstrekkingen inzake verplichte Z.I.V., ingevoegd door een verordening van het beheerscomité van de dienst geneeskundige verzorging van 1 augustus 1974, *B.S.*, 27 augustus 1974. Dit artikel luidde : "de tegemoetkoming van de Z.I.V. is niet verschuldigd voor de kosten van de verzorging die door een verstrekker (geneesheer, tandheelkundige, apotheker, vroedvrouw, verpleegster, paramedische verstrekker) is verleend aan zijn echtgenoot, descendenten, ascendenten, schoonvader, schoonmoeder, schoonzoons en schoondochters. De kosten van de produkten en de benodigdheden die bij het verlenen van de verstrekking zijn aangewend, mogen evenwel worden vergoed tot een beloop van de kostende prijs". Deze verordening werd aangevochten door de Algemene Pharmaceutische Bond en de Belgische Federatie der Syndicale Kamers van geneesheren wegens de schending van art. 15 Wet Uitoefening Geneeskunst en de schending van een aantal bepalingen uit de Z.I.V.-Wet. Het beheerscomité steunde zijn beslissing "op de onmogelijkheid de betaling van een honorarium te controleren als er tussen degene die de verzorging verstrekt en de verzekerde bloed- of aanverwantschap bestaat". Volgens de Raad van State heeft het beheerscomité door deze verordening "het onweerlegbaar vermoeden gevestigd dat geen honorarium wordt betaald (in de gevallen vermeld in art. 7, vierde lid) zelfs wanneer de regels van de plichtenleer en die van het burgerlijk recht er zich niet tegen verzetten dat er een wordt gevraagd". Door het vestigen van zo'n vermoeden waartoe het wettelijk niet bevoegd is heeft het beheerscomité de wettelijke regels geschonden die aan artsen en apothekers het recht op honorarium verlenen en is het zijn wettelijke bevoegdheid te buiten gegaan.

Het belang van beide beroepsverenigingen bij de vernietiging van deze verordening lag niet voor de hand. In een andersluidend advies was het auditoraat van oordeel dat de beroepen niet ontvankelijk waren omdat de verzoekende verenigingen niet konden laten gelden dat de belangen van het geheel van hun leden in het gedrang waren gebracht. De verordening raakte immers niet, althans niet rechtstreeks, aan hun recht om een honorarium te vragen, wel aan het recht op terugbetaling voor hun patiënten die tevens naaste verwanten zijn. De Raad van State oordeelde niette-

min dat de verordening de beroepsbelangen van de gezamenlijke apothekers en artsen kon schaden.

1093 Zo het beheerscomité van de dienst geneeskundige verzorging geen bevoegdheid heeft om een onweerlegbaar vermoeden van niet-betaling van een honorarium te vestigen omdat dit in strijd is met het recht op honorarium in hoofde van een arts, dan kan *a fortiori* het beheerscomité een verordening tot niet-terugbetaling van een honorarium niet motiveren door een beroep te doen op de afwezigheid van een recht op honorarium voor verzorging verstrekt aan familieleden (R.v.St., Chambre Syndicale des pharmaciens d'expression française, nr. 16.404, 7 mei 1974).

Een beslissing van dit beheerscomité van 17 november 1969 had bepaald "dat de verzekering (slechts) tegemoet komt wanneer de geneeskundige verzorging kosten oplevert voor degene die ze verstrekt". In zoverre deze beslissing betrekking heeft op verstrekkers van verzorging op wie wettelijke onderhoudsverplichtingen rusten, schendt ze art. 15 Wet Uitoefening Geneeskunst niet. Doch zij schendt deze bepaling wel voor zover ze betrekking heeft op prestaties verricht voor personen, ook al gaat het om familieleden van de zorgverstrekker, tegenover wie deze laatste geen wettelijke onderhoudsverplichtingen heeft. De algemene termen waarin de bestreden beslissing was gesteld wettigden geen interpretatie die haar werking beperkte tot echtgenoot, echtgenote en bloedverwanten in de opgaande en neerdalende lijn.

1094 Het beheerscomité van de dienst geneeskundige verzorging heeft niet de bevoegdheid om bij wijze van algemeen geldende regel een vermoeden van niet-betaling van een honorarium noch een verbod van terugbetaling van het honorarium op grond van de afwezigheid van een recht op honorarium vast te stellen, in de gevallen dat een arts aan een van zijn naaste verwanten medische hulp verleent. Wel heeft volgens de Raad van State dit beheerscomité de bevoegdheid, op grond van art. 12, 4° Z.I.V.-Wet, te beslissen dat de verzekering niet tegemoet komt wanneer de geneeskundige verzorging geen aanleiding geeft tot het betalen van een honorarium en om regels te stellen om te controleren of er werkelijk betaling is geweest (R.v.St., Algemene Pharmaceutische Bond, nr. 17.543, 26 maart 1976).

Dergelijke regels werden tot nu toe niet uitgevaardigd. Het probleem van de terugbetaling van honoraria betaald door verwanten aan een arts-familielid blijft gesteld (VAN LANGENDONCK, J., *Handboek Sociaal Zekerheidsrecht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1988, 360).

De enige regeling op dit ogenblik ligt vervat in een omzendbrief van het beheerscomité van 17 juli 1987 aan de erkende kinesitherapeuten. Volgens die omzendbrief geeft "de verzorging die door een kinesitherapeut is verleend aan zijn echtgen(o)t(e), kinderen of personen ten laste, geen recht op honoraria en mag bijgevolg (die verzorging) niet aan de verzekering worden aangerekend" (aangehaald door VAN DEN BOSSCHE, H., *De verzorging van familieleden van zorgenverstrekkers : gratis? terugbetaalbaar?*, Leuven, Centrum voor Ziekenhuiswetenschap, Verhandeling Lic. Med. Soc. Wetenschappen en Ziekenhuisbeleid, 1989, 44).

1095 Eng verbonden met de terugbetaling van honoraria betaald door verwanten van een arts is de aflevering van getuigschriften voor verleende hulp aan verwanten. Art. 79 Code van ge-

neeskundige plichtenleer zwijgt hieromtrent. RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT vermelden een al ouder advies van de provinciale raad van Franstalig Brabant van de orde der geneesheren, volgens hetwelk geen getuigschriften mogen worden afgegeven aan ascendenten en descendenten (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr.265). De Vrederechter te Namen aanvaardde het recht op terugbetaling van honoraria in hoofde van een zoon voor een medische ingreep verstrekt door de vader. Dat de zoon in werkelijkheid de vader geen honorarium zou hebben betaald omwille van de vaderlijke onderhoudsplicht, beschouwde deze rechter als een *res inter alios acta* in de relatie zoon-ziekenfonds (Vred. Namen, 2 juni 1967, *Jur. Liège*, 1967-68, 109).

B. RECHT OP HONORARIUM TEGENOVER COLLEGA'S EN HUN VERWANTEN

1096 Art. 79 Code van geneeskundige plichtenleer noemt het gebruikelijk dat een arts kosteloze verzorging verstrekt aan zijn collega's en hun personen ten laste. Maar de arts mag een vergoeding vragen voor zijn kosten en een ereloon ten belope van het bedrag dat ten laste valt van derden (zie boven, nr. 1090).

Art. 79 verzoent het vroegere gebruik in het geheel geen ereloon te vragen aan een collega met het recht op honorarium door een modernere versie van dit gebruik te formuleren, nl. het vragen van een honorarium dat overeenstemt met het zgn. terugbetalingstarief.

1097 Een juridische verplichting om kosteloze verzorging te verlenen aan een collega bestaat niet. Art. 79 Code van geneeskundige plichtenleer werd niet bindend verklaard terwijl ook overigens geen plicht tot onderhoud of bijstand jegens collega's bestaat.

Zie over het gebruik geen ereloon te vragen althans kosteloze verzorging te verlenen, RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT. Volgens deze auteurs ontstaat er tussen collega's geen contractuele relatie maar steunt de hulpverlening op een morele verbintenis. Die mening is niet algemeen aanvaard (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 266 en 267). Een contractuele relatie is goed te verdedigen.

1098 Overeenkomstig art. 1135 B.W. verbinden overeenkomsten niet alleen tot hetgeen daarin uitdrukkelijk is bepaald, maar ook tot alle gevolgen die door o.a. het gebruik aan de verbintenis worden toegekend. Tot nog toe werd voor een Belgische rechter geen beroep gedaan op deze bepaling door een arts om betaling van een honorarium aan een collega te weigeren.

Het Franse Hof van Cassatie beschouwt het niet vragen van ereloon aan collega's of verwanten als een zuiver collegiaal gebruik zonder enig bindend karakter. Een arts kan zich niet beroepen op dit gebruik om betaling van het honorarium te weigeren aan een collega die hem of een familielid heeft behandeld (Cass. Fr., 26 november 1981, *D.*, 1982, noot AGOSTINI; *Rev. Dr. Sanitaire*, 1983, 41-42, noot DUBOUIS, L.; *La Presse Médicale*, 1983, 863-864, noot DORSNER-DOLIVET, A.). Deze uitspraak dateert van na de laatste herziening van de Franse Code voor geneeskundige plichtenleer. Daarin is niet langer een bepaling opgenomen i.v.m. de gratis behandeling van collega's en familieleden. Wanneer het zo is dat deze Code de rechtbanken niet bindt, dan geldt dit *a fortiori* voor bepalingen die er niet zijn in opgenomen (AGOSTINI, E., "Nature et portée juridiques du serment d'Hippocrate", noot onder Cass. Fr., 26 november 1981, *D.*, 1982, 562). Niet alleen treft

men het gebruik niet meer aan in de Code van medische plichtenleer, ook materieel is het gebruik verdrongen door de veralgemening van de verplichte ziekteverzekering (*a.w.*). In de plaats daarvan is, zoals in België, een ander gebruik gekomen, nl. het verlenen van medische hulp tegen terugbetalingstarief.

Volgens DORSNER-DOLIVET wordt de contractuele verplichting tot betaling van een honorarium niet door dit gebruik opgeheven. Het gebruik bindt de arts immers niet (DORSNER-DOLIVET, A., noot onder Cass. Fr., 26 november 1981, *La Presse Médicale*, 1983, 863). Afstand van het recht op honorarium dient uitdrukkelijk te gebeuren en mag niet worden verondersteld. Zolang er geen afstand is gebeurd, blijft de verplichting het honorarium te betalen bestaan (DUBOUIS, L., noot onder Cass. Fr., 26 november 1981, *Rev. Dr. Sanitaire*, 1983, 42; zie ook RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 265 en 271 en zie boven, nr. 1083).

C. RECHT OP HONORARIUM EN VERGOEDING BIJ NIET NAGEKOMEN AFSPRAAK

1099 Art. 15 Wet Uitoefening Geneeskunst bepaalt een recht op honorarium voor door de arts geleverde prestaties. Men mag aannemen dat hiermee wordt bedoeld m e d i s c h e prestaties. Wanneer de arts daarnaast nog andere, materiële prestaties levert zoals het ter beschikking stellen van verbanden dan heeft hij recht op vergoeding van de daaraan verbonden kosten.

Naast het ereloon en de kostenvergoeding is denkbaar dat de patiënt schadevergoeding dient te betalen aan de arts. Wanneer de patiënt een afspraak met een arts niet nakomt waardoor deze arts schade lijdt (tevergeefs gemaakte kosten, gederfde winst) dan kan de patiënt tot vergoeding van de schade worden aangesproken.

Aldus art. 75 Code van geneeskundige plichtenleer : de arts mag een schadeloosstelling vragen voor een nutteloos geworden huisbezoek of voor de verzuimde afspraak indien zij niet tijdig werd afgezegd. Toch zal de arts dienen te bewijzen dat hij schade heeft geleden (dikwijls zijn er nog voldoende andere patiënten aanwezig in de wachtkamer opdat geen tijd zou verloren gaan) en bovendien en voorafgaandelijk dat de patiënt foutief handelde door de afspraak niet na te komen of niet tijdig te verwittigen (zie VAN QUICKENBORNE, M., "De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, nr. 16 e.v., die de hypothese bespreekt waarin een patiënt zijn toestemming in een behandeling intrekt).

Wat door de patiënt zou worden betaald bij niet nakoming van een afspraak is een schadevergoeding geen honorarium. Er werd nl. geen prestatie verricht door de arts voor die patiënt. In dat verband rijst de vraag naar de preciese betekenis van "prestatie" in art. 15 Wet Uitoefening Geneeskunst. Volgens de Vrederechter van Brussel is het enkele feit een patiënt in zijn kabinet te hebben ontvangen een prestatie die recht geeft op een honorarium (Vred. Brussel, 16 februari 1967, *J.T.*, 1967, 486). Deze uitspraak dateert van vóór de inwerkingtreding van de Wet Uitoefening Geneeskunst. Maar hij is ook nu nog geldig.

In verband met het vragen van een honorarium dan wel schadevergoeding bij niet naleven van een afspraak is ook een advies van de Nationale Raad van de orde der geneesheren (*T. Orde Gen.*, 1977-78, afl. 26, 26-27) van belang. Dit advies veroordeelt de praktijk die er in bestaat dat psychiaters en psychotherapeuten een honorarium aanrekenen wanneer een afspraak door een patiënt niet werd nagekomen zelfs wanneer de afspraak werd afgezegd. Het vragen van een honorarium wordt verdedigd met zgn. therapeutische redenen. In zijn advies wijst de Nationale Raad

er op dat art. 71 Code van geneeskundige plichtenleer het bewerkstelligen van een therapeutisch effect niet vermeldt als criterium voor het bepalen van het bedrag van het ereloon. Volgens de Nationale Raad "kan niet worden aanvaard dat om therapeutische redenen een bijdrage wordt gevraagd voor een niet nageleefde afspraak (...). Wanneer een psychiatrische patiënt zich niet aan een gemaakte afspraak houdt, is dit ongetwijfeld een belangrijk gebeuren in de therapie". Maar "het is uitgesloten dat de enige mogelijkheid om de therapie met kans op succes verder te zetten erin zou bestaan van de patiënt een financiële bijdrage te eisen".

AFDELING II

BEDRAG VAN HET HONORARIUM

§1. Vrije bepaling

1100 In beginsel bepalen artsen "vrij het bedrag van hun honoraria" (art. 15, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst).

Hier is nog enkel sprake van het bedrag van het honorarium. Het bedrag van de forfaitaire bezoldiging wordt niet bepaald door de arts, maar door diegene die deze bezoldiging betaalt, al dan niet in overleg met de arts.

1101 De vrijheid van de arts om in beginsel zelf het bedrag van zijn honorarium te bepalen komt volgens GEENS overeen met wat het gemeen recht leert (GEENS, K., *Het vrij beroep*, nr. 435-437).

Indien er vanuit wordt gegaan dat de relatie tussen arts en patiënt een contract is dan zijn de art. 1135 en 1160 B.W. van toepassing. Beide bepalingen vermelden het gebruik of gebruikelijke bedingen als bron van verbintenissen. "Welnu, ligt het niet voor de hand dat de dienstverstrekker beter vertrouwd is met de gebruikelijke honoraria", vraagt GEENS zich af. Toch zou men de verwijzing naar het gebruik en naar gebruikelijke honoraria ook kunnen zien als een element dat de vrijheid van de arts beperkt, eerder dan als een bevestiging van die vrijheid in het gemeen recht. Het gebruik als bron van recht in de relatie tussen arts en patiënt kan nog betekenen dat de arts vrij het bedrag van het honorarium mag bepalen omdat dit nu eenmaal gebruikelijk is, behoudens een uitdrukkelijke andersluidende afspraak. Dit gebruik wordt ook wel eens als een impliciete afspraak bestempeld. "Wanneer een patiënt en een beoefenaar van de geneeskunde geen uitdrukkelijke afspraak hebben gemaakt over het te betalen ereloon, mag aangenomen worden dat zij impliciet zijn overeengekomen dat dit bedrag door de arts binnen de wettelijke perken mag bepaald worden" (KRUITHOF, R., noot onder Vred. Antwerpen, 15 april 1980, *Vl. T. Gez.*, 1980-81, afl. 5, 35).

Deze auteur beschouwt de vrijheid van de arts als een toepassing van de theorie van de partijbeslissing, d.w.z. de bij contract aan één der partijen verleende bevoegdheid om de rechtsbetrekkingen met de wederpartij nader te bepalen (KRUITHOF, R., *a.w.*,; in dezelfde zin Vred. Antwerpen, 3 juni 1986, *R.W.*, 1986-87, 963, noot CAEYERS-DE HONDT, A.M.).

§2. Beperkingen aan de vrije bepaling

1102 Art. 15, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst stelt drie verschillende beperkingen aan de vrije bepaling van het ereloon. Vooreerst zijn er de beperkingen die voortvloeien uit "de toepassing van bedragen vastgesteld door of krachtens de wet of voorzien bij statuten of overeenkomsten". Zij worden hieronder besproken als "wettelijke of reglementaire beperkingen" (nr. 1103 tot 1120) en "statutaire of contractuele beperkingen" (nr. 1121 tot 1123). Een tweede beperking vloeit voort uit de bevoegdheid van de rechter om het bedrag van het honorarium te matigen (nr. 1124 tot 1129). Ten derde zijn er deontologische beperkingen aan het bedrag van het honorarium (nr. 1130).

Ten slotte moet bij de bespreking van mogelijke beperkingen aan de vrije bepaling van het bedrag van het honorarium worden rekening gehouden met art. 16 Wet Uitoefening Geneeskunst. Dit artikel verbiedt iedere vooraf gesloten overeenkomst die het honorarium koppelt aan de doelmatigheid van een behandeling.

A. WETTELIJKE EN REGLEMENTAIRE BEPERKINGEN

1. Algemeen

1103 Heel wat reglementaire bepalingen stellen perken aan het bedrag van het honorarium dat een arts bij het uitvoeren van een bepaalde prestatie mag vragen.

Zo is het honorarium van de arts optredend als deskundige gereglementeerd. Zie voor het honorarium van de arts optredend in strafzaken, K.B. 28 december 1950 houdende algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken, *B.S.*, 30 december 1950 (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 57/1). Overeenkomstig art. 1, eerste lid dient de deskundige "naar geweten" de staat op te maken van het honorarium. Maar de Minister van Justitie heeft op grond van art. 1, tweede lid de bevoegdheid "het normaal bedrag der honoraria vast te stellen in een schaal die de met de begroting belaste rechter als leidraad neemt". Op grond hiervan werd genomen het M.B. 20 november 1980 tot vaststelling van het normaal bedrag van de honoraria der personen opgeroepen in strafzaken wegens hun kunde of hun beroep, *B.S.*, 12 december 1980 (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 57/4).

Hoofdstuk 1 van het M.B. 20 november 1980 stelt de vergoedingen vast voor medische expertises die ingedeeld worden in een aantal categorieën. Prestaties die niet in dit hoofdstuk zijn vermeld worden vergoed overeenkomstig de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen inzake verplichte Z.I.V.

Zie voor de honoraria voor expertises door artsen in burgerlijke zaken de reglementering aangehaald door RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 262. Zie inzake expertises in geschillen omtrent de Z.I.V.-Wet, BERNARD, A., "Ereloon en expertisekosten in Z.I.V.-geschillen", *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1985, 337.

2. Z.I.V.-Wet

1104 De meest belangrijke wettelijke beperking van de vrijheid het bedrag van het honorarium naar goeddunken te bepalen vloeit voort uit de Z.I.V.-Wet.

a) Vaststelling van het bedrag van het honorarium

1105 De financiële en administratieve relaties tussen artsen en rechthebbenden van de ziekteverzekering en tussen artsen en de verzekeringsinstelling en worden geregeld door zgn. akkoorden (art. 34, §1 Z.I.V.-Wet).

Deze akkoorden komen tot stand in het kader van de nationale commissie geneesheren-ziekenfondsen (art. 34, §2 Z.I.V.-Wet). Voordat de akkoorden definitief worden gesloten worden zij, met betrekking tot het financiële aspect, voorgelegd voor advies aan de representatieve werkgevers- en werknemersorganisaties en voor goedkeuring aan de Minister van Sociale Voorzorg. Die akkoorden treden in een bepaald gewest in werking 45 dagen na hun bekendmaking in het *B.S.*, behalve indien meer dan 40% van de artsen hun weigering tot toetreding tot de termen van de genoemde akkoorden betekend hebben. Opdat in elk gewest de akkoorden in werking kunnen treden mogen bovendien niet meer dan 50% van de algemeen geneeskundigen, noch meer dan 50% van de medische specialisten geweigerd hebben tot het akkoord toe te treden (art. 34, §3 Z.I.V.-Wet).

De akkoorden worden behoudens andersluidende bepalingen voor minstens één jaar gesloten (art. 34, §10 Z.I.V.-Wet).

1106 Deze akkoorden stellen in het bijzonder de honoraria vast die t.o.v. de rechthebbenden van de verzekering nageleefd dienen te worden door de artsen die geacht worden tot de akkoorden toegetreden te zijn. Die honoraria worden bepaald door het vaststellen van de factor waarmee de betrekkelijke waarde die iedere verstrekking die voorkomt in de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen moet worden vermenigvuldigd (art. 34, §7, eerste en tweede lid Z.I.V.-Wet; voor meer details zie SCHUTYSER, K., "Controle en akkoorden", in *De hervorming van de ziekteverzekering*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 131; SWENNEN, H., "Concurrentie in het medisch beroep", in *Juridische aspecten van de geneeskunde,* nr. 21 e.v.).

1107 Het vaststellen van de honoraria die moeten worden nageleefd in het kader van de verplichte Z.I.V. gebeurt dus in deze akkoorden. Gelet op de gebruikte bewoordingen, kan men hierin eerder een contractuele beperking zien van de vrijheid het honorarium te bepalen, dan een wettelijke of reglementaire. Maar over het preciese rechtskarakter van die akkoorden bestaat betwisting.

Er wordt zowel een burgerrechtelijke als een publiekrechtelijke thesis verdedigd. Volgens DELHUVENNE zou men in de oorspronkelijke versie van de Z.I.V.-Wet aan deze akkoorden die toen nog overeenkomsten werden genoemd, een privaatrechtelijk karakter hebben kunnen toeschrijven : zij verkregen slechts rechtsbestaan door de uitdrukkelijke individuele toetreding van de artsen. Sedert de wijziging van de Z.I.V.-Wet in 1970 gelden de akkoorden (de naamsverandering dateert al uit 1965) verplicht voor al de artsen die de toepassing ervan binnen een gestelde termijn niet afwijzen. Hierdoor verdween de vrije en bewuste wilsuiting van de betrokken artsen om plaats te maken voor een vermoeden van instemming dat na verloop van de gestelde termijn onomkeerbaar wordt. In dat stelsel kan er van een consensus in de burgerrechtelijke zin van het woord geen sprake zijn. Voorts is een consensueel stelsel onverenigbaar met art. 158, §2 laatste lid Z.I.V.-Wet. Luidens die bepaling, die overigens werd opgeheven door art. 136 Wet 8 augustus 1980, *B.S.*, 15 augustus 1980, kon een arts die herhaaldelijk de vastgestelde honoraria overschreed ge-

schrapt worden van de lijst van verbonden artsen. Hij verloor daardoor de rechten die uit de overeenkomst voortvloeien maar bleef wel gehouden de plichten na te komen. Een dergelijke eenzijdige afbraak van de overeenkomst zou in strijd zijn met de basisbegrippen van het burgerlijk recht inzake de uitvoering van overeenkomsten, o.a. de *exceptio non adimpleti contractus* (DELHUVENNE, M., "De overeenkomsten tussen de ziekteverzekering en de zorgenverstrekker", in *Commentaar Gezondheidsinstellingen*, Heule, UGA, losbl., 59).

In dezelfde zin VAN LANGENDONCK. Wanneer een collectieve overeenkomst door de overheid algemeen verbindend wordt verklaard zijn de rechten en verplichtingen van de betrokkenen van reglementaire aard : zij vinden hun oorsprong in de wet of het K.B. en niet in de overeenkomst, waarbij zij immers veelal geen partij zijn" (VAN LANGENDONCK, J., *Harmonisering van de sociale verzekering voor gezondheidszorgen in de E.E.G.*, Leuven, Faculteit Rechtsgeleerdheid, 1971, nr. 1095 en 1097).

Ook de Arbeidsrechtbank van Brussel heeft zich aangesloten bij de publiekrechtelijke thesis (Arbrb. Brussel, 31 maart 1988, *J.T.*, 1988, 519 : de relaties tussen de verzekeringsinstellingen en de medische hulpverleners zijn niet contractueel doch publiekrechtelijk van aard).

Maar ook de contractuele opvatting heeft aanhangers (zie, ANRYS, H., *a.w.*, 126; GOSSERIES, Ph., "La collaboration des médecins et des praticiens de l'art dentaire à l'assurance-maladie obligatoire", *J.T.T.*, 1970, 50).

De publiekrechtelijke opvatting omtrent de akkoorden is meer overtuigend dan de privaatrechtelijke zodat een bespreking van deze akkoorden onder de wettelijke of reglementaire beperkingen verantwoord lijkt.

1108 De bedragen die in de akkoorden worden vastgesteld dienen niet enkel als basis voor het berekenen van de honoraria die moeten worden nageleefd. De zgn. verzekeringstegemoetkoming wordt eveneens op basis van die honoraria vastgesteld (zie art. 25, §1 Z.I.V.-Wet : voor gewone geneeskundige hulp wordt de verzekeringstegemoetkoming vastgesteld op 75% van de honoraria. De overige 25%, het zgn. persoonlijk aandeel of remgeld, is ten laste van de rechthebbende).

1109 Indien om welke reden ook geen akkoord bestaat zijn er geen vastgestelde honoraria en is er evenmin een basis om de verzekeringstegemoetkoming te berekenen. Art. 34, §13 Z.I.V.-Wet bevat drie alternatieven om het hoofd te bieden aan een dergelijke situatie.

Het meest ver gaat de maatregel vermeld in art. 34, §13, eerste lid. Wanneer bij het verstrijken van een akkoord geen nieuw akkoord werd gesloten of wanneer een nieuw akkoord in alle gewesten van het land niet in werking kan treden of blijven kan de Koning, op voorstel of gemotiveerd advies van het beheerscomité van de dienst geneeskundige verzorging voor het hele land of voor bepaalde gewesten, voor alle of voor bepaalde prestaties en voor alle of bepaalde categorieën van rechthebbenden maatregelen nemen tot uitvoering van art. 52 Wet 14 februari 1961 (Eenheidswet). Dit houdt in dat de Koning maximumtarieven kan vaststellen, b.v. door de tarieven van het vervallen akkoord te continueren.

De twee andere maatregelen vermeld in art. 34, §13, derde en vierde lid betreffen het vaststellen van de grondslag voor de berekening van de verzekeringstegemoetkoming. Zij zijn in dit kader minder relevant.

Van de bevoegdheid die de Koning bezit om maxima honoraria op te leggen bij ontstentenis van een akkoord is tot nu toe maar zelden gebruik gemaakt.

b) Bindend karakter van het honorarium

1110 Hoe bindend zijn de aldus vastgestelde honoraria voor de artsen? Voor het beantwoorden van deze vraag dient een onderscheid te worden gemaakt tussen artsen die het akkoord niet uitdrukkelijk hebben afgewezen en die derhalve geacht worden ermee in te stemmen (de zgn. verbonden artsen) en de niet-verbonden artsen.

- Verbonden artsen

1111 Art. 34, §7, eerste lid Z.I.V.-Wet bepaalt dat de in de akkoorden vastgestelde honoraria worden nageleefd "t.o.v. de rechthebbenden van de verzekering door de geneesheren die geacht worden tot de akkoorden te zijn toegetreden". In beginsel geldt deze binding voor de volledige beroepsactiviteit van de verbonden artsen (art. 34, §3, laatste lid Z.I.V.-Wet).

1112 Toch gaat het om een relatieve binding. Vooreerst kan een verbonden arts beperkingen stellen aan de tijd gedurende en/of de plaats waar hij de tarieven zal naleven (art. 34, §3, laatste lid Z.I.V.-Wet)

Die mogelijkheid om zich gedeeltelijk te onttrekken aan de binding van de tarieven wordt voor de ziekenhuisartsen evenwel beperkt door art. 138, §1 Gecoördineerde Ziekenhuiswet. Voor de patiënten opgenomen in een gemeenschappelijke ziekenhuiskamer of in een tweepersoonskamer moeten de verbintenistarieven steeds worden nageleefd door een verbonden ziekenhuisarts.

Een tweede relativering kan voortvloeien uit de akkoorden zelf. Op grond van art. 34, §7, tweede lid Z.I.V.-Wet stellen de akkoorden "de voorwaarden inzake tijd, plaats, bijzondere eisen of economische toestand van de rechthebbenden vast waarin die honoraria mogen worden overschreden".

Die voorwaarden houden onder meer verband met het tijdstip van de consultatie (week-end, 's nachts), de plaats (bij de patiënt thuis), bijzondere eisen (verzoek tot opneming in een afzonderlijke ziekenhuiskamer om persoonlijke redenen) en de economische toestand van de rechthebbende (wanneer de patiënt meer verdient dan een bepaald bruto-inkomen dient zijn arts de verbintenistarieven niet na te leven). SCHUTYSER oefent kritiek uit op deze laatste afwijking : volgens hem wordt de arts in de rol van "fiscaal controleur" gedrongen, en is zij een reminiscentie uit de tijd dat ook de bijdragen voor de Z.I.V. nog werden geheven op een geplafoneerd loon (SCHUTYSER, K., *a.w.*, 133-134). Voor een verbonden arts is de toepasselijkheid van de in het nationaal akkoord vastgestelde honoraria de regel binnen de overeenkomen omstandigheden van plaats en tijd. Eventueel moet de arts bewijzen dat de rechthebbende op grond van de in het akkoord bepaalde inkomengrens geen aanspraak kan maken op toepassing van de vastgestelde honoraria (Arbh. Antwerpen, 10 januari 1990, *R.W.*, 1990-91, 190, noot CLAEYS, A.).

1113 Ten derde dient de binding van de honoraria te worden gerelativeerd, gelet op de beperkte draagwijdte van de sancties die kunnen worden genomen t.a.v. een verbonden arts die zich niet houdt aan deze honoraria.

Wanneer "herhaalde malen" een overschrijding van de honoraria wordt vastgesteld in hoofde

van een arts mag de nationale commissie artsen-ziekenfondsen beslissen de als sociaal statuut toegekende voordelen te schrappen of te verminderen (art. 34*ter*, §2 Z.I.V.-Wet).

Voorts voorzien die akkoorden in strafbedingen in de zin van art. 1226 t.e.m. 1233 B.W., die kunnen worden toegepast op de arts die de bepalingen van de akkoorden niet naleeft (art. 34, §8, eerste lid Z.I.V.-Wet). Zie voor een concrete toepassing, Arbh. Antwerpen, 10 januari 1990, *R.W.*, 1990-91, 190, noot CLAEYS, A. Betwistingen over de toepassing van deze strafbedingen behoren tot de bevoegdheid van de burgerlijke rechter (Arbrb. Antwerpen, 21 september 1976, *R.W.*, 1976-77, 1023; *anders*, Arrond. Antwerpen, 8 februari 1977, *T.S.R.* 1977, 169 die oordeelde dat de arbeidsrechtbank bevoegd is. Zie PETIT, J., *Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht*, *A.P.R.*, Gent, E. Story-Scientia, 1980, nr. 217.

Ten slotte kan een geldboete van 26 tot 500 fr. worden opgelegd aan de arts die de honoraria vastgesteld op grond van art. 52 Eenheidswet niet in acht neemt (art. 103, lid c Z.I.V.-Wet).

De ziekenfondsen en de landsbonden kunnen in rechte optreden ter verdediging van de individuele rechten van hun leden mits het uitdrukkelijk akkoord van het betrokken lid of van de collectieve rechten van hun leden die voortvloeien uit de akkoorden tot vaststelling van honoraria en uit art. 52 van de Eenheidswet (art. 39, §1, tweede lid Wet 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen, *B.S.*, 28 september 1990). Door de ziekenfondsen dit recht toe te kennen hoopt men een betere naleving van de overeengekomen of opgelegde honoraria te kunnen afdwingen.

1114 Ten slotte, en dit is nog een ander element dat de betrekkelijkheid van de vastgestelde honoraria aantoont, slaan deze honoraria enkel op medische verstrekkingen die zijn opgenomen in de desbetreffende nomenclatuur. De verbonden arts bepaalt derhalve vrij zijn honorarium voor de verstrekkingen die niet in de nomenclatuur zijn opgenomen (art. 34, §7, tweede lid *in fine* Z.I.V.-Wet).

- Niet verbonden artsen

1115 De vraag naar de binding van de vastgestelde honoraria voor de niet verbonden artsen kan enigszins verrassend lijken. Per definitie hoeven zij zich niet te houden aan deze honoraria. Toch is het antwoord minder vanzelfsprekend.

1116 Op grond van art. 24 Z.I.V.-Wet zijn de vastgestelde honoraria maximahonoraria voor alle artsen in het raam van een georganiseerde wachtdienst.

Bij gebrek aan een nadere verduidelijking kan men hieronder verstaan de wachtdiensten bedoeld in art. 9, §1 Wet Uitoefening Geneeskunst. D.w.z. de wachtdiensten ingesteld door de representatieve beroepsverenigingen van artsen en waarvan de wachtrol werd meegedeeld aan de bevoegde provinciale geneeskundige commissie. Ofwel de wachtdiensten bedoeld in art. 9, §2 en §3 van dezelfde wet die werden opgericht op verzoek van de provinciale geneeskundige commissie of op initiatief van de bevoegde gezondheidsinspecteur.

In dit geval dienen ook de niet verbonden artsen de vastgestelde honoraria na te leven.

1117 De vraag of de vastgestelde honoraria ook bindend kunnen zijn voor niet verbonden artsen buiten de hypothese bedoeld in art. 24 Z.I.V.-Wet wordt door de rechtspraak uiteenlopend beantwoord.

In de recentere rechtspraak lijkt zich evenwel een éénduidige interpretatie te ontwikkelen. De honoraria die voortvloeien uit de nomenclatuur der geneeskundige verstrekkingen worden beschouwd als een "criterium", een "richtlijn" voor de rechter die het honorarium dat door een niet verbonden arts wordt gevraagd dient te beoordelen (Rb. Brugge, 7 december 1981, *R.W.*, 1982-83, 1463: wanneer een patiënt onderworpen is aan de verplichte Z.I.V. dient voor de bepaling van het honorarium van de niet verbonden arts rekening te worden gehouden met de vastgestelde vergoedingstarieven, waarvan slechts mag worden afgeweken zo de arts bewijst dat deze vergoeding ontoereikend is om de door hem geleverde prestaties te vergoeden, als gevolg van zeer speciale omstandigheden; Vred. Beringen, 18 december 1981, *Limb. Rechtsl.*, 1983, 58, noot G.P. : de in het stelsel van de sociale zekerheid voorziene tarieven vormen een richtlijn om de gematigdheid en de billijkheid van het ereloon van een arts tegenover een verplicht verzekerde patiënt te beoordelen; Vred. Antwerpen, 3 juni 1986, *R.W.*, 1986-87, 963, noot CAEYERS-DE HONDT, A.M. : een niet verbonden arts bepaalt, bij ontbreken van een voorafgaande afspraak met de patiënt, in beginsel vrij zijn honoraria mits hij binnen de wettelijke en redelijke grenzen blijft. De rechter is bevoegd het gevraagde honorarium aan die grenzen te toetsen. Een criterium daartoe vormt de normale betaling door het ziekenfonds; zie voor een impliciete oplossing in deze zin, Vred. Antwerpen, 15 april 1980, *Vl. T. Gez.*, 1980-81, afl. 5, 35, noot KRUITHOF, R.).

De niet-verbonden arts dient de vastgestelde honoraria in beginsel niet te respecteren behoudens wanneer daarover met de patiënt een afspraak zou zijn gemaakt. Doch wanneer de patiënt het honorarium betwist zal de rechter bij de beoordeling van het bedrag zich onder meer laten leiden door die vastgestelde tarieven. De arts zal dienen aan te tonen dat de afwijking van deze tarieven gerechtvaardigd is.

1118 De wat oudere rechtspraak leek meer geneigd om de binding van de vastgestelde honoraria ook in hoofde van niet-verbonden artsen te aanvaarden voor zover de patiënt onder de verplichte Z.I.V. viel.

Een uitspraak van de Vrederechter te Tielt stelde wel dat de vastgestelde tarieven niet zonder meer bindend zijn voor de niet verbonden artsen maar "zolang de behandelende geneesheer niet kan aantonen dat ingevolge zeer speciale omstandigheden waarin een uitzonderlijke medische verzorging zou vereist zijn, de vastgestelde vergoedingen volgens de nomenclatuur van de Z.I.V. ontoereikend zouden zijn, van deze tarieven niet kan of mag afgeweken worden wanneer de patiënt een wettelijke verzekeringsplichtige is" (Vred. Tielt, 8 december 1971, *R.W.*, 1971-72, 1160). In de recentere rechtspraak wordt minder het verplicht verzekerd zijn van de patiënt benadrukt, omdat tegenwoordig vrijwel iedereen verplicht verzekerd is. Dat was niet zo tijdens de eerste jaren na de in werkingtreding van de Z.I.V.-Wet.

Veel verder nog ging een uitspraak van de Vrederechter te St. Jans-Molenbeek. Voor verplicht sociaal vezekerden geldt het vermoeden dat zij niet gefortuneerd zijn. Bijgevolg is geen enkele afwijking toegelaten t.o.v. de vastgestelde honoraria en ook geen enkel tegenbewijs in verband met de bijzondere aard van de medische verzorging (Vred. St. Jans-Molenbeek, 20 mei 1970, *J.T.*, 1971, 134. Zie voor scherpe kritiek op deze uitspraak ANRYS, H., *a.w.*, *J.T.*, 1971; zie ook GEENS, K., *Het vrij beroep*, nr. 757).

Aan de andere kant treft men een vonnis aan van de Vrederechter te Oostrozebeke die van mening was dat de vastgestelde honoraria hoe dan ook niet bindend zijn voor niet verbonden artsen en dat de rechter bij de beoordeling van het gevraagde honorarium, zich moet laten leiden door de klassieke criteria (zie verder, nr. 1125), zonder rekening te houden met de vastgestelde honoraria in het kader van de Z.I.V. (Vred. Oostrozebeke, 2 oktober 1973, *R.W.*, 1973-74, 2399).

1119 Voor verbonden artsen gelden in een aantal gevallen de vastgestelde ta-

rieven niet. Zo wanneer de patiënt "bijzondere eisen" stelt zoals de opname in een éénpersoonskamer om persoonlijke redenen (zie boven, nr. 1112). Het ligt voor de hand dat een niet verbonden arts *a fortiori* mag afwijken van de vastgestelde honoraria in een dergelijk geval.

De Rechtbank te Brugge sprak zich in deze zin uit. Men mag aannemen dat een patiënt die om louter persoonlijke redenen, b.v. meer comfort, een éénpersoonskamer wenst een zekere materiële welstand geniet. In die omstandigheden mag de arts bij de bepaling van zijn honorarium met die welstand rekening houden (Rb. Brugge, 7 december 1981, *R.W.*, 1982-83, 1463; in dezelfde zin, Vred. Oostrozebeke, 2 oktober 1973, *R.W.*, 1973-74, 2399). *Anders*, Vred. Beringen, 18 december 1981, *Limb. Rechtsl.*, 1983, 58, noot G.P. : de opname in een éénpersoonskamer op eigen verzoek (d.i. om niet medische redenen) rechtvaardigt op zich geen hoger honorarium omdat "bezwaarlijk kan worden aangenomen dat de geneeskundige verzorging voor een patiënt die alleen op een kamer verblijft beter en/of meer uitgebreid zou zijn dan voor andere patiënten". In dezelfde zin Corr. Neufchâteau, 24 oktober 1965, *Bull. Ass.*, 1967, 379, noot R.P.).

Voor de zienswijze van de Rechtbank te Brugge kan thans steun worden gevonden in de Gecoördineerde Ziekenhuiswet. Volgens art. 138, §2 van die wet moeten ziekenhuisartsen die niet verbonden zijn en die zich tgov. het ziekenhuis evenmin verbinden de vastgestelde honoraria na te leven voor de patiënten opgenomen in een gemeenschappelijke kamer of in een tweepersoonskamer, dit meedelen aan de ziekenhuisbeheerder. Die verplichting geldt evenwel niet ingeval enkel voor de patiënten opgenomen in een éénpersoonskamer de vastgestelde honoraria niet worden gevolgd. Overeenkomstig art. 138, §3 waarborgt de medische raad dat de patiënten opgenomen in een gemeenschappelijke of tweepersoonskamer tegen de vastgestelde honoraria kunnen worden behandeld. Zo'n waarborg geldt niet voor patiënten opgenomen in een éénpersoonskamer.

Hieruit blijkt dat een onderscheid niet wat de medische behandeling betreft maar wel voor de honoraria, tussen patiënten in éénpersoonskamer en anderen verantwoord kan worden. Het bepalen van het bedrag van het honorarium gebeurt immers niet enkel in functie van de aard of moeilijkheid van de medische behandeling. Ook andere elementen zoals de eisen van de patiënt spelen hierbij een rol (zie verder, nr. 1128).

3. Arbeidsongevallenwet

1120 Art. 32, tweede lid Arbeidsongevallenwet draagt de Koning op de honoraria te bepalen die verschuldigd zijn aan de arts aangewezen door het slachtoffer van een arbeidsongeval of de rechthebbenden.

Zie K.B. 30 december 1971 voor de uitvoering van deze bepaling.

(Zie Rb. Brugge, 10 april 1974, *R.W.*, 1973-74, 2394 voor een toepassing van de vroegere arbeidsongevallenwetgeving).

B. STATUTAIRE OF CONTRACTUELE BEPERKINGEN

1121 Dergelijke beperkingen treft men in de praktijk vooral aan in de contractuele of statutaire rechtspositieregelingen tussen ziekenhuisartsen en ziekenhuizen. In private ziekenhuizen zijn die regelingen steeds contractueel; in openbare ziekenhuizen kunnen zij zowel contractueel als statutair zijn. Art. 15, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst laat toe dat dergelijke beperkingen worden gesteld aan de vrijheid het bedrag te bepalen van het honorarium.

Deze beperkingen kunnen in de plaats komen van de reeds vermelde wettelijke of reglementaire beperkingen, wanneer een arts zich niet verbonden heeft de vastgestelde honoraria te eerbiedigen. Maar zij kunnen, voor de verbonden artsen, ook bovenop deze wettelijke beperkingen komen. Veel voorkomend is de clausule in de rechtspositieregeling van een ziekenhuisarts dat voor patiënten opgenomen in een éénpersoonskamer niet meer dan het dubbele van het verbintenishonorarium mag worden gevraagd. Volgens de Vrederechter te St. Jans-Molenbeek is een dergelijke clausule tussen arts en ziekenhuis een *res inter alios acta* tegenover de patiënt. Indien deze onder de verplichte ziekteverzekering valt moeten de verbintenishonoraria worden toegepast (Vred. St. Jans-Molenbeek, 20 mei 1970, *J.T.*, 1971, 134).

1122 Ook in de overeenkomst tussen arts en patiënt kan een beperking van de vrijheid het honorarium te bepalen worden aangebracht. Niets belet dat de wettelijk voorziene vrijheid en de partijbeslissing (zie boven, nr. 1101) worden vervangen door onderling overleg tussen arts en patiënt om het honorarium te bepalen (GEENS, K., *Het vrij beroep*, nr. 427 en 434).

Hier duikt dan de vraag op of de arts zijn patiënt niet op voorhand moet informeren over het honorarium dat hij in vrijheid wenst te vragen zodat de patiënt zijn houding met kennis van zaken kan bepalen en b.v. de behandeling kan weigeren of onderhandelen over een lager honorarium. De kwestie is minder relevant wanneer de vrijheid van de arts aan banden is gelegd omdat hij zich verbonden heeft de vastgestelde honoraria te eerbiedigen. Toch hoort de patiënt ook daarvan op de hoogte te zijn.

Een verbintenis kan slechts rechtsgeldig tot stand komen wanneer het voorwerp ervan bepaald of bepaalbaar is (art. 1129 en 1591 B.W.). Is derhalve nietig het contract waarbij één der partijen zich verbindt tegen betaling van een prijs bepaalde prestaties te verrichten, wanneer die prijs niet bepaald of bepaalbaar is (KRUITHOF, R., noot onder Vred. Antwerpen, 15 april 1980, *Vl. T. Gez.*, 1980-81, afl. 5, 36; in dezelfde zin voor het Franse recht, HARICHAUX, M., "Sur l'existence d'une obligation de renseignements sur les honoraires dans le contrat médical", *Rev. Dr. Sanitaire*, 1986, 220). HARICHAUX ziet in art. 70 Franse Code van medische plichtenleer een impliciete erkenning van de plicht in hoofde van de arts informatie te verschaffen over het honorarium. Deze bepaling is zeer vergelijkbaar met art. 71, laatste lid Belgische Code van geneeskundige plichtenleer. Dit schrijft voor dat een arts aan de zieke of diens vertegenwoordigers niet weigert uitleg te verstrekken omtrent het bedrag van zijn ereloon. Toch lijkt dit artikel vooral te zijn bedoeld voor het geven van informatie na de behandeling, als de rekening wordt aangeboden. Bovendien blijkt er geen spontane informatieplicht uit. De patiënt dient er eerst om te vragen. Overigens moet de patiënt niet vooraf over de prijs inlichtingen vragen (Vred. Antwerpen, 22 maart 1951, *R.W.*, 1950-51, 1427).

De informatieplicht van de arts vloeit niet enkel voort uit het verbintenissenrecht maar ook uit de door art. 71, §1, a Z.I.V.-Wet gewaarborgde vrije keuze van arts door de patiënt.

Deze opvatting over de informatieplicht van de arts over het bedrag van het honorarium dat hij voornemens is in vrijheid te bepalen, gaat in tegen een in de praktijk wijd verspreide mening dat voor medische behandelingen die niet in de nomenclatuur zijn opgenomen, de patiënt weet of althans dient te weten dat er geen vastgestelde honoraria zijn zodat hij zelf het initatief moet nemen om informatie te bekomen. Een ieder wordt namelijk geacht de wet te kennen. Dit uitgangspunt is betwistbaar. Niet enkel is de nomenclatuur zeer omvattend, zeer technisch en aan voortdurende wijzigingen onderhevig, bovendien is de arts beter geplaatst dan de patiënt om te weten wat wel en wat niet onder de nomenclatuur valt. Doet het laatste zich voor, dan is het redelijk van de arts te verwachten dat hij de patiënt daarvan op de hoogte brengt en dat hij hem op voorhand en bij benadering inlicht over het door hem gevraagde honorarium.

1123 De arts die er zich toe heeft verbonden de vastgestelde honoraria te eerbiedigen dient zijn cliënteel daarover te informeren. De akkoorden afgesloten in de nationale commissie artsen-ziekenfondsen bevatten steeds een clausule in die zin.

Een dergelijke informatie d.m.v. aanplakking in de spreekkamer is geen verboden reclame (zie art. 71, §5, b Z.I.V.-Wet). Datzelfde artikel verbiedt wel reclame waarin de kosteloosheid van de door de Z.I.V. (terug)betaalde medische verstrekkingen wordt vermeld of waarin naar de Z.I.V.-tegemoetkomingen wordt verwezen (art. 71, §3 Z.I.V.-Wet).

C. TOETSING EN BEPERKING DOOR DE RECHTER

1124 Op grond van art. 15, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst en art. 1134, derde lid B.W. (overeenkomsten moeten ter goeder trouw worden uitgevoerd) bezit de rechter de bevoegdheid om de gevraagde honoraria te beoordelen en desgevallend te matigen indien zij kennelijk overdreven zijn (KRUITHOF, R., noot onder Vred. Antwerpen, 15 april 1980, *Vl. T. Gez.*, 1980-81, afl. 5, 35; Vred. Antwerpen, 3 juni 1986, *R.W.*, 1986-87, 963, noot CAEYERS-DE HONDT, A.M.; Vred. Tielt, 8 december 1971, *R.W.*, 1971-72, 1160).

Doorgaans stelt de kwestie zich voor de burgerlijke rechter. Een enkele keer ook voor de strafrechter (Corr. Neufchâteau, 24 oktober 1965, *Bull. Ass.*, 1967, 379, noot R.P. : het slachtoffer van een ongeval heeft volgens de annotator in het kader van de schadebeperkingsplicht de plicht de honoraria van zijn arts aan te vechten en de dader kan hem deze verplichting tegenwerpen). Men zou kunnen verwachten dat sedert de inwerkingtreding van de Z.I.V.-Wet de honorariumbetwistingen vnl. betrekking hebben op medische hulpverlening die niet is opgenomen in de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen. Daarvoor bestaat namelijk geen vastgesteld honorarium. De weliswaar niet erg talrijke rechterlijke uitspraken die na 1963 werden gepubliceerd hebben nochtans alle te maken met prestaties waarvoor een honorarium is vastgesteld. De meeste uitspraken betreffen het honorarium dat door een niet verbonden arts werd gevraagd voor een in de nomenclatuur opgenomen medische prestatie. Dit doet vragen rijzen naar de wijze waarop de in nr. 1122 besproken informatieplicht wordt nagekomen.

1125 Bij de beoordeling van het gevraagde honorarium laat de rechtspraak zich leiden door de criteria van art. 71 Code van geneeskundige plichtenleer. Die criteria zijn : het belang van de geleverde prestaties, de financiële draagkracht van de patiënt , de bekendheid van de arts en de eventuele bijzondere omstandigheden (Rb. Brugge, 7 december 1981, *R.W.*, 1982-83, 1463; Vred. St. Jans-Molenbeek, 20 mei 1970, *J.T.*, 1971, 134).

1126 Wat het eerste criterium betreft maken RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT een onderscheid tussen het belang van de geleverde prestaties waarvan de beoordeling kwantitatief gebeurt (aantal huisbezoeken, raadplegingen, verplaatsingen, enz.) en het belang van de uiteindelijk geleverde dienst d.w.z. het bereikte resultaat.

Het ligt voor de hand dat de arts die zonder dat hem een fout kan worden aangewreven, het vooropgestelde resultaat niet of in mindere mate dan verwacht bereikt, meer gematigd en bescheiden moet zijn dan zijn collega die dit resultaat wel of althans in grotere mate verwezenlijkt. Dit is niet in strijd met de medische deontologie, vermits art. 71 Code van medische plichtenleer toelaat rekening te houden met de "belangrijkheid van de geleverde prestaties". Een dergelijke praktijk is evenmin in strijd met art. 16 Wet Uitoefening Geneeskunst. Dit artikel verbiedt iedere v o o r a f gesloten overeenkomst die het honorarium koppelt aan de doelmatigheid van de behandeling. Achteraf rekening houden met de doelmatigheid is niet verboden.

Bij de zgn. inspannings- of middelverbintenissen zal het al dan niet bereiken van het resultaat, voor zover de arts geen fout kan worden verweten, doorgaans weinig invloed mogen hebben op het gevraagde honorarium. In een dergelijk geval spelen naast de deskundigheid en de inspanning van de arts, nog andere onzekere elementen, die het bereiken van het resultaat kunnen bevorderen of doorkruisen. Bij zgn. resultaatsverbintenissen ligt dit anders. In een dergelijk geval garandeert de arts, ondanks het bestaan van onzekere elementen die de goede afloop kunnen beletten, niettemin een goed resultaat. Hierdoor loopt hij een groter risico in rechte te worden aangesproken bij mislukking en betaalt hij hogere verzekeringspremies. Dat zulks tot uiting komt in hogere honoraria wanneer het resultaat wordt bereikt en aanzienlijk lagere als dat niet het geval is, lijkt redelijk. Maar op voorhand een dergelijke afspraak maken is strijdig met art. 16 Wet Uitoefening Geneeskunst.

Bovendien zou de vrije toestemming van sommige patiënten voor riskante ingrepen in het gedrang kunnen komen door dergelijke afspraken. Ook andere auteurs hebben er geen bezwaren tegen dat het belang van de opgenomen verantwoordelijkheid wordt doorberekend in het honorarium (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 282; zie ook Vred. St. Jans-Molenbeek, 20 mei 1970, *J.T.*, 1971, 134). Bij wijze van spreken mag het "juridisch" risico tot uiting komen in het honorarium. Maar het besmettingsrisico dat een arts loopt bij een behandeling niet (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 295);

Ook een foutief medisch handelen dat schade berokkent aan de patiënt beïnvloedt het honorarium. Volgens RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT mag een arts die een "zware" fout begaat of ernstig tekort komt aan zijn beroepsplichten, geen honorarium vorderen van zijn patiënt. Voor de medische behandeling die nodig is om aan de gevolgen van de beroepsfout te verhelpen mag evenmin een honorarium worden aangerekend (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 295).

1127 Betwist is of de ernst van de ziekte invloed mag hebben op het bedrag van het honorarium. De Koninklijke Academie voor Geneeskunde is van mening dat dit niet mag ("Rapports de la Commission de l'Académie Royale de Médecine de Belgique sur les avants-projets de loi concernant l'art de guérir", *Archieven Belgische Academie voor Geneeskunde*, 1967, 674). Art. 71 Code van geneeskundige plichtenleer vermeldt de ernst van de ziekte niet. De Vrederechter te Tielt daarentegen beschouwde de ernst van de ziekte wel als een criterium voor het toetsen van het honorarium (Vred. Tielt, 8 december 1971; *R.W.*, 1971-72, 1160).

Hoe dan ook laat de ernst van de ziekte, langs de andere algemeen aanvaarde criteria om, onrechtstreeks een invloed gelden op het gevraagde honorarium, b.v. via het belang van de verrichte prestaties of via de bekendheid van de geraadpleegde arts.

1128 Dat de "financiële draagkracht" (art. 71 Code van geneeskundige plichtenleer) mee bepalend kan zijn is reeds tot uiting gekomen bij het bespreken van de "bijzondere eisen" voorzien in de akkoorden afgesloten in de nationale commissie artsen-ziekenfondsen (zie boven, nr. 1112).

Een recente toepassing van dit klassiek aanvaarde criterium bestaat erin rekening te houden met de aanvullende, vrije hospitalisatie- en aanverwante verzekeringen, die de eigen risico's, supplementen, remgelden e.d. verzekeren. Behalve de financiële toestand, kan ook de verzekeringstoestand van de patiënt de hoogte van het honorarium beïnvloeden. Daarentegen mag het in rekening brengen van het persoonlijk vermogen van de patiënt geen verdoken vermogensbelasting worden (GEENS, K., *Het vrij beroep*, nr. 448).

1129 De faam van de arts, gebaseerd op zijn bekendheid, ervaring en wetenschappelijke kennis, is traditioneel een criterium voor het bepalen van het bedrag van het honorarium.

Terwijl zowel de nomenclatuur als de akkoorden afgesloten in de nationale commissie artsenziekenfondsen in zekere mate rekening houden met de aard van de geleverde prestaties en de economische toestand van de patiënt komt de faam van de arts daarin veel minder tot uiting. Het verschil in honorering tussen huisartsen en medische specialisten kan in verband worden gebracht met hun verschil in opleiding en ervaring, maar heeft evenzeer te maken met de geleverde prestaties.

Indien de faam en de bekendheid van een arts vnl. steunt op het toepassen van een door hem ontworpen techniek of apparaat zal hij er zich voor moeten hoeden misbruik te maken van zijn monopoliesituatie bij het bepalen van zijn honorarium (zie voor een voorbeeld, Raad van State, Fr., 11 juli 1984, *D.* 1985, 150, concl. GENEVOIS, M., tuchtrechtelijke veroordeling wegens te hoge honoraria voor behandeling van seksuele impotentie d.m.v. inplantaten waarop de arts een brevet bezat).

D. TUCHTRECHTELIJKE BEPERKINGEN (MAXIMA EN MINIMA)

1130 De vrijheid om het bedrag van het honorarium te bepalen kan worden beperkt door de bevoegdheid van de orde der geneesheren in geval van betwisting over het gevraagde honorarium.

1131 De orde der geneesheren bezit inzake medische honoraria een drievoudige bevoegdheid.

Vooreerst is er de arbitragebevoegdheid van de provinciale raden van de orde inzake honoraria betwistingen (art. 6, 5° Wet Orde Geneesheren) (zie boven, nr. 234).

Vervolgens kunnen de provinciale raden om advies worden verzocht door de hoven en rechtbanken omtrent betwistingen betreffende honoraria (art. 6, 6° Wet Orde Geneesheren) (zie voor zeldzame voorbeelden Corr. Neufchâteau, 24 oktober 1965, *Bull. Ass.*, 1967, 379, noot R.P.; Vred. Oostrozebeke, 2 oktober 1973, *R.W.*, 1973-74, 2399)(zie boven, nr. 237).

1132 Ten derde bezitten de provinciale raden de bevoegdheid om tuchtrechtelijk op te treden tegen overdreven hoge of lage honoraria.

Het vragen van honoraria die merkelijk te hoog liggen duidt op een gebrek aan eerlijkheid en bescheidenheid en kan aanleiding geven tot tuchtmaatregelen (art. 78, eerste lid Code van geneeskundige plichtenleer; zie voor enkele

concrete toepassingen, KRUITHOF, R., noot onder Vred. Antwerpen, 15 april 1980, *Vl. T. Gez.*, 1980-81, afl. 5, 37).

Anderzijds mag een arts "geen daden stellen die een misbruik zouden betekenen van het recht lagere erelonen te vragen en vooral geen cliënteel werven door, op welke wijze ook, van hun stelselmatig lagere erelonen melding te maken" (art. 78, tweede lid Code van geneeskundige plichtenleer). Het werken aan zgn. terugbetalingstarieven, ook op een systematische wijze, is niet onwettig (Cass., 25 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 940; *Pas.*, 1975, I, 850; *R.W.*, 1975-76, 291, noot SCHUTYSER, K., : Het gebruik maken van een recht, met name het uitoefenen van de geneeskunde tegen terugbetalingstarieven, wordt geen fout door het systematisch uitoefenen van dit recht en/of door een ruchtbaarheid die enkel "uiteraard en onvermijdelijk" ontstaat, als niet enig misbruik van dat recht wordt vastgesteld). Art. 25, §1, laatste lid Z.I.V.-Wet is duidelijk : "Het persoonlijk aandeel van de rechthebbende is in alle gevallen eisbaar". Dit betekent dat dit aandeel kan, maar niet moet geëist worden, behalve bij een andersluidende wettelijke bepaling. Art. 15 Programmawet van 22 december 1989, *B.S.*, 30 december 1989, bevat een dergelijke bepaling. Art. 25, §1, laatste lid Z.I.V.-Wet werd aangevuld met het voorschrift dat het persoonlijk aandeel "verplicht geïnd wordt voor de verstrekkingen inzake klinische biologie in de kosten waarvan een dergelijk aandeel is voorzien door de Koning. De Koning kan afwijkingen voorzien op die verplichting".

Volgens LECLERCQ zou het werken aan terugbetalingstarieven slechts geoorloofd zijn om humanitaire redenen en moet het een uitzondering blijven. Het systematisch werken aan terugbetalingstarieven is strijdig met de wil van de wetgever (LECLERCQ, M., "Un médecin lié par l'accord national définissant les honoraires est-il obligé d'appliquer à ses patients les tarifs prevus par l'accord non seulement en tant que maxima mais aussi en tant que minima"?, *J.T.T.*, 1974, 274-275). LECLERCQ gaat hiermee in tegen de opvatting van SCHUTYSER, volgens wie uit geen enkele bepaling van de wet en uit geen enkele clausule van het op dat ogenblik geldende akkoord, de bedoeling blijkt om naast het maximumbedrag tevens een minimumprijs vast te stellen (SCHUTYSER, R., "Het nationaal akkoord geneesheren-ziekenfondsen en de vaststelling van de honoraria der geneesheren", *B.T.S.Z.*, 1973, 806). Volgens SCHUTYSER zou de verplichting de eigen bijdrage te innen wel kunnen worden ingeschreven in het akkoord afgesloten tussen artsen en ziekenfondsen. Maar zo'n akkoord zou weinig kans maken te worden goedgekeurd door de bevoegde minister en onverenigbaar zijn met de medische deontologie (SCHUTYSER, R., *a.w.*, 806).

GEENS vreest dat "honoraria die gelijk staan met het terugbetalingstarief tot artificiële dienstengeneratie aanleiding kunnen geven". Maar een algemeen verbod enkel de terugbetalingstarieven te vorderen lijkt niet op zijn plaats omdat sommige patiënten het remgeld niet kunnen dragen (GEENS, K., *Het vrij beroep*, nr. 757).

Als curiosum kan nog de volgende uitspraak van de Raad van State worden

vermeld : het feit dat een arts die kandidaat is bij de gemeenteraadsverkiezingen geen honorarium of een lager tarief dan het wettelijke zou hebben aangerekend, is niet een zodanig belangrijk voordeel dat kan worden aangenomen dat de kiezers daardoor onder ongeoorloofde druk werden gezet om hun stem aan de lijst van die arts te geven (R.v. St., Gemeenteraadsverkiezingen te Nieuwerkerken, nr. 23.037, 15 maart 1983).

AFDELING III

GEBRUIKSVERGOEDINGEN EN ERELOONDELING

§1. Gebruiksvergoedingen tussen artsen en derden

A. PRINCIPIELE GELDIGHEID VAN GEBRUIKSVERGOEDINGSREGELINGEN

1133 Art. 17, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst eist een statutaire regeling of een uitdrukkelijke overeenkomst tussen een arts en een derde waarin de voorwaarden worden vastgelegd waaronder deze arts mag gebruik maken van personeel, lokalen en materiaal dat hem, voor de uitoefening van zijn beroep, ter beschikking wordt gesteld door een derde.

Hoewel dit artikel niet spreekt over financiële voorwaarden, volgt zowel uit de plaats van art. 17 in de Wet Uitoefening Geneeskunst, de verwijzing naar betalingen door anderen dan de arts zelf en de verwijzing naar art. 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst dat ook de financiële voorwaarden hier bedoeld zijn, zo zij niet de belangrijkste zijn. Om die reden spreken we van gebruiksvergoedingen.

1134 Art. 17, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst laat niet alleen (financiële) afspraken toe over het gebruik van personeel, materiaal en lokalen. Dit artikel eist zelfs dergelijke afspraken wanneer dit gebruik niet voor het geheel voorwerp is van een betaling ten welke andere titel ook.

1135 De principiële geldigheid van een statutaire of contractuele gebruiksvergoedingsregeling kan niet worden betwijfeld, ook niet wanneer de derde een ziekenhuis is.

Volgens de Raad van State is art. 17, eerste lid zelfs uitdrukkelijk bedoeld voor het geval dat de derde een ziekenhuis is (R.v.St., Kiebooms, nr. 29.005, 10 december 1987; R.v.St., V.Z.W. "Conseil médical du Centre Hospitalier Paul Brien", nr. 29.104, 6 januari 1988). Ook voor het Hof van Cassatie kan een ziekenhuis een derde als bedoeld in art. 17, eerste lid zijn (Cass., 5 november 1981, *Arr. Cass.*, 1982, 344; *Pas.*, 1982, I, 337, concl. Proc. Gen. DUMON, F.; *anders*, Rb. Brugge, 14 maart 1983, *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 30, noot NYS, H.).

De laatste twijfels werden weggenomen door art. 140, §3 Gecoördineerde Ziekenhuiswet. Wettelijk zijn inhoudingen van de centraal geïnde honoraria "tot

dekking van de kosten veroorzaakt door de medische prestaties die niet door de verpleegdagprijs worden vergoed".

B. GEBRUIKSVERGOEDINGSREGELINGEN EN ART. 18, §2 WET UITOEFENING GENEESKUNST

1136 Zoals art. 15 Wet Uitoefening Geneeskunst, verwijst ook art. 17 van deze wet naar art. 18, §2. Opnieuw rijst de vraag hoe beide bepalingen tezamen, in dit geval art. 17 en 18, §2, zinvol kunnen worden geïnterpreteerd (zie boven, nr. 1085 e.v.).

Volgens het Hof van Cassatie heeft art. 18, §2 geen betrekking op overeenkomsten waardoor een arts zich ertoe verbindt het gebruik te vergoeden van personeel, lokalen en materiaal van een ziekenhuis, dit is de in art. 17 bedoelde overeenkomst (Cass., 28 april 1987, *Arr. Cass.*, 1987, 1142; *Pas.*, 1987, I, 1007; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 30).

In dezelfde zin sprak het Hof te Gent zich uit. In art. 18, §2 worden overeenkomsten geviseerd die, anders dan de conventionele en statutaire regelingen over kostenbijdragen waarvan de toelaatbaarheid blijkt uit art. 17 Wet Uitoefening Geneeskunst, steeds ongeoorloofd zijn. Art. 18, §2 daarentegen beoogt niet de verhoudingen te regelen tussen ziekenhuizen en de daar werkende artsen (Gent, 11 mei 1987, *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 435).

Ook de Raad van State nam dit standpunt in. Art. 17 heeft betrekking op geoorloofde overeenkomsten en statutaire bepalingen. Art. 18, §2 op nooit geoorloofde overeenkomsten. Het bij art. 18, §2 ingestelde verbod kan onmogelijk van toepassing zijn op de in art. 17 geregelde rechtsverhouding tussen een arts en een ziekenhuis. Deze rechtsverhouding heeft immers alszodanig niet tot doel de een of de ander "winst of voordeel" te verschaffen. Het tegenovergestelde zou leiden tot een uitholling van art. 17, eerste lid. Bovendien, ziekenhuizen worden in art. 18, §2 niet vernoemd noch bedoeld (zie boven, nr. 1085; zie verder, nr. 1137)(R.v.St., Kiebooms, nr. 29.005, 10 december 1987).

In de rechtsleer worden analoge opvattingen verdedigd (zie NYS, H., "Opmerkingen over het bindend karakter van de code van medische plichtenleer en onkostenvergoedingen door ziekenhuisgeneesheren", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 30 en de daar aangehaalde literatuur; VANSWEEVELT, T., "Overeenkomsten omtrent honorariadeling", *R.W.*, 1987-88, 1034).

C. VOORWAARDEN VOOR EEN GELDIGE GEBRUIKSVERGOEDINGSREGELING

1. Algemeen

1137 De principiële geldigheid van gebruiksvergoedingsregelingen tussen arts en ziekenhuis betekent niet dat art. 17, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst en art. 140, §3 Gecoördineerde Ziekenhuiswet geen enkele voorwaarde hieraan verbinden.

Art. 17, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst eist, en laat tevens toe, een regeling voor de vergoeding voor het gebruik van personeel, lokalen en materiaal wanneer dit gebruik niet "voor het geheel" voorwerp is geweest van een betaling ten welke andere titel ook. Dit betekent dat wanneer de kosten veroorzaakt door dit gebruik reeds werden vergoed op een andere manier, b.v. langs de verpleegdagprijsvergoeding, art. 17, eerste lid geen gebruiksvergoe-

dingsregeling eist maar evenmin toelaat door de verwijzing naar art. 18, §2. Wanneer het ziekenhuis vanwege een arts een vergoeding zou ontvangen voor het gebruik van materiaal e.d., terwijl het ziekenhuis reeds daadwerkelijk werd vergoed op een andere wijze voor diezelfde prestatie dan zou de betaling door de arts, via de inhouding op zijn honorarium rechtstreeks of minstens onrechtstreeks winst of voordeel verschaffen aan het ziekenhuis.

Zo beschouwd heeft de verwijzing naar art. 18, §2 in art. 17, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst wel degelijk zin. Een algemene en onvoorwaardelijke uitsluiting van ziekenhuizen uit het toepassingsgebied van art. 18, §2 zoals door de Raad van State voorgehouden (zie boven, nr. 1085) is dan ook niet voldoende genuanceerd.

Wanneer het gebruik "niet voor het geheel", maar slechts gedeeltelijk wordt betaald ten welke andere titel ook, eist en laat art. 17, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst eveneens een gebruiksvergoedingsregeling toe. In dat geval voor het gedeelte van de gebruikskosten waarvoor geen vergoeding ten welke andere titel ook wordt ontvangen. Ook dan moet rekening worden gehouden met art. 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst.

Wanneer het gebruik reeds "voor het geheel" werd vergoed ten welke andere titel ook eist art. 17, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst geen gebruiksvergoeding. De verwijzing naar art. 18, §2 houdt in dat zo'n vergoeding evenmin is toegelaten.

2. Forfaitair vastgestelde gebruiksvergoedingen

1138 I.v.m. de toepassing van art. 17, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst is de vraag gerezen of de gebruiksvergoeding op een forfaitaire wijze mag worden berekend dan wel of de vergoeding precies moet overeenstemmen met de kosten veroorzaakt door het gebruik.

Het Hof van Beroep te Gent nam hier een zeer strikt standpunt in. Inzake gebruiksvergoedingen gaat het om een materie van openbare orde waarin de vrijheid van partijen om te contracteren beperkt is. Wanneer een percentsgewijze, in verhouding tot de geïnde honoraria bepaalde vergoeding, nauwkeurig aan de werkelijke onkosten van het ziekenhuis zou beantwoorden, zou de wet geëerbiedigd zijn. *In casu* bleek het niet mogelijk dit na te gaan. Derhalve was deze afspraak niet geoorloofd en niet afdwingbaar (Gent, 27 december 1984, *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 137). Advocaat-Generaal DUMON nam een soepeler houding aan. Als de forfaitaire betaling van een arts door art. 15 Wet Uitoefening Geneeskunst uitdrukkelijk wordt toegelaten (zie boven, nr. 1079) impliceert dat dan niet meteen de wettelijkheid van een forfaitaire inhouding op de honoraria als gebruiksvergoeding? (Cass., 5 november 1981, *Pas.*, 1981, I, 339, concl. Adv. Gen. DUMON, F.,; in dezelfde zin, R.v.St., Kiebooms, nr. 29.005, 10 december 1987: nu art. 15 Wet Uitoefening Geneeskunst de forfaitaire bezoldiging toelaat is ook het forfait bij de aftrek van de bijdrage in de kostenregeling van het ziekenhuis op zichzelf niet verboden.

Bij dit laatste standpunt moet worden opgemerkt dat het verband tussen een forfaitaire bezoldiging en een forfaitaire gebruiksvergoeding niet zomaar voor de hand ligt. Als een arts op een forfaitaire wijze wordt bezoldigd dan gebeuren er geen inhoudingen meer op zijn honoraria. Integendeel hij doet afstand van het recht op honorarium ten voordele van degene die hem bezoldigt (zie

(zie boven, nr. 1082). De geldigheid van een forfaitair vastgestelde gebruiksvergoeding afleiden uit art. 15 Wet Uitoefening Geneeskunst is betwistbaar.

1139 Wat hier van zij, door art. 140 Gecoördineerde Ziekenhuiswet is het geschetste probleem grotendeels achterhaald.

Allereerst laat art. 140, §3 toe dat de inhoudingen op de centraal geïnde honoraria tot dekking van de kosten veroorzaakt door medische prestaties die niet door de verpleegdagprijs worden vergoed, in percenten d.i. forfaitair, worden uitgedrukt.

Bovendien dient deze inhouding niet strikt te worden geïndividualiseerd, per arts.

Dit betekent dat inhoudingen kunnen gebeuren op het honorarium van een arts om kosten veroorzaakt door de medische prestaties van een andere arts te financieren. Dit staat niet met zoveel woorden in art. 140, §3. Maar deze bepaling heeft betrekking op de wijze van besteding van de centraal geïnde honoraria, en niet op het honorarium van iedere afzonderlijke arts. Bovendien verklaarde de minister in de Senaatcommissie dat "de kosten veroorzaakt door de medische prestaties" niet enkel slaan op de kosten van elke afzonderlijke dienst apart, maar ook globaal over het gehele ziekenhuis bekeken (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1983-84, nr. 653/2, 113).

D. INSTANDHOUDINGSVERGOEDING

1140 Een derde reden waarom de preciese kostenberekening per arts minder noodzakelijk is dan voorheen houdt verband met art. 140, §1, 4° Gecoördineerde Ziekenhuiswet. Deze bepaling laat toe dat een deel van de centraal geïnde honoraria wordt aangewend voor "de verwezenlijking van maatregelen om de medische activiteit in het ziekenhuis instand te houden of te bevorderen". Het betreft hier inhoudingen op de honoraria welke niet dienen tot vergoeding van het gebruik van materiaal e.d. De wettelijkheid van dergelijke inhoudingen was in het licht van art. 17, eerste lid en 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst betwist.

In de Memorie van toelichting bij het wetsontwerp waaruit uiteindelijk art. 140, §1, 4° Ziekenhuiswet is ontstaan (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1983-84, nr. 653/1, 20) werd hierover het volgende gezegd : "in vele, zoniet in alle ziekenhuizen, bestaat de praktijk dat, bij overschrijding van een loutere kostenregeling, vanuit de honoraria bijgedragen wordt om de medische activiteit in het ziekenhuis in stand te houden of te bevorderen. Voor zover nog twijfel mocht bestaan omtrent de strikt wettelijke gegrondheid van die algemeen verspreide praktijk, wordt die juridische en deontologische onzekerheid thans weggenomen door een uitdrukkelijke bepaling". Deze, wat men kan noemen, instandhoudingsvergoeding heeft thans een wettelijk karakter. Door een arrest van 6 januari 1988 vernietigde de Raad van State een beslissing van het O.C.M.W. te Schaarbeek waardoor eenzijdig de kosten verband houdend met de werking van de polikliniek en de medisch-technische diensten ten laste van de honoraria werden gelegd. Deze beslissing dateerde nog van vóór de inwerkingtreding van art. 140 Gecoördineerde Ziekenhuiswet. Volgens de Raad van State overschreden dergelijke inhoudingen de perken van art. 15 en 17 Wet Uitoefening Geneeskunst. De Raad liet evenwel verstaan dat met instemming van de betrokkenen deze inhoudingen wel wettig zouden zijn geweest (R.v.St., V.Z.W. "Conseil médical du Centre Hospitalier Paul Brien", nr. 29.104, 6 januari 1988).

1141 Toch zijn art. 17, eerste lid en art. 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst

niet zonder voorwerp geworden wat instandhoudingsvergoedingsregelingen betreft.

Art. 140 Gecoördineerde Ziekenhuiswet geldt enkel voor de honoraria van ziekenhuisartsen voor prestaties verricht bij gehospitaliseerde patiënten. Voor alle andere honoraria blijven de art. 17 en 18 Wet Uitoefening Geneeskunst zonder meer gelden. Zo is in een polikliniek, zeker wanneer ze niet met een ziekenhuis is verbonden, een instandhoudingsvergoeding bovenop een gebruiksvergoeding betwistbaar. Maar ook voor de honoraria van de ziekenhuisartsen blijft een zo juist mogelijk inzicht in de werkelijke kosten en de daaraan corresponderende inhoudingen van belang. Tussen de regeling die de Ziekenhuiswet voorziet voor de gebruiksvergoeding en deze voor de instandhoudingsvergoeding bestaat nl. één groot verschil. De medische raad van het ziekenhuis heeft een medebeslissingsrecht over de wijze van besteding van de instandhoudingsvergoeding. Dat is niet zo voor de gebruiksvergoeding. Daarom blijft het van belang uit te maken of een inhouding op honoraria dient tot vergoeding van kosten voor gebruik of voor instandhouding.

Het medebeslissingsrecht van de medische raad over de aanwending van de instandhoudingsvergoeding houdt verband met de vrees die ook in de Senaatscommissie werd geuit, nl. dat artsenhonoraria zouden worden gebruikt voor alles en nog wat, b.v. ook voor het aanleggen van een grasperk rond het ziekenhuis. De minister gaf toe dat het hier inderdaad om een ruim gestelde bepaling ging. Toch verwijst art. 140, §1, 4° duidelijk naar een medische activiteit. In het oorspronkelijk ontwerp was sprake van "alle" maatregelen om de medische activiteit in stand te houden of te bevorderen. Om te vermijden dat aan deze bepaling een overdreven ruime interpretatie zou worden gegeven, betuigde de minister zijn instemming met de suggestie "alle" te doen vervallen (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1983-84, nr. 653/2, 144).

1142 Bij het onderscheiden van de gebruiksvergoeding en de instandhoudingsvergoeding veroorzaakt de interpretatie van de woorden "medische prestaties die niet door de verpleegdagprijs worden vergoed" problemen.

Overeenkomstig art. 94 Gecoördineerde Ziekenhuiswet dekt het budget van een ziekenhuis "op forfaitaire wijze a l l e kosten die verband houden met het verblijf in een kamer met meer dan twee bedden en het verstrekken van zorgen aan de patiënten in het ziekenhuis". Art. 5 van de oorspronkelijke Ziekenhuiswet van 23 december 1963 bevatte een soortgelijke bepaling m.b.t. de verpleegdagprijs. Op grond hiervan werden gebruiksvergoedingen aangevochten omdat alle kosten reeds vanuit de verpleegdagprijs zouden zijn vergoed. De rechtspraak wees deze argumentatie af omdat art. 5 niet de bedoeling had de arts-ziekenhuis relatie te regelen (Rb. Brugge, 14 maart 1983, *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 30, noot NYS, H.) maar wel die tussen het ziekenhuis en de ziekteverzekering (Gent, 11 mei 1987, *Vl.T. Gez.*, 1986-87, 435; zie eveneens Cass., 5 november 1981, *Pas.*, 1982, I, 337, concl. Adv. Gen. DUMON, F.). Een analoge interpretatie geldt voor art. 94 Gecoördineerde Ziekenhuiswet dat ook de relatie ziekenhuis ziekteverzekering regelt.

§2. Gebruiksvergoedingen en ereloonverdeling tussen artsen

A. ERELOONVERDELING TUSSEN ARTSEN

1. Principieel verbod

1143 Art. 18, §1 Wet Uitoefening Geneeskunst verbiedt onder de beoefenaars van eenzelfde tak van de geneeskunst elke verdeling van honoraria onder welke vorm ook, behalve zo die verdeling geschiedt in het raam van de organisatie van de groepsgeneeskunde.

De geneeskunde bestaat uit de volgende takken : de geneeskunde, de tandheelkunde inbegrepen, en de artsenijbereidkunde (art. 1 Wet Uitoefening Geneeskunst). Art. 18, §1 verbiedt dus onder meer de verdeling van honoraria tussen beoefenaars van de geneeskunde en niet enkel tussen artsen en apothekers (Cass., 23 maart 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 695; *Pas.*, 1970, I, 651; *R.W.*, 1970-71, 1035; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 289; STEENBERGEN, J., "Professionele vennootschappen, het aanwenden van vennootschapsvormen bij de uitoefening van een vrij beroep", *T.P.R.*, 1974, 250, nr. 55).

Wat e r e l o o n v e r d e l i n g juist betekent, wordt in de Wet Uitoefening Geneeskunst niet bepaald. Men dient daaronder te verstaan de o v e r d r a c h t v a n e e n d e e l v a n h e t h o n o r a r i u m d o o r e e n a r t s n a a r e e n c o l l e g a o f e e n d e r d e , z o n d e r d a t d a a r t e g e n o v e r e e n p r e s t a t i e , a l t h a n s g e o o r l o o f d e p r e s t a t i e , s t a a t i n h o o f d e v a n d i e g e n e d i e d a t d e e l v a n h e t h o n o r a r i u m o n t v a n g t .

1144 De niet-naleving van art. 18, §1 kan niet strafrechtelijk gesanctioneerd worden. Tuchtsancties zijn wel mogelijk : honorariumverdeling is door de wetgever zelf als een tuchtmisdrijf gekwalificeerd (art. 38, §3, d Wet Uitoefening Geneeskunst; *vgl.* art. 80 Code van geneeskundige plichtenleer).

Opgevat in de klassieke betekenis van het woord, nl. afspraken tussen chirurgen en huisartsen waarbij de laatsten met een vergoeding worden beloond in ruil voor de aanbreng van patiënten, wordt dichotomie ook burgerrechtelijk gesanctioneerd. Dergelijke afspraken worden als nietig beschouwd wegens een ongeoorloofde oorzaak of wegens een ongeoorloofd voorwerp (VANSWEEVELT, T., "Overeenkomsten omtrent honorariadeling", *R.W.*, 1987-88, 1033 en de daar aangehaalde rechtspraak).

1145 Kan ereloonverdeling tussen artsen niettemin toch strafrechtelijk worden gesanctioneerd? Om deze vraag te beantwoorden moet worden nagegaan of art. 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst van toepassing is op de verdeling van erelonen tussen artsen. Overtreding van dat artikel is namelijk strafbaar (art. 38, §1 Wet Uitoefening Geneeskunst).

Of ereloonverdeling tussen artsen enkel valt onder art. 18, §1 of ook onder art. 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst wordt in de rechtsleer niet eensgezind beantwoord. RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT beperken de toepassing van art. 18, §2 tot overeenkomsten gesloten tussen de beoe-

fenaars van verschillende takken van de geneeskunst onderling of met derden. De overeenkomst tussen beoefenaars van eenzelfde tak, aldus artsen, valt daar niet onder (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 289; elders zijn beide auteurs van mening dat deze overeenkomst ook onder art. 18, §2 valt (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Les récents arrêtés en matière d'art de guérir*, 25, §5). STEENBERGEN volgt de eerstgenoemde interpretatie van RYCKMANS en MEERT-VANDE PUT (STEENBERGEN, *a.w.*, 251, nr. 56 en 253, nr. 61).

De rechtspraak interpreteert art. 18, §2 ruimer. Volgens de Rechtbank te Mechelen verbiedt art. 18, §2 iedere overeenkomst tussen artsen onderling, wanneer deze betrekking heeft op hun beroep en ertoe strekt aan de ene of de andere rechtstreeks of onrechtstreeks winst of voordeel te verschaffen (Rb. Mechelen, 21 januari 1975, *R.W.*, 1977-78, 1649; zie in dezelfde zin, maar impliciet, Rb. Antwerpen, 16 maart 1987, *R.W.*, 1987-88, 1033, noot VANSWEEVELT, T.).

De ruimere opvatting verdient de voorkeur. Het is niet duidelijk waarom afspraken tot ereloonverdeling tussen artsen niet onder art. 18, §2 zouden vallen (VANSWEEVELT, T., *a.w.*, 1033).

2. Toegelaten bij groepsgeneeskunde

1146 Art. 18, §1 Wet Uitoefening Geneeskunst laat honorariumverdeling tussen artsen toe wanneer deze verdeling geschiedt in het raam van de organisatie van de groepsgeneeskunde.

Een definitie van "organisatie van de groepsgeneeskunde" wordt in de wet niet gegeven. Volgens de raad van beroep van de orde der geneesheren veronderstelt groepsgeneeskunde in de zin van art. 18, §1 dat "al de zich voordoende gevallen voor doorgaans onderling overleg moeten openstaan met daarbij behorende ingerichte gelegenheden tot bespreking". Het Hof van Cassatie bevestigde deze beslissing : bij gebrek aan daadwerkelijke samenwerking tussen artsen kon de raad van beroep oordelen dat het onderling overleg, de aanwezigheid van technische hulpmiddelen en diensten en het poolsysteem ontoereikend waren om als een organisatie van groepsgeneeskunde te worden beschouwd (Cass., 23 maart 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 695; *Pas.*, 1970, I, 651, concl. Adv. Gen. DUMON, F., *R.W.*, 1970-71, 1035). De Advocaat-Generaal meende dat uit al deze elementen wel een organisatie van groepsgeneeskunde kon worden afgeleid. De Raad van State vatte de forfaitaire bezoldiging op als groepsgeneeskunde (R.v.St., Nationaal Verbond Socialistische Mutualiteiten, nr. 15.533, 27 oktober 1972). Dat is een merkwaardige opvatting. Forfaitaire betaling van artsen is één belangrijk element op grond waarvan kan worden besloten tot het bestaan van groepsgeneeskunde. Maar tussen forfaitair betaalde artsen die niet samenwerken, bestaat geen groepsgeneeskunde.

Volgens het Hof van Beroep te Gent is de activiteit van twee gynaecologen die "een gemeenschappelijke dienstregeling en de nodige afspraken hebben gemaakt, zodat zij ook onvermijdelijk elkaars patiënten hebben behandeld gelijk te stellen met groepsgeneeskunde" (Gent, 4 april 1989, *R.W.*, 1988-89, 405, noot NYS, H.). Gelet op de concrete omstandigheden is dit betwistbaar (NYS, H., "Honorariumverdeling onder artsen", *R.W.*, 1988-89, 408, nr. 11).

1147 Oorsponkelijk stelde art. 18, §1 nog een tweede voorwaarde, nl. de honorariumverdeling diende aan de patiënt bekend te zijn. Die voorwaarde werd vernietigd omdat zij werd toegevoegd na de raadpleging van de afdeling wetgeving van de Raad van State (R.v.St., Nationaal Verbond Socialistische Mutualiteiten, nr. 15.533, 27 oktober 1972).

Deze voorwaarde spruitte voort uit een opvatting die men vnl. in de Franse literatuur aantreft.

Dichotomie of ereloondeling zou voornamelijk laakbaar zijn omdat het de patiënt in het ongewisse laat over de bestemming van een deel van het door hem betaalde honorarium (SAVATIER, R., noot onder Cass. Fr., 28 mei 1976, *J.C.P.*, 1977, II, 18.535). Hierdoor wordt hij tevens misleid over de werkelijke waarde van de geleverde prestatie (R.L., noot onder Cass. Fr., 23 januari 1968, *J.C.P.*, 1968, II, 15.433; *D.*, 1968, 547, noot). Dichotomie waarvan de patiënt niet op de hoogte is, is strijdig met de vrije onderhandeling over het bedrag van het honorarium (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 289; Rb. Antwerpen, 16 maart 1987, *R.W.*, 1987-88, 1033, noot VANSWEEVELT, T.).

B. GEBRUIKSVERGOEDINGSREGELINGEN TUSSEN ARTSEN

1148 Ereloonverdeling tussen artsen is enkel toegelaten in het kader van de organisatie van de groepsgeneeskunde (zie boven, nr. 1146). Iedere andere overeenkomst tussen artsen is verboden wanneer zij betrekking heeft op hun beroep en hun rechtstreeks of onrechtstreeks winst of voordeel verschaft (art. 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst). Betekent een en ander dat een gebruiksvergoedingsovereenkomst zoals bedoeld in art. 17, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst evenmin is toegelaten? Opnieuw rijst de vraag naar de interpretatie van art. 17, eerste lid in het licht van art. 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst (zie boven, nr. 1136).

1149 Vooraf moet echter worden nagegaan of art. 17, eerste lid wel van toepassing is op afspraken tussen artsen.

Dit artikel spreekt over het ter beschikking stellen door een "derde persoon" zonder enige specifiëring. Volgens VANSWEEVELT "zou een redelijke benadering van art. 17 erin bestaan om de term "derde persoon" zo ruim mogelijk te lezen, in die zin dat ook artsen daaronder vallen" (VANSWEEVELT, T., *a.w.*, 1033). Daardoor zou ook de vergoeding die een vervangende arts afstaat aan de door hem vervangen collega als compensatie voor het gebruik van praktijkruimte, materiaal, diensten van personeel e.d. wettelijk zijn (zie ook art. 154 en 155 Code van geneeskundige plichtenleer). Tegen de ruime interpretatie die VANSWEEVELT voorstaat kan weinig worden ingebracht. Wel kan men er op wijzen dat art. 18, §2 eveneens spreekt over "derden" en dat daar de beoefenaars van de geneeskunde niet kunnen bedoeld zijn. Ook blijkt uit art. 17, tweede lid dat de wetgever bij de redactie van art. 17, eerste lid toch wel voornamelijk zo niet uitsluitend heeft gedacht aan de ziekenhuizen.

1150 Hoewel de toepassing van art. 17, eerste lid op afspraken tussen artsen onderling minder vanzelfsprekend is dan op regelingen tussen artsen en ziekenhuizen, is er toch geen doorslaggevend argument om deze toepasselijkheid te verwerpen.

Een volgende vraag is dan of een forfaitaire vaststelling van de gebruiksvergoeding tussen artsen onderling mogelijk is (zie boven, nr. 1138 inzake ziekenhuizen).

Wanneer een forfaitaire afhouding een normale vergoeding vormt voor werkelijk verrichte prestaties dan bestaat er geen gevaar dat patiënten als handelswaar worden gebruikt door artsen die "in de eerste plaats winst nastreven" (VANSWEEVELT, T., *a.w.*, 1034). De Rechtbank te Antwerpen aanvaardde de wettelijkheid van een forfaitaire vergoeding voor de huur van een tandartsenkabinet nl. de helft van de nettohonoraria (Rb. Antwerpen, 16 maart 1987, *R.W.*, 1987-88, 1033, noot VANSWEEVELT, T.).

De beantwoording van de vraag naar de mogelijkheid de gebruiksvergoeding tussen artsen forfaitair vast te stellen brengt ons terug naar de in nr. 1148 gestelde vraag nl. hoe art. 17, eerste lid en art. 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst met elkaar in overeenstemming te brengen.

1151 Een volledige analogie tussen de gebruiksvergoeding tussen artsen onderling en tussen een ziekenhuis en een arts bestaat er niet. Vooreerst is het zonder meer duidelijk dat art. 17, eerste lid geschreven is voor ziekenhuizen; voor artsen is dat iets minder vanzelfsprekend (zie boven, nr. 1149). Ten tweede en vooral : art. 17, eerste lid en art. 18, §2 met elkaar in overeenstemming leverde niet zo'n grote problemen op voor de ziekenhuizen door ofwel de ziekenhuizen te beschouwen als zijnde geen derde in de zin van art. 18, §2 (de opvatting van de Raad van State, zie boven, nr. 1085) ofwel bepaalde overeenkomsten met ziekenhuizen uit de toepassing van art. 18, §2 te sluiten (de opvatting van het Hof van Cassatie, zie boven, nr. 1086). Maar artsen, en ook overeenkomsten tussen en met artsen, worden wel uitdrukkelijk vermeld in art. 18, §2. Ten slotte is art. 140 Gecoördineerde Ziekenhuiswet niet van toepassing op (gebruiksvergoedings)overeenkomsten tussen artsen onderling tenzij een van beide artsen als ziekenhuis zou optreden. Een situatie die in de praktijk niet voorkomt.

1152 In de rechtsleer zijn pogingen ondernomen om aan art. 18, §2 een beperkende interpretatie te geven en zo meer ruimte te scheppen voor de toepassing van art. 17, eerste lid.

Het verst gaat DELHUVENNE : "Deze tekst (art. 18, §2) is vrij algemeen en het is wellicht omwille van een zeker schaamtegevoel dat er geen allusie gemaakt wordt op het wezensresultaat der dichotomie, nl. de cliëntèleaanbrengst" (DELHUVENNE, M., "De verbruiksvergoeding", *A. Hosp.*, 1971, 27-28). Zo beschouwd, houdt art. 18, §2 slechts een herhaling in van het verbod van een vergoeding voor patiëntenaanbreng dat in art. 18, §1 is te vinden. Die interpretatie is te eng. Volgens het Hof van Cassatie verbiedt art. 18, §2 ook een overeenkomst waarbij een participatie in de winst wordt bedongen ten voordele van de arts naar aanleiding van door anderen uit te voeren labo-onderzoeken. In dat geval wordt geen vergoeding betaald voor het doorzenden van patiënten maar voor een staal bloed tesamen met een onderzoeksaanvraag (Cass., 28 april 1987, *Arr. Cass.*, 1987, 1142; *Pas.*, 1987, I, 1007; *Vl.T. Gez.*, 1987-88, 30).

Volgens RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT is de bedoeling van art. 18, §2 vnl. te vermijden dat afbreuk wordt gedaan aan de vrije onderhandelingen tussen arts en patiënt over het bedrag van het honorarium (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 289; Rb. Antwerpen, 16 maart 1987, *R.W.*, 1987-88, 1031, noot VANSWEEVELT, T., alsook VANSWEEVELT, T., *a.w.*, 1033). Deze verklaring is ontoereikend. Afgezien ervan dat thans van vrije onderhandelingen doorgaans geen sprake is verklaart dit slechts het verbod van ereloonverdeling in de klassieke betekenis van het woord, nl. als vergoeding voor het doorsturen van patiënten.

Ook de vrije artsenkeuze welke alszodanig overigens niet voorkomt in de Wet Uitoefening Geneeskunst kan op zich het ruim geformuleerde art. 18, §2 niet verklaren (Rb. Antwerpen, 16 maart 1987, *R.W.*, 1987-88, 1031, noot VANSWEEVELT, T.). In nogal wat gevallen is er van een werkelijk vrije keuze geen sprake, b.v. bij bloedanalyse door een klinisch laboratorium. Maar dat betekent geenszins dat dan ereloondeling wel toegelaten zou zijn. Omgekeerd zal een afspraak tussen artsen i.v.m. het doorverwijzen van patiënten, deze er niet van kunnen weerhouden toch vrij een arts te kiezen (*vgl.* Cass. Fr., 23 januari 1968, *J.C.P.*, 1968, II, 15.433, noot R.L.; *D.* 1968, 547, noot; VANSWEEVELT, T., *a.w.*, 1033).

VANSWEEVELT stelt als criterium voor een onderscheid tussen verboden en toegelaten overeenkomsten in het licht van art. 18, §2 voor, de beschermingsgedachte die achter deze bepaling steekt. "Dit artikel beoogt hoofdzakelijk te voorkomen dat het menselijk lichaam als een soort handelswaar wordt ge- of misbruikt". Art. 18, §2 verbiedt aldus overeenkomsten waarin een "patiëntenhandel" wordt georganiseerd. Zo beschouwd verbiedt dat artikel niet alleen de klassieke dichotomie-afspraken maar ook afspraken tussen een arts en een laboratorium voor klinische biologie i.v.m. het doorzenden van bloedstalen. Ook de verkoop van een medische cliënteel is op grond van deze redenering verboden door art. 18, §2. Aldus is nietig de overeenkomst waarbij een chirurg een röntgenstralentoestel verkoopt aan een radioloog, terwijl deze er zich toe verbindt slachtoffers van ongevallen naar de chirurg te verwijzen en terwijl, op de dag dat deze overeenkomst werd ondertekend, de radioloog als enige wordt benoemd in het ziekenhuis waar ook de chirurg werkt, waardoor de radioloog de vroeger clientèle van de chirurg exclusief verwerft. Zo'n overeenkomst is strijdig met art. 18, §2 omdat de "koop-verkoop slechts zinnig was in de optiek van de exclusieve verwerving van de clientèle" (Rb. Mechelen, 21 januari 1975, *R.W.*, 1977-78, 1649).

Ook de verklaring van art. 18, §2 als een bescherming tegen patiëntenhandel is niet overtuigend. Vanzelfsprekend dient patiëntenhandel niet letterlijk te worden genomen. Bedoeld is dat boven de hoofden van de patiënten afspraken worden gemaakt tussen artsen over doorverwijzing van patiënten, doorzenden van bloedstalen, overdragen van medisch cliënteel e.d.

Het argument valt in belangrijke mate samen met de vrije artsenkeuze welke hierboven reeds werd afgewezen als ontoereikend als *ratio* van art. 18, §2. Bovendien, zelfs als het een redelijke verklaring biedt, dan nog maar voor één aspect van art. 18, §2, nl. de ongeoorloofde ereloonverdeling. Het andere element dat in art. 18, §2 is terug te vinden, nl. de ongeoorloofde verrijking (zie verder, nr. 1155) wordt er niet door verklaard.

1153 De meest aannemelijke verklaring van het verbod van art. 18, §2 wordt gegeven door STEENBERGEN, nl. de bescherming van de professionele onafhankelijkheid.

"De voorbeelden van ongeoorloofde overeenkomsten in art. 18, §2 wijzen er op dat vooral die overeenkomsten ongeoorloofd worden geacht waarbij kan worden gevreesd dat de beoefenaar van de geneeskunst ten koste van zijn professionele onafhankelijkheid ingeschakeld zal worden in de economische bedrijvigheid van de contractpartner. Contracten die krachtens art. 17 in principe niet ongeoorloofd zijn worden dit dan wanneer zij de onafhankelijkheid van de geneesheer bijzonder bedreigen" (STEENBERGEN, J., *a.w.*, 254, nr. 63).

De professionele onafhankelijkheid van een huisarts die zich ertoe heeft verbonden tegen vergoeding zijn patiënten naar een bepaald ziekenhuis en de daar werkende artsen te verwijzen, komt in het gedrang wanneer hij een patiënt rechtstreeks naar een ander, meer gespecialiseerd ziekenhuis zou willen verwijzen. De arts naar wie wordt verwezen en die in ruil een vergoeding betaalt, zal geneigd zijn dit te compenseren door meer prestaties te verrichten dan strikt medisch noodzakelijk. In hoofde van beide partijen komt de diagnostische en therapeutische vrijheid in het gedrang.
Als art. 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst uiteindelijk de professionele onafhankelijkheid van de arts beschermt, kan men zich wel afvragen inhoeverre dit artikel verschilt van art. 12 zelfde wet (zie daarover uitvoeriger NYS, H., "De overeenkomst is het kader van de uitoefening van de geneeskunde", in STORME, M. e.a. (ed.), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, nr. 57).

1154 Een zuivere gebruiksvergoeding waarbij de ene arts aan de andere de werkelijke kosten voor het gebruik van lokalen, materiaal, personeel e.d. betaalt en die toegelaten, zelfs geëist wordt door art. 17 Wet Uitoefening Geneeskunst is niet in strijd met art. 18, §2. Zo'n afspraak brengt de professione-

le onafhankelijkheid van geen enkele partij in het gedrang. Hetzelfde geldt voor de forfaitair vastgestelde vergoeding die zo dicht mogelijk de werkelijke onkosten benadert (zie boven, nr. 1138 en 1150).

De Rechtbank te Antwerpen oordeelde dat een huurovereenkomst, waardoor een tandarts aan een collega een tandartsenpraktijk ter beschikking stelde gedurende twee dagen in de week tegen betaling van een maandelijkse vergoeding gelijk aan de helft van de netto ontvangen honoraria geldig was en niet in strijd met art. 18, §2 (Rb. Antwerpen, 16 maart 1987, *R.W.*, 1987-88, 1033). Nochtans, wanneer de huurprijs variëert naar gelang van het aantal patiënten bestaat het gevaar dat vanaf een bepaald aantal patiënten de verhuurder voordelen opstrijkt zonder dat hij daarvoor enige prestatie dient te leveren. Zo'n systeem houdt ook een gevaar in voor de professionele onafhankelijkheid van de tandarts-huurder omdat de verhuurder en hijzelf er alle belang bij hebben zoveel mogelijk prestaties te verrichten.

AFDELING IV

ONGEOORLOOFDE VERRIJKING

1155 Art. 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst verbiedt een arts afstand te doen van (een deel van) zijn honorarium aan een derde zonder dat is voldaan aan de voorwaarden bepaald in art. 17, eerste lid of aan een collega zonder dat is voldaan aan art. 18, §1 (groepsgeneeskunde). Maar art. 18, §2 is daar niet toe beperkt.

Dezelfde bepaling verbiedt ook overeenkomsten tussen artsen en derden "inzonderheid (voor de betekenis hiervan, zie boven, nr. 1086) producenten van farmaceutische produkten of leveranciers van geneeskundige of protheseapparaten". In de Code van geneeskundige plichtenleer treft men een gelijkaardige bepaling aan, nl. art. 174.

Beide artikelen hebben eenzelfde bedoeling, nl. verhinderen dat een arts er financieel beter van wordt wanneer bij bepaalde produkten of apparaten verkiest boven andere en dat derden winst halen uit de beoefening van de geneeskunde, meer bepaald uit het voorschrijven van een bepaald geneesmiddel of het gebruik van een bepaald apparaat.

Het gaat hier niet om een ongeoorloofde verdeling van erelonen maar een ongeoorloofde verrijking in hoofde van de arts en/of de derde (bij ereloondeling is er vanzelfsprekend ook sprake van ongeoorloofde verrijking in hoofde van de arts die ten onrechte een vergoeding ontvangt).

De verwijzing in art. 15 Wet Uitoefening Geneeskunst naar art. 18, §2 wordt in dit licht duidelijker: het recht op ereloon bestaat slechts voor daadwerkelijk geleverde medische prestaties.

1156 Vergelijkbaar met art. 18, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst is art. 10, tweede en derde lid Geneesmiddelenwet.

Art. 10, tweede lid van laatst genoemde wet verbiedt fabrikanten, invoerders

en groothandelaars van geneesmiddelen, rechtstreeks of zijdelings premies of voordelen aan te bieden of te verlenen aan personen die geneesmiddelen mogen voorschrijven. Art. 10, derde lid verbiedt om premies of voordelen te verzoeken of ze te aanvaarden. Overtreding van deze bepalingen kan worden gestraft met gevangenisstraf van één maand tot één jaar en/of met geldboete van 500 tot 15.000 fr. (art. 16, §3, 1° Geneesmiddelenwet) (zie over de totstandkoming van deze bepalingen, NYS, H., "De gewijzigde wet op de geneesmiddelen", *R.W.*, 1983-84, 618-619).

1157 Maatregelen om onrechtmatige verrijking van artsen tegen te gaan, treft men voorts aan in K.B. nr. 143 van 30 december 1982 tot vaststelling van de voorwaarden waaraan de laboratoria moeten voldoen voor de tegemoetkoming van de ziekteverzekering voor verstrekkingen van klinische biologie (*B.S.*, 12 januari 1983, err. *B.S.*, 12 februari 1983, gewijzigd bij K.B. 29 augustus 1983, *B.S.*, 6 september 1983, bij Wet 7 november 1987, *B.S.*, 17 november 1987, bij Wet 30 december 1988, *B.S.*, 5 januari 1989 en bij Wet 6 juli 1989, *B.S.*, 8 juli 1989).

Art. 3 K.B. nr. 143 stelt een aanzienlijk aantal voorwaarden aan de uitbating van een laboratorium voor klinische biologie. Art. 3, §1 somt op limitatieve wijze de natuurlijke personen of rechtspersonen op die een laboratorium voor klinische biologie mogen uitbaten. Natuurlijke personen die een laboratorium voor klinische biologie uitbaten mogen enkel artsen zijn of personen die anderszins gemachtigd zijn de klinische biologie te beoefenen, nl. apothekers-biologen of licentiaten in de wetenschappen (art. 3 §1, 1° en 3°). Deze personen mogen slechts één laboratorium uitbaten. Zij mogen noch lid noch vennoot zijn van een rechtspersoon, noch rechtstreeks noch onrechtstreeks titels, die al dan niet kapitaal vertegenwoordigen, bezitten in een vennootschap, waarvan het maatschappelijk doel in verband staat met de geneeskunst - onder meer de uitbating van een laboratorium voor klinische biologie, het vervaardigen van farmaceutische produkten, de produktie of de levering van geneeskundige apparatuur of prothesen, de produktie of de uitbating van informatica-apparatuur die in verband staat met de geneeskunst - of de levering van goederen en diensten aan de beoefenaars van de geneeskunst. Zij mogen noch de hoedanigheid hebben van orgaan, noch lid zijn van een orgaan, noch de vennoten, organen of leden van organen van deze vennootschappen vertegenwoordigen (art. 3, §3, 1° en 2°)(zie over het K.B. nr. 143 en het arrest van het Arbitragehof van 13 oktober 1989 inzake Biorim, VELAERS, J., "Discriminatie in de sector van de klinische biologie : de zaak Biorim voor het Arbitragehof", *T.B.P.*, 1990, 454-463).

1158 Aan de artsen die verstrekkingen van klinische biologie voorschrijven mag noch rechtstreeks noch onrechtstreeks enig voordeel worden toegekend, noch enige vergoeding voor een activiteit vermeld in art. 6 K.B. nr. 143 (art. 5 K.B. nr. 143).

De in art. 6 bedoelde activiteiten zijn het afnemen, de identificatie, de bewaring en het transporteren van stalen.

HOOFDSTUK II

BETWISTINGEN IN VERBAND MET ERELONEN

AFDELING I

BEWIJSLAST

1159 Wanneer een patiënt (of meer algemeen de schuldenaar van het honorarium) het gevraagde bedrag (geheel of gedeeltelijk) betwist, rust de bewijslast i.v.m. de geleverde prestatie en de waarde ervan op de arts (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 296). GEENS heeft dit genuanceerd.

Uitgaande van het verschil in feite en in rechte naargelang de patiënt al of niet heeft betaald, stelt hij het volgende onderscheid voor. Heeft de patiënt reeds betaald en betwist hij naderhand het honorarium, dan volgt uit de bewijsregel neergelegd in art. 1315 B.W. (*actori incumbit probatio*) dat het bewijsrisico ligt bij de patiënt-eiser; werd het ereloon nog niet betaald, dan verschuift het bewijsrisico naar de arts (GEENS, K., *a.w.*, nr. 439).

1160 In de laatste hypothese aanvaardt men meestal dat de arts in de morele onmogelijkheid verkeert om zich vooraf een geschreven bewijs te verschaffen van de door hem geleverde prestaties en van de waarde ervan (GEENS, K., *a.w.*, nr. 440; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 296-297).

Derhalve mag hij het bewijs leveren door alle middelen van recht, zelfs zo het gevraagde honorarium meer dan 3000 fr. bedraagt (GEENS, K., *a.w.*, nr. 440 en de op blz. 292, noot 1 aangehaalde rechtspraak i.v.m. artsenhonoraria; *ad de* Vred. Charleroi, 12 oktober 1987, *Jur. Liège*, 1988, 285 : bewijs van door tandarts geleverde prestaties via vermeldingen in zijn agenda aanvaard; zie uitvoerig hierover en de bewijsregeling in het algemeen, RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 296 e.v.).

AFDELING II

AFDWINGEN VAN BETALING

§1. Algemene beschouwingen

1161 Wanneer een patiënt weigert aan de arts het honorarium te betalen waarop hij meent recht te hebben zal de arts doorgaans aarzelen zich tot de rechter te wenden om de betaling ervan op die manier af te dwingen. Behalve

de bewijslast, dreigen nog andere moeilijkheden zoals de mogelijke verjaring (zie verder, nr. 1171 e.v.) en het medisch beroepsgeheim (zie boven, nr. 977).

Veeleer dan zich tot een rechter te wenden zal een arts de patiënt onder druk trachten te zetten. Dikwijls gebeurt dit door de afgifte te weigeren van het getuigschrift voor verstrekte hulp, dat de patiënt nodig heeft om (terug)betaling van die hulp te bekomen van zijn ziekenfonds (zie verder, nr. 1162 e.v.).

Veel zeldzamer wordt een beroep gedaan op minder klassieke drukkingsmiddelen. Aldus het inschakelen van een incasso- of factoringkantoor. Zo'n handelswijze stemt niet overeen met art. 74, tweede lid Code van geneeskundige plichtenleer :"Bij het innen van zijn erelonen moet de geneesheer zich onthouden van elke handelwijze die niet strookt met de vereiste waardigheid van de geneesheer-patiënt verhouding". Ook kunnen problemen rijzen i.v.m. de geheimhoudingsplicht. Zie voor Frankrijk, MEMETEAU, G. en MELENNEC, L., "Le Contrat Médical", in *Traité de droit médical*, II, Parijs, Maloine, 1982, 14. Ook mag een arts niet weigeren gegevens uit het dossier van de patiënt aan de patiënt zelf of een collega te overhandigen, teneinde zijn patiënt tot betaling te dwingen. Zie art. 45 Code van geneeskundige plichtenleer : "De geneesheer heeft geen recht van terughouding op de medische gegevens van het dossier in geval van niet betaling van honoraria" (zie voor een toepassing van het retentierecht door een tandarts op het door hem te leveren kunstgebit, Cass. Fr., 9 en 29 oktober 1985, *D.*, 1986, 417, noot PENNEAU, J., "De la nature de l'obligation du chirurgien-dentiste et de l'interdiction de retenir la prothèse en cas de non-paiement").

Zie voor het beslag dat de arts kan laten leggen op bezittingen van de patiënt, RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 310.

§2. Weigering van afgifte getuigschrift voor verstrekte hulp

1162 Art. 34*quater* Z.I.V.-Wet legt aan de behandeld arts de verplichting op tot aflevering van een getuigschrift voor verleende hulp, waarop de verleende verstrekkingen zijn vermeld.

De patiënt kan met dit getuigschrift van de ziekteverzekering de (terug)betaling bekomen van het bedrag dat hij aan de arts heeft betaald of dient te betalen als honorarium. Art. 102 Code van geneeskundige plichtenleer bevat een vergelijkbare verplichting : "De geneesheer moet gewetensvol en in alle objectiviteit elk voor het verkrijgen van sociale voordelen vereist document opstellen".

1163 Er bestaat onzekerheid over het tijdstip waarop de arts deze verplichting moet nakomen. Zou de arts de afgifte ervan mogen weigeren zolang de patiënt niet heeft betaald? Anders uitgedrukt : mag hij bij wijze van *exceptio non adimpleti contractus* de afgifte van het getuigschrift weigeren wanneer de patiënt weigert het honorarium te betalen? Het Arbeidshof te Antwerpen beantwoordde deze vraag positief.

Art. 34*quater* Z.I.V.-Wet schakelt de toepassing van de *exceptio non adimpleti contractus* niet uit. Als de patiënt niet betaalt, kan hij het getuigschrift evenmin als de hieraan gehechte kwijting opvorderen (Arbh. Antwerpen, 23 september 1983, *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 227). Die opvatting is op unaniem verzet in de rechtsleer gestuit. Volgens DECLERCQ bepaalt art. 34*quater* Z.I.V.-Wet nergens dat de aflevering van het getuigschrift onderworpen is aan de voorafgaande betaling. Het is integendeel de bedoeling geweest van de wetgever om afgifte en betaling van elkaar los te ma-

ken. In die zin druist het arrest in tegen de wil en de geest van de wetgever (DECLERCQ, L., "Enkele beschouwingen i.v.m. het arrest van het Arbeidshof Antwerpen d.d. 23 september 1983", *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 369). Volgens dezelfde auteur is het beroep op de *exceptio non adimpleti contractus* niet dienend omdat de afgifteplicht een wettelijke en geen contractuele plicht is. KENIS voegt daar nog het volgende aan toe. De *exceptio* veronderstelt dat de wederzijdse verbintenissen gelijktijdig moeten uitgevoerd worden. Men dient er hier evenwel vanuit te gaan dat de wetgever uitdrukkelijk de gelijktijdigheid doorbroken heeft en als regel heeft gesteld : eerst het getuigschrift, dan het honorarium (KENIS, F., noot onder Arbh. Gent, 5 december 1983, *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 370, nr. 2).

Volgens MALLEMS en CLAEYS maakt de wettelijke verplichting tot aflevering van het getuigschrift geen deel uit van het contract tussen arts en patiënt, omdat het een plicht is die *in se* met de contractuele verhouding geen uitstaans heeft. Toepassing van de *exceptio* is dus uitgesloten (MALLEMS, I. en CLAEYS, A., "Art. 34*quater* van de wet van 9 augustus 1963 : een klein artikel in de branding", *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 373, nr. 10).

1164 Ook kan de vraag worden gesteld of de patiënt zich op zijn beurt op de *exceptio* kan beroepen om betaling van het honorarium te weigeren. Het antwoord hierop is evenzeer betwist.

De Rechtbank te Oudenaarde beantwoordde deze vraag positief. De wetgever heeft door art. 34*quater* Z.I.V.-Wet de verbintenis van de arts uitgebreid tot het afleveren van het getuigschrift. Die verplichting maakt aldus deel uit van de overeenkomst zelf en de uitvoering ervan kan gevorderd worden op grond van het contract zelf. Ten onrechte werd de toepassing van de *exceptio* in eerste aanleg geweigerd (Rb. Oudenaarde, 8 december 1987, *D.C.R.*, 1989, 130, noot NYS, H.; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 268). In dezelfde zin KENIS. Anders dan DECLERCQ en MALLEMS, is deze auteur van mening dat de verplichting tot aflevering van het getuigschrift wel deel uitmaakt van de overeenkomst tussen arts en patiënt. Hierdoor kan de patiënt zich op de *exceptio* beroepen. Het bezwaar dat bestaat tegen de toepassing van de *exceptio* door de arts, nl. dat het om een wettelijke verplichting gaat geldt hier niet. De plicht van de patiënt is zuiver contractueel (KENIS, F., *a.w.*, 371). Volgens SWENNEN kan de patiënt, nu het afleveren van het getuigschrift krachtens de wet tot de (contractuele) prestaties behoort van de arts, betaling weigeren (behoudens andersluidend beding) als hem niet terzelfdertijd het getuigschrift wordt afgeleverd. Maar uit art. 34*quater* Z.I.V.-Wet alszodanig put hij geen recht om de gevraagde betaling uit te stellen (SWENNEN, H., "Concurrentie in het medisch beroep", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, nr. 32).

In de minder recente Franstalige literatuur wordt een andere opvatting verdedigd. Volgens ANRYS heeft het getuigschrift niets te maken met het contract tussen arts en patiënt. Deze kan zich niet op de *exceptio* beroepen om betaling te weigeren (ANRYS, H., "Les honoraires médicaux", *J.T.*, 1971, 125-126.; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 452). Ook in de rechtspraak treft men deze zienswijze aan (Bergen, 3 februari 1976, *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1976, 271; Rb. Brugge, 10 april 1974, *R.W.*, 1973-74, 2394; Rb. Gent, 1 februari 1985, *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 265; Vred. Luik, 6 december 1968, *J.T.*, 1969, 246; *anders*, maar daterend van vóór art. 34*quater* Z.I.V.-Wet, Vred. St. Joost ten Node, 18 november 1959, *T. Vred.*, 1960, 241 : de verplichting om het getuigschrift af te leveren is bekrachtigd door een gebruik; zij maakt aldus deel uit van het contract tussen arts en patiënt).

1165 Bij het beantwoorden van de vraag of beide partijen zich wederzijds kunnen beroepen op het niet naleven van de verplichtingen jegens elkaar dient men er zich rekenschap van te geven dat de verplichting het getuigschrift voor verstrekte hulp af te leveren alszodanig geen uitstaans heeft met de betaling van het honorarium. Het getuigschrift houdt een bevestiging in dat bepaalde medische hulp werd verleend, maar is geen bewijs van betaling (ANRYS, H., *a.w.*, 1125-1126; MALLEMS, I. en CLAEYS, A., *a.w.*, noot 12).

Weliswaar is de ziekteverzekering wat de ambulante hulpverlening betreft in belangrijke mate een terugbetalingsverzekering (VAN LANGENDONCK, J., *Handboek Sociaal Zekerheidsrecht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1988, 382). Dit betekent dat de uitbetaling in principe gebeurt in de vorm van een terugbetaling. D.w.z. dat de patiënt zelf betaalt voor de geleverde prestaties en met het bewijs daarvan terugbetaling vraagt aan zijn ziekenfonds. Echter, de Z.I.V.-Wet spreekt in art. 34*quater*, derde lid niet over terugbetaling. Volgens die bepaling mogen de verzekeringsinstellingen geen v e r g o e d i n g toekennen indien het getuigschrift niet afgegeven werd (in de Franse versie van art. 34*quater*, lid 3 is wel sprake van *remboursement* maar dat kan ook worden verstaan als vergoeding i.p.v. terugbetaling; zie Vred. Liège, 6 december 1968, *J.T.*, 1969, 246).

Uit de gebruikte terminologie kan worden afgeleid dat het getuigschrift voor verstrekte hulp geen verband houdt met de betaling. De arts is verplicht het getuigschrift af te leveren; de patiënt is verplicht het honorarium te betalen. De ene plicht vloeit niet voort uit de andere, noch omgekeerd. De ene partij kan zich niet beroepen op de niet-naleving van de plicht door de andere partij om nakoming van de eigen plicht te weigeren (in die zin MALLEMS, I. en CLAEYS, A., *a.w.*, 373; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 451-452; Arbh. Bergen, 3 februari 1976, *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1976, 271; Arbh. Gent, 5 december 1983, *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 367, met noten KENIS, F., MALLEMS, I. en CLAEYS, A.; Vred. Luik, 6 december 1968, *J.T.*, 1969, 246).

1166 Op een indirecte wijze heeft de wetgever aangegeven binnen welke termijn dit getuigschrift moet worden afgeleverd.

Overeenkomstig art. 106, §1, 3° Z.I.V.-Wet verjaart de vordering tot betaling van geneeskundige verstrekkingen twee jaar na het einde van de maand waarin de verzorging is verstrekt, onafgezien of deze prestaties werden betaald via de derdebetalingsregeling. Deze verjaring waarborgt de bescherming van het openbaar belang. Er is een volstrekt verbod om af te zien van deze verjaring (Cass., 11 december 1985, *J.T.*, 1986, 601; Arbh. Bergen, 28 september 1984, *J.T.T.*, 1985, 273.) Bovendien moet worden rekening gehouden met art. 9*ter*, §13 K.B. 24 december 1963 houdende verordening op de geneeskundige verstrekkingen (opnieuw ingevoegd door art. 1 verordening 21 november 1988, *B.S.*, 23 december 1988, nadat een vroegere bepaling was vernietigd door R.v.St., nr. 29954, 29 april 1988). Deze bepaling houdt het volgende in : "Voor de verstrekkingen waarvoor de rechtstreekse betaling door de verzekeringsinstellingen aan de zorgverstrekker niet van toepassing is, worden de vergoedingen van de verzekering voor geneeskundige verzorging verleend op voorwaarde dat het getuigschrift voor verstrekte hulp af te leveren door de beoefenaars van de geneeskunst, zo vlug mogelijk en uiterlijk binnen een termijn van 3 maanden na het einde van de maand waarin de verzorging is verleend, aan de rechthebbende wordt uitgereikt".

1167 Uit art. 106, §1, 3° Z.I.V.-Wet wordt afgeleid dat de arts ten laatste bij het verstrijken van deze termijn het getuigschrift moet hebben afgeleverd (Vred. Luik, 6 december 1968, *J.T.*, 1969, 246). Anders verliest de patiënt zijn recht op (terug)betaling en kan hij schadevergoeding eisen van de arts.

Wanneer de arts de patiënt in de onmogelijkheid heeft gesteld de vergoeding van de ziekteverzekering te bekomen doordat de verzekeringsinstelling zich beroept op de verjaring ingevolge art.106, §1, 3° Z.I.V.-Wet, dient hij de schade, nl. de verzekeringsvergoeding, te betalen (Arbh. Bergen, 3 februari 1976, *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1976, 271). Het Arbeidshof te Gent stelde om dezelfde

reden de schuld vast in hoofde van de arts maar meende dat ook de patiënt in gebreke was gebleven door de verjaring niet te stuiten. In die omstandigheden beschouwde het Arbeidshof te Gent als meest billijke oplossing de veroordeling van de patiënt tot betaling van het honorarium verminderd met de helft van de gederfde verzekeringstegemoetkoming en vermeerderd met de verwijlinteresten (Arbh. Gent, 5 december 1983, *Vl. T. Gez.*, 1984, 367, vernietigd door Cass., 6 mei 1985, *Arr. Cass.*, 1985, 1207; *Pas.*, 1985, I, 1095; *T.S.R.*, 1985, 580; *J.T.*, 1986, 460 : de keuze voor de meest billijke oplossing zonder een principiële stellingname is niet wettelijk verantwoord).

1168 Het voorgaande laat wel toe het uiterste tijdstip vast te stellen waarop de arts het getuigschrift moet hebben afgeleverd, maar hieruit kan niet worden afgeleid op welk ogenblik de verplichting ontstaat.

Sommigen menen dat het de bedoeling zou zijn van de wetgever om die verplichting pas te laten ontstaan wanneer de patiënt daadwerkelijk heeft betaald. Zij leiden die bedoeling af uit recente wetswijzigingen die een verbod inhouden van de derdebetalersregeling voor ambulante medische verzorging (zie hierover VAN LANGENDONCK, J., *a.w.*, 383). "Gelezen in samenhang met de nieuwe derdebetalersregeling die met haar verbod van rechtstreekse betaling door de verzekering van het verzekeringsaandeel het kostenbewustzijn van de patiënt wil verstevigen moet men ervan uitgaan dat de patiënt voor deze prestaties wel eerst dient te betalen en pas daarna de tegemoetkoming van de verzekering kan terugkrijgen" (SWENNEN, H., *a.w.*, nr. 32). In antwoord op een parlementaire vraag antwoordde de bevoegde minister dat geen enkele bepaling van de Z.I.V.-Wet zich verzet tegen de vergoeding van een geneeskundige verstrekking vóór de desbetreffende factuur is betaald (*Vr. en Antw.*, Senaat, 1985-86, 9 december 1985, 129, Vr. nr. 3 LAGASSE). Dit is ook nu nog het geval, zoals ook door SWENNEN zelf wordt vermeld : "Niet verboden is dat de patiënt eerst zelf de vergoeding vraagt aan de verzekeringsinstelling, mits voorleggen van het getuigschrift en pas nadien de zorgverstrekker betaalt" (SWENNEN, H., *a.w.*). Van een uitgesproken bedoeling om de aflevering van het getuigschrift afhankelijk te stellen van de betaling van het honorarium is geen sprake.

Volgens de Rechtbank te Gent bestaat er een "algemeen gebruik dat eerst betaald wordt vooraleer de arts het getuigschrift voor verstrekte hulp aflevert". Dit algemeen gebruik maakt deel uit van de contractuele betrekkingen tussen arts en patiënt (Rb. Gent, 1 februari 1985, *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 265; vernietigd door Cass., 20 juni 1986, *Arr. Cass.*, 1986, 1446; *Pas.*, 1986, I, 1302; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 266 : geen van beide partijen had het bestaan van een dergelijk gebruik ingeroepen waardoor eiseres niet de gelegenheid had gekregen deze stelling te betwisten zodat haar recht van verdediging werd miskend).

1169 Art. 34*quater* Z.I.V.-Wet bepaalt niet, althans niet duidelijk, vanaf wanneer het getuigschrift voor verstrekte hulp moet worden afgeleverd. Men kan zich afvragen of dat tot grote onzekerheid dient te leiden. Op zich is de verplichting neergelegd in art. 34*quater* Z.I.V.-Wet duidelijk. Wanneer de wetgever een duidelijke verplichting, *in casu* het afleveren van een welbepaald getuigschrift, oplegt, waarom zou hij dan uitdrukkelijk dienen te bepalen op welk ogenblik moet worden voldaan aan die verplichting, wanneer dit tijdstip kan worden afgeleid uit de inhoud van de opgelegde plicht zelf? Uit het stilzwijgen van de wetgever mag worden afgeleid dat hij heeft gewild dat deze verplichting ontstaat vanaf het ogenblik waarop ze redelijkerwijze kan worden nageleefd. In het medisch recht bestaan er nog voorbeelden van wettelijke verplichtingen waarvan niet nauwkeurig is bepaald wanneer ze ontstaan om-

dat dit uit de aard van de verplichting zelf voortvloeit. Denk aan de verplichting aangifte te doen van een geboorte (art. 361 Sw.) of de wettelijke hulpverleningsplicht (art. 422*bis* Sw.).
Dit betekent dat de verplichting tot aflevering van het getuigschrift voor verstrekte hulp ontstaat vanaf het tijdstip dat de medische hulp waarop het getuigschrift betrekking heeft, daadwerkelijk werd verleend.

Complicerend hierbij is dat art. 103 Z.I.V.-Wet de weigering van de afgifte alszodanig niet strafbaar heeft gesteld; wel het meermaals weigeren, na waarschuwing door de bevoegde ambtenaar. Toch doet dit geen afbreuk aan het voorgaande. De bevoegde ambtenaar kan reeds een waarschuwing geven vanaf het ogenblik dat, ook slechts éénmaal, een getuigschrift niet werd afgeleverd nadat de hulpverlening werd beëindigd.

Een andere complicerende factor vormt het M.B. 15 maart 1985 tot vastlegging van het model en het gebruik van het ontvangstbewijs/getuigschrift voor verstrekte hulp. Hoewel het getuigschrift alszodanig geen betalingsbewijs is, legt dit besluit een document op dat beide in elkaar verenigt. Hierin zien sommigen een reden om afgifte te weigeren van het getuigschrift, omdat het vanzelfsprekend niet mogelijk is een ontvangstbewijs af te leveren zolang het honorarium niet werd betaald. Maar art. 9 M.B. 15 maart 1985 voorziet uitdrukkelijk de mogelijkheid dat het getuigschrift zonder ontvangstbewijs wordt afgeleverd.

1170 Als algemeen besluit van deze paragraaf kan worden herhaald dat de verplichting van de arts tot afgifte van het getuigschrift en van de patiënt tot betaling van het honorarium los van elkaar bestaan. De verplichting het getuigschrift af te leveren onstaat wanneer de hulp werd verstrekt en moet worden uitgevoerd uiterlijk binnen een termijn van drie maanden na het einde van de maand waarin de verzorging is verleend, ook al heeft de patiënt inmiddels het honorarium nog niet betaald, voor zover de rechtstreekse betaling van de zorgverstrekker door de verzekeringsinstelling niet van toepassing is. De arts die deze verplichting niet naleeft stelt zich bloot aan strafsancties bij herhaling (art. 103 Z.I.V.-Wet), schadevergoeding en tuchtrechtelijke sancties (art. 102 Code van geneeskundige plichtenleer). Volgens de heersende rechtsleer mag de arts zich niet beroepen op de *exceptio non adimpleti contractus* ; of de patiënt zulks kan doen is betwist.

HOOFDSTUK III

VERJARING VAN DE RECHTSVORDERING VOOR HET HONORARIUM

AFDELING I

KWIJTENDE VERJARING

1171 Art. 2272, eerste lid B.W. bepaalt dat de "rechtsvorderingen van geneesheren, heelkundigen en apothekers wegens hun bezoeken, heelkundige behandelingen en geneesmiddelen verjaren door verloop van één jaar".

Art. 2272 B.W. is een toepassing van de bevrijdende verjaring (*vgl.* art. 2219 B.W.). De bevrijdende verjaring is een verweermiddel waardoor een vorderingsrecht of een zakelijk recht op andermans goed niet meer kunnen worden opgeëist wegens de niet-uitoefening van deze rechten gedurende de door de wet bepaalde termijn (VAN OEVELEN, A., "Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen in het Belgische privaatrecht", *T.P.R.*, 1987, 1759, nr. 4). De zgn. korte verjaringen die men vindt in art. 2271 en 2272 B.W. behoren tot de bevrijdende verjaringen. Maar omwille van het bijzonder statuut waaraan zij zijn onderworpen duidt men hen ook aan als "kwijtende verjaring" (WILMS, W., *De ingebrekestelling - De kwijtende verjaring*, Brussel, Swinnen, Prolegomena, 1985, 71; VAN OEVELEN, A., *a.w.*, 1822, nr. 61 en de literatuur vermeld in noot 309).

AFDELING II

TOEPASSINGSGEBIED VAN ART. 2272, EERSTE LID B.W.

1172 Het oorspronkelijke toepassingsgebied van art. 2272, eerste lid B.W. stelt weinig problemen. De korte verjaring betreft de rechtsvorderingen van artsen voor hun bezoeken en (heelkundige) behandelingen enerzijds (geneesheren en heelkundigen vormen thans geen verschillende beroepsgroepen meer) en van apothekers voor de aflevering van geneesmiddelen anderzijds.

Gaandeweg verruimde het toepassingsgebied van dit artikel (SERVAES, A., "De verjaring van de schuldvordering in de relatie patiënt-zorgenverstrekker", *Z.W.*, 1988, 93; VAN OEVELEN, A., *a.w.*, 1800, nr. 41; WILMS, W., *a.w.*, 85). Het wordt ook toegepast t.a.v. tandartsen en zelfs veeartsen. Wanneer men als criterium voor het bepalen van het toepassingsgebied van art. 2272, eerste lid. B.W. neemt de uitoefening van een van de takken van de geneeskunst dan vallen artsen, tandartsen, apothekers en vroedvrouwen daaronder (WILMS, W., *a.w.*, 85). Beoefenaars van de verpleegkunde evenwel niet (WILMS, W., *a.w.*, 85) evenmin als beoefenaars van een paramedisch beroep zoals kinesitherapeuten (Rb. Kortrijk, 11 september 1986, *R.W.*, 1987-88, 152). In deze gevallen geldt dan de gemeenrechtelijke verjaring.

1173 Van meer praktisch belang is de vraag of de korte verjaring ook van toepassing is wanneer de vordering van het honorarium van een arts niet uit-

gaat van hemzelf maar van een derde, doorgaans het ziekenhuis waar hij zijn prestaties verricht.

In het algemeen wordt aangenomen dat de vordering van het ziekenhuis voor het verstrekken van logies en voedsel niet verjaart na zes maanden, zoals de vordering van hotel- en restauranthouders (art. 2271, tweede lid B.W.) omdat het ziekenhuis geen handelaar is en in de overgrote meerderheid van de gevallen zonder winstoogmerk wordt gehandeld (VAN OEVELEN, A., *a.w.*, 1804, nr. 44; WILMS, W., *a.w.*, 81; SERVAES wil de toepassing van de korte verjaring van zes maanden nochtans niet "a priori uitsluiten voor sommige luxe-uitgaven al was het maar om bepaalde misbruiken te beteugelen" (SERVAES, A., *a.w.*, 95). Evenmin geldt voor ziekenhuizen de eenjarige verjaring van art. 2272, eerste lid B.W. (Vred. Gent, 13 april 1987, *T. Vred.*, 1987, 228-229; Rb. Doornik, 25 november 1987, *Jur. Liège*, 1988, 167, noot J.-F.J.). In beginsel geldt de verjaringstermijn bepaald in art. 2277 B.W., d.w.z. de vijf jarige termijn. Dit is de verjaringstermijn voor o.a. al hetgeen betaalbaar is bij het jaar of bij kortere termijnen (SERVAES, A., *a.w.*, 94-95; WILMS, W., *a.w.*, 82).

1174 Indien de vordering van het ziekenhuis niet alleen betrekking heeft op de eigenlijke ziekenhuisprestaties zoals verblijf, verpleegkundige verzorging, voeding, telefoon e.d. maar ook op de medische hulpverlening alszodanig, rijst de vraag welke verjaringstermijn dient te worden toegepast : de vijfjarige voor de gehele vordering of de eenjarige voor de medische prestaties en de vijfjarige voor de ziekenhuisdienstverlening.

Tot voor enkele jaren kwam het maar weinig voor dat het ziekenhuis instond voor de invordering van de medische honoraria. Art. 141 Gecoördineerde Ziekenhuiswet heeft hierin verandering gebracht. Volgens deze bepaling mag de betaling der medische prestaties voor de gehospitaliseerde patiënten niet afzonderlijk (van de ziekenhuisprestaties) gevorderd worden. De facturatie van de verschuldigde bedragen moet gevoegd worden bij de facturatie door het ziekenhuis van de voor de hospitalisatie verschuldigde bedragen. Men noemt dit de eenheidsfacturatie. De vordering van de medische honoraria dient dus uit te gaan van het ziekenhuis voor zover het prestaties betreft voor gehospitaliseerde patiënten.

1175 Volgens WILMS kan art. 2272, eerste lid B.W. ook worden ingeroepen indien het ereloon voor de medische prestaties wordt ingevorderd door het ziekenhuis. De afspraak tussen een arts en een ziekenhuis dat het ziekenhuis instaat voor de invordering van de erelonen, kan niet tot gevolg hebben dat de verjaringstermijn wordt gewijzigd. Niemand kan meer rechten overdragen dan hijzelf bezit (WILMS, W., *a.w.*, 86; in dezelfde zin SERVAES, A., *a.w.*, 92).

Recente rechtspraak bevestigt dit standpunt (Vred. Turnhout, 7 juni 1985, *R.W.*, 1985-86, 1732; Rb. Hasselt, 10 februari 1987, *T.B.B.R.*, 1987, 73 (psychiatrisch ziekenhuis); Vred. Jette, 8 oktober 1987, *T. Vred.*, 1987, 308; *anders*, Rb. Luik, 29 april 1983, *Jur. Liège*, 1983, 346 : de verjaringstermijn van vijf jaar geldt voor het geheel van de prestaties die tijdens het verblijf in een ziekenhuis werden verstrekt, of het nu gaat om verblijf, geneeskundige hulp of geneesmiddelen, wanneer de arts in dienstverband van het ziekenhuis is tewerkgesteld.

1176 Art. 2272, eerste lid B.W. vermeldt voor artsen slechts uitdrukkelijk "bezoeken" en "heelkundige behandelingen". De uitoefening van de genees-

kunde omvatte geen andere prestaties in het begin van de vorige eeuw. Er is geen bezwaar om vorderingen voor honoraria voor handelingen die thans tot de dagelijkse medische praktijk behoren zoals het stellen van een diagnose, het maken van een radiografie of een scan, een bevalling, een nierdialyse e.d. onder art. 2272, eerste lid B.W. te brengen.

Betwistingen in dit verband komen zelden voor de rechter. Volgens de Vrederechter te Turnhout valt het honorarium voor een radiografisch onderzoek onder art. 2272, eerste lid B.W. (Vred. Turnhout, 7 juni 1985, *R.W.*, 1985-86, 1732; Rb. Antwerpen, 31 oktober 1961, *J.T.*, 1962, 137; SERVAES, A., *a.w.*, 97, noot 87; zie voor de levering van materiaal voor een radiologisch onderzoek, Vred. Deurne, 6 december 1974, *T. Vred.*, 1976, 11). Ook de levering van medische apparatuur valt onder deze bepaling (WILMS, W., *a.w.*, 86; Rb. Hasselt, 10 februari 1987, *T.B.B.R.*, 1987, 74).

Prestaties van een arts die hij niet stelt als beoefenaar van de geneeskunde maar als medisch deskundige in het kader van een expertise-opdracht kunnen niet als "bezoeken" in de zin van art. 2272, eerste lid B.W. worden beschouwd. Derhalve geldt in dit geval de gemeenrechtelijke verjaring, vermits art. 2272, eerste lid B.W., als uitzondering, strikt maar redelijk moet worden toegepast (Rb. Luik, 21 november 1989, *Jur. Liège,* 1990, 241; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 730). In dat geval mag de cliënt d.m.v. vermoedens de betaling bewijzen gezien de morele onmogelijkheid een geschrift te eisen ook voor hem bestaat (Rb. Luik, 21 november 1989, *Jur. Liège,* 1990, 241).

AFDELING III

AANVANG VAN DE VERJARING

1177 Inzake de aanvang van de verjaring gelden de gemeenrechtelijke regels (VAN OEVELEN, A., *a.w.*, 1781, nr. 24-27). De verjaring vangt aan op het ogenblik waarop de vordering eisbaar is (SERVAES, A., *a.w.*, 89). WILMS voegt daar wel aan toe dat dit moment soms moeilijk te bepalen is bij de uitoefening van de geneeskunde, b.v. in geval van behandeling van een chronisch zieke patiënt (WILMS, W., *a.w.*, 96-97).

Over het begin van de verjaring van de vordering van de arts bestaan uiteenlopende opvattingen. RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT wijden een uitvoerige bespreking hieraan (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 357-363).

AFDELING IV

STUITING EN SCHORSING VAN DE VERJARING

1178 Ook inzake stuiting (art. 2242-2250 B.W.) en schorsing (art. 2251-2259 B.W.) gelden de gemeenrechtelijke regels (SERVAES, A., *a.w.*, 89-90; VAN OEVELEN, A., *a.w.*, titel VIII en IX).

AFDELING V

VERMOEDEN VAN BETALING

1179 Voor de verjaring van art. 2272, eerste lid B.W. is de wetgever uitgegaan van de gedachte dat de betaling van de arts onmiddellijk of korte tijd na de totstandkoming van het contract heeft plaats gehad en dat de partijen geen geschrift hebben opgesteld, noch van het ontstaan, noch van het tenietgaan van de schuld (VAN OEVELEN, *a.w.*, 1822, nr. 61). De wetgever is uitgegaan van een vermoeden van betaling. Dit vermoeden is in beperkte mate weerlegbaar. Wanneer er een tot bewijs dienend geschrift is, dient men in de korte verjaring geen vermoeden van betaling te zoeken. In dat geval houdt de verjaringstermijn van rechtswege op te lopen en wordt hij omgezet in de gemeenrechtelijke verjaringstermijn van dertig jaar (art. 2262 B.W.) of eventueel in een verjaringstermijn van vijf jaar (art. 2277 B.W.) als het gaat om periodiek weerkerende geldschulden die betaalbaar zijn bij het jaar of op kortere termijnen (VAN OEVELEN, *a.w.*, 1822, nr. 62).

HOOFDSTUK IV

BESLAG OP EN OVERDRACHT VAN HONORARIA

AFDELING I

BESLAG OP BEDRAGEN TEN LASTE VAN DE ZIEKTEVERZEKERING

1180 Volgens art. 1410, §2, 5° Ger. W. zijn niet vatbaar voor overdracht of beslag de bedragen uitgekeerd enerzijds als geneeskundige verstrekkingen ten laste van de ziekte- of invaliditeitsverzekering of krachtens de Wet van 16 juli 1960 of de wetgeving betreffende de overzeese sociale zekerheid, en anderzijds als kosten voor geneeskundige, heelkundige, farmaceutische verstrekkingen en ziekenhuiskosten wegens een arbeidsongeval of een beroepsziekte.

Deze tekst is onduidelijk gesteld waar sprake is van bedragen uitgekeerd als geneeskundige verstrekkingen. De geneeskundige verstrekkingen opgesomd in art. 23 Z.I.V.-Wet zijn steeds prestaties *in natura*, nooit geldbedragen (behalve de reiskosten vermeld in art. 23, 11°).

Art. 38 van de Wet van 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen (*B.S.*, 28 september 1990) bevat een analoge regeling voor de sommen betaald voor geneeskundige verstrekkingen in het kader van de aanvullende en vrijwillige verzekering (Wetsontwerp betreffende de ziekenfondsen, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1153/1, 18-19).

1181 Over de interpretatie van art. 1410, §2, 5° Ger.W. heeft jarenlang discussie bestaan. Met name was de vraag waarvoor de hoven en rechtbanken zich gesteld zagen of het verbod van overdracht en beslag enkel geldt in hoofde van de sociaal verzekerden of ook in hoofde van de ziekenfondsen. Zulks dan als zij, in het kader van de regeling van de derde betaler, rechtstreeks de arts of het ziekenhuis betalen, terwijl de verzekerde patiënt zich beperkt tot het betalen van het remgeld en het eigen aandeel in de hospitalisatiekosten.

De achterliggende vraag was vnl. of de ziekenhuizen de schuldvorderingen die zij in het kader van de derdebetalersregeling bezitten tegenover de ziekenfondsen bij de banken in pand mochten geven als waarborg voor kredietopeningen. Een heel andere vraag was of, b.v. na echtscheiding, beslag kon worden gelegd op de honoraria die een ziekenfonds aan een arts diende te betalen in het kader van de derdebetalersregeling.

Teneinde de ziekenhuizen de mogelijkheid te geven hun schuldvorderingen op de ziekenfondsen af te staan aan kredietinstellingen werd door de Kamer een wetsvoorstel goedgekeurd tot wijziging van art. 1410, §2, 5° Ger. W. (*Gedr. St.*, Kamer, 1979-80, nr. 594/1 en 2). Overeenkomstig dit voorstel werd bedoeld artikel als volgt uitgelegd : "De geneeskundige verstrekkingen, de kosten voor geneeskundige, tandheelkundige, farmaceutische verstrekkingen en ziekenhuiskosten zijn alleen die welke worden ontvangen door de natuurlijke personen die het voordeel genieten van de in de tekst bedoelde wetten". Daarop boog de Senaatscommissie voor Justitie zich over het ontwerp (Ontwerp van wet tot interpretatie van art. 1410, §2, 5° Ger. W., *Gedr. St.*, Senaat, 1980-81, nr. 712/1 en 2). Voorafgaandelijk won deze commissie het advies in van de Senaatscommissie

voor Sociale aangelegenheden. Dat was negatief. Men vreesde dat de kredietinstellingen, na overdracht van de schuldvorderingen, zich rechtstreeks tot de ziekenfondsen zouden keren, waardoor deze zouden gedwongen worden de derdebetalersregeling op te zeggen. Dat zou rampzalige sociale gevolgen hebben gehad. Daarop verwierp de Senaatscommissie voor Justitie het ontwerp.

1182 Uiteindelijk heeft het Hof van Cassatie de controverse beslecht. Luidens een arrest van 26 januari 1987 is art. 1410, §2, 5° Ger. W. in algemene bewoordingen gesteld en maakt het geen onderscheid naargelang de als geneeskundige verstrekkingen uitgekeerde bedragen aan de gerechtigden op geneeskundige verzorging dan wel aan ziekenhuizen worden betaald (Cass., 26 januari 1987, *Arr. Cass.*, 1987, 663; *Pas.*, 1987, I, 612; *J.T.*, 1987,142).

Het Hof van Beroep te Brussel had beslist dat enkel de natuurlijke persoon die begunstigde is van de prestaties van de ziekteverzekering zich op art. 1410, §2, 5° Ger. W. kan beroepen en de R.S.Z. toegelaten beslag te leggen op de schuldvordering die een ziekenhuis had tegenover de verzekeringsinstellingen (in dezelfde zin, Beslagr. Hasselt, 19 juni 1984, *Limb. Rechtsl.*, 1984, 146). Het arrest van het Hof van Cassatie van 26 januari 1987 heeft voor gevolg dat vaststaat dat de bedragen die door de ziekenfondsen verschuldigd zijn aan ziekenhuizen in het kader van de derdebetalersregeling niet voor beslag vatbaar zijn, noch in handen van de schuldenaar van deze bedragen, nl. de ziekenfondsen, noch in handen van een derde, en evenmin overdraagbaar zijn.

AFDELING II

BESLAG OP MEDISCHE HONORARIA

1183 Het cassatiearrest van 26 januari 1987 beperkt zich tot de bedragen die door de ziekenfondsen verschuldigd zijn aan de ziekenhuizen in het kader van de derdebetalingsregeling. Mag deze uitspraak worden uitgebreid tot de bedragen die de ziekenfondsen verschuldigd zijn aan artsen in het kader van dezelfde regeling?

De Beslagrechter te Luik beschouwde de bedragen die een ziekenfonds dient te betalen aan een arts in het kader van deze regeling niet als bedragen uitgekeerd als geneeskundige verstrekkingen of als kosten voor geneeskundige verstrekkingen in de zin van art. 1410, §2, 5° Ger. W.. Het betreffen honoraria die het ziekenfonds, in de plaats van de patiënt, aan de arts betaalt. Vermits het beslag op medische honoraria aan geen enkele bijzondere regeling is onderworpen, is beslag hierop mogelijk, binnen de perken gesteld door art. 1409 Ger. W., wie ook de schuldenaar van het honorarium is. Hiertoe beroept de rechtbank zich op de volgende argumenten. Er mag geen onderscheid worden gemaakt tussen het beslag op het ereloon, naargelang dit door de patiënt of door een ziekenfonds wordt betaald. Dat is evenwel niet relevant voor de gestelde vraag. Eenmaal betaald, is beslag op het honorarium mogelijk, of dit nu werd betaald door het ziekenfonds of de patiënt. De vraag is of beslag mogelijk is op de vordering die de arts heeft tegenover het ziekenfonds vooraleer dit heeft betaald. Verder vreest de rechtbank een onderscheid tussen artsen, op wier honorarium geen beslag mogelijk is, en alle andere hulpverleners in de gezondheidszorg. Ook dat is minder relevant : eenmaal betaald, is het honorarium van een arts vatbaar voor beslag. Vervolgens meent de rechtbank dat het de wil van de wetgever is geweest art. 1410, §2, 5° Ger. W. te beperken tot de betalingen die aan de rechthebbenden van de ziekteverzekering gebeuren. Daartoe beroept de rechtbank zich op de toelichting bij het hierboven besproken wetsvoorstel. Er van

afgezien dat dit wetsvoorstel juist werd ingediend omdat de bestaande tekst aanleiding kon geven tot een ruimere interpretatie, dient men vast te stellen dat het voorstel nooit wet is geworden (Beslagr. Luik, 23 mei 1984, *Jur. Liège*, 1986, 70-72, noot DE LEVAL, G.). In zijn goedkeurende noot meent G. DE LEVAL dat de verwerping van het voorstel niet mag leiden tot een ruimere interpretatie dan deze die door de wetgever in 1967 werd gewenst, nl. de bescherming van een levensnoodzakelijk minimum (zie ook DE LEVAL, G., *Jurisprudence du Code Judiciaire, v° Saisies conservatoires et voies d'exécution*, Brugge, La Charte, 1985).

1184 Nu het Hof van Cassatie de bescherming tegen overdracht en beslag heeft uitgebreid tot vergoedingen voor geneeskundige verstrekkingen die door de ziekenfondsen rechtstreeks aan de ziekenhuizen worden betaald, valt niet in te zien waarom zulks niet zou gelden voor de bedragen die door de ziekenfondsen rechtstreeks aan artsen moeten worden betaald.

In die zin sprak de Beslagrechter te Hasselt zich uit. De onvatbaarheid voor overdracht of beslag, zoals voorzien door art. 1410, §2 Ger. W. beoogt een levensminimum te waarborgen aan wie onontbeerlijke kosten voor gezondheidszorgen moet dragen. Dat levensminimum van de patiënt wordt evenzeer beschermd door de onvatbaarheid voor beslag en overdracht van die bedragen in hoofde van het ziekenhuis of van artsen. Want wanneer beslag op het honorarium verschuldigd door een ziekenfonds in het kader van de derdebetalersregeling mogelijk zou zijn, zou dit ertoe kunnen leiden dat artsen deze regeling niet meer willen toepassen. De lage inkomensgroepen zullen daarvan het eerste slachtoffer worden. Maar dit alles betekent niet dat de vergoeding waarop een hulpverlener recht heeft, zoals het loon van een verpleegkundige, niet voor beslag vatbaar is op grond van art. 1410, §2 Ger. W. (Beslagr. Hasselt, 19 juni 1984, *Limb.Rechtsl.*, 1984, 146; in dezelfde zin, Brussel, 14 mei 1980, onuitg., A.R. nr. 13.298, geciteerd in BEIRENS, J., in "Art. 1386-1675", *Gerechtelijke Jurisprudentie*, , Brugge, Die Keure, losbl. : "krachtens de duidelijke tekst van art. 1410, §2, 5° Ger. W. zijn de bedragen uitgekeerd als geneeskundige verstrekkingen ten laste van de ziekte- en invaliditeitsverzekering niet voor beslag vatbaar; de omstandigheid dat zij rechtstreeks door de mutualiteiten aan de zorgverstrekkers betaald worden wijzigt daar niets aan, vermits zij ter ontlasting van de verzekerden betaald worden".

HOOFDSTUK V

BESCHIKKING OM NIET DOOR EEN PATIENT

AFDELING I

ALGEMEEN

1185 Overeenkomstig art. 909 B.W. kan een arts die een persoon heeft behandeld gedurende de ziekte waaraan hij is overleden geen voordeel genieten van beschikkingen onder de levenden of bij testament die de patiënt, in de loop van die ziekte, te zijnen behoeve mocht hebben gemaakt.

De terminologie die art. 909 B.W. gebruikt is evenals deze in art. 2272 B.W. (zie boven, nr. 1172) totaal verouderd (zie hieromtrent NYS, H., "Artikel 909 B.W. en het gezondheidsrecht. Of hoe ontwikkelingen in de gezondheidszorg rechtsnormen kunnen beïnvloeden", in VANDENBERGHE, H. e.a. (ed.), *Actuele problemen uit het notarieel recht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1985, nr. 3; NYS, H., "Art. 909", in COENE, M., e.a., *Comm.Erf.*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, losbl., 33; zie voor de toepasbaarheid van art. 909 B.W. op apothekers, tandheelkundigen, vroedvrouwen, verpleegkundigen, paramedici en directeurs van bejaardentehuizen, NYS, H., *a.w.*).

Behalve de wettelijke beoefenaars van de geneeskunde rekent de rechtsleer ook de onwettige beoefenaars van de geneeskunde tot degenen op wie art. 909 B.W. van toepassing kan zijn. Rechterlijke uitspraken ontbreken in België (NYS, H., *a.w.*, *Comm. Erf.*, 6; zie voor Frankrijk, Cass. Fr. 10 oktober 1978, *J.C.P.* 1980, II, 19.341, noot DAGOT : toepassing van art. 909 op een magnetiseur).

1186 Art. 909 B.W. vestigt een wettelijk vermoeden (vermoeden *iuris et de iure*) van c a p t a t i e of zgn. e r f e n i s b e j a g i n g in hoofde van de arts.

Naargelang het standpunt dat wordt ingenomen beperkt dit artikel de bekwaamheid om vrij over zijn goederen te beschikken in hoofde van de *decuius* of de bekwaamheid om te ontvangen in hoofde van de in art. 909 B.W. opgesomde personen (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 371).

Omdat het een beperking inhoudt van de testeervrijheid, dient art. 909 B.W. op een strikte wijze te worden uitgelegd. Dit slaat op alle voorwaarden die moeten worden vervuld opdat de arts onder toepassing van art. 909 zou vallen.

AFDELING II

TOEPASSINGSVOORWAARDEN

§1. Behandeling van de (overleden) patiënt

1187 Art. 909 B.W. stelt dat de persoon t.a.v. wie het vermoeden van captatie geldt de *decuius* moet "hebben behandeld". De notie "behandeling" dient in strikte zin te worden begrepen. Een zekere mate van continuïteit is daarom vereist.

Zo kan de aflevering van een geneesmiddel niet als een behandeling worden beschouwd (SWENNEN, L., "Over artikel 909 B.W. en feitelijk vermoeden van beïnvloeding en captatie", *R.W.*, 1977-78, 1957). Een zekere continuïteit in de behandeling is vereist, hoewel de duur ervan alszodanig niet determinerend is (DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge, vol.8, Les Testaments*, Brussel, Bruylant, 1973, 258). Volgens het Hof van Beroep te Brussel zou de behandeling zelfs ononderbroken moeten zijn (Brussel, 4 mei 1949, *J.T.*, 1949, 377, noot CARLIER). Wanneer een arts slechts in consult bij een patiënt wordt geroepen door een collega is er van de vereiste continuïteit en derhalve van behandeling geen sprake. Dat is evenmin het geval wanneer een arts slechts raad en advies verstrekt aan een zieke buurman (DE PAGE, H., *a.w.*) Het episodisch voorschrijven van geneesmiddelen door een psychiater werd door het Hof van Beroep te Parijs niet als een behandeling aanzien (Parijs, 3 november 1982, in MARTIN, D. "Droit patrimonial de la famille", *D.*, 1983, I.R., 174). Dat men gedurende jaren de vertrouwensarts was van de patiënt en hem regelmatig opzocht tijdens zijn laatste levensjaar is op zichzelf onvoldoende : er moet ook nog een daadwerkelijke behandeling zijn geweest. Die was er als de patiënt in het ziekenhuis werd opgenomen maar deze vertrouwensarts op de hoogte werd gehouden van haar gezondheidstoestand, adviezen bleef geven en bijstand verleende tijdens een heelkundige ingreep (Rb. Marche-en-Famenne, 30 januari 1975, *Jur. Liège*, 1975, 189-190). Wanneer een patiënt tijdens de ziekte waaraan hij overleed door een team van geneeskundigen werd behandeld - vooral bij ziekenhuisopname is dit vrijwel steeds het geval - dan treft art. 909 B.W. de arts die de patiënt op de meest duurzame wijze heeft gevolgd (SACE, J., *Rép. Not.*, III, 115).

§2. Behandeling tijdens de ziekte waaraan de patient overleed

1188 Art. 909 B.W. stelt als voorwaarde dat de arts de *decuius* heeft behandeld "gedurende de ziekte waaraan hij is overleden". Hier stellen zich meerdere interpretatieproblemen.

1189 Vooreerst kan men zich afvragen of de behandeling specifiek gericht dient te zijn op de ziekte waaraan de *decuius* overleed dan wel of het volstaat dat deze arts de patiënt heeft behandeld gedurende de ziekte waaraan deze is overleden ook al had die behandeling niet specifiek te maken met die ene ziekte.

Deze vraag is niet zonder praktisch belang. Als men de eerste, enge, opvatting aanvaardt dan betekent dit dat de arts die een andere ziekte behandelt, hetzij omdat hij de ware aard van de kwaal waaraan de patiënt lijdt niet heeft onderkend, hetzij omdat zich vlak vóór het overlijden nog een andere ziekte heeft gemanifesteerd waaraan de *decuius* is overleden, niet onder art. 909 B.W. valt. Uit de gebruikte formulering in art. 909 B.W. leidt DE PAGE af dat de behandeling specifiek dient betrekking te hebben op die ene ziekte waaraan de testator is overleden. Weliswaar spreekt

art. 909 B.W. over behandeling "gedurende" de ziekten maar daar wordt aan toegevoegd "waaraan hij is overleden". Bedoeld is dus de behandeling voor die ziekte die de dood van de *decuius* heeft veroorzaakt (DE PAGE, H., *a.w.*, 258). Wordt dit oorzakelijk verband verbroken door een gebeurtenis die zich nadien manifesteert - dit kan zowel een andere ziekte zijn als een externe gebeurtenis, b.v. een dodelijk ongeval - dan is er geen sprake van behandeling gedurende de ziekte waaraan de patiënt is overleden. Maar in de hypothese dat de arts zich heeft vergist omtrent de werkelijke aard van de ziekte en dus niet de ziekte waaraan de patiënt is overleden heeft behandeld is er van een gebeurtenis die het oorzakelijk verband verbreekt geen sprake. De arts heeft zich vergist en er is geen reden waarom hij zou kunnen genieten van een beschikking die hem, alle omstandigheden gelijk, niet te beurt had kunnen vallen als hij zich niet had vergist (DE PAGE, H., *a.w.*, 258).

1190 Ook de interpretatie van "ziekte waaraan hij is overleden" kan problemen stellen. Doorgaans wordt die ziekte in de literatuur aangeduid als de laatste ziekte, hoewel deze benaming in art. 909 B.W. niet voorkomt (LORENT, A., "La notion de dernière maladie en droit des libéralités", *Rev. Not. B.*, 1979, 622; *vgl.* art. 19, 3° Hypotheekwet dat wel spreekt van laatste ziekte; *vgl.* Parijs, 30 mei 1988, *J.C.P.*, 1990, II, 21.399, noot SALVAGE, Ph., waarin eveneens sprake is van de laatste ziekte).

In het algemeen is de ziekte ten gevolge waarvan iemand overlijdt tevens de laatste ziekte. Toch is de uitdrukking "laatste ziekte" niet correct : iemand kan overlijden ten gevolge van een ziekte, zonder dat dit chronologisch ook de laatste ziekte is geweest die deze persoon heeft getroffen. Een patiënt overlijdt aan de gevolgen van een langdurige kanker en krijgt in de stervensfase nog een pneumonie. Deze laatste ziekte verbreekt nochtans het oorzakelijk verband niet tussen de kanker en het overlijden zodat de arts die de patiënt heeft behandeld voor de kanker toch onder art. 909 B.W. blijft vallen. Het lijkt dan ook niet zonder reden dat art. 909 B.W. spreekt over de ziekte waaraan de beschikker is overleden. Het juist achterhalen van de doodsoorzaak kan vooral bij chronische ziekten en samenloop van meer dan één ziekte welke door verschillende artsen worden behandeld, grote problemen doen rijzen i.v.m. de toepassing van art. 909 B.W. Overleed men in de vorige eeuw ten gevolge van een infectieziekte met een monocausaal karakter dan is tegenwoordig het overlijden zeer dikwijls te wijten aan zgn. beschavingsziekten (kanker, cardiovasculaire aandoeningen e.d.) die een chronisch verloop vertonen en multicausaal zijn (NYS, H., in VANDENBERGHE, H., *a.w.*, 133).

1191 Deze chronische ziekten zorgen voor nog een ander interpretatieprobleem. Wanneer is uitgemaakt dat een chronische ziekte daadwerkelijk de ziekte is waaraan iemand is overleden, rijst de vraag of bij het beoordelen van de geldigheid van een beschikking de hele duur van deze ziekte moet worden betrokken. Of kan men zich beperken tot het stadium waarin de ziekte werkelijk levensbedreigend dreigt te worden.

In het algemeen maakt de rechtsleer hier het onderscheid tussen de faze van de ziekte tijdens de welke de patiënt op een min of meer normale wijze deelneemt aan het dagelijks leven en de kritieke fase waarin de ziekte levensbedreigend wordt (LORENT, A., *a.w.*, 624; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 385). De rechtspraak oordeelt in dezelfde zin. Wanneer de testator overlijdt 7 jaar na het opmaken van een testament geldt art. 909 B.W. niet vermits de beschikking niet gebeurde tijdens de kritieke en hopeloze fase van de ziekte (Brussel, 4 mei 1949, *J.T.*, 1949, 377, noot CARLIER; Rb. Brussel, 4 mei 1942, *Rev. Prat. Not.*, 1942, 373; Rb. Brussel, 11 december 1957, *Rev. Prat. Not.*, 1958, 368; Rb. Aarlen, 29 mei 1979, *Jur. Liège*, 1980, 301). Maar wanneer de beschikking is gebeurd tijdens de kritieke fase van een sedert meer dan

20 jaar aanslepende ziekte, geldt art. 909 B.W. (Rb. Marche-en-Famenne, 30 januari 1975, *Jur. Liège*, 1975, 189-190). LAURENT staat vrij alleen met zijn opvatting dat het vermoeden van captatie geldt vanaf het ogenblik dat de eerste symptomen zich voordoen (aangehaald door LORENT, A., *a.w.*, 622).

1192 Wanneer de beschikker geneest van de ziekte tijdens de welke de beschikking werd gemaakt (DE PAGE, H., *a.w.*, 257) of overlijdt ten gevolge van een andere ziekte, dan is aan deze voorwaarde "ziekte waaraan de beschikker is overleden" niet voldaan.

In die zin oordeelde het Hof van Beroep te Brussel. Op het ogenblik van een schenking werd de schenker sedert enkele jaren reeds behandeld omwille van hersensclerose. Maar uit verklaringen van een andere arts bleek dat de schenker uiteindelijk was overleden ten gevolge van een andere ziekte, waarvoor hij werd behandeld door een ander dan de begunstigde arts. Art. 909 B.W. was daarom niet van toepassing (Brussel, 6 januari 1982, *Rép. Not. B.*, 1982, 423).

§3. Beschikking tijdens de ziekte waaraan patiënt overleed

1193 Art. 909 B.W. stelt vervolgens als voorwaarde dat de beschikking gebeurde tijdens de ziekte waaraan de beschikker is overleden. Het probleem dat zich hier stelt is het volgende. Is art. 909 B.W. ook van toepassing wanneer de beschikking is gebeurd tijdens de ziekte waaraan de beschikker is overleden en wanneer de begunstigde arts pas is opgetreden na de beschikking maar nog tijdens dezelfde ziekte? Met ander woorden : bedoelt art. 909 B.W. beschikking tijdens de behandelde ziekte of beschikking tijdens de ziekte zonder meer?

Volgens sommigen geldt art. 909 B.W. niet wanneer de arts slechts is opgetreden nadat de beschikking in zijn voordeel werd verricht (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 392). Het Franse Hof van Cassatie oordeelde reeds in 1835 dat behandeling noodzakelijk is (Cass. Fr., 9 april 1835, geciteerd door LORENT, A., *a.w.*, 623). Als er nog geen behandeling is op het ogenblik van de beschikking, kan er van beïnvloeding of misbruik van vertrouwen nog geen sprake zijn. Deze interpretatie houdt evenwel het gevaar in dat de arts door al dan niet een behandeling te beginnen zelf de toepassing van art. 909 B.W. kan bepalen.

Het antwoord op de gestelde vragen hangt nauw samen met de interpretatie van het begrip ziekte. In het geval van een aanslepende ziekte zal men dit begrijpen als de kritieke en hopeloze fase van de ziekte die de oorzaak is geweest van het overlijden. Had de beschikking plaats vóór die fase dan is art. 909 B.W. niet van toepassing, ook al had de begunstigde arts reeds een behandeling ingesteld. *A fortiori* zal dit artikel niet gelden als de begunstigde arts nog niet tot behandeling was overgegaan. Gebeurde de beschikking evenwel tijdens deze kritieke fase dan zal art. 909 B.W. moeten worden toegepast ook al had de begunstigde arts op dat ogenblik nog geen behandeling ingezet op voorwaarde dat hij nadien wel degelijk tot behandeling is overgegaan. Art. 909 B.W. eist immers niet dat de beschikking na de behandeling wegens ziekte zou hebben plaatsgevonden.

1194 Of de ziekte tijdens welke de beschikking werd gemaakt inderdaad deze is ten gevolge waarvan de beschikker is overleden, is een zuivere feitenkwestie ter beoordeling van de rechter ten gronde (LORENT, A., *a.w.*, 627; SACE, J., *Rép. Not.*, III, 116). Hij kan zich daarbij laten leiden door de verklaringen van medici (b.v. Brussel, 6 januari 1982, *Rép. Not. B.*, 1982, 423), waarbij deze zich dienen te hoeden voor inbreuken op hun zwijgplicht (zie boven, nr. 1006). Volgens sommigen gaat het hier veeleer om een juridische dan een medische kwestie : was de wil van de beschikker zodanig verzwakt op het ogenblik van de beschikking dat hij diende te worden beschermd tegen misbruik van invloed (LORENT, A., *a.w.*, 625 en de daar aangehaalde literatuur)?

De bewijslast om aan te tonen dat de ziekte oorzaak was van het overlijden rust op degene die de geldigheid van de beschikking bestrijdt (DE PAGE, H., *a.w.*, 258).

§4. Ziekte

1195 De *decuius* moet zijn overleden ten gevolge van een ziekte. Volgens DE PAGE mag met ziekte worden gelijkgesteld een ongeval (DE PAGE, H., *a.w.*, 257).

Sommige auteurs beschouwen ook een zwangerschap als een ziekte (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 382). Juister lijkt dat zwangerschap en de daarbij optredende complicaties aanleiding kunnen geven tot tussenkomst van een arts waardoor, als alle voorwaarden zijn vervuld, art. 909 B.W. ook bij zwangerschap van toepassing kan zijn.

AFDELING III

BESCHIKKINGEN DIE NIET ONDER ART. 909 B.W. VALLEN

§1. Vergeldende beschikking

1196 Art. 909, tweede lid B.W. bevat een dubbele uitzondering op het vermoeden van captatie, nl. de beschikking tot vergelding van diensten enerzijds en de algemene beschikkingen ten voordele van bepaalde bloedverwanten anderzijds.

Een beschikking tot vergelding van diensten dient onder bijzondere titel te zijn gemaakt en met inachtneming van het vermogen van de beschikker en van de bewezen diensten. Een dergelijke beschikking komt in de plaats van het ereloon (SACE, J., *Rép. Not.*, III, 118).

§2. Tussen echtgenoten

1197 In het algemeen wordt aanvaard dat op grond van art. 213 B.W. dat de echtgenoten jegens elkaar tot hulp en bijstand verplicht, art. 909 B.W. niet van toepassing is wanneer de arts de echtgenoot (echtgenote) is van de behandelde zieke (DE PAGE, H., *a.w.*, 256).

TITEL XII

ARTS EN ANDERE BEROEPEN EN VOORZIENINGEN IN DE GEZONDHEIDSZORG

HOOFDSTUK I

WETTELIJKE REGELING VAN BEROEPEN IN DE GEZONDHEIDSZORG IN RELATIE TOT DE ARTS

AFDELING I

BEOEFENAARS VAN DE ARTSENIJBEREIDKUNDE (APOTHEKERS)

1198 De uitoefening van de a r t s e n i j b e r e i d k u n d e wordt geregeld in hoofdstuk 1 Wet Uitoefening Geneeskunst. De artsenijbereidkunde vormt samen met de geneeskunde, de tandheelkunde inbegrepen, de geneeskunst (art. 1 Wet Uitoefening Geneeskunst).

Niemand mag de artsenijbereidkunde uitoefenen die niet het wettelijk diploma van apotheker bezit dat werd behaald overeenkomstig de wetgeving op het toekennen van de academische graden en het programma van de universitaire examens of die niet wettelijk ervan vrijgesteld is. Bovendien moet de titel worden geviseerd door de bevoegde geneeskundige commissie en is een inschrijving verplicht op de lijst van de orde der apothekers (art. 4, §1 en art. 7, §1 Wet Uitoefening Geneeskunst; K.B. nr. 80 van 10 november 1967 betreffende de orde der apothekers, *B.S.*, 14 november 1967).

1199 De gelijktijdige uitoefening van de geneeskunde en van de artsenijbereidkunde is verboden zelfs aan de houders van de diploma's die het recht verlenen elk dezer beroepen uit te oefenen (art. *4bis* Wet Uitoefening Geneeskunst). Men noemt dit het verbod van medisch-farmaceutische cumulatie (zie hierover, NYS, H., "De arts als apotheker. Kan dat nog?", *R.W.*, 1977-78, 123).

Een arts, zelfs als hij de bevoegdheid heeft verworven de artsenijbereidkunde uit te oefenen mag geen handelingen stellen die tot doel hebben de bereiding, het te koop aanbieden, de detailverkoop en de terhandstelling, zelfs indien dit kosteloos gebeurt, van geneesmiddelen. Al deze handelingen maken deel uit van de beoefening van de artsenijbereidkunde (art. 4, §1, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst). Deze wet bevat geen definitie van de term "geneesmiddel". Daarom moet worden uitgegaan van de bepaling gegeven in art. 1 Geneesmiddelenwet (R.v.St., Chambre syndicale des pharmaciens d'expression française, nr. 17.205, 10 oktober 1975).

Art. 5 K.B. 19 oktober 1978 houdende regelen betreffende de officina's en de geneesmiddelendepots in de verzorgingsinrichtingen, *B.S.*, 31 oktober 1978, laat toe dat voor spoedgevallen kasten met geneesmiddelen worden opgesteld. De eerste bevoorrading van die kasten gebeurt tegen aflevering van een lijst van geneesmiddelen door de apotheker volgens de instructies van de geneesheer-diensthoofd. De artsen werkzaam in de dienst kunnen in dringende gevallen deze geneesmiddelen gebruiken zonder langs de apotheker te moeten. De omstandigheid dat die geneesmiddelen verstrekt worden aan de patiënten zonder nieuwe tussenkomst van de apotheker maar onder de verantwoordelijkheid van de geneesheer-diensthoofd doet geen afbreuk aan het monopolie van aflevering van geneesmiddelen dat art. 4 Wet Uitoefening Geneeskunst aan de apothekers toekent (R.v.St., *Chambre syndicale des pharmaciens d'expression française*, nr. 24.853, 23 november 1984)(zie i.v.m. dit monopolie JANSSENS, Ph., "Het monopolie van de apotheker", *Vl.T. Gez.*, 1981-82, 171-184).

1200 Op het verbod van medisch-farmaceutische cumulatie bestaan meerdere uitzonderingen met name wat de terhandstelling van geneesmiddelen betreft. Artsen die een machtiging hebben verworven voor het houden van een geneesmiddelendepot mogen geneesmiddelen terhandstellen (zie NYS, H., *a.w.*, 129, nr. 7). In dringende gevallen mag een arts geneesmiddelen terhandstellen. Hij mag eveneens geneesmiddelenmonsters terhandstellen. In beide gevallen mag deze terhandstelling geen aanleiding geven tot honoraria of winsten ten voordele van de arts. De aflevering van geneesmiddelenmonsters moet zelfs "ten kosteloze titel" gebeuren (art. 4 §2, 2° Wet Uitoefening Geneeskunst). Men kan hieruit *a contrario* afleiden dat voor de terhandstelling van geneesmiddelen in dringende gevallen een vergoeding tot dekking van de onkosten door de arts gemaakt mag worden gevraagd. Art. 12 Geneesmiddelenwet machtigt de Koning de perken en de voorwaarden te bepalen waarbinnen geneesmiddelen in de vorm van monsters mogen overhandigd worden (K.B. 1 december 1976 tot vaststelling van de perken waarbinnen en de voorwaarden waaronder geneesmiddelen in de vorm van monsters overhandigd mogen worden, *B.S.*, 17 december 1976; art. 4 bevat een verkoopsverbod van geneesmiddelenmonsters (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 304/1).

Art. 4, §2, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst heeft niet voorgeschreven dat die monsters aan de arts ter hand moeten worden gesteld door een officina-apotheker. Bijgevolg heeft de Koning deze bepaling niet geschonden toen hij een reglementering goedkeurde volgens welke geneesmiddelenmonsters niet verplicht door een officina-apotheker overhandigd moeten worden aan de personen die gemachtigd zijn geneesmiddelen voor te schrijven (R.v.St., Algemene Pharmaceutische Bond, nr. 21.099, 10 april 1981, *Vl. T. Gez.*, 1981-82, 212, noot NYS, H.).

1201 Ten slotte mag een arts geneesmiddelen bestemd om "de venerische ziekten" te bestrijden afleveren op voorwaarde dat hij het geneesmiddel heeft laten bereiden door een apotheker van het arrondissement (art. 4, §2, 3° Wet Uitoefening Geneeskunst). Wat hier bedoeld wordt met "de venerische ziekten" is niet duidelijk. Gelet op de klaarblijkelijke bedoeling van deze regel, nl. de bescherming van de privacy van de patiënt, dringt een ruimere interpretatie dan de vier seksueel overdraagbare ziekten vermeld in art. 1 Besluitwet 24 januari 1945 betreffende de prophylaxe der geslachtsziekten zich op.

Eveneens om privacy redenen werd bij K.B. 12 juli 1973 houdende regelen betreffende de depots van sommige geneesmiddelen in de centra voor prematrimoniale, matrimoniale en gezinsconsultaties aan deze centra de toelating gegeven om uitsluitend ten gerieve van hun consultanten een depot te houden van anticonceptionele middelen (art. 2). Dit depot diende onder de verantwoordelijkheid te staan van een arts; de anticonceptiva moesten door een officina-apotheker of een ziekenhuisapotheker worden aangeschaft en zonder winstoogmerk worden afgeleverd. De Minister voor Volksgezondheid steunde dit besluit op art. 44, tweede lid, 1° K.B. 6 juni 1960 betreffende de fabricage, de bereiding en distributie in het groot en terhandstelling van geneesmiddelen, *B.S.*, 22 juni 1960 (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 3021/1). Luidens deze bepaling geldt het

afleveringsmonopolie van de apotheker niet voor produkten die, wegens hun aard of hun eigenschappen, niet voor de normale farmaceutische distributie geschikt zijn. Men kan zich afvragen of die bepaling zelf nog wel in overeenstemming is met art. 4, §1 Wet Uitoefening Geneeskunst. Afgezien hiervan oordeelde de Raad van State dat de depotregeling in strijd was met dit art. 4, §1. Deze bepaling behoudt de aflevering van geneesmiddelen voor aan apothekers. Anticonceptiva zijn geneesmiddelen (zie boven, nr. 351)(R.v.St., Chambre Syndicale des Pharmaciens d'expression française, nr. 17.205, 10 oktober 1975). Uit art. 44 K.B. 6 juni 1960 volgt nog dat de distributie van geneesmiddelen slechts op grond van één reden aan de officina-apothekers en aan de artsen en dierenartsen kan ontzegd worden, te weten wegens de aard en de eigenschappen van deze geneesmiddelen waardoor zij voor normale farmaceutische distributie niet geschikt zijn (R.v.St., Algemene Pharmaceutische Bond, nr. 17.437, 11 februari 1976).

1202 Artsen die vaststellen dat geneesmiddelen die door een apotheker aan hun patiënten worden afgeleverd, slecht bereid zijn, strijdig met het recept of bedorven, zetten er hun zegel op en verzoeken deze patiënten ze enkel af te geven aan wie ze zal komen halen namens de bevoegde provinciale geneeskundige commissie. Daartoe moeten zij zo snel mogelijk de secretaris van deze commissie op de hoogte brengen van hun vaststelling (art. 20 Wet Uitoefening Geneeskunst; zie voor sancties art. 38, §1, 5° en art. 42; zie in dezelfde zin art. 13 K.B. 31 mei 1885 houdende goedkeuring der nieuwe onderrichtingen voor de geneesheren, hierna vermeld als Onderrichtingen 31 mei 1885 (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 211/3).

Zie voor een recente toepassing van art. 20 Rb. Charleroi, 9 mei 1989, *J.T.*, 1990, 48. *In casu* gaat de verwijzing naar art. 20 niet op omdat de slechte bereiding van het geneesmiddel te wijten was aan het foutieve voorschrift van de arts zelf.

1203 De Wet Uitoefening Geneeskunst bevat slechts minimale bepalingen in verband met het geneesmiddelenvoorschrift : ieder voorschrift moet ondertekend en gedagtekend zijn en zo uitvoerig mogelijk de gebruiksaanwijzing van het geneesmiddel vermelden (art. 21, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst). Inzake het voorschrijven van verdovende middelen bestaan meer specifieke voorschriften. Krachtens art. 19 K.B. 31 december 1930 omtrent de handel in slaap- en verdovende middelen, *B.S.*, 10 januari 1931, mag een apotheker deze middelen enkel afleveren op schriftelijk, gedagtekend en ondertekend oorspronkelijk voorschrift. Op dit voorschrift moet duidelijk naam en adres van de ondertekenaar worden vermeld en moet de hoeveelheid voluit worden geschreven. K.B. 2 december 1988 tot reglementering van sommige psychotrope stoffen, *B.S.*, 3 februari 1989 heeft deze verplichting tot die stoffen uitgebreid (zie boven, nr. 1061).

Wanneer een arts een toxisch geneesmiddel voorschrijft met een grotere dosis dan deze voorzien in de betreffende reglementering moet hij deze dosis voluit in letters herhalen en door een nieuwe handtekening bevestigen (art. 21, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst; zie in dezelfde zin art. 15, derde lid Onderrichtingen 31 mei 1885). Als de arts zich niet houdt aan deze voorschriften moet de apotheker informeren naar de bedoeling van de arts. Is deze niet te bereiken dan vermindert de apotheker zelf de voorgeschreven dosis en verwittigt hij de arts die het voorschrift opstelde (art. 30 Onderrichtingen 31 mei 1985; Rb. Charleroi, 9 mei 1989, *J.T.*, 1990, 48).

Wanneer een apotheker op voorschrift van een arts een geneesmiddel verstrekt waarop een teken voorkomt dat is opgelegd bij K.B. en dat verband houdt met de therapeutische werking van dat geneesmiddel, onthult hij hiermee geen geheim dat uit hoofde van zijn beroep op hem rust en schendt hij niet de verplichting die hem is opgelegd door art. 35 Onderrichtingen 31 mei 1885, welke verplichting erin bestaat alles te vermijden wat zou strekken om misplaatste nieuwsgierigheid uit te lokken of te voldoen (R.v.St., Algemene Pharmaceutische Bond, nr. 23.686, 18 november 1983)(zie omtrent de voorschriftgebondenheid van bepaalde geneesmiddelen, GEENS, K., *Het vrij beroep*, nr. 141-144).

1204 Een apotheker mag een voorgeschreven geneesmiddel niet door een ander middel dat wel dezelfde eigenschappen bezit maar goedkoper is dan het voorgeschreven middel, vervangen (zgn. substitutie) (zie NYS, H., "Apotheker, arts en drugs. Enkele gezondheidsrechtelijke aspecten van het voorschrijven en afleveren van drugs", *Panopticon*, 1986, 337-339; ROLAND, M., *Pharmacie et Société, I, Législation et déontologie pharmaceutique*, Louvain-la-Neuve, Cabay, 1984, 273).

In beginsel mag een apotheker evenmin weigeren een geneesmiddel dat door een arts werd voorgeschreven af te leveren. Indien de apotheker de afgifte zou weigeren omdat hij het oneens is met het oordeel van de arts overschrijdt hij zijn wettelijke bevoegdheid. Hij herformuleert de diagnose en/of therapie van de arts en oefent zodoende op onwettige wijze de geneeskunde uit. Indien de afgifte wordt geweigerd om b.v. economische redenen dan lijkt de weigering op substitutie die in het algemeen wordt afgewezen. Men zou zich ook kunnen beroepen op het wettelijk monopolie van de apotheker om tot een afleveringsplicht te komen. Geheel overtuigend is dat argument evenwel niet : op grond van zijn monopolie is de arts evenmin door een behandelingsplicht gebonden. In spoedeisende gevallen kan de afleveringsplicht ook nog worden gesteund op art. 422*bis* Sw. Maar in een dergelijk geval mag ook een arts zelf tot aflevering van een geneesmiddel overgaan (zie boven, nr. 1200).

Er kunnen zich omstandigheden voordoen waarin een apotheker geen afleveringsplicht heeft. Die omstandigheden zullen meestal verband houden met de aard van het voorgeschreven middel. Wanneer het zgn. drugs betreft dan kan bezwaarlijk worden volgehouden dat de apotheker ieder voorschrift moet uitvoeren. Het misbruikverbod van art. 3, derde lid Drugwet geldt ook voor een apotheker (zie voor de argumentatie NYS, H., *a.w.*, 337). Het kan niet de wil van de wetgever geweest zijn om de apotheker te onderwerpen aan het misbruikverbod en het hem tegelijk onmogelijk te maken zich aan dat verbod te houden. Indien een apotheker vaststelt dat een arts het misbruik-verbod overtreedt moet hij kunnen vermijden te worden meegesleurd in deze overtreding van de Drugwet. Dat kan hij door te weigeren het voorgeschrevene af te leveren (zie in dezelfde zin, maar ook ruimer, ROLAND, M., *a.w.*, 272).

Van geheel andere aard is de weigering een geneesmiddel af te leveren omdat men gewetensbezwaren heeft tegen de doeleinden die dat middel dient. Men denke b.v. aan euthanatica, anticonceptiva en abortiva. Wat deze laatste betreft : de gewetensbezwaarclausule, vermeld in art. 350, 5° Sw., vernoemt niet de apothekers. Wat anticonceptiva betreft maakt VERRYCKEN een onderscheid tussen anticonceptiva die vallen onder het terhandstellingsmonopolie van de apotheker en andere anticonceptiva. Voor deze laatste acht zij een weigering op grond van morele bezwaren geoorloofd. De grondwettelijk beschermde vrijheid van mening brengt dit met zich. Voor de eerst genoemde categorie bestaat een morele maar geen wettelijke plicht tot aflevering, en dit op grond van het terhandstellingsmonopolie (VERRYCKEN, M., "De juridische aspecten van de familieplanning", *R.W.*, 1972-73, 1607).

1205 Op de apotheker rust een verplichting de kwaliteit en de conformiteit van de door hem afgeleverde geneesmiddelen te waarborgen. Deze verplich-

ting kan worden afgeleid uit art. 13 Geneesmiddelenwet, maar niet uit art. 2 van die wet (R.v.St., Algemene Pharmaceutische Bond, nr. 21.099, 10 april 1981, *Vl. T. Gez.*, 1981-82, 212, noot NYS, H.).

Zie in dezelfde zin als art. 13 Geneesmiddelenwet, art. 46 K.B. 6 juni 1960 en art. 7, derde lid Onderrichtingen 31 mei 1885. De verplichting tot conformiteit houdt volgens sommigen in dat de apotheker het voorschreven geneesmiddel moet afleveren. De verplichting tot kwaliteit dat het geneesmiddel zich in goede staat moet bevinden (SWENNEN, H., *Juridische organisatie van het vrij beroep*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1975, 67). Een andere en meer correcte interpretatie van de conformiteitsverplichting is dat de apotheker er voor instaat dat het geneesmiddel dat wordt afgeleverd in overeenstemming is met de wetten en reglementen (in die zin, Ontwerp van wet op de geneesmiddelen, *Gedr. St.*, Senaat, 1962-63, nr. 169, 5).

1206 De verplichting van de apotheker de kwaliteit en de conformiteit van de afgeleverde geneesmiddelen te waarborgen wordt voorgesteld als de keerzijde van het monopolie van de apotheker voor de terhandstelling van geneesmiddelen (Ontwerp van wet op de geneesmiddelen, *Gedr. St.*, Senaat, 1962-63, nr. 169, 5).

Reeds in het begin van de jaren '60 was de industriële fabricage van geneesmiddelen zover voortgeschreden dat de Regering besefte dat het de apotheker niet meer mogelijk was alleen, in zijn officina, die verantwoordelijkheid op doeltreffende wijze en op alle gebieden op zich te nemen. Daarom werd de Koning gemachtigd tot het erkennen van een of meer laboratoria waaraan de apothekers de controle op de kwaliteit en de conformiteit van de door hen afgeleverde geneesmiddelen kunnen opdragen (art. 13, tweede lid Geneesmiddelenwet). Een dergelijk erkenning mag evenwel niet tot gevolg hebben de apotheker van zijn verantwoordelijkheid te ontslaan of zijn verantwoordelijkheid te beperken (art. 13, tweede lid Geneesmiddelenwet; Ontwerp van wet op de geneesmiddelen, *Gedr. St.*, Senaat, 1962-63, nr. 169, 5; zie hierover ook SWENNEN, H., *a.w.*, 67-68).

1207 Uit de schaarse gepubliceerde rechtspraak m.b.t. de aansprakelijkheid van een apotheker blijkt dat zowel de voorschrijvende arts als de afleverende apotheker kans lopen aansprakelijk te worden gesteld als er wat misloopt met een voorschriftgebonden geneesmiddel.

De arts die een geneesmiddel voorschrijft voor een patiënt waarvoor dat geneesmiddel niet bestemd kan zijn en dat voor die patiënt levensgevaarlijk is, zelfs als het voorschrift op een correcte manier ware uitgevoerd, maakt zich schuldig aan gebrek aan vooruitzicht of voorzorg. De apotheker die in de bereiding van dat geneesmiddel een hoeveelheid cocaïne en cafeïne gebruikt die tienmaal sterker is dan op het medisch voorschrift vermeld, begaat een grove vergissing en maakt zich eveneens schuldig aan gebrek aan vooruitzicht of voorzorg (Mil. Ger., 4 april 1962, *R.W.*, 1962-63, 900. Hierdoor werd Kr. Brussel, 24 oktober 1961, *R.W.*, 1962-63, 908 bevestigd).

Hoe riskant het gebruik van hernieuwingsvoorschriften kan zijn, is gebleken uit Rb. Charleroi, 9 mei 1989, *J.T.*, 1990, 48. Een arts schrijft per vergissing een toxisch geneesmiddel voor. De apotheker bemerkt die vergissing en vervangt op eigen houtje het voorgeschreven middel door het juiste middel. De patiënte wenst de therapie nog verder te zetten nadat de voorraad geneesmiddelen is opgebruikt en wendt zich tot haar arts voor een hernieuwingsvoorschrift. Zonder nadere aanduidingen, geeft de arts zo'n hernieuwing, verwijzend naar het eerste, dus foutieve voorschrift. Dit hernieuwingsvoorschrift wordt dan uitgevoerd door de adjunct-apotheker die de vergissing niet bemerkt en het voorgeschreven middel wel aflevert. De patiënt bemerkt thuis het ver-

schil met de eerste levering en vraagt haar arts uitleg. Die stelt haar gerust en raadt haar aan het geneesmiddel te gebruiken. Dat heeft voor de patiënte ernstige gevolgen. De arts wordt hiervoor aansprakelijk gesteld. Hem wordt de niet-naleving van art. 13 Onderrichtingen 31 mei 1885 en art. 20 Wet Uitoefening Geneeskunst verweten (zie boven, nr. 1202). Bovendien had hij, i.p.v. de patiënt gerust te stellen moeten nagaan of het voorgeschreven middel wel onschadelijk was en tenminste de patiënt moeten aanraden de behandeling niet verder te zetten. Maar ook de apotheker-titularis werd een fout aangewreven, nl. het niet eerbiedigen van art. 30 Onderrichtingen 31 mei 1885 (zie boven, nr. 1203) en art. 33 (in het register melding maken van de uitgevoerde voorschriften waardoor de adjunct de vergissing had kunnen merken). De apotheker-titularis werd bovendien aansprakelijk gehouden voor de fout begaan door zijn adjunct. Arts en apotheker-titularis werden beide voor de helft aansprakelijk gesteld.

De arts die als oogspoelmiddel natriumhydroxide (soude caustique, d.w.z. een brandende sodaoplossing) voorschrijft begaat daardoor een (zware) beroepsfout. De apotheker die dit produkt, zij het na lang aarzelen, toch aflevert, eveneens (Corr. Antwerpen, 14 september 1984, *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 116, noot HEYLEN, R.). In zijn noot vermeldt HEYLEN een al veel ouder arrest waarin een arts en een apotheker elk werden veroordeeld tot vergoeding van de helft van de schade. De arts had bariumcarbonaat (rattenvergif) voorgeschreven i.p.v. bariumsulfaat. De apotheker had het voorgeschreven produkt zonder meer afgeleverd (Brussel, 9 april 1930, *R.G.A.R.*, 1931, 751, noot GOEDSEELS, J.). HEYLEN spreekt i.v.m. de verplichting van de apotheker op zijn hoede te zijn voor vergissingen van de arts over een "marginale toetsingsplicht" (HEYLEN, R., "De marginale toetsingsplicht van de apotheker", *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 117).

AFDELING II

BEOEFENAARS VAN DE TANDHEELKUNDE (TANDARTSEN)

1208 In de opvatting van de wetgever omtrent de relatie geneeskunde-tandheelkunde, maakt de tandheelkunde deel uit van de geneeskunde.

Art. 1 Wet Uitoefening Geneeskunst omschrijft de geneeskunst als omvattend de geneeskunde, de tandheelkunde inbegrepen, en de artsenijbereidkunde. Ook uit art. 3, eerste lid kan men afleiden dat tandheelkunde als een onderdeel van geneeskunde wordt beschouwd.

1209 De uitoefening van de tandheelkunde wordt geregeld in de Wet Uitoefening Geneeskunst en het K.B. 1 juni 1934 houdende reglement op de beoefening der tandheelkunde (hierna afgekort als reglement tandheelkunde), *B.S.*, 7 juni 1934 (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 261/2).

Dit reglement tandheelkunde, zoals het werd gewijzigd door latere besluiten, is ook na de Wet Uitoefening Geneeskunst van kracht gebleven. Het kan enkel nog bij wet worden gewijzigd (art. 52, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst).

1210 Niemand mag de tandheelkunde uitoefenen die niet het diploma van licentiaat in de tandheelkunde bezit dat werd behaald overeenkomstig de wetgeving op het toekennen van de academische graden en het programma van de universitaire examens, of die niet wettelijk ervan vrijgesteld is. Bovendien moet de titel worden geviseerd door de bevoegde geneeskundige commissie

(art. 3, eerste lid en art. 7, §1 Wet Uitoefening Geneeskunst; zie ook art. 1 reglement tandheelkunde : van de in dit art. genoemde getuigschriften en diploma's is enkel het onder 2° vermelde nog van praktisch belang; vergelijk ook met art. 51 Wet Uitoefening Geneeskunst). Er bestaat geen orde van tandartsen.

Een doctor in de geneeskunde voldoet niet aan deze voorwaarden voor de uitoefening van de tandheelkunde en is daartoe derhalve niet bevoegd (het geval vermeld in art. 1, 3° reglement tandheelkunde doet zich niet meer voor). Een doctor in de geneeskunde is wel bevoegd de tandheelkunde te beoefenen wanneer hij houder is van het daartoe vereiste diploma en dit geviseerd werd door de bevoegde provinciale geneeskundige commissie. De Wet Uitoefening Geneeskunst verbiedt geen cumulatieve uitoefening van geneeskunde *sensu stricto* en tandheelkunde (i.v.m. de verplichte inschrijving op de lijst van de orde in hoofde van deze artsen, zie boven, nr. 104). Medische specialisten met een erkenning voor stomatologie voldoen in de regel aan de voorwaarde om zowel de geneeskunde als de tandheelkunde te mogen uitoefenen. In de criteria voor opleiding en erkenning van deze specialisten is bepaald dat de opleidingsduur ten minste 5 jaar bedraagt met inbegrip van de opleiding tot licenciaat in de tandheelkunde (M.B. 16 april 1982 tot vaststelling van de bijzondere criteria voor de erkenning voor de specialiteit van stomatologie, *B.S.*, 1 juli 1982, Bijlage A, 2°; zie ook art. 51, 4° Wet Uitoefening Geneeskunst; bij deze bepaling moet wel worden opgemerkt dat tot nu toe de getuigschriften van specialisatie in de stomatologie geen wettelijk karakter hebben verkregen in het kader van de wetgeving op het toekennen van de academische graden).

1211 De afbakening van de uitoefening van de geneeskunde *sensu stricto* en van de tandheelkunde kan aanleiding geven tot discussie.

Onder onwettige uitoefening van de tandheelkunde wordt verstaan het verrichten van alle bewerkingen of handelingen uitgevoerd in de mond der patiënten die het behoud, de genezing, het herstellen of vervangen van het gebit daarin begrepen het weefsel van de tandkas, op het oog hebben, meer bepaald die welke behoren tot de operatieve tandheelkunde, de orthodontie, en de mond- en tandprothese (art. 3, derde lid Wet Uitoefening Geneeskunst; *vgl.* art. 3 Reglement Tandheelkunde dat een vergelijkbare bepaling bevat; bovendien vermeldt dat artikel ook nog de diagnose en prognose, die aan deze behandelingen en bewerkingen voorafgaan).

Het Reglement Tandheelkunde bevat enkele bepalingen die kunnen helpen geneeskunde en tandheelkunde van elkaar af te bakenen. Overeenkomstig art. 5, tweede lid mag een licentiaat in de tandheelkunde geen bloedige bewerking uitvoeren dan aan de tanden en de daarmee samenhangende weefsels. Evenmin mogen zij mondziekten behandelen waarvan de therapie tot de geneeskunde *sensu stricto* behoort. Enkel de doctor in de geneeskunde is voorts bevoegd de volledige verdoving uit te voeren bij een tandheelkundige operatie (art. 6 Reglement Tandheelkunde).

1212 Gelet op de omschrijving die de Wet Uitoefening Geneeskunst heeft gegeven aan de uitoefening van de tandheelkunde ("bewerkingen of handelingen uitgevoerd in de mond der patiënten") is het niet voor de hand liggend dat een licentiaat in de tandheelkunde geneesmiddelen mag voorschrijven (zie hierover ook RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 866. De ministeriële circulaire van 22 september 1934 waarnaar door deze auteurs wordt verwezen in noot 23 heeft geen juridische gelding en verwijst bovendien naar de houders van het bekwaamheidsgetuigschrift i.p.v. naar licentiaten in de tandheelkunde). Art. 8, eerste lid reglement tandheelkunde bepaalt wel dat licentiaten in de tandheelkunde slaap- of verdovingsmiddelen

mogen voorschrijven voor de behandeling van de mond- en tandziekten. Voorts bepaalt het tweede lid van dit artikel dat "tandartsen" gemachtigd zijn voor de behandeling van de tandziekten de geneesmiddelen voor te schrijven die voorkomen op een lijst vastgesteld door de Minister voor Volksgezondheid. Deze bepaling is evenwel misleidend. Onder "tandartsen" worden hier niet verstaan de licentiaten in de tandheelkunde, maar wel de (thans vrijwel onbestaande) houders van een bekwaamheidsgetuigschrift van tandarts (zie M.B. 3 februari 1951 tot vaststelling van de lijst der geneesmiddelen die de tandartsen gemachtigd zijn voor te schrijven (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 261/4). Door aan de woorden "handelingen, uitgevoerd in de mond der patiënten die het behoud en de genezing" van het gebit op het oog hebben geen letterlijke betekenis te geven kan men aan het voorschrijven van geneesmiddelen door licentiaten in de tandheelkunde een wettelijke basis bieden. Wel mogen niet om het even welke geneesmiddelen worden voorgeschreven. Slechts deze, die in verband staan met het behoud, de genezing, het herstellen of vervangen van het gebit. Over de aard van dit verband (rechtstreeks, of ook onrechtstreeks) kan uiteenlopend worden gedacht. Toch moet het verband niet al te rechtstreeks worden opgevat. Het toedienen van een kalmerend middel aan een onrustige of angstige patiënt kan ook tot de bevoegdheid van de tandarts worden gerekend.

AFDELING III

BEOEFENAARS VAN DE VERPLEEGKUNDE

1213 De uitoefening van de verpleegkunde wordt geregeld in hoofdstuk 1*bis* Wet Uitoefening Geneeskunst.

Niemand mag de verpleegkunde zoals ze in art. 21*ter* Wet Uitoefening Geneeskunst is bepaald, uitoefenen die niet in het bezit is van het diploma of de titel van gegradueerde verpleger of verpleegster, van het brevet of de titel van verpleger of verpleegster, van het brevet of de titel van verpleegassistent of -assistente thans : ziekenhuisassistent(e).

Bovendien moet dit diploma of titel het visum krijgen van de bevoegde provinciale geneeskundige commissie die overgaat tot de registratie van de belanghebbende (art. 21*bis*, 1° en art. 21*quater*, 1° Wet Uitoefening Geneeskunst).

Er bestaan talrijke uitzonderingen op de regel die de beoefening van de verpleegkunde voorbehoudt aan de beoefenaars van de verpleegkunde. De beoefenaars van de geneeskunde evenals studenten in de geneeskunde in het kader van hun opleiding alsook studenten in opleiding tot verpleegkundige mogen in het kader van hun opleiding, de verpleegkunde uitoefenen (art. 38*ter*, 1° Wet Uitoefening Geneeskunst). Art. 9 van de Wet van 19 december 1990, *B.S.*, 29 december 1990 tot wijziging van het K.B. nr. 78, breidt deze uitzondering uit tot de studenten in opleiding tot paramedicus. Krachtens art. 38*ter*, 1°, derde lid zoals dit werd gewijzigd door art. 9 van bedoelde wet is het verbod verpleegkundige handelingen te stellen evenmin van toepassing op de beoefenaar van een paramedisch beroep die, in het kader van zijn beroep, "bepaalde handelingen verricht ter uitvoering van art. 46*bis*, §2", d.w.z. paramedische handelingen. Dit art. 9 voorziet in de mogelijkheid "dat bepaalde handelingen van andere beroepen worden verricht door zekere uitoefe-

naars zonder dat deze laatsten het risico lopen daarvoor te worden bestraft" (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 779/2, 33). De bevoegde minister herinnerde aan de regeling in de oorspronkelijk versie van de Wet Uitoefening Geneeskunst in 1967. Daarin werd geen onderscheid gemaakt tussen verpleegkundige en paramedische handelingen. De zorg die in 1967 bestond om die handelingen als één geheel te beschouwen bestaat nog steeds. Het gaat om een aantal handelingen die principieel gemeenschappelijk zijn voor het geheel van de paramedische beroepen. Zo moet een ambulancier, ofschoon hij niet dezelfde opleiding heeft genoten als een verpleegkundige, eveneens een verband kunnen aanbrengen of een infuus toedienen. Sommige senatoren vreesden echter dat deze bepaling de mogelijkheid biedt om tot een situatie te komen waarin alle paramedici alle verpleegkundige handelingen kunnen stellen (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 779/2, 34-35).

Wie niet voldoet aan het diplomavereiste maar op 1 januari 1986 sinds minstens 3 jaar tewerkgesteld was in een ziekenhuis of een (tand)artsenpraktijk mag verpleegkundige activiteiten blijven uitvoeren onder dezelfde voorwaarden als de beoefenaars van de verpleegkunde die zulke prestaties uitvoeren (art. 54*bis* §1 Wet Uitoefening Geneeskunst). Overeenkomstig §2 van deze bepaling verliezen deze personen dit voordeel als zij zich niet bekendmaken binnen een door de Koning bepaalde termijn. Dat laatste is tot op heden niet gebeurd.

1214 De activiteiten waarvan de uitoefening als verpleegkunde wordt beschouwd worden opgesomd in art. 21*ter*, §1 Wet Uitoefening Geneeskunst. Het betreft drie categorieën activiteiten waarvan voor de relatie tussen arts en verpleegkundige de tweede en de derde categorie van belang zijn (zie NYS, H., "De uitoefening van de verpleegkunde. Overzicht van enkele recente wettelijke regelingen", *A. Hosp.*, 1986, 38-40). De eerste categorie geeft een uitvoerige omschrijving van de traditionele, verzorgende rol van de verpleegkunde. Doorgaans houden artsen zich daar niet mee bezig en er stellen zich hier dan ook weinig problemen i.v.m. afbakening van bevoegdheid en wederzijdse verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid.

Art. 21*ter*, §1, b vernoemt de "uitvoering van technisch verpleegkundige prestaties die verband houden met het stellen van de diagnose door de geneesheer of met het uitvoeren van een behandeling voorgeschreven door de geneesheer of het nemen van maatregelen van preventieve geneeskunde". En art. 21*ter*, §1, c vermeldt "de uitvoering van geneeskundige handelingen die door een geneesheer kunnen worden toevertrouwd overeenkomstig art. 5, §1 tweede en derde lid (Wet Uitoefening Geneeskunst)". Op grond van art. 5, §1, tweede lid kan de Koning de voorwaarden vaststellen waaronder deze handelingen kunnen worden opgedragen aan personen die bevoegd zijn om de verpleegkunde uit te oefenen. Op grond van art. 5, §1, derde lid kan hij de lijst vaststellen van deze handelingen, de uitvoeringsmodaliteiten en de vereiste kwalificatievoorwaarden. Inzake de handelingen vermeld in art. 21*ter*, §1,b beschikt de Koning over een gelijkluidende bevoegdheid op grond van art. 21*ter*, §2. Een K.B. van 11 maart 1985 stelde de lijst van technisch verpleegkundige prestaties en van handelingen die door een arts kunnen worden toevertrouwd aan de beoefenaars van de verpleegkunde vast alsook de uitvoeringsmodaliteiten ervan en de vereiste kwalificatievoorwaarden, *B.S.*, 22 maart 1985. Het werd vernietigd door R.v.St., Kinart, nr. 27.781, 3 april 1987 en vervangen door K.B. 18 juni 1990 houdende vaststelling van de lijst van de technisch verpleegkundige prestaties en de lijst van de handelingen die door een geneesheer aan beoefenaars van de verpleegkunde kunnen worden toevertrouwd, alsmede de wijze van uitvoering van die prestaties en handelingen en de kwalificatievereisten waaraan de beoefenaars van de verpleegkunde moeten voldoen, *B.S.*, 26 juli 1990, gewijzigd door K.B. 4 september 1990, *B.S.*, 13 september 1990 (zie i.v.m. het vroegere besluit en de gevolgen van de vernietiging door de Raad van State, NYS, H., "Gezondheidsrecht", in DE BAUW, M. e.a., *Recht voor Verpleegkundigen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, tweede herwerkte uitgave, nr. 759 e.v.).

Het onderscheid tussen de tweede en de derde categorie handelingen is moeilijk te maken en wellicht onbestaand. Dat werd reeds bevestigd tijdens de parlementaire voorbereiding van de Wet van 20 december 1974, *B.S.*, 29 april 1975, die leidde tot de hier besproken bepalingen in de Wet Uitoefening Geneeskunst (zie NYS, H. (ed), *Recht en verpleegkunde*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 35). Volgens HENNAU-HUBLET, die ook van mening is dat het onderscheid maar moeilijk valt te maken, zou er toch een verschil zijn in deze zin dat voor de tweede categorie handelingen de arts geen controle zou dienen uit te oefenen terwijl dat wel dient te gebeuren voor handelingen behorend tot de derde categorie (HENNAU-HUBLET, Chr., *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 108-112). Zie voor kritiek op deze opvatting mijn bespreking van dit werk in *R.W.*, 1987-88, 63. Dat het onderscheid tussen beide categorieën handelingen zeer relatief is blijkt ook nog hieruit dat bepaalde handelingen die in het vernietigde K.B. van 11 maart 1985 in de categorie van toevertrouwde medische handelingen werden ondergebracht, in bijlage I van het K.B. van 18 juni 1990 als technisch verpleegkundige handelingen worden beschouwd. Daardoor bevat deze laatste categorie nu ingrijpende medische handelingen, zoals onder meer de voorbereiding en uitvoering van en het toezicht op technieken van hemodialyse, plasmaferese, peritoneale dialyse, gebruik van en toezicht op thoraxdrainagesysteem e.d. Daarentegen is de categorie van toevertrouwde medische handelingen, vermeld in bijlage II van het K.B. van 18 juni 1990 sterk ingekrompen in vergelijking met het vernietigde besluit.

1215 Bijlage I K.B. 18 juni 1990 bevat de lijst van de technisch verpleegkundige prestaties die door de beoefenaars van de verpleegkunde mogen worden verricht. T.a.v. de relatie tussen arts en verpleegkundige is het onderscheid van belang dat wordt gemaakt tussen prestaties waarvoor geen voorschrift van de arts nodig is (zgn. B1 prestaties) en prestaties waarvoor een dergelijk voorschrift wel vereist is (zgn. B2 prestaties).

Nergens wordt gespecifieerd wat onder een "voorschrift" dient te worden verstaan. In bijlage III bij het vernietigde K.B. van 11 maart 1985 werd bij het voorschrift de volgende toelichting verstrekt : "de handeling mag slechts uitgevoerd worden op voldoende gedetailleerd voorschrift door een geneesheer ondertekend". Bij K.B. 13 november 1989 tot wijziging K.B. 14 september 1984 tot vaststelling van de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen inzake verplichte Z.I.V., *B.S.*, 20 december 1989, werden nieuwe bepalingen in de nomenclatuur ingeschreven onder de titel "Fysieke aanwezigheid van de geneesheer-verstrekker". Krachtens deze bepalingen mag een arts aan de Z.I.V. verstrekkingen aanrekenen die niet door hemzelf werden uitgevoerd maar met de hulp van zgn. gekwalificeerde helpers, voor zover aan deze helpers, onder de verantwoordelijkheid en de persoonlijke controle van de arts, enkel handelingen zijn toevertrouwd die de diagnose voorbereiden of die betrekking hebben op de toepassing van een behandeling of van een maatregel inzake preventieve geneeskunde. Alhoewel deze bepalingen gelden "onverminderd de bepalingen van K.B. nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de geneeskunst" is de gelijkenis met de omschrijving van technisch verpleegkundige handelingen opvallend. Krachtens de bepalingen van K.B. 13 november 1989 dient op het voorschrift van de arts te worden vermeld: de naam, de voornaam, het adres en het identificatienummer van de voorschrijver, de datum van het voorschrift, de handtekening van de voorschrijver. Deze bepaling geldt weliswaar slechts met het oog op de tussenkomst van de Z.I.V. maar kan als richtinggevend worden beschouwd voor de interpretatie van K.B. 18 juni 1990.

De technisch verpleegkundige prestaties vermeld in bijlage I K.B. 18 juni 1990 mogen enkel worden verricht door beoefenaars van de verpleegkunde die een van de kwalificaties vermeld in bijlage III van dit besluit bezitten (art. 2 K.B. 18 juni 1990). Een ziekenhuisassistent(e), d.w.z. een beoefenaar van de verpleegkunde bedoeld onder littera C van bijlage III, mag deze handelingen enkel verrichten onder het directe toezicht van een gegradueerd of een gebreveteerde verpleegkundige (art. 4 K.B. 18 juni 1990; deze bepaling is tot nu toe niet in werking getreden; art. 8 K.B. 18 juni 1990 zoals aangevuld door K.B. 4 september 1990, *B.S.*, 13 september 1990).

1216 Bijlage II K.B. 18 juni 1990 bevat de lijst van de handelingen die door een arts aan beoefenaars van de verpleegkunde kunnen worden toevertrouwd, of de zgn. toevertrouwde geneeskundige handelingen. Deze handelingen mogen enkel worden verricht door beoefenaars van de verpleegkunde die een van de kwalificaties vermeld onder de punten a) en b) van bijlage III van het besluit van 18 juni 1990 bezitten (art. 6 K.B. 18 juni 1990) (het betreft de gegradueerde en de gebreveteerd verpleegkundigen). Andere beoefenaars van de verpleegkunde zijn niet bevoegd deze handelingen te verrichten.

Nergens wordt bepaald onder welke voorwaarden een arts de uitvoering van een toevertrouwde medische handeling mag toevertrouwen aan een verpleegkundige. Eén voorwaarde volgt wel impliciet uit het hierboven vermelde art. 6. De arts mag enkel een bevoegde beoefenaar van de verpleegkunde belasten met de uitvoering van een toevertrouwde medische handeling, zoniet begaat hij een strafbaar feit (art. 38, 2°, b Wet Uitoefening Geneeskunst; ook de beoefenaar van de verpleegkunde kan worden gestraft op grond van art. 38, 2°, d). In bijlage II bij het vernietigde besluit van 11 maart 1985 werd een onderscheid gemaakt tussen diverse uitvoeringsmodaliteiten, zoals een voorschrift van de arts of de aanwezigheid van een arts.

1217 Op grond van art. 5, §1 en art. 21*ter*, §1, c Wet Uitoefening Geneeskunst is de Koning bevoegd de voorwaarden vast te stellen waaronder artsen aan beoefenaars van de verpleegkunde medische handelingen kunnen opdragen. Tot op heden werd die bevoegdheid niet gebruikt. K.B. 18 juni 1990 bepaalt enkel de lijst van technisch verpleegkundige prestaties en toevertrouwde medische handelingen, de kwalificatievoorwaarden en in beperkte mate uitvoeringsmodaliteiten. Eigenlijke delegatievoorwaarden treft men niet aan in dit besluit.

In eerdere publikaties werd getracht, aan de hand van rechtspraak maar vnl. vertrekkend van de bestaande praktijk in België en buurlanden, de voorwaarden te schetsen waaronder een arts de uitvoering van een medische handeling mag toevertrouwen aan een verpleegkundige (NYS, H. (ed), *Recht en verpleegkunde*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1985, tweede gewijzigde druk, nr. 59-69; NYS, H., *a.w.*, in *Recht voor verpleegkundigen*, nr. 762-770; zie in dezelfde zin, HEYLEN, R., "De civielrechtelijke aansprakelijkheid van verpleegkundigen in ziekenhuisverband, gezien in het licht van de eigen bevoegdheden", *Vl. T. Gez.*, 1989-90, 95 en in vergelijkbare zin, K.B. 13 november 1989, *B.S.*, 20 december 1989, met name §4*bis*, II, B, a : Voorwaarden inzake controle op de verstrekkingen.

Vooreerst dient vast te staan dat de betreffende handeling een medische handeling is en geen louter technische handeling (i.v.m. het maken van een radiografie, Antwerpen, 23 mei 1985, *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 85 bevestigd door *Cass.*, 28 april 1987, *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 30 en de bespreking hiervan, zie boven, 59).

Voorts mag enkel een bevoegde beoefenaar van de geneeskunde de uitvoering van een medische handeling opgedragen aan een verpleegkundige. Vervolgens dient de medische handeling van die aard te zijn dat zij kan worden toevertrouwd. Een aantal activiteiten zal een arts niet kunnen delegeren. In het algemeen betreft het de beslissingen omtrent de prognose, diagnose en therapie. Deze beslissingen raken de kern van het medisch handelen. Men kan er nog aan toevoegen dat ook de informatieplicht van de arts hoogst persoonlijk is en door de arts zelf moet worden waargenomen. De informatieplicht is alszodanig zeer nauw verbonden met de medische beslissing omtrent diagnose en therapie.

Een volgende voorwaarde is de zgn. selectieverplichting. De arts mag de uitvoering van een medische handeling slechts toevertrouwen nadat hij er zich van heeft vergewist dat de persoon aan wie

de opdracht wordt gegeven, de vereiste bekwaamheid bezit om deze opdracht naar behoren uit te voeren. Zie in dezelfde zin, de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen zoals gewijzigd door K.B. 13 november 1989, *B.S.*, 20 december 1989, §4*bis*, II, B, a, eerste : de arts moet zich vergewissen van de kwalificatie van zijn medewerkers, hun feitelijke bekwaamheid, hen de aanvullende opleiding geven die nodig is voor de methodes en de werking van de toestellen die hun worden toevertrouwd. Zie hieromtrent ook, Corr. Neufchâteau, 23 november 1989, *Jur. Liège*, 1990, 354 (begaat een fout de arts die een intraveneuze inspuiting opdraagt aan een niet gegradueerde verpleegkundige, daar waar het K.B. 11 maart 1985 dat op het ogenblik van de feiten van kracht was dit slechts toeliet aan gegradueerde verpleegkundigen). In het ontwerpbesluit dat het K.B. van 18 juni 1990 is geworden was bepaald dat de uitvoering van een handeling slechts mocht gebeuren door wie daartoe, behalve wettelijk bevoegd, ook feitelijk bekwaam was. Het vernietigde besluit van 11 maart 1985 bevatte een bepaling met dezelfde strekking. De Raad van State adviseerde t.a.v. het ontwerpbesluit die bepaling weg te laten omdat zij tot ernstige toepassingsmoeilijkheden aanleiding zou kunnen geven (*B.S.*, 26 juli 1990).

Voorts heeft de arts een instructieverplichting. Hij moet aan de verpleegkundige alle nodige informatie bezorgen i.v.m. de risico's verbonden aan de handeling, de toestand van de patiënt, de indicaties en de tegenindicaties. Het verdient, onder meer om bewijstechnische redenen, aanbeveling om deze instructies schriftelijk vast te leggen. Zie in dezelfde zin, de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen, §4*bis*, II, B, a, tweede.

Nog een voorwaarde is de toezichts- en begeleidingsverplichting. Tijdens de uitvoering van de opgedragen medische handeling dient medische begeleiding voorhanden te zijn. In beginsel mag de arts, als de vorige voorwaarden werden nageleefd, ervan uitgaan dat de verpleegkundige de opdracht op een zorgvuldige wijze en volgens de regels van de kunst zal uitvoeren. Niettemin dient medische begeleiding en de mogelijkheid tot toezicht voorhanden te zijn. De intensiteit van die begeleiding en dat toezicht kan variëren met de risico's verbonden aan de ingreep. Ook de aanwezigheid van de arts in de dienst of in het ziekenhuis en, zoniet, de vlotte bereikbaarheid ervan hangt met deze voorwaarden samen. Zie hieromtrent ook de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen, §4*bis*, II, B, a) derde tot achtste. Over het bestaan en de draagwijdte van deze toezichtsverplichting heeft twijfel bestaan. Aanleiding hiervoor waren de bewoordingen van art. 5, §1, eerste en tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst. Art. 5, §1, eerste lid geeft aan de Koning de bevoegdheid de voorwaarden vast te leggen waaronder artsen "op eigen verantwoordelijkheid en onder eigen toezicht" de uitvoering van bepaalde handelingen kunnen toevertrouwen aan paramedici. Het tweede lid betreft dezelfde bevoegdheid van de Koning, maar de woorden "eigen verantwoordelijkheid en onder eigen toezicht" komen daarin niet voor. Het Hof van Beroep te Luik aanvaardde de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een anesthesist omdat hij de uitvoering van een opgedragen medische handeling onvoldoende had gecontroleerd (Luik, 18 maart 1985, *Vl. T.Gez.*, 1985-1986, 326, noot HEYLEN, R.; zie over dit arrest ook, HENNAU-HUBLET, Chr., *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 183-187).

In een tegen deze uitspraak gericht cassatiemiddel werd voorgehouden dat art. 5, §1 Wet Uitoefening Geneeskunst onjuist was toegepast enerzijds omdat de verpleegkunde geen paramedisch beroep is en anderzijds omdat het stellen van de controleverplichting een voorwaarde toevoegt aan art. 5, §1, tweede lid. Het Hof van Cassatie wees dit middel af met de overweging dat, hoewel art. 5, §1, tweede lid niet dwingend oplegt dat de daar bedoelde handelingen onder controle en verantwoordelijkheid van een arts gebeuren, deze voorwaarde toch kan worden opgelegd in de uitvoeringsbesluiten, terwijl, zolang dit niet is gebeurd, het toevertrouwen van medische handelingen aan een verpleegkundige, op grond van art. 50, §1, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst moet worden beoordeeld in het licht van de vroegere rechtspraak. Als de feitenrechter vaststelt dat de controleplicht in die rechtspraak werd aanvaard, kan hij veroordelen wegens niet naleven van deze plicht (Cass., 20 november 1985, *Arr. Cass.*, 1986, 400; *Pas.*, 1986, I, 343; *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 342 en 1986-87, 43-45; *R.G.A.R.*, 1987, nr. 11.223, noot HEYLEN, R.). Art. 50, §1, tweede lid verwijst aldus uitdrukkelijk naar de rechtspraak om leemten van de wet of de reglementering aan te vullen. (Zie KRINGS, E., "Enkele beschouwingen betreffende de Rechtsstaat, scheiding der machten en Rechterlijke Macht, Rede uitgesproken door de Proc. Gen. E. Krings op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1989", *R.W.*, 1989-90, 176, noot 50).

Ten slotte heeft de arts een controleplicht na het beëindigen van de opgedragen medische handeling. Die plicht heeft niet alleen een op zichzelf staande betekenis (werd de handeling goed uitgevoerd?) maar laat ook toe te beoordelen of de andere verplichtingen m.n. selectie- en instructieplicht, werden nageleefd.

1218 De betrokkenheid van verpleegkundigen bij de uitvoering van medische handelingen heeft er toe geleid dat bij het beoordelen van de aansprakelijkheid van een arts of een ziekenhuis naar aanleiding van een schadegeval dat zich heeft voorgedaan in een ziekenhuis, ook de vraag is gerezen naar de mogelijke aansprakelijkheid van de verpleegkundigen.

In dit verband moet men er zich voor hoeden de eigen verantwoordelijkheid van verpleegkundigen in het kader van de Wet Uitoefening Geneeskunst te verwarren met de mogelijkheid zelf aansprakelijk te worden gesteld voor de schade die een patiënt leidt ten gevolge van de foutieve uitvoering van een opgedragen medische handeling. Dat een arts als gelegenheidsaansteller aansprakelijk wordt gehouden voor de gevolgen van zo'n foutieve uitvoering tast niet de eigen bevoegdheden en verantwoordelijkheden die verpleegkundigen in het kader van de Wet Uitoefening Geneeskunst hebben, aan (klaarblijkelijk wordt dit anders begrepen door HEYLEN, R., "De civielrechtelijke aansprakelijkheid van verpleegkundigen", *Vl. T. Gez.*, 1989-90, 90 die van mening is dat "de wet op de verpleegkunde in de praktijk niet veel veranderd heeft aan de burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor eigen daad in de verpleegkunde". Dat is vanzelfsprekend, vermits de Wet Uitoefening Geneeskunst, zijnde een voornamelijk administratiefrechtelijke regeling ondersteund door strafrechtelijke bepalingen de beginselen van het aansprakelijkheidsrecht ongemoeid heeft gelaten. Maar ook het omgekeerde is geldig.

1219 Voor fouten van ziekenhuisverpleegkundigen kunnen ofwel de arts die optrad als (gelegenheids)aansteller van de verpleegkundige of het ziekenhuis burgerlijk aansprakelijk worden gesteld.

Algemene uitspraken kunnen hieromtrent nauwelijks worden gedaan. De feiten en verhoudingen tussen de betrokkenen, die van geval tot geval verschillend kunnen zijn, zullen de doorslag geven (zie ook HEYLEN, R., *a.w.*, 101 en de door hem in noot 56 aangehaalde literatuur).

Uit vroegere analyses van de rechtspraak m.b.t. de verpleegkundige aansprakelijkheid is gebleken dat de aan verpleegkundigen verwijtbare handelingen zich rond drie problemenclusters bewegen (NYS, H., "Bevoegdheid en aansprakelijkheid van (ziekenhuis) verpleegkundigen in recente gerechtelijke uitspraken", in DEVYT, C. en DEFLOOR, T. (ed.), *Verpleegkunde : open venster op de toekomst*, Leuven, Acco, 1987, 175-186; HEYLEN, R., *a.w.*, 97 e.v.).

Een eerste categorie betreft het niet zorgvuldig nakomen van de bewakingsplichten op de hospitalisatieafdeling van een ziekenhuis, hetzij algemene ziekenhuizen, hetzij psychiatrische ziekenhuizen, hetzij instellingen voor mentaal gehandicapten (zie Luik, 26 mei 1981, *Jur. Liège*, 1981, 401-402; Antwerpen, 18 december 1984, *Vl. T. Gez.*, 1985, 504-505; Gent, 18 april 1985, *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 438, noot HEYLEN, R.; Luik, 23 september 1988, *J.T.*, 1989, 217; Rb. Luik, 10 mei 1984, *Vl. T. Gez.*, 1989-90, 28. Inzake de bewakingsplicht t.a.v. psychiatrische patiënten, zie boven, nr. 677) of in de recovery van een operatiezaal (zie Gent, 21 mei 1979, *R.G.A.R.*, 1986, nr. 11.094; Corr. Neufchâteau, 26 mei 1983, *Rev. Rég. Dr.*, 1983, 254; *R.D.P.*, 1983, 809, noot, bevestigd door Luik, 18 maart 1985, *Vl. T. Gez.*, 1986, 326, noot HEYLEN, R. en Cass., 20 november 1985, *Arr. Cass.*, 1986, 400; *Pas.*, 1986, I, 343; *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 342 en 1986-87, 43-45; *R.G.A.R.*, 1987, nr. 11.223, noot HEYLEN, R.; Corr. Brussel, 13 december 1985, *R.G.A.R.*,

1986, nr. 11.092; *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 138-140; Rb. Brugge, 10 november 1986, *R.W.*, 1987-88, 293, noot VANSWEEVELT, T.; *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 292, noot HEYLEN, R.; Rb. Namen, 29 februari 1988, *Rev. Rég. Dr.*, 1988, 270; zie hieromtrent ook NYS, H., in *Verpleegkunde. Open venster op de toekomst*, 176-179).

Een tweede reeks van uitspraken kan worden gegroepeerd rond de verplichting van verpleegkundigen een arts te verwittigen wanneer in het ziektebeeld van een patiënt zich een verslechtering voordoet. Volgens HEYLEN hebben de meeste fouten van verpleegkundigen die men aantreft in de rechtspraak te maken met deze verplichting (HEYLEN, R., *a.w.*, 99, die de volgende uitspraken vermeldt : Bergen, 14 oktober 1985, *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 138; *R.G.A.R.*, 1986, nr. 11.093; Luik, 25 juni 1986, *Jur. Liège*, 1986, 674, bevestigd door Cass., 11 februari 1987, *Arr. Cass.*, 1987, 780; *Pas.*, 1987, I, 695; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 45, noot ANDRE, J.J.; *J.T.*, 1987, 738, noot KEFER, F.; *Jur. Liège*, 1987, 630, noot PREUMONT, M., *R.D.P.*, 1987, 812, concl. Adv. Gen. JANSSENS DE BISTHOVEN en noot HENNAU-HUBLET, Chr.) (zie boven, nr. 475 e.v.). De verwittigingsplicht kan niet alleen als voorwerp hebben de gezondheidstoestand van de patiënt. Ingeval een verpleegkundige meent dat het niet tot haar taak behoort een bepaalde handeling te verrichten waarvan een arts mag aannemen dat zij die wel zal stellen, dient zij de arts hiervan op de hoogte te brengen (Luik, 18 maart 1985, *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 326).

Ten slotte zijn er de technisch verpleegkundige fouten, zoals zenuwbeschadigingen t.g.v. een verkeerd uitgevoerde intramusculaire injectie, verkeerd aansluiten van een beademingstoestel e.d. (zie Gent, 26 oktober 1979, *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 129, noot HEYLEN, R.; Brussel, 31 mei 1985, *R.G.A.R.*, 1988, nr. 11.352; *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 439, noot HEYLEN, R.; Corr. Neufchâteau, 26 mei 1983, *R.D.P.*, 1983, 809, noot; *Rev. Rég. Dr.*, 1983, 254, bevestigd door Luik, 18 maart 1985, *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 326, noot HEYLEN, R., en Cass., 20 november 1985, *Arr. Cass.*, 1986, 400; *Pas.*, 1986, I, 343; *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 342 en 1986-87, 43; *R.G.A.R.*, 1987, nr. 11.223, noot HEYLEN, R.; Rb. Brussel, 1 april 1985, *Vl. T. Gez.*, 1985-86, 28; Corr. Brussel, 13 december 1985, *R.G.A.R.*, 1986, nr. 11.092; *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 138; Rb. Brugge, 10 november 1986, *R.W.*, 1987-88, 293, noot VANSWEEVELT, T.; *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 292, noot HEYLEN, R.; Corr. Charleroi, 23 november 1989, *Jur. Liège*, 1990, 348; Corr. Neufchâteau, 23 november 1989, *Jur. Liège*, 1990, 354).

AFDELING IV

BEOEFENAARS VAN PARAMEDISCHE BEROEPEN

1220 De uitoefening van de paramedische beroepen wordt geregeld in hoofdstuk II Wet Uitoefening Geneeskunst.

Voor de toepassing van dat hoofdstuk wordt verstaan onder de uitoefening van een paramedisch beroep het gewoonlijk verrichten door anderen dan artsen, tandartsen, apothekers en beoefenaars van de verpleegkunde van technische hulpprestaties die verband houden met het stellen van de diagnose of met het uitvoeren van de behandeling, zoals zij nader bepaald kunnen worden in uitvoering van art. 23 alsook het "gewoonlijk" uitvoeren van de bij art. 5, §1, eerste lid bedoelde handelingen (art. 22, 1° als in 2° Wet Uitoefening Geneeskunst). Deze laatste handelingen betreffen handelingen die de diagnose voorafgaan of de toepassing van de behandeling aangaan of de uitvoering van maatregelen van preventieve geneeskunde betreffen. Zowel voor de handelingen bedoeld in art. 22, 1° en 2° kan de Koning de prestaties nader bepalen en de uitvoeringsmodaliteiten vaststellen. Tot op heden is dat voor geen enkel paramedisch beroep gebeurd. Dit brengt met zich dat onduidelijk is welke beroepen zich "paramedisch" mogen noemen. Een M.B. 12 augustus 1988 duidde de paramedische beroepen aan, *B.S.*, 7 oktober 1988, maar werd vernietigd door R.v.St., Chambre Syndicale Dentaires de Wallonie, nr. 33.462, 27 november 1989 (zie omtrent dit M.B., NYS, H., "Patiëntenvervoer als paramedisch beroep", *A. Hosp.*, 1988, afl. 4, 71;

zie over de problemen i.v.m. de uitvoering van deze bepalingen ook NYS, H., "Reclameregelingen voor de beoefenaars van een paramedisch beroep", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 149 en NYS, H., "Medische en paramedische beroepsuitoefening. Over oftalmologen en opticiens", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, nr.3).

Behalve in de Wet Uitoefening Geneeskunst vindt men ook nog in de Z.I.V.-Wet bepalingen die verband houden met de paramedische beroepsuitoefening (zie art. 153, §1 Z.I.V.-Wet. Voor een bespreking zie NYS, H., *a.w.*, *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 149 en NYS, H., *a.w.*, (1989), nr. 6).

Voorts geeft de rechtspraak i.v.m. de onwettige uitoefening van de geneeskunde schaarse aanknopingspunten voor de voorwaarden waaronder een arts aan een medewerker de uitvoering van medische handelingen mag opdragen (zie hierover, NYS, H., *a.w.*, *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 151, nr. 7).

De beoefenaars van een paramedisch beroep zijn geen beoefenaars van de geneeskunst. Enkel de personen die de geneeskunde *sensu stricto*, de tandheelkunde en de artsenijbereidkunde uitoefenen kunnen alszodanig worden beschouwd (R.v.St., De Voldere en co, nr. 27.852, 30 april 1987, *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 109; Rb. Kortrijk, 11 september 1986, *R.W.*, 1987-88, 152 : de kwijtende verjaringstermijn van art. 2272, eerste lid B.W. is niet van toepassing op de schuldvorderingen van kinesitherapeuten. Deze laatsten zijn niet gelijk te stellen met de beoefenaars van de geneeskunst).

1221 Door de Wet van 19 december 1990 tot wijziging van het K.B. nr. 78, *B.S.*, 29 december 1990, werden de bepalingen i.v.m. de bevoegdheden van paramedici grondig gewijzigd.

Aan deze wetswijziging lag een wetsvoorstel ten grondslag (Voorstel van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 779/1). Een van de bedoelingen van dit voorstel was de uitvoering mogelijk te maken van de Wet Uitoefening Geneeskunst inzake de beroepsbescherming van de paramedici. Tot dan toe was, behoudens de (betwiste) oprichting van een Nationale Raad voor paramedische beroepen bij K.B. 21 december 1989, *B.S.*, 3 februari 1990, geen uitvoering gegeven aan de bepalingen van deze wet m.b.t. de paramedische beroepen. Een van de struikelblokken was dat niemand expliciet bevoegd was om de lijst op te stellen van deze paramedische beroepen. Een M.B. van 12 augustus 1988 houdende aanduiding van de paramedische beroepen, *B.S.*, 7 oktober 1988, werd vernietigd door de Raad van State (supra nr. 1220). Om hieromtrent duidelijkheid te scheppen voegt de wet een nieuwe bepaling in de Wet Uitoefening Geneeskunst in, nl. art. 22*bis*, waarin de Koning wordt opgedragen de lijst vast te stellen van de paramedische beroepen. Een andere belangrijke hinderpaal werd gevormd door art. 46 Wet Uitoefening Geneeskunst dat aan de Academies voor geneeskunde een sleutelpositie toekende voor het regelen van de bevoegdheden van de paramedicus tegenover de arts. Een bevoorrechte getuige heeft dit art. 46 bestempeld als een "onmogelijk artikel, vrucht van bikkelharde negociaties waar de artsenorganisaties, dankzij een aantal handig bewerkte en invloedrijke leden van de regering grotendeels hun slag thuis haalden, al was het maar door de ingewikkeldheid van de procedure die de uitvoerende macht aan banden legt" (DILLEMANS, R., "De wetgevende besluiten betreffende de uitoefening van de geneeskunst in perspectief", *T.P.R.*, 1974, 184). In het oorspronkelijk voorstel werd aan dit art. 46 niet geraakt. Door de Minister van Sociale Zaken werden amendementen ingediend teneinde de procedure voorzien in art. 46, waarin de Academies voor geneeskunde een doorslaggevende stem hebben, te vervangen door een adviesprocedure die een kopie is van de procedure die dient te worden gevolgd voor het vaststellen van de bevoegdheden van de beoefenaars van de verpleegkunde (Voorstel van wet,

Gedr. St., Senaat, 1988-89, nr. 779/2, 7-9). De minister beoogde met zijn amendementen dat de paramedische beroepen "niet langer uitsluitend onderworpen zijn aan de censuur van de geneesheren". Wel wordt geen afbreuk gedaan aan de algemene opdracht van de Academies voor geneeskunde, die te allen tijde kunnen worden geraadpleegd, ook omtrent de hier behandelde problemen. Bij het Ministerie van Volksgezondheid wordt een technische commissie voor de paramedische beroepen opgericht (art. 35*bis* Wet Uitoefening Geneeskunst) met als opdracht het in art. 46*bis*, §2 bepaalde advies te verstrekken. Het betreft hier het advies dat moet worden uitgebracht vooraleer de Koning de voorwaarden kan vaststellen waaronder artsen, op eigen verantwoordelijkheid en onder eigen toezicht, personen die een paramedisch beroep uitoefenen kunnen belasten met het verrichten van bepaalde handelingen die de diagnose voorafgaan of de toepassing van de behandeling aangaan of de uitvoering van maatregelen van preventieve geneeskunde betreffen (art. 5, §1, eerste lid) of vooraleer Hij de lijst vaststelt van deze handelingen, de uitvoeringsmodaliteiten ervan en de vereiste kwalificatievoorwaarden (art. 5, §1, derde lid, 1°) of vooraleer Hij de lijst vaststelt van de technische hulpprestaties die verband houden met het stellen van de diagnose of met het uitvoeren van de behandeling en de voorwaarden waaronder zij moeten worden uitgevoerd (art. 23, §1).

De technische commissie voor de paramedische beroepen is paritair samengesteld uit vertegenwoordigers van de paramedische beroepen en vertegenwoordigers van de geneeskunst, d.w.z. artsen en/of tandartsen en/of apothekers (art. 35*bis*, §2). Het stellen van als paramedisch aangewezen handelingen door onbevoegden wordt strafbaar gesteld in art. 39, 1° Wet Uitoefening Geneeskunst. Het verbod geldt niet voor studenten in de verpleegkunde, tot een paramedisch beroep, in de geneeskunde of de artsenijbereidkunde en evenmin voor artsen en apothekers. Voorts mogen ook verpleegkundigen in het raam van hun beroep paramedische handelingen verrichten.

Personen die niet voldoen aan de bekwaamheidseisen voor de uitoefening van een bepaald paramedisch beroep maar die, wanneer de lijst van technische prestaties voor hun beroep gepubliceerd wordt, sinds minstens drie jaar tewerkgesteld zijn, mogen dezelfde werkzaamheden blijven verrichten onder dezelfde voorwaarden als de beoefenaars van de paramedische beroepen die zulke prestaties uitvoeren. Op straffe van verlies van dit voordeel moeten deze personen zich bij de bevoegde provinciale geneeskundige commissie melden na een nog door de Koning vast te stellen procedure (art. 54*ter*, §1 en §2 Wet Uitoefening Geneeskunst).

AFDELING V

VROEDVROUWEN

1222 In afwijking op art. 2, §1 Wet Uitoefening Geneeskunst dat de uitoefening van de geneeskunde voorbehoudt aan de houders van het wettelijk diploma van doctor in de genees-, heel- en verloskunde, zijn de houders van het diploma van vroedvrouw dat overeenkomstig de door de Koning vastgestelde bepalingen werd uitgereikt, gemachtigd de praktijk van de normale bevallingen te doen (art. 2, §2, eerste lid Wet Uitoefening Geneeskunst) (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 879-894).

De Wet Uitoefening Geneeskunst beschouwt de praktijk van de normale bevallingen als de uitoefening van de geneeskunde. In de mate dat vroedvrouwen wettelijk bevoegd zijn deze praktijk te beoefenen dienen zij als beoefenaars van de geneeskunde, naast de doctors in de geneeskunde en de licentiaten in de tandheelkunde, te worden beschouwd. Deze wet aanziet als onwettige uitoefening van de geneeskunde, het gewoonlijk verrichten door een onbevoegde persoon van elke handeling die tot doel heeft, of wordt voorgesteld tot doel te hebben, het toezicht uit te oefenen op de zwangerschap, op de bevalling of op het postpartum, alsmede elk ingrijpen dat erop betrekking heeft (art. 2, §2, derde lid).

1223 De Koning is bevoegd de regels vast te stellen welke de vroedvrouwen in de praktijk van de bevallingen moeten naleven (art. 2, §2, tweede lid Wet Uitoefening Geneeskunst). Voorafgaandelijk moet de adviesprocedure zoals bepaald in art. 46 worden gevolgd. Deze bevoegdheid werd tot nu toe niet gebruikt.

Wel werd onder het regime van de Wet van 12 maart 1818 op de uitoefening van de geneeskunst een K.B. uitgevaardigd betreffende het uitoefenen van het beroep van vroedvrouw (K.B. 16 oktober 1962, *B.S.*, 1 januari 1963) (HINNEKENS en RONSMANS, *Geneeskunst*, 27/1).

Krachtens art. 2 van dit besluit, dat geacht kan worden een wettelijke basis te vinden in art. 2, §2 Wet Uitoefening Geneeskunst, mag een vroedvrouw enkel bevallingen aannemen, waarvan het verloop heel waarschijnlijk eutokisch zal zijn (eutokia, eutokie betekent voorspoedige, normale bevalling, zie COELHO, M.B. en KLOOSTERHUIS, G., *Zakwoordenboek der geneeskunde*, Amsterdam, Elsevier, 1983, 219). Het vermelde art. somt deze bevallingen op. Art. 4, B van het Besluit van 16 oktober 1962 laat aan de vroedvrouw toe de opgesomde onderzoekingen te verrichten n.a.v. het toezicht op de zwangerschap, zoals urine-onderzoek, meten van de bloeddruk e.d. Krachtens art. 4, C is een vroedvrouw verplicht onmiddellijk de arts te verwittigen wanneer een miskraam nakend blijkt (in dit verband het arrest van het Hof van Beroep te Luik, 25 juni 1986 en Hof van Cassatie, 11 februari 1987, zie boven, nr. 475). Art. 5 van hetzelfde besluit somt een aantal handelingen op die een vroedvrouw tijdens een bevalling mag verrichten. Aldus het toedienen van baringbespoedigende geneesmiddelen en het uitvoeren van een episiotomie (d.i. operatieve verwijding van de schede-ingang door insnijding van het perineum, zie *Zakwoordenboek der geneeskunde*, 209). Art. 6, eerste lid bevat een niet limitatieve opsomming ("onder meer") van handelingen die een vroedvrouw niet mag verrichten. Aldus het gebruiken van een verlostang. Tijdens de toezichtsperiode na de bevalling moet de vroedvrouw een arts ontbieden in geval van abnormale temperatuur, bloeding, flebitisstoornissen of oogontsteking bij de pasgeborene (art. 6, tweede lid K.B. 16 oktober 1962). Op grond van art. 7 dient een vroedvrouw onmiddellijk de voorzitter van de bevoegde provinciale geneeskundige commissie op de hoogte te stellen van de gevallen van kraamkoorts die zij bij haar patiënten heeft vastgesteld. Deze voorzitter oordeelt of het nodig is haar te verbieden bevallingen te doen gedurende 15 dagen. Wanneer een barende vrouw of het kind tijdens of ten gevolge van de verlossing sterft moet de vroedvrouw, als zij niet door een arts werd bijgestaan, binnen 24 uur kennis geven van het overlijden aan de voorzitter van de bevoegde provinciale geneeskundige commissie en hem alle nuttige inlichtingen verstrekken, zowel over de omstandigheden die de dood hebben teweeggebracht, als over de pogingen die werden in het werk gesteld om een arts tijdig te ontbieden (art. 8 K.B. 16 oktober 1962). Zie voor de sancties op de niet-naleving van deze regels, art. 38, §1, 2°, a Wet Uitoefening Geneeskunst.

1224 Voor de uitoefening van de verpleegkunde wordt de persoon die in het bezit is van een diploma gelijkgesteld met de gegradueerde verpleegkundige (bijlage III, a, *in fine* bij K.B. 18 juni 1990 houdende vaststelling van de lijst van de technisch verpleegkundige prestaties en de lijst van de handelingen die door een geneesheer kunnen worden toevertrouwd, *B.S.*, 26 juli 1990). Het verrichten door een vroedvrouw van medische handelingen die noch voorkomen in bijlage I of II van het K.B. van 18 juni 1990, noch in het K.B. van 16 oktober 1962 betreffende het uitoefenen van het beroep van vroedvrouw is dan ook problematisch. Aldus de peridurale inspuiting van analgetica bij een bevalling (de zgn. pijnloze bevalling).

In antwoord op een parlementaire vraag zei de Minister van Sociale Zaken dat "de peridurale inspuiting van een geneesmiddel, zelfs met behulp van een reeds ingebracht catether, een medische handeling is die niet kan opgedragen worden". De Correctionele Rechtbank te Charleroi was van mening dat een verpleegkundige geen peridurale inspuitingen van een geneesmiddel mag verrichten behoudens, desgevallend, als zij handelt in zeer nauwe aanwezigheid van een reanimatiearts. *In casu* had de anesthesist die de opdracht tot inspuiting had gegeven zijn dienst verlaten en niet voor een behoorlijke vervanging gezorgd. Ten onrechte beriep de anesthesist zich op een zgn. gebruik dat zou toelaten dergelijke handelingen op te dragen buiten de aanwezigheid van een arts (Corr. Charleroi, 23 november 1989, *Jur. Liège,* 1990, 348). De genuanceerde benadering van de Correctionele Rechtbank is te verkiezen boven de ministeriële opvatting. Wat hier van zij, een en ander heeft geleid tot initiatieven tot wijziging van de wetgeving die de uitoefening van het beroep tot vroedvrouw reglementeert. Tot nu toe zonder resultaat.

HOOFDSTUK II

WETTELIJKE REGELING VAN DE RECHTSVERHOUDINGEN TUSSEN ARTSEN EN VOORZIENINGEN IN DE GEZONDHEIDSZORG

1225 De rechtsverhoudingen tussen artsen en gezondheidszorgvoorzieningen zijn door de wetgever enkel bepaald voor zover het om ziekenhuizen gaat. Die bepalingen worden hieronder besproken. Voorts vindt men in de reglementering van preventieve voorzieningen als medisch schooltoezicht (Wet 21 maart 1964 op het medisch schooltoezicht, *B.S.*, 15 april 1964; B.Vl.Ex. 30 juli 1985 betreffende de verplichtingen en de opdrachten inzake medisch schooltoezicht, *B.S.*, 15 november 1985) of centra voor geestelijke gezondheidszorg (B.Vl.Ex. 12 oktober 1988 inzake de erkenning en betoelaging van de centra voor geestelijke gezondheidszorg, *B.S.*, 14 februari 1989) meerdere bepalingen die de functie van de arts in deze voorzieningen nader specifiëren. Maar van een werkelijke regeling van de rechtsverhoudingen tussen arts en voorziening of een uitdrukkelijke specifiëring van de professionele opdrachten van de arts is in deze regelingen geen sprake. Een geheel andere rechtsverhoudingsregeling treft men aan in K.B. nr. 35 van 20 juli 1967 houdende het statuut en het barema van de adviserend geneesheren die tot taak hebben bij de verzekeringsinstellingen in te staan voor de geneeskundige controle op de primaire arbeidsongeschiktheid en op de gezondheidszorgverstrekkingen overeenkomstig de Z.I.V.-Wet, *B.S.*, 29 juli 1967. Afgezien van enkele bepalingen zoals art. 21 (beroepsgeheim, zie boven, nr. 903) overstijgt een bespreking van deze regeling de begrenzingen van deze studie.

Hetzelfde geldt voor het statuut van de arbeidsgeneesheer (zie daarvoor BLANPAIN, R., "De bescherming van de arbeidsgeneesheer", *R.W.*, 1977-78, 2577; VANACHTER, O., "Juridische problemen i.v.m. het statuut en de taken van de arbeidsgeneesheer", *R.W.*, 1977-78, 2557).

AFDELING I

WET OP DE ZIEKENHUIZEN

§1. Algemeen

1226 Titel IV van de Wet op de Ziekenhuizen (K.B. 7 augustus 1987 houdende coördinatie van de Wet op de Ziekenhuizen, *B.S.*, 7 oktober 1987 hierna vermeld als Gecoördineerde Ziekenhuiswet) bevat specifieke bepalingen betreffende het beheer van de ziekenhuizen en het statuut van de ziekenhuisgeneesheer.

Deze bepalingen kwamen tot stand door K.B. nr. 407 van 18 april 1986, *B.S.*, 6 mei 1986, dat zelf in aanzienlijke mate heeft geput uit een door de Senaat, maar niet door de Kamer goedgekeurd ontwerp van wet tot regeling van het statuut van de ziekenhuisgeneesheren (*Gedr. St.*, Senaat, 1983-84, nr. 653)(zie hieromtrent, VERMAERKE, R., "Het K.B. nr. 407 van 18 april 1986 en het statuut van de ziekenhuisgeneesheer", *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 89-93; zie voor een bespreking van het ontwerp van wet, NYS, H., "De bevoegdheden van de ziekenhuisbeheerder in het licht van het wetsontwerp betreffende het beheer van de ziekenhuizen en het statuut van de ziekenhuisarts", *Vl. T. Gez.*, 1984-85, 443-450). Hoofdstuk I van titel IV van de Gecoördineerde Ziekenhuiswet regelt "de betrokkenheid van de ziekenhuisgeneesheren bij de besluitvorming". Die betrokkenheid verloopt ofwel via een medische raad (art. 120 t.e.m. 128) ofwel via een permanent comité van overleg tussen de beheerder en de ziekenhuisgeneesheren (art. 129). Zie i.v.m. de samenstelling en de verkiezing van de leden van de medische raad, K.B. 10 augustus 1987 tot vaststelling van de regels m.b.t. de samenstelling en de werking van de medische raad, *B.S.*, 18 augustus 1987, *err. B.S.*, 15 september 1987, gew. bij K.B. 13 augustus 1990, *B.S.*, 5 september 1990; zie voor een uitgebreide bespreking van de art. 120 t.e.m. 129 Gecoördineerde Ziekenhuiswet, NYS, H., "Specifieke bepalingen betreffende het statuut van de ziekenhuisarts", in *Handboek Ziekenhuiswetgeving*, Brussel, Ced Samsom, losbl., Hoofdstuk 9.2). Zie i.v.m. de verplichte raadpleging van de medische raad, Rb. Leuven, 26 maart 1987, *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 29).

§2. Begrip ziekenhuisarts

1227 In de Gecoördineerde Ziekenhuiswet wordt de ziekenhuisgeneesheer gedefinieerd als "de geneesheer verbonden aan het ziekenhuis" (art. 8, 4°). Op zijn beurt wordt de "geneesheer" begrepen als "de beoefenaar van de geneeskunde bedoeld in art. 2, §1 K.B. nr. 78 van 10 november 1967" (art. 8, 3°).

Tijdens de bespreking van het wetsontwerp betreffende het statuut van de ziekenhuisgeneesheer verklaarde de minister in de Senaatscommissie dat het begrip "aan het ziekenhuis verbonden" ruim mag worden opgevat. Hij vond het niet doenbaar om in de wet zelf het begrip "ziekenhuisgeneesheer" nader te specifiëren (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 653/2, 48 en 58. In dezelfde zin, het verslag aan de Koning bij K.B. nr. 407, *B.S.*, 6 mei 1986, 6477-6478. Volgens de minister houdt het begrip "verbonden aan het ziekenhuis" wel een juridisch element in, in die zin dat het begrip impliceert dat er een aanstelling of benoeming is geweest door het beheersorgaan. In die zin zouden huisartsen die hun patiënten bijstaan bij de bevalling in het ziekenhuis, niet als ziekenhuisgeneesheer te beschouwen zijn. Toch kan een huisarts ziekenhuisarts in de zin van de wet zijn, als hij juridisch verbonden is aan het ziekenhuis.

De bepalingen van titel IV Gecoördineerde Ziekenhuiswet zijn krachtens art. 9 mede van toepassing "op de in het ziekenhuis werkzame beoefenaars van de tandheelkunde bedoeld in art. 3 eerste lid, K.B. nr. 78 evenals op de in het ziekenhuis werkzame apothekers of licentiaten in de scheikundige wetenschappen die overeenkomstig art. 5, §2 K.B. nr. 78 gemachtigd zijn analyses van klinische biologie te verrichten". Vermits de tandheelkunde (zie boven, nr. 1208) en analyses van klinische biologie deel uitmaken van de geneeskunde kunnen de beoefenaars ervan als beoefenaars van de geneeskunde worden beschouwd. Het zijn evenwel geen ziekenhuisgeneesheren, maar met ziekenhuisgeneesheren gelijkgestelden (zie art. 1, 2° K.B. 10 augustus 1987 tot vaststelling van de regels m.b.t. de samenstelling en de werking van de medische raad, *B.S.*, 18 augustus 1987). Daarentegen kunnen wel als ziekenhuisgeneesheer worden beschouwd, de artsen in opleiding tot medisch specialist (de zgn. g.s.o. of geneesheren-specialisten in opleiding) die beschikken over een stageplan goedgekeurd door de Minister van Volksgezondheid (art. 1, 1°, b K.B. 10 augustus 1987).

§3. Rechtsverhoudingen tussen het ziekenhuis en de ziekenhuisarts

A. ALGEMENE REGELING VAN DE RECHTSVERHOUDINGEN

1228 Luidens art. 130, §1, eerste lid Gecoördineerde Ziekenhuiswet dient in elk ziekenhuis een algemene regeling te worden vastgesteld betreffende de rechtsverhoudingen tussen het ziekenhuis en de artsen, en de organisatie-, werk- en financiële voorwaarden.

De vaststelling van deze algemene regeling gebeurt op initiatief van de ziekenhuisbeheerder (art. 130, §2, eerste lid). Hij moet voorafgaandelijk het advies vragen van de medische raad (art. 125, 1°). Indien dit advies voldoet aan de voorwaarden voor een zgn. bindend of verstrekt advies en de beheerder niet kan instemmen met dit advies dient de overleg- en bemiddelingsprocedure beschreven in art. 127, §2 en §3 en art. 128, §1, §2 en §3 te worden gevolgd. In beginsel kan de beheerder geen beslissing nemen die afwijkt van het voorstel van de bemiddelaar maar krachtens art. 128, §4 kan dit wel voor zover de algemene regeling die de beheerder wenst in te voeren slechts van toepassing is voor de nog voor de eerste maal in het ziekenhuis aan te werven artsen en niet voor de reeds in het ziekenhuis werkzame artsen. Bovendien mag die afwijkende regeling geen betrekking hebben op de bepalingen i.v.m. de beëindiging van de rechtsverhoudingen noch op de rechten en plichten m.b.t. de permanentie van de medische verzorging. Voorts moet de afwijkende beslissing gemotiveerd zijn (art. 128, §4).

1229 Wat de inhoud van de algemene regeling betreft bevat art. 130 twee soorten voorschriften. Enerzijds wordt bepaald wat niet in een algemene regeling mag worden opgenomen, nl. bepalingen die de professionele autonomie van de individuele ziekenhuisarts op het vlak van het stellen van de diagnose of het uitvoeren van de behandeling in het gedrang brengen (zie ook art. 127, §4, derde en vierde lid : bepalingen in de algemene regeling die niet verenigbaar zijn met art. 13 tot 17 of met titel IV van de Gecoördineerde Ziekenhuiswet worden als niet geschreven beschouwd). Anderzijds wordt de minimuminhoud van de algemene regeling vastgelegd (art. 130, §3). De algemene regeling moet minstens de volgende aangelegenheden regelen : voorwaarden i.v.m. de totstandkoming en de beëindiging van de rechtsverhoudingen tussen ziekenhuis en ziekenhuisarts; de werkvoorwaarden, de financiële regeling m.b.t. de medische activiteit en de rechten en plichten m.b.t. de permanentie van de medische verzorging.

B. RECHTSVERHOUDING ZIEKENHUIS-ARTS

1230 Onder verwijzing naar de algemene regeling, moeten de rechten en plichten van de individuele ziekenhuisarts en de ziekenhuisbeheerder en meer bepaald de werkvoorwaarden van de ziekenhuisarts schriftelijk vastgelegd worden hetzij in een overeenkomst, hetzij in een benoemingsakte (art. 131, §1).

Voor de toepassing van de Gecoördineerde Ziekenhuiswet moet onder ziekenhuisgeneesheer worden verstaan de aan een ziekenhuis verbonden geneesheer (art. 8, 4°) en onder geneesheer, de beoefenaar van de geneeskunst bedoeld in de Wet Uitoefening Geneeskunst (art. 8, 3° Wet op de

Ziekenhuizen). Nu enkel een natuurlijk persoon geneesheer kan zijn, kan alleen een natuurlijk persoon de hoedanigheid van ziekenhuisgeneesheer bezitten. Op grond van art. 131, §1 moeten de rechten en plichten van de individuele ziekenhuisarts en van de ziekenhuisbeheerder schriftelijk worden vastgesteld. Uit deze bepalingen blijkt volgens de Minister van Sociale Zaken duidelijk de wil van de wetgever om een rechtstreekse juridische band te scheppen tussen het ziekenhuis en de ziekenhuisarts en om te vermijden dat een tussenpersoon, hetzij een rechtspersoon (meer bepaald een eenpersoonsvennootschap) hetzij een natuurlijk persoon, optreedt tussen de partijen (*Vr. en Antw.*, Senaat, 1989-90, 3 april 1990, 1207, Vr. nr. 16 ARTS; in dezelfde zin, *Vr. en Antw.*, Senaat, 1989-90, 22 mei 1990, 1516, Vr. nr. 78 FLAGOTHIER). De Minister van Financiën deelt deze mening (*Vr. en Antw.*, Kamer, 1989-90, 17 juli 1990, 9703, Vr. nr. 514 DE GROOT).

Die interpretatie wordt evenwel aangevochten door fiscaal- en vennootschapsjuristen. Zie BONTE, J.Ph., "Commentaar", *Fiscale Koerier*, 1990, 346-347. Zie meer algemeen omtrent de uitoefening van het medisch beroep in vennootschapsverband, GEENS, K., "De professionele vennootschap van geneesheren", *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 83; "Kan een eenpersoonsvennootschap ziekenhuisgeneesheer zijn?", *T.R.V.*, 1990, 374. GROSEMANS, R. "La mise en société de la profession médicale", in DE VALKENEER, R. en DEHAN, P., (ed)., *L'exercice en société des professions libérales*, Brussel, Bruylant, 1989, 51-69; MEERT-VAN DE PUT, R., "Le problème de la responsabilité professionnelle dans le cadre de l'exercice en société de la profession médicale", in *L'exercice en société des professions libérales*, *a.w.*, 157-170.

1231 De schriftelijke regeling dient minstens te slaan op de concrete toepassing van de minimuminhoud van de algemene regeling en op de in art. 131, §2, 1° t.e.m. 4° vermelde punten (art. 131, §2).

1232 De Gecoördineerde Ziekenhuiswet specifieert niet de aard van de overeenkomst bedoeld in art. 131, §1.

Deze overeenkomst kan een arbeidsovereenkomst zijn zoals bedoeld in de Arbeidsovereenkomstenwet. Het wordt thans niet meer ernstig betwist dat een arts zijn medische activiteit kan uitoefenen in het kader van een arbeidsovereenkomst. De diagnostische en therapeutische vrijheid van de arts is niet onverenigbaar met het respect voor het gezag van een werkgever van wie hij richtlijnen ontvangt betreffende het uurrooster, de plaats van de arbeid en de te onderzoeken patiënten. Zelfs wordt thans in de rechtspraak aanvaard dat een arts die zijn intellectuele capaciteiten tegen betaling ter beschikking stelt van een andere arts, terwijl die laatste de verantwoordelijkheid draagt voor de gestelde medische handelingen, door een arbeidsovereenkomst verbonden is met die arts (Arbrb. Hoei, 17 juni 1977, *T.S.R.*, 1977, 442). Lange tijd werd de mogelijkheid om de geneeskunde in ondergeschikt verband uit te oefenen, verworpen door rechtsleer en rechtspraak (zie voor een beschrijving van de vroegere opvattingen, ENGELS, C., *Het ondergeschikt verband naar Belgisch Arbeidsrecht*, Leuven, Faculteit Rechtsgeleerdheid, 1989, 205-206). Die opvatting is thans achterhaald (ENGELS, C., *a.w.*, 208, noot 21 voor de rechtsleer en voor de rechtspraak; zie ook VAN EECKHOUTTE, W. e.a., "Overzicht van rechtspraak (1976-1987) Arbeidsovereenkomsten", *T.P.R.*, 1989, nr. 54. Volgens deze auteur blijkt de (recente) rechtspraak in de meerderheid der gevallen na een onderzoek van de verscheidene elementen van de arbeidsverhouding tot het besluit te komen dat er geen gezagsverhouding en dus geen arbeidsovereenkomst aanwezig is. In dat geval wordt de overeenkomst in de regel als een aannemingsovereenkomst beschouwd. Zie hiervoor ook STEYAERT, J., DE GANCK, C. en DE SCHRIJVER, L., *Arbeidsovereenkomst*, *A.P.R.*, Brussel, E. Story-Scientia, 1990, nr. 49-50 en VANACHTER, O., "Medische en paramedische medewerkers : werknemers of zelfstandigen", *A. Hosp.*, 1990, afl. 3, 5).

C. GELDELIJK STATUUT VAN DE ZIEKENHUISARTS

1233 Hoofdstuk III en titel IV Gecoördineerde Ziekenhuiswet bevat bepalin-

gen in verband met het geldelijk statuut van de ziekenhuisarts (zie boven, nr. 1136 e.v. voor een bespreking van enkele van deze bepalingen).

AFDELING II

O.C.M.W.-WET

1234 Luidens art. 147 Gecoördineerde Ziekenhuiswet strekken de bepalingen van deze wet die in de voorgaande afdeling ter sprake kwamen, voor wat betreft de ziekenhuizen die door een O.C.M.W. worden beheerd tot aanvulling van de O.C.M.W.-Wet, en met name van de art. 48, art. 51 t.e.m. art. 56 en art. 94 van die wet.

1235 Art. 48, eerste lid O.C.M.W.-Wet draagt aan de raad voor maatschappelijk welzijn van een O.C.M.W. op de regelen te bepalen volgens welke de beoefenaars van de geneeskunst toegelaten worden tot de uitoefening van hun beroep in de instellingen en diensten van het centrum. Ingeval die beoefenaars van de geneeskunst niet benoemd worden noch bezoldigd volgens statutaire bepalingen, dan worden hun betrekking met het O.C.M.W. geregeld op basis van een schriftelijke overeenkomst (art. 48, tweede lid O.C.M.W.-Wet).

De Wet van 3 maart 1925 op de openbare onderstand die werd vervangen door de O.C.M.W.-Wet verbood een C.O.O. niet om overeenkomsten te sluiten om zich te verzekeren van de occasionele medewerking van sommige artsen; maar de wettelijkheid van een contractuele aanwerving van een arts voor een permanente functie was betwist (R.v.St., O.C.M.W. Leuze, nr. 23.576, 14 oktober 1983; Gent, 11 mei 1987, *Vl. T. Gez.*, 1987, 435).

De O.C.M.W.-Wet aanvaardt uitdrukkelijk de contractuele aanwerving. Om het even welke vorm van overeenkomst (arbeidsovereenkomst; aannemingsovereenkomst) komt hiervoor in aanmerking voor zover zij schriftelijk werd opgesteld (R.v.St., Weyns, nr. 19.895, 6 november 1979, *R.W.*, 1979-80, 2246, noot SWARTENBROUX-VANDERHAEGEN, S.). De voorkeur die vroeger werd gegeven aan de statutaire aanwerving boven de contractuele werkt ook nog door in art. 48 O.C.M.W.-Wet. "Uit art. 48 volgt dat, behoudens uitzonderlijke omstandigheden die het afsluiten van een schriftelijke overeenkomst wettigen, de door het O.C.M.W. benoemde artsen onderworpen zijn aan een publiekrechtelijk statuut" (R.v.St., Langlet, nr. 22.384, 25 juni 1982; R.v.St., O.C.M.W. Leuze; nr. 23.576, 14 oktober 1983; R.v.St., Kiebooms, nr. 29.005, 10 december 1987 : wanneer er geen schriftelijke overeenkomst werd gesloten en er beslissingen voorhanden zijn waarin eenzijdig tot de aanstelling van de ziekenhuisarts werd beslist binnen de in het kader voorziene betrekkingen en wanneer bovendien de ziekenhuisartsen onderworpen zijn aan een eenzijdig wijzigbaar reglement van orde, dient te worden besloten tot het bestaan van een statutaire rechtsverhouding). Art. 48 O.C.M.W.-Wet aanvaardt uitdrukkelijk de contractuele aanwerving. Vanaf zijn inwerkingtreding op 1 januari 1977 beheerst deze wet de gevolgen van situaties die daarvóór bestonden. De contractuele aanwerving van een arts vóór die datum, hoewel in strijd met de toen bestaande wetgeving, kan sedertdien niet meer worden aangevochten (R.v.St., O.C.M.W.-Leuze, nr. 23.576, 14 oktober 1983). De door art. 48, tweede lid O.C.M.W.-Wet geboden mogelijkheid tot contractuele aanwerving brengt niet met zich dat een statutaire aanwerving retroactief in een contractuele aanwerving wordt omgezet (R.v.St., Momballiu, 27 september 1984; R.v.St., Kiebooms nr. 29.005, 10 december 1987; Gent, 11 mei 1987, *Vl. T. Gez.*, 1987, 435; Antwerpen, 18 april 1988, *Vl. T. Gez.*, 1988, 435). Statutaire en contractuele aanwerving kunnen niet samengaan. Het voordeel van de vastheid van bediening dat voortvloeit uit de

statutaire benoeming is onverenigbaar met een contractuele aanwerving. Door de combinatie van een contractuele verhouding en de vastheid van betrekking zou aan het contract niets kunnen gewijzigd worden zonder de instemming van de betrokken arts (R.v.St., Beck, nr. 14.218, 2 juli 1970; *anders*, Rb. Brugge, 14 maart 1983, *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 30, noot NYS, H.). Wel kan aan een rechtshandeling die juridisch als een eenzijdige benoeming door de overheid voorkomt, in feite een overleg tussen overheid en benoemde voorafgaan om eerst na te gaan in welke voorwaarden de te benoemen persoon de benoeming zou kunnen aanvaarden (R.v.St., Beck, nr. 14.218, 2 juli 1970, R.v.St., Machtelinckx, nr. 20.732, 27 november 1980). De ondertekening van een aanstellingsbrief "voor akkoord" maakt de aanwerving niet contractueel (R.v.St., Momballiu, 27 september 1984; Gent, 11 mei 1987, *Vl. T. Gez.*, 1987, 435). Uit de parlementaire voorbereiding van art. 48 O.C.M.W.-Wet blijkt dat met de woorden "toegelaten zijn" bedoeld worden de beoefenaars van de geneeskunst die in een instelling of een dienst van het O.C.M.W. zijn tewerkgesteld en in deze hoedanigheid op een of andere wijze gebruik maken van de mogelijkheden welke de instelling of de dienst hen biedt, zoals b.v. de ziekenhuisapparatuur of een kabinet voor raadpleging. Huisartsen die hun patiënten bezoeken zonder dat zij in het ziekenhuis zijn tewerkgesteld zijn niet "toegelaten" en vallen niet onder art. 48 (R.v.St., De Paep, nr. 20.255, 26 maart 1980, *Vl. T. Gez.*, 1980-81, afl. 3, 27-29, noot THEYS, S.; R.v.St., Van Heuverzwijn, nr. 23.439, 7 juli 1983)(vergelijk de interpretatie van "toegelaten" met "verbonden aan het ziekenhuis", zie boven, nr. 1225). Art. 9 O.C.M.W.-Wet dat beoefenaars van de geneeskunst bedoeld in art. 48 uitsluit als lid van de raad voor maatschappelijk welzijn is niet van toepassing op een niet toegelaten arts. De arts die zijn ereloon ontvangt van het O.C.M.W. dat ter zake ofwel als derde betalende optreedt voor rekening van een ziekenfonds ofwel als steunverlenende aan een behoeftige dit ereloon ter zijnen laste neemt, is evenmin een "door het O.C.M.W. bezoldigd personeelslid" als bedoeld in art. 9, f O.C.M.W.-Wet (R.v.St., De Paep, nr. 20.225, 26 maart 1980; *Vl. T. Gez.*, 1980-81, afl. 3, 27-29, noot THEYS, S.). De onverenigbaarheid die art. 49, §4 O.C.M.W.-Wet instelt tussen de hoedanigheid van beoefenaar van de geneeskunst die zijn werkzaamheden uitoefent in één van de inrichtingen of diensten van een O.C.M.W. met het mandaat van burgemeester of gemeenteraadslid in de betrokken gemeente of met het lidmaatschap van het beheerscomité als bedoeld in art. 109 Gecoördineerde Ziekenhuiswet, geldt zowel voor de statutair als voor de contractueel aangeworven artsen (R.v.St., Weyns, nr. 19.895, 6 november 1979; *R.W.*, 1979-80, 2246, noot SWARTENBROUX-VANDERHAEGEN, S., die verwijst naar de parlementaire voorbereiding van art. 49, §4 : "zij, d.i. de onverenigbaarheid, slaat op alle gevallen zoals wij ze bij art. 48 hebben besproken").

Hoewel het verstrekken van zorgen de fundamentele opdracht is van een O.C.M.W.-ziekenhuisarts betekent dit niet dat elke arts voortdurend moet deelnemen aan de zorgverstrekking. Hoe hoger een arts in de hiërarchie van het ziekenhuis staat, hoe meer taken in verband met klinische research, beheer en onderwijs in de plaats komen van directe zorgverstrekking (R.v.St., O.C.M.W. Brussel, nr. 32.666, 31 mei 1989).

1236 Art. 51 t.e.m. 54 O.C.M.W.-Wet hebben betrekking op de tuchtsancties die kunnen worden opgelegd aan de statutair benoemde personeelsleden, zoals de schorsing en de afzetting.

Volgens de Raad van State kan de afzetting van een statutair benoemd arts door een raad voor maatschappelijk welzijn met toepassing van art. 51 O.C.M.W.-Wet niet afhankelijk worden gesteld van de inhoud van het voorafgaand advies van de medische raad, zoals voorgeschreven door het reglement van de commissie van openbare onderstand. Art. 51 heeft impliciet het reglement van de commissie van openbare onderstand opgeheven, inzoverre het een dergelijk advies oplegt (R.v.St., Claeys, nr. 22.008, 11 februari 1982).
Tegenwoordig moet men rekening houden met art. 125, 7° Gecoördineerde Ziekenhuiswet. Luidens deze bepaling, samen gelezen met art. 126, §1, eerste lid van die wet kan de ziekenhuisbeheerder slechts overgaan tot de afzetting van een ziekenhuisarts wanneer hij voorafgaandelijk het advies van de medische raad van het ziekenhuis heeft ingewonnen. Gelet op de algemene bewoordin-

gen van deze bepalingen en in het bijzonder gelet op art. 147 Gecoörd. Ziekenhuiswet gelden zij ook voor de afzetting van een statutair benoemd arts in een O.C.M.W.-ziekenhuis. Het Verslag aan de Koning bij het K.B. nr. 407 (*B.S.*, 6 mei 1986, 6487) laat hieromtrent niet de minste twijfel bestaan: de verplichting een advies te vragen voorafgaand aan de afzetting geldt zowel in de private als de openbare ziekenhuizen. In zijn advies bij het ontwerp K.B. nr. 407 had de Raad van State laten verstaan te twijfelen aan de verplichting een advies te vragen bij afzetting van een statutair benoemd arts (*B.S.*, 6 mei 1986, 6499). Indien aan de daarvan geldende voorwaarden is voldaan, is het advies van de medische raad zgn. bindend voor de ziekenhuisbeheerder (art. 127, §1). Dit houdt in dat de beheerder slechts een beslissing kan nemen overeenkomstig de overleg- en bemiddelingsprocedure van art. 127, §2 en §3 en art. 128, §1 t.e.m. §3. De ziekenhuisbeheerder kan overgaan tot de afzetting van een ziekenhuisarts zonder advies van de medische raad, wanneer die afzetting gebeurt om een dringende reden. De Raad van State heeft bezwaar gemaakt tegen deze uitzonderingen omdat zij een onderscheid inbouwt tussen contractueel aangeworven artsen in private of openbare ziekenhuizen en statutair benoemde artsen in O.C.M.W.-ziekenhuizen. Een contractueel aangeworven arts die wordt afgezet omwille van een al dan niet terecht ingeroepen dringende reden ontbeert iedere preventieve rechtsbescherming. Hij kan zich tot de bevoegde rechter wenden nadat hij reeds werd afgezet. De statutair benoemde artsen in O.C.M.W.-ziekenhuizen kunnen zich daarentegen beroepen op de preventieve rechtsbescherming die de O.C.M.W.-Wet biedt (*B.S.*, 6 mei 1986, 6500). De Regering oordeelde het echter niet redelijk om een contractueel aangeworven arts een preventieve rechtsbescherming te laten genieten en is niet ingegaan op de suggestie van de Raad van State in die zin (*B.S.*, 6 mei 1986, 6488). Wel werd ingegaan op de vraag van de Raad van State om de uitzondering (afzetting om dringende reden) te verduidelijken (zie art. 125, laatste leden Gecoördineerde Ziekenhuiswet).

Essentieel voor de "afzetting" is de idee van de sanctie of tuchtstraf. Dit is onbetwistbaar zo voor de afzetting bedoeld in art. 51 O.C.M.W.-Wet (zie b.v. R.v.St., Claeys, nr. 22.008, 11 februari 1982). Of de afzetting bedoeld in art. 125 Gecoördineerde Ziekenhuiswet enkel moet worden opgevat als een sanctie dan wel ruimer dient te worden begrepen in deze zin dat ook de beëindiging van de rechtsverhoudingen d.m.v. een opzegging of een ontbinding daaronder valt, heeft aanleiding gegeven tot uiteenlopende interpretaties. Dit houdt verband met de adviesbevoegdheid van de medische raad t.a.v. de beëindiging van de rechtsverhoudingen. Vermits in art. 125, 8° sprake is van "andere sancties tegen de ziekenhuisgeneesheren" mag men besluiten dat de afzetting waarvan sprake is in art. 125, 7° eveneens als sanctie werd bedoeld (NYS, H., "Specifieke bepalingen betreffende het statuut van de ziekenhuisarts", *a.w.*, 9.2./13; in dezelfde zin, VERMAERKE, R., *a.w.*, 103).

1237 Het statutair dienstverband waarin een statutair benoemd ziekenhuisarts staat tegenover het O.C.M.W. houdt in dat hem eenzijdig verplichtingen kunnen worden opgelegd (R.v.St., Machtelinckx, nr. 20.732, 27 november 1980).

Gelet op het voltijds karakter van het ambt kan de raad voor maatschappelijk welzijn met het oog op een regelmatige zorgenverstrekking in het ziekenhuis, de nevenactiviteiten van de artsen regelen (R.v.St. Machtelinckx, nr. 20.732, 27 november 1980; zie ook R.v.St. V., nr. 29.371, 18 februari 1988). De eenzijdige wijziging voor de toekomst van de regeling betreffende erelonen is geenszins onverenigbaar met de statutaire toestand van de arts (R.v.St. De Moor, nr. 19.124, 10 juli 1978; zie ook R.v.St., Kiebooms, nr. 29.005, 10 december 1987 : eenzijdige wijziging van het % van de afhoudingen op de inkomsten van de ziekenhuisarts). Op grond van een wettelijke bepaling kan zelfs een lopende overeenkomst worden gewijzigd (R.v.St., A.M.H.I.C.I., nr. 31.897, 3 februari 1989 : art. 4, §2 Wet 2 februari 1982 machtigt de Koning uitdrukkelijk om de vigerende wettelijke bepalingen op te heffen, aan te vullen, te wijzigen of te vervangen. Die machtiging impliceert dat de Koning regelen kan vaststellen die gelden m.b.t. lopende overeenkomsten). Tegenwoordig moet de bevoegdheid van de raad voor maatschappelijk welzijn om eenzijdige wijzigingen aan te brengen in de toestand van de statutair benoemde ziekenhuisartsen nochtans worden

begrepen in het licht van de bepalingen van de Gecoördineerde Ziekenhuiswet die de betrokkenheid van de ziekenhuisartsen bij de besluitvorming in het ziekenhuis regelen (zie vorige afdeling, nr. 1224 e.v.)

1238 Een wijziging aan het bezoldigingsstelsel van de ziekenhuisarts doet geen afbreuk aan het statutair dienstverband waaronder deze tewerkgesteld is vermits aan een dergelijk dienstverband slechts een einde kan gesteld worden door een eenzijdige overheidsbeslissing. Dit verband kan slechts een contractuele verhouding worden indien tussen het O.C.M.W. en de arts een overeenkomst gesloten werd (Antwerpen, 18 mei 1988, *Vl. T. Gez.*, 1987-88, 435).

AFDELING III

WET PERSOON GEESTESZIEKEN

1239 De Wet Persoon Geesteszieke bevat twee bepalingen die raken aan het statuut van de artsen werkzaam in een psychiatrische ziekenhuisdienst, nl. art. 36 en 41.

Art. 36, 1°, b geeft aan de Koning de bevoegdheid om, naast de erkenningsnormen en voorwaarden opgelegd door de Gecoördineerde Ziekenhuiswet de specifieke voorwaarden te bepalen waaraan iedere psychiatrische dienst moet voldoen, meer bepaald de kwalificatie, de wijze van bezoldiging, de aanwijzing en intrekking van de aanwijzing van de geneesheren-diensthoofd van de psychiatrische diensten die gemachtigd zijn om de beslissingen bedoeld in deze wet te nemen, alsmede de voorwaarden waaronder zij hun opdracht uitvoeren.

Art. 13, 2° Gecoördineerde Ziekenhuiswet bepaalt dat in ieder ziekenhuis een geneesheer-diensthoofd is voor ieder van de verschillende diensten van het medische departement. De taken van zo'n geneesheer-diensthoofd hebben betrekking op de organisatie en coördinatie van de medische activiteit in het ziekenhuis (zie art. 13, 3°, tweede lid Gecoördineerde Ziekenhuiswet en K.B. 15 december 1987 houdende uitvoering van de art. 13 t.e.m. 17 Wet op de Ziekenhuizen, *B.S.*, 25 december 1987). In art. 36, 1°, b Wet Persoon Geesteszieke wordt "geneesheer-diensthoofd" in een andere, meer inhoudelijke en minder organisatorische betekenis gebruikt (zie art. 12 : einde van de observatie; art. 13 : beslissing tot verder verblijf; art. 16 : beslissing tot nazorg: art. 17 : modaliteiten van de nazorg ; art. 18 : overbrenging naar een andere dienst; art. 19 : beëindiging van het verder verblijf; al deze bepalingen kennen aan de geneesheer-diensthoofd bevoegdheden toe om beslissingen te nemen met een zeer verregaande draagwijdte t.a.v. de persoon van de geesteszieke).

1240 Op grond van art. 36, 1°,b, tweede lid kunnen de geneesheren-diensthoofd slechts ontslagen worden in geval van grove nalatigheid of schending van hun wettelijke of conventionele verplichtingen, maar in geen geval wegens beslissingen genomen of handelingen verricht in overeenstemming met de bepalingen van deze wet.

Deze bescherming tegen ontslag vloeit rechtstreeks voort uit de wet; een uitvoeringsbesluit is overbodig. Door deze ontslagbescherming heeft de wetgever de onafhankelijkheid van de geneesheer-diensthoofd tegenover de ziekenhuisbeheerder willen versterken. De bepaling is in zekere mate geïnspireerd door art. 3, 4° Krankzinnigenwet 1850-1873, dat de benoeming en de afzetting van de aan de inrichtingen voor geesteszieken verbonden artsen afhankelijk maakte van de machtiging van de Regering (zie Wetsontwerp betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke, *Gedr. St.*, Kamer, 1974-75, nr. 279/9, verantwoording bij het regeringsamendement dat aan de basis ligt van de huidige wettekst). De beslissing van een geneesheer-diensthoofd om een einde te maken aan de observatie of het verder verblijf kan voor de ziekenhuisbeheerder schadelijke gevolgen hebben. Daarom verdient de geneesheer-diensthoofd een extra bescherming.

Die bescherming geldt slechts voor de geneesheren-diensthoofd van een psychiatrische dienst. De artsen verbonden aan zo'n dienst (zie b.v. art. 11, tweede lid waar sprake is van "een geneesheer van de dienst"), genieten niet van deze bescherming, hoewel ook zij bevoegd zijn beslissingen te nemen die in strijd kunnen zijn met de belangen van de ziekenhuisbeheerder.

1241 De artsen die in dienst waren bij de inwerkingtreding van de Wet Persoon Geesteszieke en ressorteren onder het bij K.B. van 4 juni 1920 opgerichte Bijzonder Fonds, verkrijgen een tenminste even gunstige bezoldigingsregeling als zij tevoren hebben genoten (art. 41, eerste lid).

Het K.B. 4 juni 1920 (*B.S.*, 14 juli 1920) werd genomen in uitvoering van art. 3, 4° Krankzinnigenwet 1850-1873. Door de opheffing van deze wet werd ook dit Bijzonder Fonds afgeschaft (Ontwerp van wet, *Gedr. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 733/6, 2). Voortaan valt de betaling van deze artsen ten laste van de ziekteverzekering, d.m.v. de toezichtshonoraria (*id.*).

ZAAKREGISTER

A

Aangifte van,
- arbeidsongevallen, 943
- besmettelijke ziekten, 939
- doodgeboren kind, 509
- geboorte, 505, 510, 513, 941, 1169
- kindermishandeling, 958, 964 e.v.
- misdrijven, 945, 958 e.v.
- overlijden, 733, 734
- seksueel overdraagbare ziekten, 940

Aansprakelijkheid, 342 e.v.,
- apparatuur, 348
- bloed, 345
- cumulatieve aansprakelijkheid, 350
- experimenten, 849 e.v.
- paramedici, 350
- post-operatief toezicht, 349
- pre-operatief toezicht, 349
- psychiater, 667 e.v., 725 e.v.
- psychiatrische instelling, 679 e.v., 725 e.v.
- sperma, 345, 371
- sterilisatie, 355 e.v.
- verlies van een kans, 347
- verpleegkundigen, 347, 1214, 1217 e.v.
- ziekenhuis, 347
- zwangerschapsafbreking, 473

Aanwervingsonderzoek,
- medisch beroepsgeheim, 909
- medische gegevens, 293

Acupunctuur, 74, 75

Administratieve gezondheidsdienst,
- medisch beroepsgeheim, 899

Administratief personeel van ziekenfondsen,
- zwijgplicht, 912

Adviserende geneesheren, 102,
- erkenning, 29
- medisch beroepsgeheim, 901, 903 e.v.

Aflevering van geneesmiddelen,
- anticonceptiva, 351, 352
- conformiteit, 1206
- kwaliteit, 1206
- monopolie, 1199 e.v.
- verplichting, 1204, 1205

Aflevering van getuigschrift, 1095,
- verplichting, 1168 e.v.
- weigering, 1162 e.v.

Akte van geboorte, 508, 510, 516

Alcoholisme,
- medische gegevens, 291

Ambtenaar burgerlijke stand,
- aangifte van geboorte, 941
- akte van geboorte, 504, 508, 510, 516
- akte van vertoning van levensloos kind, 508
- kennisgeving van bevalling, 503
- toelating tot begraving, 733, 735
- vaststelling van overlijden, 735

Ambulante geestelijke gezondheidszorg,
- bijhouden medisch dossier, 1007 e.v.
- mededeling van medische gegevens aan derden, 1009

Anonimiteit,
- medisch begeleide bevruchting, 372 e.v.
- overlijdensregisters, 733
- proefpersonen, 824

Anticonceptie,

- niet-heelkundige -, 351 e.v.
- onvrijwillige -, 362
- sterilisatie, 354 e.v.
Anticonceptiva,
- afleveringsmonopolie, 1201
- afleveringsplicht, 1204
- geneesmiddelen, 351
- HIV-virus, 351
- informatie, 392
- reclame, 351
- registratieverplichting, 464
- voorlichting, 352
- voorschriften, 352
Apotheker,
- aansprakelijkheid, 1207
- afleveringsplicht, 1063, 1204, 1205
- bloedafname, 54, 55
- diagnostische vrijheid, 1037 e.v.
- diploma, 1198
- medisch-farmaceutische cumulatie, 1199, 1200
- monopolie, 1199 e.v.
- substitutie, 1204
- therapeutische vrijheid, 1037 e.v.
- verjaring schuldvordering, 1172
- wachtdienst, 266 e.v.
- weigering afgifte geneesmiddel, 1204
Arbeidsgeneesheer,
- bedrijfsgeheim, 909
- erkenning, 29
- mededeling medische gegevens, 1009
- medisch beroepsgeheim, 902, 909
Arbeidsongeschiktheid,
- valsheid in geschriften, 1032
- zwijgplicht controlerende arts, 907 e.v., 917, 955
Arbeidsongevallen,
- aangifte, 943
Arbeidsrechtbank,
- honoraria-akkoorden, 1113
Arts-ambtenaar,
- inschrijving op lijst, 102
Ashingdane, 558
Autotransplantatie, 860, 888
Autopsie, 746,
- burgerlijke zaken, 754 e.v.
- definitie, 748
- gebruik, 759 e.v.
- geen-bezwaar systeem, 759, 761
- medisch-wetenschapelijke -, 758
- nabestaande, 754 e.v.
- natuurlijke doodsoorzaak, 765
- sancties, 764 e.v.
- strafzaken, 753
- toelaatbaarheid, 750
- toelating tot begraving, 765
- toestemming, 759 e.v.
- verzekeringsmaatschappij, 754, 755, 757
- verzet, 753, 755, 757, 758, 759

B

Bedrijfsgeheim, 909
Bekendmaken van medische gegevens, 921 e.v.,
- aangifte van misdrijven, 945 e.v., 958 e.v.
- arbeidsongevallen, 943
- besmettelijke ziekten, 939
- bevalling, 941
- gedwongen opname, 944
- geneesheer-inspecteur-R.I.Z.I.V., 936 e.v.
- hulpverleningsplicht, 949 e.v.
- medisch getuigschrift, 1001
- seksueel overdraagbare ziekte, 940
- toestemming, 952 e.v.
- wettelijke verplichting, 935 e.v.
Benthem, 113
Beroepsgeheim,
- zie Geheimhoudingsplicht
Beroepsmisdrijf,
- beroepsgeheim, 990

Beschermingsmaatregelen jegens geesteszieke, 554 e.v.,
- exclusiviteitsbeginsel, 555
- gedwongen opname, 554 e.v.
- subsidiariteitsbeginsel, 555
- verpleging in een gezin, 651 e.v.
Beschikking om niet,
- captatie, 1186
- t.v.v. arts, 1185 e.v.
- vergeldende beschikking, 1196
Beslissingsbekwaamheid,
- geesteszieke, 673
Besmettelijke ziekte,
- gedwongen opname, 560
Bevalling,
- begin van -, 476 e.v.
- betekenis, 477
- hulpverleningsplicht, 486 e.v.
- kennisgeving van -, 503, 504
- onopzettelijke levensbeëindiging tijdens -, 483 e.v.
- onopzettelijke levensbeëindiging voor bevalling, 490 e.v.
- opzettelijke levensbeëindiging tijdens -, 474 e.v.
- plichten van arts ,497 e.v.
Bewaking,
- aansprakelijkheid, 349
Bewaking geesteszieke, 625, 678 e.v., 715, 725 e.v.,
- opheffing, 661
- bewakingsplicht, 726 e.v.
Bewusteloze,
- experimenten, 836
- medische behandelingsovereenkomst, 338
Bijstand geesteszieke,
- gedwongen opneming ter observatie, 596
- klachtrecht, 662
- recht op bezoek raadsman, 663
- recht op briefgeheim, 662
Biopsie, 889
Bloed,
- donatie, 57
- eigendomsrecht, 890 e.v.
- genetische informatie, 891
- HIV-test, 890
- orgaantransplantatie, 768, 863, 884
- persoonlijkheidsrecht, 890 e.v.
- onderzoek, 300, 340
- toestemming, 300, 319
- transfusie, 250 e.v., 550, 552, 553
- verkoop, 893
- wegneming therapeutisch bestanddeel, 884, 885
Bloedafname, 248,
- apotheker, 54, 55
- drang, 340
- dwang, 339.
- experimenteel doel, 890
- gebruik,
- geheimhoudingsplicht, 972 e.v., 587
- getuige van Jehovah, 339
- HIV-test, 890
- lijk, 753
- materiële handeling, 974
- medische gegevens,
- medische handeling, 34, 54 e.v., 974
- minderjarige, 523
- orgaan, 864
- therapeutisch bestanddeel, 885
- therapeutisch doel, 890
- toestemming, 890
- verpleegkundigen, 54
Bloedtransfusie,
- getuige van Jehovah, 550
- weigering door minderjarige, 552

C

CAHBI,
- zie medisch begeleide bevruchting

- zie Raad van Europa
Captatie, 732, 1185 e.v.
- toepassingsvoorwaarden, 1187 e.v.
- vermoeden, 1186
Centra voor geestelijke gezondheidszorg,
- opneming van geesteszieke ter observatie, 619
Chiropraxie, 76
Chronische pijnbestrijding, 701
Clientèleaanbrengst, 1152
Code van Nüremberg,
- experimenten, 813, 815
Code van medische plichtenleer,
- bindende kracht, 140 e.v.
- Nationale Raad van de orde, 140 e.v.
College van procureur-generaals,
- zwangerschapsafbreking, 401, 408
Coma,
- experimenten, 833 e.v.
- onomkeerbaar, 742, 745
- wegneming van orgaan, 872
Commissie medische ethiek,
- experimenten, 669, 841, 844, 847.
Complicatierisico's, 305 e.v., 308, 309
Conceptie, 413
Continuïteit van de verzorging, 265,
- wachtdiensten, 266 e.v.
Controle geneeskunde,
- medisch beroepsgeheim, 902
Controlerende arts,
- zwijgplicht, 907
Cosmetica,
- experimenten, 804, 833
Curatieve geneeskunde,
- bijhouden medisch dossier, 1007
- medisch beroepsgeheim, 902
- mededeling medische gegevens aan derden, 1009

D

Databank, 280,
- experimenten, 847
- toegang, 1031 e.v.
Derdebetalingsregeling, 1166, 1168, 1181, 1183, 1184
Diagnostische vrijheid,
- arbeidsovereenkomst, 1231
- begrip, 1037 e.v.
- misbruik, 214, 1048 e.v.
- overheid, 1038
- raden van de orde, 1048 e.v.
- toestemming, 1038, 1039
- verkeerd gebruik, 1050
- ziekenhuis, 1042
- ziekenhuisbeheerder, 1038
Dichotomie, 1147, 1152 e.v.
Dienst voor geneeskundige controle van R.I.Z.I.V.,
- commissie van beroep, 1054 e.v.
- controlecommissie, 1054 e.v.
- derde betalersregeling, 1059
- medisch beroepsgeheim, 936
- misbruik van diagnose en therapie, 1049
Dienst voor geneeskundige verzorging van R.I.Z.I.V.,
- beheerscomité en honorarium, 1092, 1093
- profielcommissies, 1057, 1060
Dodenverering,
- autopsie, 750
Donor, 369 e.v.,
- anonimiteit, 372 e.v., 735, 868
- bijhouden medisch dossier, 1007
- embryo, 768
- foetus, 768
- identiteit, 773
- leeftijd, 870
- omgangsrecht, 377
- orgaanwegneming, 859, 860
- pasgeborene, 502

- toestemming, 526, 871 e.v.
- vordering tot levensonderhoud, 374
- vordering tot vaststelling van vaderschap, 374
Dood,
- criterium, 740 e.v.
- definitie, 739, 740, 741, 745
- diagnose, 742
- klinisch -, 742
Doodsoorzaak,
- overlijdensbericht, 733
- statistiek, 733
- verzekeringspolis, 1001, 1003
Doodstraf,
- hulp van arts, 731
Doorverwijzing,
- genetische diagnose, 383
- seksuele voorlichting, 392
- zwangerschapsafbreking, 443, 445
Draagmoederschap,
- 378, 379
Drang,
- bloedonderzoek, 340
- medisch onderzoek, 340
Drugs,
- misbruik bij voorschrijven van -, 1060 e.v.
- misbruikverbod, 1061, 1204
Dudgeon, 361
Dwaling,
- geheimhoudingsplicht, 975
- zwangerschapsafbreking, 406
Dwang,
- bloedafname, 339
- experimenten, 839
- geesteszieke, 676 e.v.
- medisch onderzoek, 339
- medisch schooltoezicht, 339
- vaccinatie, 339

E

Echtgenoot, 1197,
- beschikking tussen echtgenoten, 1197
- familiedonatie, 882, 883
- honorarium, 1089, 1091, 1093, 1094
- medisch beroepsgeheim, 912
- verzet orgaantransplantatie, 785
- wegneming orgaan, 880
- zwangerschapsafbreking, 463
Eerlijk proces,
- zwangerschapsafbreking, 408
E.G.-onderdaan,
- diploma, 13
- inschrijving op lijst, 100, 110
- visum, 17
- weigering van inschrijving, 112
Eicel,
- donatie, 364
- donor, 369 e.v.
- invriezen, 372
- orgaantransplantatie, 768, 862
- therapeutisch bestanddeel van menselijke oorsprong, 367
- vermogensrecht, 370
- wegneming, 369, 370, 884
Embryo,
- donor, 768
- embryonaal weefsel, 884
- orgaantransplantatie, 768, 862
- pre-embryo, 420
- therapeutisch bestanddeel van menselijke oorsprong, 367
- vernietiging, 419, 420
- wegneming van therapeutisch bestanddeel, 884
Ereloonverdeling,
- bloedanalyse, 1152
- clientèleaanbrengst, 1152
- dichotomie, 1147, 1152
- gebruiksvergoeding, 1148 e.v.
- groepsgeneeskunde, 1146

- ongeoorloofde -, 1152
- patiënten-handel, 1152
- professionele onafhankelijkheid, 1153
- verbod, 1143 e.v.
Erfgenamen,
- overhandigen van medische getuigschriften, 1002 e.v.
Erkenning,
- adviserend geneesheer, 29
- arbeidsgeneesheer, 29
- huisarts, 24, 26, 28
- medisch schooltoezicht, 29
- specialist, 24 e.v., 27
- stagedienst, 26
- stagemeester, 26
Euthanasie, 684, 707 e.v.,
- actieve -, 685 e.v.
- indirecte -, 701
- passieve -, 685 e.v, 701
- rechtvaardigingsgrond, 686
Euthanasieverklaring, 698
Evaluatiecommissie zwangerschapsafbreking, 391, 464 e.v., 469 e.v.
Exceptio non adimpleti contractus,
- vaststellen van honoraria, 1107
Exoneratieclausule, 326
Experimenten,
- bewusteloze, 836
- comateuze, 804, 834
- definitie, 804
- deskundigheid onderzoeker, 822
- doelstelling, 804
- dwang, 839
- evenredigheidseis, 823
- geesteszieke, 669, 838, 839
- gemengde -, 801
- gevangene, 839
- klinische proeven, 810 e.v.
- medische behandeling, 800 e.v.
- militair, 839
- minderjarige, 829
- niet-therapeutische -, 801, 823, 830, 831, 832
- onbekwame, 831
- orgaantransplantatie, 767
- patiënt, 832
- soorten, 801
- therapeutische -, 801, 829, 831, 832
- toestemming, 313, 808, 815
- verdragen, 813, 815
- wetenschappelijke aanvaardbaarheid, 816 e.v.
- wetenschappelijk onderzoek, 804 e.v.
- zwangere vrouw, 837
Experimentencommissie, 854 e.v.
Extended operation,
- toestemming, 318

F

Foetale diagnostiek,
- hulpverleningsplicht, 498
- toestemming, 498
Foetale therapie,
- hulpverleningsplicht, 498
- toestemming, 498
Foetus,
- donor, 768
- foetaal weefsel, 884
- foetale diagnostiek, 498
- foetale therapie, 498
- hulpverleningsplicht, 498,
- jeugdbeschermingsmaatregel, 498, 499
- levensvatbaarheid, 413, 414, 420, 454
- onopzettelijke levensbeëindiging tijdens bevalling, 483
- onopzettelijke zwangerschapsafbreking, 490 e.v.
- opzettelijke levensbeëindiging tijdens bevalling, 474
- orgaan, 863
- persoon, 480, 481, 490

- recht op prenatale hulpverlening, 498
- recht op verzorging, 499
- subjectieve rechten, 498, 499
- vernietiging, 421
- vruchtafdrijving, 419, 496
- zwangerschapsafbreking, 452
Forfaitaire bezoldiging, 1079 e.v.
- beperkingen, 1084 e.v.
- betekenis, 1080
Forfaitair honorarium, 1082,
- beperkingen, 1084 e.v.
- recht op -, 1079 e.v, 1088
Fysieke integriteit,
- draagmoederschapsovereenkomst, 378, 379
- instemming, 312, 313
- pijnbestrijding, 705
- recht-om-niet-te-weten, 311
- recht op informatie, 301
- sterilisatie bij minderjarige, 360
- toelating van de wet, 312, 313
- transseksualiteit, 517
- voorlichtingsplicht, 306

G

Gameten,
- donor, 369
- kwaliteit, 371
- omgangsrecht, 377
Geboorte, 474 e.v., 500 e.v.,
- aangifte van -, 504, 505, 510, 513
- akte van -, 508, 510, 516
- betekenis, 475
- medische tussenkomst, 474 e.v.
- verklaring van -, 506, 507, 513
Gebruik, 145,
- autopsie, 754 e.v.
- HIV-test, 890
Gebruiksvergoedingen,
- forfaitaire vaststelling, 1138, 1139, 1150
- instandhoudingsvergoeding, 1140
- - tussen artsen, 1148
- - tussen artsen en derden, 1133
- voorwaarden, 1137 e.v.
Gedeeld beroepsgeheim, 911, 921
Gedwongen opname in psychiatrische dienst,
- bekendmaking geheimen, 944, 971
- indicaties, 557 e.v.
- medisch getuigschrift, 944
- rechterlijke beslissing, 601 e.v.
- - ter observatie, 572 e.v.
- therapeutische maatregel, 558
- verder verblijf, 627 e.v.
- vrijheidsberoving, 555, 558, 559
Geesteszieke,
- aansprakelijkheid jegens -, 677 e.v.
- beslissingsbekwaamheid, 673
- definitie, 560 e.v.
- gedwongen opname in psychiatrische dienst, 554 e.v.
- handelingsonbekwaamheid, 672
- juridische bijstand, 662 e.v.
- medische behandeling, 667 e.v.
- medische bijstand 662 e.v.
- toezicht op naleving van wet, 665 e.v.
- verpleging in een gezin, 651 e.v.
- vrij opgenomen -, 671 e.v.
Geheimen,
- definitie, 916 e.v.
- wettelijke verplichting bekendmaken van -, 935 e.v.
Geheimhoudingsplicht, 951 e.v.,
- aangifte van misdrijven, 945, 958 e.v.
- dwaling, 975
- gametendonor, 371 e.v.
- genetische gegevens, 376
- huiszoeking, 983 e.v.
- inbeslagneming documenten, 983 e.v.

- informationele *privacy*, 289
- opsporen van misdrijven, 983 e.v.
- optreden in rechte, 977, 978 e.v.
- rechtvaardigingsgronden, 951
- tuchtzaken, 201, 205
Gelijke behandeling,
- zwangerschapsafbreking, 408
Geneesheer-deskundige,
- geboorteverklaring, 507
- honorarium, 1103
- medisch beroepsgeheim, 590, 899
- overheidsbevel, 972
- verjaring rechtsvordering, 1176
Geneesheer-diensthoofd,
- herziening van verblijf geesteszieke, 648
- - in psychiatrische dienst, 1238 e.v.
- nazorg geesteszieke buiten dienst, 632
- opneming ter observatie van geesteszieke, 624
- verder verblijf van geesteszieke, 627 e.v., 640
Geneesheer-inspecteur-psychiater,
- toezicht, 665
Geneesheer-inspecteur- R.I.Z.I.V.,
- bekendmaking geheimen, 936 e.v.
- inschrijving op lijst van orde, 102
- zwijgplicht, 906
Geneeskundige handeling,
- acupunctuur, 74, 75
- behandeling van pathologie, 66 e.v.
- chiropraxie, 76
- gebruik van onderzoeksapparaat, 65
- gezondheidsopvoeding, 77 e.v.
- gezondheidsvoorlichting, 77 e.v.
- groepstherapie, 72, 73
- mantelzorg, 44 e.v.
- manuele therapie, 76
- massage, 76
- medisch begeleide bevruchtingstechnieken, 376, 373
- meten van oogafwijking, 63
- nemen van bloeddruk, 61
- onderzoeken van gezondheidstoestand, 53 e.v.
- oogonderzoek, 63
- opsporen van ziekte of gebrek, 53 e.v.
- oscillografie, 61
- osteopathie, 76
- plaatsen van contactlenzen, 66, 67
- plaatsen van tandprothesen, 68, 69
- preventieve geneeskunde, 35 e.v.
- psychoanalyse, 70, 71
- radiografie, 59
- radioscopie, 60
- stellen van een diagnose, 49 e.v.
- venapunctie, 54 e.v.
- zelfzorg, 44 e.v.
Geneesmiddelen,
- anticonceptiva, 351
- experimenten, 804
- klinische proeven, 811 e.v., 845
- monsters, 1200
Geneesmiddelenvoorschrift, 1203 e.v.,
- drugs, 1064 e.v., 1203
- tandarts, 1212
Genetic counseling, 376, 383,
- geneeskundige handeling, 72
- medisch begeleide bevruchting, 376
Genetische diagnose,
- geneeskundige handeling 72
- recht-om-niet-te-weten, 311
Genetische gegevens, 376,
- derde, 384, 387
- *privacy*, 387
- recht-om-niet-te-weten, 311
- toestemming, 384

- verwanten, 384, 387
Genetisch onderzoek, 72, 73, 300, 311,
- geneeskundige handeling, 72
Gerechtelijk deskundige,
- medisch beroepsgeheim, 900
- overleggen van medisch dossier, 933
Geslacht,
- aanpassing van -, 516 e.v.
- criterium, 514
- geoorloofdheid medische ingrepen, 516 e.v.
- vaststelling van -, 510 e.v.
- wijziging van -, 516 e.v.
Getuigenis in rechte, 923 e.v.
Getuige van Jehovah,
- bloedafname, 339
- weigering van bloedtransfusie, 550
Gevangene,
- experimenten, 839
Gevangenisarts,
- medisch beroepsgeheim, 910
- vrije keuze, 341
Gewetensbezwaren,
- seksuele voorlichting, 392
- zwangerschapsafbreking, 441, 443
Gezondheidsopvoeding, 77 e.v.
Gezondheidsvoorlichting, 77 e.v.
Goede trouw,
- honorarium, 1124
- inzagerecht, 1013
- overeenkomst, 302, 303
Groepsgeneeskunde,
- ereloonverdelingen, 1143 e.v.
Groepstherapie,
- geneeskundige handeling, 72

H

Handelingsonbekwaamheid,
- geesteszieke, 672
- minderjarige, 520, 541 e.v.
- proefpersoon, 828
- wegneming van orgaan, 882, 883
Hersendood, 740 e.v.,
- experimenten, 895
HIV-seropositiviteit,
- informatieplicht, 305
- *informed consent*, 300
- recht-om-niet-te-weten, 311
HIV-test,
- recht-om-niet-te-weten, 323
- toestemming, 319, 323, 325
Hoge militieraad,
- medisch beroepsgeheim, 899
Honorarium,
- adviezen van provinciale raden, 237 e.v.
- afdwingen van betaling, 1161
- afgifte getuigschrift voor verstrekte hulp, 1162
- afspraak, 1099
- afstand van recht op -, 1079, 1082, 1083, 1098
- Arbeidsongevallenwet, 1120
- arbitrage, 234 e.v.
- bedrag, 1083, 1100 e.v., 1103 e.v, 1121 e.v., 1124, e.v.,1130
- beperkingen op recht op -, 1084 e.v.
- beslag op -, 1180 e.v., 1183, 1184
- bewijslast, 1159, 1160
- collega's, 1096 e.v.
- contractuele beperkingen, 1121
- eigendomstrecht, 1082
- forfaitair -, 1082
- gebruik, 1101
- geheimhoudingsplicht, 978
- goede trouw, 1124
- informatieplicht, 1122
- inspanningsverbintenis, 1126
- maxima, 1130 e.v.
- minderjarige, 546, 548

- minima, 1130 e.v.
- niet-verbonden artsen, 1115 e.v.
- onderhoudsverplichting, 1089, 1090
- recht op -, 1079 e.v., 1082
- resultaatsverbintenis, 1126
- retentierecht, 1161
- statutaire beperking, 1121
- verbonden artsen, 1111 e.v.
- vergoedingstelsels, 1081
- verjaring, 116, 1171
- vermoeden van betaling, 1179
- verwanten, 1089 e.v.
- Z.I.V.-wet, 1104 e.v.

Hoofdgeneesheer,
- gedeeld beroepsgeheim, 911

Huisarts,
- aansprakelijkheid, 347
- erkenning, 24, 26, 28
- prenatale diagnostiek, 383
- vertrouwenspersoon geesteszieke, 596

Huiszoeking bij arts,
- geheimhoudingsplicht, 983 e.v.
- onderzoeksrechter, 983, 989, 993
- onschendbaarheid artsenpraktijk,
- verzet, 989
- wetsdokter, 993

Hulpverleningsplicht, 264 e.v.
- aangifte kindermishandeling, 966
- aangifte van misdrijven, 960 e.v.
- apotheker, 283
- bevalling, 486 e.v.
- foetale therapie, 498
- groot gevaar, 278
- kennis, 279
- medisch zinloze behandeling, 695, 697
- meedelen genetische gegevens, 376, 387
- minderjarige, 550, 553
- pasgeborene, 500 e.v.
- schuldig verzuim, 284
- spoedgevallendienst, 276, 277
- stervende patiënt, 683, 695 e.v., 697
- telefonische oproep, 279
- waarschuwing van derde, 949
- wachtdienst, 276
- zwangerschapsafbreking, 394, 441

I

Identificatienummer Rijksregister,
- orgaantransplantatie, 786

Immuniteit,
- transseksualiteit, 517
- zwangerschapsafbreking, 406

Inbeslagneming medische documenten,
- beroepsmisdrijf, 990 e.v.
- geheimhoudingsplicht, 983 e.v.
- onderzoeksrechter, 983, 989
- onschendbaarheid praktijk, 983, 985

Infans conceptus, 480

Informatie,
- aansprakelijkheid, 344
- anticonceptiva, 392, 441
- complicatierisico's, 305 e.v., 308
- doorverwijzing, 304
- genetische gegevens, 387
- grondslag, 301 e.v.
- honorarium, 1122
- informatieplicht, 302, 303, 305 e.v., 310
- *informed consent*, 300
- inspanningsverbintenis, 309
- inzage medisch dossier, 1012
- orgaantransplantatie, 788
- prenatale advisering, 386 e.v.
- proefpersonen, 844
- recht-om-niet-te-weten, 311

- recht op -, 301 e.v.
- resultaatsverbintenis, 309
- sanctie, 309
- sterilisatie, 357, 358
- therapeutische exceptie, 308, 311, 385
- toestemmingsformulier, 310
- verpleegkundigen, 304
- zwangerschapsafbreking, 392, 438
Informed consent, 300
Inschrijving op lijst van de orde,
- arts-ambtenaar, 103
- arts in pharmaceutische industrie, 105
- behoud onder beperkingen, 130
- burgerlijk recht, 113, 169, 170
- E.G.-onderdaan, 100, 101
- herinschrijving, 121 e.v.
- Konig, 113
- Le Compte, 113
- legerarts, 102, 103
- medische woonplaats, 111
- plaats van inschrijving, 111
- schrapping, 166, 167, 168
- stomatoloog, 104
- uitstel, van -, 112 e.v., 118, 119
- uitzonderingen, 100 e.v.
- verplichte -, 99
- vrijheid van vereniging, 106 e.v.
- weglating van lijst, 122 e.v.
- weigering van -, 112 e.v., 118, 119
- zwangerschapsafbreking, 398
Inspanningsverbintenis, 344, 345,
- bewaking, 349
- bewakingsplicht geesteszieke, 679, 726, 729
- experimenten, 850
- honorarium, 1126
- informatieplicht, 309
- prenatale advisering, 386
- sperma, 371
- sterilisatie, 355, 356
Instandhoudingsvergoeding, 1140 e.v.,
- medische raad, 1141
Instemming,
- orgaantransplantatie, 797
Instemming van geesteszieke, 561,
- behandeling, 558, 673, 675, 676
- beroepsarbeid, 631, 673
- nazorg, 634, 673
Internering, 555
Interseksualiteit, 510 e.v.
Intoxicatie,
- medische gegevens, 291
In vitro fertilisatie,
- Zie medisch begeleide bevruchting
- toestemmingsformulier, 310
Inzage,
- goede trouw, 1013
- medisch dossier, 664
- medische gegevens, 1010 e.v.
- *privacy*, 1013
- proefpersoon, 824
- recht op informatie, 1012 e.v.

J

Jeugdbeschermingsmaatregel,
- foetus, 498, 499
- minderjarige, 550, 551

K

Keizersnede,
- verplichting, 498
Keuring,
- diagnostische vrijheid, 1041
- medische gegevens, 293
Kindermishandeling,
- aangifte, 958, 964 e.v.
- medische handeling, 540

- vertrouwensarts, 967
Kindermoord, 413,
- begin van bevalling, 476
- betekenis, 476, 500
- onopzettelijk, 483
- onopzettelijke levensbeëindiging tijdens bevalling, 474 e.v.
- onopzettelijke levensbeëindiging voor bevalling, 499 e.v.
- opzettelijke levensbeëindiging tijdens bevalling, 483
- pasgeborene, 500 e.v.
- vruchtafdrijving, 419
Klinische biologie,
- bloedafname, 54, 55
- ongeoorloofde verrijking, 1157
- ziekenhuisarts, 1225
König, 113
Kunstmatig voeden,
- medische handeling, 692

L

Le Compte, 108, 113, 166, 169, 170 e.v., 177, 191
Leerplicht,
- valsheid in medische getuigschriften, 1022
Legerarts,
- gezag en rechtsmacht van orde,103, 131
- inschrijving op lijst, 106
Levensbeëindiging,
- onopzettelijke -, 474 e.v., 499 e.v.
- opzettelijke -, 483
Levenstestament, 698
Levensverkortend handelen,
- euthanasie, 707 e.v.
- hulp bij zelfmoord, 712 e.v.
- opzettelijk -, 707 e.v.
- pijnbestrijding, 701 e.v.
- therapeutische noodtoestand, 704 e.v.
Lichaamscel,
- eigendomsrecht, 891 e.v.
- genetische informatie, 891
- persoonlijkheidsrecht, 891 e.v.
- wegneming, 370
Lichaamsmateriaal,
- diefstal, 892, 894
- eigendomsrecht, 891 e.v.
- genetische informatie, 891
- persoonlijkheidsrecht, 891 e.v.
- toestemming, 894, 895
Lijden,
- vermijden van -, 683 e.v.
Lijk,
- beschikkingsrecht, 755, 759, 764, 791
- recht op -, 756, 759, 788
- respect, 772
- verwantenvoorrecht, 759, 764, 788
Lijkopening, 748
Lijkschennis, 751
Lijkschouwing, 748
- Zie autopsie
Lijst van de orde der geneesheren,
- herinschrijving na schrapping, 120, 121
- schrapping, 166, 168
- verplichte inschrijving, 99
- weglating, 122 e.v.
Loyauteitsverplichting,
- geheimhoudingsplicht, 980 e.v.

M

Mantelzorg,
- geneeskundige handeling, 44
Manuele therapie, 76
Massage, 76
Medisch advies,
- gedwongen opname van geesteszieke, 611 e.v.

Medisch begeleide bevruchting,
- alternatief, 368.
- anonimiteit, 372 e.v.
- draagmoederschap, 378, 379
- embryo-transfer, 364 e.v.
- gametendonor, 378
- genetische advisering, 376
- geoorloofdheid, 346 e.v.
- indicaties, 366, 368
- in vitro fertilisatie, 364 e.v.
- kunstmatige inseminatie, 364 e.v.
- medische handeling, 367
- remedie, 366, 368
- toestemming, 313
- verzameling medische gegevens, 376
Medisch beroepsgeheim, 897 e.v.,
- administratief personeel, 912.
- aflevering van medisch getuigschrift, 997 e.v.
- arbeidsgeneesheer, 901, 902, 909
- bekendmaken van geheim, 919 e.v., 935 e.v.
- controlerend geneesheer, 898, 901, 902, 907 e.v.
- curatieve geneeskunde, 902
- echtgenoot arts, 912
- geneesheer-inspecteur R.I.Z.I.V., 906
- gerechtelijke deskundige, 900
- gevangenisarts, 910
- in rechte getuigenis afleggen 923 e.v.
- inzage verlenen in medische gegevens, 1010
- kennisgeving van bevaling, 504
- kennis uit hoofde van beroep, 915
- kinesitherapeuten, 912
- materieel toepassingsgebied, 914 e.v.
- onwettige beoefenaar van geneeskunde, 913
- overleggen van medisch dossier, 932 e.v.
- personeel toepassingsgebied, 897 e.v.
- prenatale diagnostiek, 384
- preventieve geneeskunde, 902
- toevertrouwd, 918
- tuchtzaken, 178
- uitzonderingen, 923
- verabsolutering, 916 e.v.
- verpleegkundigen, 912
- verzekeringsgeneeskunde, 902
- vroedvrouw, 912
Medisch dossier, 897 e.v.,
- bekendmaken, 952 e.v.
- bijhouden, 1007 e.v.
- eigendomsrecht, 1010
- honorarium, 1161
- inbeslagneming, 983 e.v., 990
- inzage, 664, 1010 e.v., 1161
- meedelen van -, 664, 1007
- overleggen van een -, 665, 932 e.v.
- verwerking van medische persoonsgegevens, 298 e.v.
- zwangerschapsafbreking, 436
Medische behandeling,
- *informed consent*, 300
- levenstestament, 698.
- medische experimenten, 800 e.v.
- nalaten van -, 692
- opheffing, 661
- recht op behandeling, 668
- recht op toestemming, 312 e.v., 320
- staken van -,692
- toediening van vocht, 692
- toediening van voedsel, 692
- toestemming, 520,522, 540, 541
- - van geesteszieke, 558, 625, 656, 658, 667 e.v.,
- weigering behandeling, 550 e.v., 675, 677, 695, 697
- zinloze behandeling, 683 e.v.
Medische (persoons)gegevens, 289 e.v.

- arts, 293, 294, 299
- bekendmaken, 921 e.v., 959 e.v.
- beschikkingsrecht, 953 e.v., 1010
- bijhouden dossier, 1007 e.v.
- informationele *privacy*, 289
- inzageplicht, 1010 e.v.
- inzagerecht, 297, 376, 1010 e.v.
- mededeling aan derden, 296, 664, 1009 e.v.
- mededelingsrecht, 297
- medische ploeg, 294, 296
- militair, 839
- prenatale diagnose, 384
- preventieve geneeskunde, 293
- *privacy*, 289 e.v.
- proefpersoon, 824, 839
- recht op verbetering, 299
- recht op verwijdering, 299
- registreren, 295, 376
- toestemming, 292, 299
- toezicht, 292
- toevertrouwen, 921 e.v.
- verwerking, 290 e.v.
- verzameling, 376

Medische raad, 1225, 1227,
- instandhoudingsvergoeding, 1141

Medische verbetenheid, 489, 687, 698

Medische woonplaats,
- continuïteit van hulpverlening, 111
- raden van beroep, 252
- visum, 16

Medisch getuigschrift,
- afgifteplicht, 1163 e.v., 1168, 1170
- aflevering aan patiënt, 997, 1162 e.v., 1168, 1169
- afleveringstermijn, 1168
- begrip, 1017
- erfgenamen, 1004
- overhandigen van - aan derden, 583, 584, 586 e.v., 999,1002 e.v.
- overlijden, 734
- verzekeraars, 1001, 1003 e.v.
- weigering van afgifte, 1162, 1169
- wijziging door onbevoegde, 1036 e.v.

Medisch onderzoek,
- geesteszieke, 579, 589, 591 e.v., 602, 625
- geneeskundige handeling, 53
- medische behandelingsovereenkomst, 338
- toestemming, 319, 323

Medisch profiel, 1060

Medisch schooltoezicht,
- bijhouden dossier, 1007 e.v.
- dwang, 339
- erkenning, 29
- mededeling gegevens, 1009

Medisch tuchtrecht,
- bronnen, 140 e.v.
- Code van medische plichtenleer, 140 e.v.
- gezag van gewijsde, 220 e.v.
- kennisgeving van tuchtrechtelijke beslissingen, 215 e.v.
- *nullum crimen sine lege*, 145
- tuchtprocedure, 169 e.v.
- tuchtsancties, 162 e.v., 167 e.v.

Medisch voorschrift,
- abortuspil, 460
- anticonceptiva, 352 e.v.

Medisch zinloze behandeling,
- levenstestament, 698
- nalaten van -, 683 e.v.
- onthoudingsmisdrijf, 690 e.v.
- staken van -, 683 e.v., 689
- verzoek patiënt, 697 e.v.

Mentaal gehandicapte, 361, 362, 363, 560

Militair,
- inentingen, 339
- preventieve vaccinatie, 339

Minderjarige, 520 e.v.,
- anticonceptiva, 353

- bloedafname, 523
- bloedonderzoek, 541
- experimenten, 815, 829 e.v.
- familiedonatie, 882, 883.
- handelingsonbekwaamheid, 520, 541
- jeugdbeschermingsmaatregel, 550, 551, 553
- orgaantransplantatie, 527 e.v., 537 e.v.
- profylaxe van geslachtsziekten, 521
- sterilisatie, 360
- toestemming, 520, 522, 540, 541, 544 e.v.
- vaccinatie, 522
- verzet wegneming organen, 537 e.v.
- wegneming organen, 527 e.v., 531 e.v.
- weigering van medisch handelen, 550 e.v.
- zwangerschapsafbreking, 462

Ministerium,
- arts, 330

Miskraam, 416

Monopolie,
- apotheker, 1199 e.v.
- arts, 6, 7, 9, 263
- genetica, 383

Moratorium,
- zwangerschapsafbreking, 399 e.v., 408

N

Na(ast)bestaande,
- autopsie, 754 e.v.
- experimenten, 841
- verzet orgaanwegneming, 778, 779, 784, 788 e.v., 794

Nationale commissie geneesheren-ziekenfondsen,
- honorarium-akkoorden, 1105 e.v., 1128
- nomenclatuur, 1129
- sancties honoraria, 1128
- vaststelling verzekeringstegemoetkoming, 1108

Nationale Raad der orde van geneesheren,
- adviezen, 154, 155, 258
- afdelingen, 255
- bijdrage, 260
- Code van medische plichtenleer, 140 e.v., 256, 258
- huishoudelijk reglement, 261
- repertorium van tuchtrechtspraak, 151, 152, 256, 258
- samenstelling, 254

Nazorg geesteszieke, 632 e.v.,
- wederopneming, 636

Necropsie, 748

Noodsituatie,
- experimenten, 841
- hulpverleningsplicht, 278
- sociale -, 451
- zwangerschapsafbreking, 425 e.v., 434, 436

Noodtoestand,
- aangifte van misdrijven, 958 e.v.
- geheimhoudingsplicht, 958 e.v.
- meedelen genetische gegevens, 376
- putatieve -, 975
- sedatieve -, 704
- therapeutische -, 704 e.v.
- therapeutische abortus, 426, 427
- transseksualiteit, 517

Nulla poena sine lege, 163

Nullum crimen sine lege, 145

O

Obductie, 748

O.C.M.W.- ziekenhuis,
- patiënt, 336
- ziekenhuisgeneesheer, 1233 e.v.
Omstandig geneeskundig verslag,
- behandelend arts, 657, 583 e.v., 596
- geesteszieke, 576 e.v.
- medisch beroepsgheim, 583, 586 e.v., 909
- overhandigen -, 583, 585 e.v.
- procureur des Konings, 615
- psychiater, 580
Onachtzaamheid,
- bekendmaking van medische gegevens, 920
Onderzoeksprotocol,
- experimenten, 841, 844, 847, 855 e.v.
Ongeoorloofde verrijking, 1155
Onopzettelijke doding,
- - tijdens bevalling, 483, 486, 495
Onthoudingsmisdrijven,
- staken of nalaten van medische handeling, 689 e.v.
Onwettige uitoefening van de geneeskunde,
- delictomschrijving, 30
- geneeskundige handeling, 32 e.v., 35 e.v.
- medisch beroepsgeheim, 913
- onbevoegde persoon, 80
- op gewoonlijke wijze, 81 e.v.
- reclame, 86
- sanctionering, 90 e.v.
- titelmisbruik, 87 e.v.
Openbare behandeling,
- geheimhoudingsplicht in tuchtzaken, 178, 981
- opneming ter observatie, 599, 609
- tuchtzaken, 171 e.v., 176 e.v.
Opneming ter observatie van geestezieke,
- aanvraag, 698 e.v.
- einde, 624
- modaliteiten, 625
- omzetting in verder verblijf, 625, 630
- procedure, 572 e.v.
- registratie, 622
- spoedeisende -, 610 e.v., 624
Opsporen van misdrijven,
- geheimhoudingsplicht, 983 e.v.
Opticiën,
- contactlens, 66, 67
- diagnose, 51
- meten van oogafwijkingen, 63
- oogonderzoek, 63
Optreden van arts in rechte,
- eisende partij, 978 e.v.
- geheimhoudingsplicht, 978 e.v.
- loyauteitsverplichting, 980 e.v.
- recht op verdediging, 977 e.v.
- tuchtzaken, 980 e.v.
Opzet,
- bekendmaken geheimen, 920
- hulpverleningsplicht, 281
- levensbeëindiging tijdens bevalling, 474 e.v., 483 e.v.
- levensbeëindiging voor bevalling, 490
- misbruik bij voorschrijven drugs, 1061 e.v.
- valsheid in geschrifte, 1031
- valsheid in medische getuigschriften, 1018, 1021
- zwangerschapsafbreking, 417
Orde der geneesheren,
- gezag en rechtsmacht, 131 e.v.
- historiek, 95 e.v.
- inschrijving op de lijst, 99 e.v.
- organen van de orde, 230 e.v.
Orgaan,
- afstand, 771
- weefselbank, 767
- wegneming, 767 e.v., 858 e.v.
Orgaantransplantatie, 862,
- arts, 770
- bereidingen 769

- biopsie, 767
- experimenten, 767
- geen bezwaarstelsel, 776 e.v.
- geneeskundige handeling, 34
- inschrijving bevolkingsregisters, 774, 796
- inschrijving vreemdelingenregisters, 774, 796
- therapeutische doeleinden, 767, 858 e.v.
- vaststelling overlijden, 744, 774
- verzet, 776 e.v.
- wegneming, 864
- wetenschappelijk onderzoek, 767
- winstoogmerk, 771
Orthothanasie, 684, 693, 695
Osteopathie, 76
Ovaria,
- orgaantransplantatie, 768, 862
Overeenkomst,
- aannemings-, 331
- afwezigheid van -, 337
- arts-patiënt, 329 e.v.
- autotransplantatie, 860
- bewusteloze, 337
- drang, 340
- dwang, 338, 339
- experimenten, 849
- gesloten ziekenhuis, 334 e.v.
- goede trouw, 302, 303
- huur van diensten, 331
- keuze van arts, 341
- lastgeving, 331
- open ziekenhuis, 334 e.v.
- recht op toestemming, 312 e.v., 320
- risicoverdeling, 320
- voorlichtingsplicht, 302, 303
- ziekenhuis-patiënt, 332
Overheidsbevel,
- bloedmonsterafneming, 972
- geheimhoudingsplicht, 972 e.v.
- schuldig verzuim, 284
Overleggen van medisch dossier, 932 e.v.
- - aan gerechtelijk deskundige, 1014
Overlijden,
- aangifte van -, 733, 734
- bekrachtiging, 745
- bericht van -, 733, 734, 735
- vaststelling van -, 733, 735 e.v.
Overlijdensattest, 733
Overlijdensbericht, 733, 734, 735
Overlijdensregister, 733,
- anonimiteit, 733

P

Pasgeborene,
- aangifte van geboorte, 503 e.v.
- donor, 502
- hulpverleningsplicht, 499, 500 e.v.
- levensvatbaarheid, 488, 492, 494 e.v.
- opzettelijke levensbeëindiging, 482
- zwaar gehandicapte, 482
Passieve euthanasie, 685
Patiënt,
- experimenten, 832
- honorarium, 327
- rechten van -, 262 e.v.
- verplichtingen, 327, 328
Patiëntenkamer,
- onschendbaarheid van de woning, 995
Persoon(lijkheid),
- autopsie, 762
- betekenis, 480, 481, 490
- einde, 741
- foetus, 863
- onopzettelijke zwangerschapsafbreking, 490 e.v.
- opzettelijke levensbeëindiging tijdens de bevalling, 480
- orgaantransplantatie, 791

Pijn,
- levensverkortend handelen, 701 e.v.
- vermijden van -, 683 e.v.
Plaatsen voor beschut wonen,
- opneming ter observatie, 618
Placebo, 845, 846
Posttraumatische toestand, 560
Predictieve geneeskunde,
- *informed consent*, 300
- recht-om-niet-te-weten, 387
Prenatale advisering, 385 e.v.,
- aansprakelijkheid, 387
- inspanningsverbintenis, 386
- *privacy*, 387
- recht-om-niet-te-weten, 387
Prenatale diagnostiek, 380 e.v.,
- huisarts, 383
- indicatie, 380, 381
- medische ploeg, 383
- methodes, 384
- verplichting, 382, 383
Preventief onderzoek van werknemers,
- omstandig verslag, 910
Preventieve geneeskunde,
- geneeskundige handeling, 35 e.v.
- medisch dossier, 1007
- medische gegevens, 293, 1009
Privacy,
- anticonceptiva, 464
- genetische gegevens, 387
- informationele -, 289 e.v.
- inzagerecht, 1013
- proefpersoon, 824
- registratieverplichting, 464, 471, 472
- ruimtelijke -, 289
Procedure gedwongen opneming ter observatie geesteszieke,
- beroep, 604 e.v., 617
- betekening, 603
- bezoek vrederechter, 597, 598
- cassatieberoep, 608, 609, 617
- omstandig geneeskundig verslag, 576 e.v., 615
- onderzoek, 591, 602
- uitspraak, 600 e.v.
- verzet, 604 e.v., 617
- verzoekschrift, 573 e.v., 599, 614 e.v.
Proefpersonen,
- anonimiteit, 824
- keuze, 821
- *privacy*, 824
- respect voor integriteit, 823, 824
- toestemming, 827 e.v., 847
- vergoeding, 847, 848
Profylaxe van besmettelijke ziekten,
- aangifte, 939
- gevangenisarts, 910
- HIV-seropositiviteit, 910
- minderjarige, 521
- venerische ziekten, 1201
Profylaxe van seksueel overdraagbare ziekten,
- aangifte, 940
- dwang, 339
- geneeskundige handeling, 34
- minderjarige, 521
Procureur des Konings,
- gedwongen opname van geesteszieke, 606, 610 e.v.
- toezicht op naleving van wet, 665
Provinciale geneeskundige commissie,
- visum, 15 e.v.
Provinciale raad,
- adviserende bevoegdheid, 153
- arbitrage, 234
- beoordelingsvrijheid, 147, 148, 149, 156 e.v.
- beroep, 210 e.v.
- beslissing, 206 e.v.
- betekening van beslissing, 209
- bijdragebepaling, 241 e.v.

- Code van medische plichtenleer, 142, 143
- eerlijke behandeling, 183, 184
- E.G.-onderdaan, 100
- geheimhoudingsplicht, 205
- gevestigde rechtspraak, 151, 152
- gezag en rechtsmacht, 131 e.v.
- honorariumbetwistingen, 234 e.v., 237 e.v.
- kennisgeving van onwettige uitoefening, 233
- medische woonplaats, 111
- normerende bevoegdheid, 150, 153
- onafhankelijke en onpartijdige behandeling, 185, 194 e.v.
- onderzoek, 202, 203
- openbare behandeling, 171 e.v., 176 e.v.
- preventief toezicht, 225
- rechtspleging, 206 e.v.
- redelijke termijn, 179 e.v.
- reglement van orde, 245 e.v.
- samenstelling, 185 e.v.
- territoriale bevoegdheid, 246
- tuchtrechtelijke opdracht, 133 e.v., 139 e.v.
- tuchtsancties, 162, 167 e.v.
- uitstel van inschrijving, 112
- verschijning voor -, 204, 205
- verzet, 213
- weglating van lijst, 20, 122 e.v.
- weigering van inschrijving, 112
- wraking, 197, 198

Provinciegouverneur,
- wachtdienst, 270, 271

Psychiater,
- aansprakelijkheid, 677 e.v.
- geneeskundig verslag, 580, 593
- keuze door geesteszieke, 596, 607, 656

Psychiatrische dienst,
- aansprakelijkheid, 677 e.v.
- begrip, 618
- gedwongen opname in -, 554 e.v.
- keuze van -, 619, 656
- opneming ter observatie, 618 e.v.

Psychoanalyse,
- geneeskundige handeling, 70, 71

Psychotherapie,
- geneeskundige handeling, 70, 71

R

Raad van Europa, 562, 669, 815

Raden van beroep van orde van geneesheren,
- behandeling hoger beroep, 211, 248
- beslissing, 212
- betwistingen inzake verkiezingen, 249
- eerlijke behandeling, 183
- laattijdige beslissing van provinciale raden, 251
- onafhankelijke en onpartijdige behandeling, 190 e.v., 194e.v.
- openbare behandeling, 171 e.v., 176 e.v.
- redelijke termijn, 179
- reglement van orde, 253
- samenstelling, 190
- uitstel van inschrijving op lijst, 118
- vervallenverklaring, 250
- weigering van inschrijving op lijst, 118
- woonplaatsbetwistingen, 252
- wraking, 197, 198

Rapportageverplichting,
- zwangerschapsafbreking, 469 e.v.

Receptor van organen,
- anonimiteit, 868
- levensgevaar, 880
- toestemming, 877

Recht-om-niet-te-weten, 311, 323,

- HIV-test, 323
- predictieve geneeskunde, 387
Recht op terugbetaling,
- patiënt, 1167
- verwanten, 1089
Recht op verdediging,
- geheimhoudingsplicht 977
Rechtvaardigingsgronden,
- geheimhoudingsplicht, 951 e.v.
- levensverkortend handelen, 706
- passieve euthanasie, 686
- therapeutische abortus, 426, 427
- zwangerschapsafbreking, 425 e.v., 433
Reclame,
- onwettige uitoefening van geneeskunde, 86
- zwangerschapsafbreking, 457
Registratie,
- geesteszieken, 633, 639
- inzage, 664, 1010 e.v.
- medische (persoons)gegevens, 295
- orgaantransplantatie, 786
- proefpersonen, 847
- zwangerschapsafbreking, 464 e.v.
Resultaatsverbintenis, 344, 345,
- bewakingsplicht geesteszieke, 679
- chirurgische ingreep, 850
- experimenten, 850
- gameten, 371
- honorarium, 1126
- informatieplicht, 309
- niet-therapeutische experimenten, 851
- sterilisatie, 355, 356
- vasectomie, 356
- zwangerschapsafbreking, 473
Rijksregister,
- orgaantransplantatie, 786, 789, 790
RU, 486, 46O

S

Secreties,
- orgaantransplantatie, 768, 863
Sectie, 748
- zie, autopsie
Seksueel overdraagbare ziekte,
- aangifte, 940
- gedwongen opname, 560
Seksueel verkeer, 353,
Seksuele voorlichting, 392
Similes,
- vertrouwenspersoon geesteszieke, 596
Slaapmiddel,
- misbruik, 703
- levensverkortend handelen, 703
Sperma,
- aansprakelijkheid, 371
- donatie, 364
- donor, 369 e.v.
- inspanningsverbintenis, 371
- kwaliteit, 371
- orgaantransplantatie, 862
- spermabank, 371
- therapeutisch bestanddeel van menselijke oorsprong, 367
- wegneming, 369, 884
Spreekkamer,
- informatie, 1123
Spreekrecht van arts,
- in rechte getuigenis afleggen, 923 e.v.
- toelating van Strafwet, 924
Staatscommissie voor ethische problemen, 398, 400, 413
Statistiek,
- doodsoorzaken, 733
- experimenten militairen, 839
- gegevensverzameling, 839
Sterilisatie,
- aansprakelijkheid, 355 e.v.
- anticonceptiva, 354
- geoorloofdheid, 354

- geoorloofdheid, 354
- informatieplicht, 304, 306, 357, 358
- inspanningsverbintenis, 355, 366
- mentaal gehandicapte, 361 e.v.
- minderjarige, 360
- schade, 359
- resultaatsverbintenis, 355, 366
- therapeutische -, 354
- toestemmingsformulier, 310, 326
Stervende patiënt, 681,
- captatie, 732
- experimenten, 835 e.v.
- hulpverleningsplicht arts, 683
- opzettelijk levensverkortend handelen, 707 e.v.
- vermijden van pijn en lijden, 683 e.v.
Stinissen, 692
Stomatologie, 104, 1210

T

Tandarts,
- afbakening geneeskunde, 1210, 1211
- cumulatie, 1210
- diagnostische vrijheid, 1037 e.v.
- diploma, 1210
- therapeutische vrijheid, 1037 e.v.
- verjaring rechtsvordering honorarium, 1172
- visum, 1210
- voorschrijven van geneesmiddelen, 1212
Tandprothese,
- geneeskundige handeling, 68, 69
Telefonische oproep,
- aansprakelijkheid, 347
- hulpverleningsplicht, 279
Terminale patiënt,
- chronische pijnbestrijding, 701 e.v.
Terugbetalingstarieven, 1096, 1132
Terugbetaling van honorarium,
- collega's, 1096 e.v.
- schadevergoeding, 1167
- verjaring, 1166
- verwanten, 1089, 1095
Testes,
- orgaantransplantatie, 768, 862
Therapeutisch bestanddeel van menselijke oorsprong,
- eicel, 367
- embryo, 367
- sperma, 367
Therapeutische exceptie, 308, 311, 385
Therapeutische noodtoestand,
- levensverkortend handelen, 704 e.v.
Therapeutische verbetenheid, 687
Therapeutische vrijheid,
Therapeutisch privilege, 841, 844
- arbeidsovereenkomst, 1230
- begrip, 1037 e.v.
- misbruik, 214, 1048 e.v.
- overheid, 1038
- raden van de orde, 1048 e.v.
- toestemming, 1038, 1039
- verkeerd gebruik, 1050
- ziekenhuis, 1042
- ziekenhuisbeheerder, 1038
Therapie,
- experimentele -, 801, 807
- misbruik, 1048 e.v.
Titelmisbruik,
- onwettige uitoefening van geneeskunde, 87 e.v.
Toegang tot medische databank, 1013 e.v.
Toelating tot begraving,
- autopsie, 765
- doodsoorzaak, 735, 746

- vaststelling van overlijden, 733, 755
Toelating tot crematie, 736
Toelating van de wet,
- geboorteverklaring, 507
- in rechte getuigenis afleggen, 923 e.v., 969 e.v.
- overhandigen van omstandig medisch verslag, 583, 587
- passieve euthanasie, 686
- transseksualiteit, 517
- wettelijk voorschrift, 969 e.v.
Toestemming,
- aansprakelijkheid, 342
- autopsie, 755, 757, 759 e.v.
- bewijslast, 322 e.v.
- donor, 871 e.v.
- draagwijdte, 318, 319
- exoneratieclausule, 326
- experimenten, 808, 827 e.v.
- *extended operation*, 318
- geheimhoudingsplicht, 952 e.v., 999
- grondslag, 312, e.v.
- instemming, 312 e.v.
- levensverkortend handelen, 707 e.v.
- medische gegevens, 292
- nalaten van behandeling, 695, 697 e.v.
- - om te doden, 708
- orgaantransplantatie, 791, 796, 798
- overhandigen van getuigschriften, 1002 e.v.
- recht op -, 310 e.v.
- sanctie, 320 e.v.
- staken van behandeling, 695, 697 e.v.
- toelating van de wet, 312, 313
- toestemmingsformulier, 310, 326
- transseksualiteit, 517
- vermoeden, 312
- veronderstelde -, 315 e.v.
- verplichte -, 316, 317
- verwerking medische gegevens, 292 e.v.
- vorm, 326
- zwangerschapsafbreking, 434 e.v., 455, 456
Toestemmingsformulier,
- exoneratieclausule, 326
- in vitro fertilisatie, 310
- sterilisatie, 310
Toetsingscommissies, 854 e.v.
Toevertrouwen medische gegevens, 921 e.v.
Toxicomanie,
- provinciale geneeskundige commissie, 1077
Transplantatiecentra, 786
Transplantatiecoördinator, 786
Transseksualiteit, 510 e.v.

U

Uitoefening van geneeskunde,
- pijnbestrijding, 701, 702
- prenatale diagnostiek, 383
- onwettige -, 30 e.v.
- wettige -, 1 e.v.
Ultimum remedium,
- experiment, 808, 810

V

Vaccinatie,
- geneeskundige handeling, 37
- minderjarige, 512
Valsheid in geschriften, 1028 e.v.,
- arbeidsongeschiktheid, 1032
- gedwongen plaatsing in psychiatrisch ziekenhuis, 1031
- geneesmiddelenvoorschrift, 1034
- kraamgeld, 1033

- onderzoek, 591
- opzet, 1031
- terugbetaling honorarium,
Valsheid in medische getuigschriften,
- valselijk bevestigen van ziekte, 1016 e.v.
- valsheid in geschrifte, 1028 e.v.
- welwillendheidsgetuigschrift, 1035 e.v.
- wijziging door onbevoegde, 1036
Vasectomie,
- resultaatsverbintenis, 356,
Vaststelling van overlijden, 733, 738,
- akte van overlijden, 745
- dood, 739
- doodsdiagnose, 742 e.v.
- doodsoorzaak, 735 e.v., 746 e.v.
- - door arts, 735 e.v.
- methoden van -, 742 e.v.
- orgaantransplantatie, 743, 744
- overlijden, 739 e.v.
- waarborgen -, 744, 775
Vaststelling van vaderschap,
- gerechtelijke procedure, 917
- vordering tot -, 374
Verder verblijf in psychiatrische dienst,
- duur, 630
- einde, 640 e.v.
- herziening, 647 e.v.
- modaliteiten, 631, e.v.
- nazorg, 632
- overbrenging naar een andere dienst, 637 e.v.
- procedure, 627 e.v.
- verblijf buitendienst, 631
- verlenging, 630
- verzet einde, 644 e.v.
Verdovende middelen,
- levensverkortend handelen, 703
- misbruik, 703
Vergoeding,
- onderzoeker, 848
- proefpersonen, 847
Verklaring van Helsinki,
- experimenten, 813, 815 e.v.
Verklaring van Tokyo,
- experimenten, 815
Verjaring van schuldvordering, 1171 e.v.,
- aanvang, 1178
- apotheker, 1172
- geneesheer-deskundige, 1176
- levering materiaal, 1176
- paramedici, 1172
- schorsing, 1178
- tandarts, 1172
- verpleegkundigen, 1172
- vroedvrouw, 1172
- ziekenhuis, 1173 e.v.
Verlies van een kans,
- - op genezing, 346
- toestemming, 323
- - zwangerschapsafbreking, 382, 386, 443
Verpleegkundigen,
- aansprakelijkheid, 1214, 1217, 1218, 1219
- activiteiten, 1214 e.v.
- bloedafname, 54
- diploma, 1213
- radiografie, 59
- verjaring schuldvordering, 1172
- visum, 1213
Verpleging van geesteszieke in gezin,
- gezin, 656
- herziening, 661
- observatieperiode, 654 e.v.
- opheffing, 661
- procedure, 653
- procureur des Konings, 654
- verder verblijf, 657
- verjaring, 660
- verzoekschrift, 654
- wijziging, 660
Verplichte ziekteverzekering,

- diagnostische vrijheid, 1037 e.v.
- therapeutische vrijheid, 1037 e.v.
- toezicht, 1042
Verplichting geheim bekend maken, 935 e.v.,
- Zie Geneesheer-inspecteur R.I.Z.I.V.
Vertrouwensartsencentrum, 551
Vertrouwenspersoon,
- geesteszieke, 588, 596
Verwanten,
- genetische gegevens, 384, 387
- honorarium, 1089 e.v.
Verwantenvoorrecht, 756, 759, 764, 788
Verwerking van medische (persoons)gegevens,
- arts, 293, 294, 299
- bijzondere waarborgen, 295 e.v.
- mededeling aan derden, 296
- medisch dossier, 298 e.v.
- register, 295
- toestemming, 292, 299
- uitzonderingen, 291 e.v.
- verbod, 291
Verzekeringsgeneeskunde,
- medisch beroepsgeheim, 902
Verzekeringsinstellingen,
- forfaitaire bezoldiging, 1085
Verzekeringspolis,
- doodsoorzaak, 1001, 1003
Verzet bij orgaantransplantatie, 776 e.v.,
- geen bezwaarstelsel, 776 e.v.
- minderjarige, 537 e.v.
- - na overlijden, 784 e.v.
- na(ast)bestaanden, 778, 779, 784, 786 e.v.
- testamentaire beschikking, 794
- verplichting arts, 786 e.v.
- - voor overlijden, 777 e.v.
Verzoek van patiënt,
- euthanasie, 707 e.v.
- nalaten van behandeling, 697 e.v.
- staken van behandeling, 697 e.v.
Verzorging,
- medische behandeling, 692
- omissiedelict, 691 e.v.
Visum, 15 e.v.,
- intrekking, 18
- voorwaardelijk behoud, 21
- vrijstelling, 17
- weglating, 122
Voorlichtingsdienst,
- zwangerschapsafbreking, 444 e.v.
Voortplanting,
- recht op -, 361, 382
Vordering tot levensonderhoud,
- tegen spermadonor, 374
Vordering tot vaststelling van vaderschap,
- spermadonor, 374
Vrederechter,
- opneming ter observatie van geesteszieke, 573 e.v.
- toezicht op naleving wet, 665
- verder verblijf van geesteszieke, 627 e.v.
- verpleging van geesteszieke in een gezin, 651 e.v.
Vrijheidsberoving,
- geesteszieke, 555, 558, 559, 568, 602, 651
- onvrijwillige anticonceptie, 361
Vrijheid van vereniging,
- inschrijving op lijst, 106 e.v.
Vrij opgenomen geesteszieke,
- behandeling, 668, 669, 671 e.v.
Vrijstelling van militaire dienst,
Vrijstelling van plicht of dienst,
- valsheid in medische getuigschriften, 1018, 1021 e.v., 1036
- militaire dienst, 1022, 1036
Vroedvrouwen, 1222 e.v.,
- geboorteverklaring, 506
- medische handelingen, 1224
- onopzettelijke doding, 483
- verjaring schuldvordering, 1172

Vruchtafdrijving,
- bestanddelen, van misdrijf, 415 e.v.
- causaal verband, 423
- embryo, 420
- foetus, 420
- kunstmatige -, 416
- opzettelijke beëindiging, 417
- terminologie, 412 e.v., 419
- uitdrijving, 418
- vernietiging van embryo in vitro, 419
- vernietiging van vrucht, 418

W

Wachtdienst,
- apotheker, 266
- honoraria, 1116
- hulpverleningsplicht, 276
- organisatie, 270
- provinciegouverneur, 270, 271
- verplichting, 268, 269, 271, 272
- weigering, 268

Weefsel,
- afstand, 771
- weefselbank, 767, 867
- wegneming, 767 e.v., 858 e.v.

Weefseltransplantatie,
- arts, 770
- bereidingen, 769
- biopsie, 767
- experimenten, 767
- geen bezwaarstelsel, 776, e.v.
- inschrijving bevolkingsregisters, 774, 796
- inschrijving vreemdelingenregisters, 774, 796
- therapeutische doeleinden, 767
- vaststelling overlijden, 744, 775
- verzet, 776 e.v.
- wetenschappelijk onderzoek, 767
- winstoogmerk, 771

Wegneming van organen en weefsels,
- afstand, 867
- arts, 866, 878
- autotransplantatie, 888
- begrip, 864 e.v.
- bij levende, 858 e.v.
- biopsie, 889
- donor, 526, 868 e.v.
- ernstige gevolgen, 879 e.v.
- familiedonatie,528, 882, 883
- geneeskundige handeling, 34
- minderjarige, 527 e.v., 537 e.v.
- niet-genereerbaar orgaan, 879 e.v.
- Orgaantransplantatiewet, 858 e.v
- pasgeborene, 502
- receptor, 868
- soorten, 864
- toestemming, 527 e.v., 531 e.v.
- transplantatie, 859 e.v.
- verzet, 537 e.v.
- voorwaarde, 866 e.v.
- winstoogmerk, 867

Wegneming van therapeutische bestanddelen, 884
- arts, 885
- bloed, 884
- eicellen, 884
- embryonaal weefsel, 884
- foetaal weefsel, 884
- sperma, 884

Weigering van behandeling, 562, 566

Welwillendheidsgetuigschrift, 1035

Wetsdokter,
- huiszoeking, 993

Wettelijk voorschrift,
- geheimhoudingsplicht, 583, 664, 969 e.v., 973.
- kennisgeving van bevalling, 504

Wettige uitoefening van geneeskunde,

- diploma, 10 e.v.
- erkenning, 24 e.v.
- geneeskunde, 5
- geneeskunst, 5
- historiek, 1 e.v.
- inschrijving op lijst, 22, 23
- intrekking visum, 18
- monopolie, 6 e.v.
- visum, 15 e.v.
- voorwaarde, 10 e.v.
- voorwaardelijk behoud van visum, 21
- vrijstelling van visum, 17
W.H.O.,
- definitie gezondheid, 368, 451
Winterwerp, 589, 602
Wrongful birth, 386, 441
Wrongful life, 382, 386

Z

Zelfdoding, 712
Zelfmoord,
- aansporing tot -, 722
- aansprakelijkheid instelling, 725 e.v.
- aansprakelijkheid psychiater, 677 e.v., 725 e.v.
- bewaking, 678 e.v., 715 e.v.
- definitie, 712
- groot gevaar, 718
- hulpverleningsplicht, 716 e.v.
- medische hulp, 713 e.v.
- recht op -, 718
- reclame, 722
- toestemming, 718
- verzuimsdelict, 722
Zelfzorg,
- geneeskundige handeling, 44
Ziekenfonds,
- beslag honoraria, 1183, 1184
Ziekenhuis,
- aansprakelijkheid, 347 e.v.
- contractuele rechtspositieregeling, 1121, 1233
- forfaitaire betaling, 1085 e.v., 1088 e.v.
- gesloten -, 334
- medische raad, 1224, 1226
- open -, 334
- rechtsverhouding met arts, 1229
- statutaire rechtspositieregeling, 1121, 1234
- ziekenhuisarts, 1225 e.v.
Ziekenhuisarts, 1225, 1226, 1229 e.v.,
- aannemingsovereenkomst, 1231
- arbeidsovereenkomst, 335, 1231
- medische raad, 1227, 1235
- O.C.M.W.-Wet, 1233 e.v.
- rechtspersoon, 1229
- statutair benoeming, 335
Zwangere vrouw,
- duldingsplichten, 498
- experimenten, 837
- zorgplichten, 498.
Zwangerschap, 351 e.v.,
- beëindiging van -, 389 e.v.
- foetale diagnostiek en therapie, 498
- keizersnede, 498
- medisch begeleide bevruchting, 464 e.v.
- prenatale diagnostiek en advisering, 380 e.v.
- voorkomen van -, 351 e.v.
Zwangerschapsafbreking,
- aansprakelijkheid, 473
- arts, 437 e.v.
- doorverwijzing, 443
- facultatieve hulp en raad, 447, 448
- geneeskundige handeling, 34
- gewetensbezwaren, 441, 443
- groot gevaar, 441, 451
- juridische omschrijving, 413
- medische hulp, 392 e.v.
- medische omschrijving, 413

- minderjarige, 462
- moratorium, 399 e.v., 408
- nationale evaluatiecommissie, 464 e.v., 469 e.v.
- noodsituatie, 425 e.v., 434, 435, 441
- noodtoestand, 426
- onopzettelijke -, 490 e.v.
- - op aanvraag, 431
- persoon, 490 e.v.
- raden van de orde der geneesheren, 398, 402, 410
- rapportageverplichting, 469 e.v.
- recht op -, 473
- rechtvaardigingsgrond, 428
- reclame, 457
- registratiedocument, 465
- registratieverplichting, 464
- resultaatsverbintenis, 473
- sancties, 455 e.v.
- sociale noodsituatie, 451
- spontane -, 416
- strafrechter, 433
- technische hulp, 392 e.v.
- terminologie, 412 e.v.
- therapeutische -, 402, 426, 427, 441
- tijdstip, 449
- toestemming, 456, 458 e.v.
- vaste wil, 434 e.v.
- verlies van een kans op -, 382, 386, 443
- verplichte opvang, 446 e.v.
- verplichting tot -, 394, 395, 441
- verzoek, 434 e.v.
- voorlichtingsdienst, 444, 470
- vruchtafdrijving, 412 e.v.
- wachttermijn, 440, 441
- weigering, 441, 442, 443
- *wrongful birth action*, 441

Zwijgplicht,
- aangifte van misdrijven, 947
- administratief personeel, 912
- adviserend geneesheer van ziekenfonds, 903
- arbeidsgeneesheer, 909
- dwaling, 975 e.v.
- echtgenoot van arts, 912
- geneesheer-inspecteur R.I.Z.I.V
- gerechtelijk deskundige, 900
- gevangenisarts, 910
- hoofdgeneesheer, 911
- hulpverleningsplicht, 949 e.v., 960
- in rechte getuigenis afleggen, 928 e.v.
- - jegens ouders, 548
- kindermishandeling, 551
- kinesitherapeuten, 912
- noodtoestand, 551
- onwettige beoefenaars van geneeskunde, 913
- optreden in rechte, 977 e.v.
- paramedici, 912
- toestemming, 953 e.v.
- verabsolutering, 976
- verpleegkundige, 912
- vroedvrouwen, 912

Zwijgrecht, 926 e.v.