

Zorg, privaatrecht en publiekrecht

Tjong Tjin Tai, T.F.E.

Published in:
Recht der Werkelijkheid

Document version:
Peer reviewed version

Publication date:
2010

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Tjong Tjin Tai, T. F. E. (2010). Zorg, privaatrecht en publiekrecht: Van ondersteuning naar handhaving, en terug. *Recht der Werkelijkheid*, 31(3), 6-25.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Zorg, privaatrecht en publiekrecht: van ondersteuning naar handhaving, en terug*¹

T.F.E. Tjong Tjin Tai²

1. Inleiding

In het moderne *discours* van politiek en wetgeving neemt zorg een belangrijke plaats in. Allerwegen wordt het belang van zorg onderkend. Zorg is *hot*, zorg is *sexy*. Voor juristen – conservatief als zij heten te zijn – zijn zulke anglicismen geen aanbevelingen. Afgezien van dergelijke reflexen zijn er ook meer zakelijke redenen om dit nieuwe zorgparadigma met enige argwaan te benaderen. Dit kan zijn omdat met de mond beleden lof niet vertaald hoeft te worden in betere regels of een groter budget. Belangrijker is dat de goede intenties bij politiek en wetgever kunnen verkeren in hun tegendeel. Juist door de poging zorg beter te handhaven, raakt zorg in de verdrukking.

In dit artikel zal ik vanuit privaatrechtelijk en zorgethisch perspectief beschrijven hoe zorg tot voor kort in het recht werd erkend en ondersteund. Deze afstandelijke maar respectvolle relatie heeft recentelijk wijzigingen ondergaan, enerzijds door (kennelijk) gewijzigde verwachtingen, anderzijds door een daaruit voortvloeiende verbreiding van zorgplichten met bijbehorende publiekrechtelijke handhaving. Ik zal betogen dat deze ontwikkeling in veel gevallen ongewenst is, omdat zij onhaalbare verwachtingen wekt en de feitelijk gegeven zorg veeleer ontmoedigt en verzwakt.

2. Wat is zorg?

Een bekende gedachte is dat zorg en recht onverenigbaar zouden zijn, of ten minste onderling op gespannen voet staan. Die gedachte vindt waarschijnlijk haar oorsprong in de ethische stroming genaamd zorgethiek.³ Deze is voortgekomen uit het revolutionaire werk van Gilligan,⁴ dat vervolgens door tal van auteurs is uitgewerkt.⁵

¹ Ik dank enige nuanceringen ten aanzien van regulering en de rol van het publiekrecht aan een discussie aan de VU over zorgplichten.

² Hoogleraar privaatrecht, Universiteit van Tilburg.

³ (Kritische) besprekingen in: Clement (1995), Koehn (1998), Conradi (2001), Biller-Adorno (2001), Tjong Tjin Tai (2007), alle met verdere verwijzingen naar talloze artikelen en boeken.

⁴ Gilligan (1982/1993).

Zorg wordt in de zorgethiek vooral beschouwd als inhoudend een persoonlijke relatie, gericht op de belangen van een concrete ander. Een op deze uitgangspunten gebaseerde zorgethiek (*ethics of care*) zou moeten leiden tot een casuïstisch oordeel over het juiste handelen, Dit zou niet verenigbaar zijn met een zogenaamde rechtvaardigheidsethiek (*ethics of justice*), die vooral zou bestaan uit redeneren op basis van abstracte principes. Inmiddels wordt in toenemende mate onderkend dat deze tegenstelling verre gaand genuanceerd moet worden.⁶ Ik zal dit onderbouwen ten aanzien van enkele aspecten die voor het vervolg van dit betoog van belang zijn. Voor een volledige argumentatie op dit punt ontbreekt hier de ruimte.⁷

Allereerst is de vraag wat zorg is.⁸ Met ‘zorg’ wordt in de zorgethische literatuur bedoeld op drie verschillende aspecten van zorg: de *relatie*, de *houding* of het *karakter*, en de *daden* of *handelingen*.⁹ De *relatie* staat voorop. Zorg kenmerkt zich door een gerichtheid van de zorgverlener op de zorgontvanger, het object van zorg. In de zorgethiek doelt men hiermee doorgaans slechts op bepaalde soorten relaties, met name relaties van een persoonlijk, langdurig en intiem karakter, gekenmerkt door een grote mate van afhankelijkheid.¹⁰ De moeder-kindrelatie figureert veelal als het archetype, verder worden ook verpleging en de relatie leraar-leerling als voorbeelden genoemd. De intimiteit of vertrouwensband in zorgrelaties is nodig omdat de zorgontvanger zich open moet stellen voor de zorgverlener, opdat deze in staat is goede zorg te verlenen. Goede zorg is immers gericht op de individuele behoeften en belangen van de zorgontvanger. Zorg is hierdoor individueel en concreet: wat er moet worden gedaan hangt af van de specifieke behoeften van de ander in de concrete situatie, waardoor het niet mogelijk is om louter volgens algemene regels te handelen.

Anders dan bij veel andere ethische theorieën wordt in de zorgethiek het handelen niet voorop gesteld. Van belang wordt met name gevonden dat de

⁵ Zie met name Noddings (1984/2003) en (2002), Tronto (1993), Held (2006), en in Nederland Sevenhuijsen (1996), Van Heijst (2005), Vorstenbosch (2005).

⁶ Zie verwijzingen bij Tjong Tjin Tai (2007), p. 30-31, onder meer Clement (1995), Biller-Adorno (2001), Held (2006).

⁷ Zie daartoe Tjong Tjin Tai (2007), met name hoofdstuk 2, 7 en 8.

⁸ Ik baseer mij op de zorgethiek, die tracht weer te geven wat het (intuïtieve) beeld van zorg in de samenleving is, zie met name Noddings (1984/2003), die dit langs fenomenologische weg doet. Deze omschrijving zou derhalve niet alleen door zorgethici maar bij nadere overweging door iedereen moeten worden onderschreven.

⁹ Zie voor het navolgende met name Tjong Tjin Tai (2007), hfdst. 2 en 8, ook Vorstenbosch (2005).

¹⁰ Noddings (1984/2003) is hierbij invloedrijk geweest. Er zijn ook afwijkende opinies, zoals Tronto (1993).

zorgverlener de juiste *houding* heeft tegenover de zorgontvanger. In zoverre is zorgethiek een deugdeethiek.¹¹ Deze houding werkt door in het handelen, maar gaat daar niet volledig in op. Een goede zorgverlener is positief betrokken op de zorgontvanger, ook los van eventuele sancties en beloningen. Het is dit aspect van zorg dat in het recht doorgaans niet rechtstreeks getoetst kan worden: het recht straft de gedachten niet af.¹²

*Handelingen*¹³ zijn echter niet irrelevant. Als de zorg zich niet vertaalt in daden waar dat verwacht mag worden, of als de daden ontoereikend zijn, kan er worden gesproken van slechte of afwezige zorg. Op dit punt kan het recht een aanvulling bieden bij een op zorg gerichte ethiek. Het recht beoordeelt immers vooral de verrichte daden. Het kan trachten deze af te dwingen, slecht gedrag af te straffen of tenminste daar schadevergoeding aan te verbinden, en goed gedrag toe te laten en daarmee impliciet goed te keuren.

Doordat zorg uit verschillende elementen bestaat, is het lastig om een concreet geval van zorg eenduidig te beoordelen als goed of slecht. Een ‘goede moeder’ kan een moment van onoplettendheid hebben waardoor haar kind valt en zich verwondt, maar dat betekent niet dat haar liefde voor haar kind tekortschiet. Omgekeerd kan een verpleger een patiënt volledig volgens het protocol behandelen en ook op individuele verzoeken ingaan, maar dit zonder enige betrokkenheid of gevoel doen, en daardoor dan toch tekortschieten in zorg.

De bijzondere aandacht voor het individu leidt, zoals gezegd, tot een op de concrete omstandigheden gerichte oordeelsvorming, waarbij het bestaan van een relatie belangrijk is. In een simplistisch opgevat rechtssysteem zouden deze aspecten onvoldoende worden gewaardeerd: een relatie zou dan contractueel zijn waarbij de bewoordingen van het contract allesbepalend zouden zijn, terwijl buiten contract geen verplichtingen zouden bestaan behalve het onthouden van inbreuk. In feite zijn moderne rechtsstelsels echter veel genuanceerder: buitencontractueel kunnen er ook verplichtingen bestaan om met anderen rekening te houden (met name als er een relatie aanwezig is), terwijl contractueel er rekening kan en moet worden gehouden

¹¹ Daarover bv. Slote (2001, 2007).

¹² Wel komt bijvoorbeeld in beroepsverboden naar voren dat het karakter niet geheel irrelevant is: strafrechtelijke overtredingen kunnen tot een beroepsverbod leiden. Het blijft evenwel onmogelijk om het karakter volledig en objectief te beoordelen, vandaar dat het recht hier terughoudend in moet zijn.

¹³ Hieronder kan in dit verband ook een nalaten worden geschaard.

met de aard van de relatie tussen partijen, waarbij de woorden van het contract niet doorslaggevend zijn. Ik ga hier in de volgende paragraaf verder op in.

Toch zou er een verschil kunnen zijn, namelijk in het soort relaties dat in zorgethiek als voorbeeld wordt gebruikt: de ouder-kind en verpleger-patiëntrelatie. Wellicht onder invloed van de zorgethische discussie wordt tegenwoordig bij zorg, lijkt het, vooral gedacht aan specifieke afhankelijkheidsrelaties als van kinderen en patiënten. Bij ‘zorg’ denkt men aan gezondheidszorg, jeugdzorg, ouderenzorg: de ‘zorgsector’. Deze beperkte invulling is begrijpelijk aangezien in deze sectoren de essentiële kenmerken van zorg het scherpst naar voren treden. Toch denk ik dat het niet juist is alleen van deze betekenis uit te gaan. Het rechtssysteem, en in het bijzonder ook de zorgplichten in het recht, gaan over veel meer relaties dan alleen dergelijke intieme, persoonlijke, individuele relaties. Dit lijkt ook in overeenstemming met algemene maatschappelijke opvattingen. Het begrip ‘zorg’, zoals gebruikt in de alledaagse taal, is ruimer dan dat in de zorgethiek: men spreekt bijvoorbeeld ook van zorg ten aanzien van dieren en dingen. Nu kan onmiddellijk worden toegegeven dat zulke zorg niet geheel hetzelfde karakter heeft als de zorg waar het in de zorgethiek¹⁴ om gaat. Niettemin zijn er ook overeenkomsten, in het bijzonder ten aanzien van de benodigde houding van ontvankelijkheid voor wat het object van zorg nodig heeft, en de relatief casuïstische wijze van oordelen.¹⁵ Er is dus zowel een taalkundige als een inhoudelijke reden om zorg tevens in de brede betekenis te blijven gebruiken. Hierdoor komen er veel terreinen binnen bereik die in de zorgethiek veelal buiten beschouwing blijven. De zorg voor kamerplanten of een lading marmer wordt niet vaak als een morele kwestie beschouwd; toch is zij niet betekenisloos. Een tekortschieten in dergelijke zorg (denk aan zorg voor het milieu) kan bijvoorbeeld juridisch tot aansprakelijkheid leiden. Zorg heeft dus zowel een brede als een beperkte betekenis.

3. Zorg in het privaatrecht

Anders dan de indruk die men wellicht zou kunnen krijgen uit de zorgethische literatuur, is zorg van oudsher ondersteund en erkend door het recht. Dit blijkt met

¹⁴ Deze reïficatie gebruik ik korthedshalve. Ik doel op de standpunten in de stroming der zorgethiek die men in het merendeel der literatuur aantreft, vooral in de jaren negentig; recentere stukken zijn veelal genuanceerder.

¹⁵ Noddings 1984/2003, p. 148-169, bespreekt deze activiteiten dan ook wel in verband met zorg, al onderscheidt zij deze wel daarvan.

name in het privaatrecht. Zorg zelf is in verschillende wetsbepalingen als plicht erkend. Art. 1:247 BW spreekt bijvoorbeeld over de ouderlijke plicht tot zorg (als onderdeel van verzorging), art. 6:27 BW over de zorg voor zaken.¹⁶ De verplichting tot goede medische zorg¹⁷ is nader uitgewerkt in talrijke procedures omtrent medische aansprakelijkheid: deze zagen niet alleen op een correcte medische behandeling, maar ook op de verzorging en verpleging rond behandeling.¹⁸ Het recht veronderstelt dus het bestaan van zorg als praktijk op verschillende gebieden. Het waardeert zulke praktijken impliciet positief doordat het een tekortschieten in deze zorg sanctioneert met punitieve (strafrechtelijke) sancties, dan wel daaraan de verplichting tot (privaatrechtelijke) schadevergoeding verbindt.

Omgekeerd wordt de al dan niet morele verplichting tot verzorging ook erkend door het recht. Reeds in de aloude figuur van de natuurlijke verbintenis, die onder meer kan berusten op een dringende morele verplichting tot financiële verzorging van bloedverwanten,¹⁹ maakt het recht ruimte voor de aanspraken die uit zorg voortvloeien. Hetzelfde ziet men bij de rechtspraak omtrent ouders en familieleden die als gevolg van ongevallen hun kinderen (extra) moeten verzorgen: deze verplichting wordt aanvaard, en de financiële consequenties hiervan komen ten laste van de dader.²⁰ Bovendien wordt hierbij een abstracte wijze van schadebegroting gevolgd, waardoor het niet nodig is dat er aan buitenstaanders inzage moet worden gegeven in de concrete wijze waarop deze zorg wordt ingevuld.

Een andere manier waarop het recht zorg erkent is in de vorm van zorg als een verweer, een reden om niet aan een andere verplichting te voldoen. Algemene juridische regels kennen veelal uitzonderingsregels die kunnen worden (en vaak ook worden) gebruikt om zorgethische overwegingen mee te wegen in het oordeel of er correct is gehandeld.²¹ Een voorbeeld is de violist die niet gedwongen kan worden om een concert te geven, omdat hij bij zijn doodzieke vrouw moet zijn: dit vormt dan een subjectieve onmogelijkheid voor de nakoming.²²

¹⁶ In het verleden te vinden in o.a. art. 1:245 lid 2 BW (vóór 2 november 1995) en art. 1271 BW (oud).

¹⁷ Zie art. 7:453 BW, sprekend over de zorg van een goed hulpverlener.

¹⁸ Zoals HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 (De Heel/Korver).

¹⁹ HR 30 november 1945, NJ 1946, 62 (De Visser/Harms). Zie nader Wessels (1988).

²⁰ HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (gem. Losser/Kruidhof), HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 (Wrongful birth), HR 5 december 2008, LJV BE9998 (Bakkum/Achmea), HR 10 april 2009, LJV BG8781 (Philip Morris/Bolink).

²¹ Tjong Tjin Tai (2007), p. 261, 321, 332.

²² Overigens moet men onderscheiden tussen de verplichting tot nakoming, die dan niet kan worden afgedwongen wegens een 'subjectieve onmogelijkheid', en eventuele schadevergoeding. Het is

Dit zijn diverse (uit vele andere) manieren waarop het privaatrecht zorg erkent en ondersteunt. Zou deze erkenning van zorg ontbreken, dan zou het recht de zorg verstoren. De ondersteuning van zorg geschiedt meer positief, door consequenties zoals schadevergoeding te verbinden aan afwijkingen van goede zorg. Nu moet onmiddellijk worden erkend dat deze ondersteuning niet gelijk staat aan het garanderen of stimuleren van zorg. Zorg als relatie of als houding is niet als zodanig verplicht in het recht.²³ Op zichzelf is dat evenwel geen gebrek van het recht, althans het privaatrecht. Het privaatrecht beoogt in het algemeen niet primair maatschappelijke praktijken te vervangen of te sturen, veeleer wordt beoogd deze praktijken zoveel mogelijk naar hun eigen normen te laten voortbestaan.²⁴ Deze praktijken hebben hun eigen regels en bieden zelf een intrinsieke motivatie voor hun deelnemers om zich conform deze praktijken te gedragen. Die motivatie kan het recht niet verplicht stellen: *die Gedanken sind frei*.

Wel kan het recht gevolgen verbinden aan een tekortschietend *handelen*. Daarbij zijn de regels van dergelijke praktijken veelal richtinggevend. Dit gebeurt in het privaatrecht door figuren als verwijzing naar verkeersopvattingen,²⁵ open normen als de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt²⁶ of de redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsbeoefenaar,²⁷ of praktijknormen als protocollen en beroepsregels.²⁸ Zelfregulering is voor het privaatrecht derhalve altijd al het adagium geweest.²⁹ Het privaatrecht bevat bijvoorbeeld geen regels over voetbal, maar kent wel de regel dat de spelregels van de sport van belang bij de vraag of bepaald gedrag moet worden aangemerkt als onrechtmatig.³⁰ Het recht volgt de praktijk. Toegegeven zij dat dit niet absoluut is: het recht kent ook zijn eigen dynamiek die maakt dat regels uit de praktijk niet altijd integraal kunnen worden

mogelijk dat de schuldenaar dan toch schadevergoeding zou moeten betalen, al kan hij niet tot nakoming worden gedwongen.

²³ Vgl. par. 2. Men kan echter aarzelen over het eerste: het recht op *family life* (art. 8 EVRM) omvat ook het recht op (afgedwongen) contact ten behoeve van een relatie tussen ouder en kind, vgl. ook art. 1:247 lid 3 BW.

²⁴ Het faciliteert dus meer dan dat het reguleert, het gaat meer om codificatie dan modificatie. Zie echter ook het slot van deze paragraaf.

²⁵ Memelink 2009, met veel verwijzingen naar de bredere relatie tussen recht en maatschappij.

²⁶ HR 31 januari 1919, W. 10365 (Lindenbaum/Cohen).

²⁷ HR 9 november 1990, NJ 1991, 26, zie Tjong Tjin Tai (2009), nr. 200.

²⁸ Tjong Tjin Tai (2009), nr. 66, met verwijzingen.

²⁹ Nader over dit onderwerp Giesen (2007).

³⁰ Bv. HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622 (natrappen).

gevolgd, omdat dit in strijd zou zijn met andere regels uit het systeem en daarmee de coherentie van het recht zou bedreigen.³¹

Een zodanige spanning ziet men bijvoorbeeld in het bewijsrecht. In het recht is onvermijdelijk dat er met enige afstandelijkheid moet worden gekeken naar de gestelde feiten indien deze worden betwist. Het is dan mogelijk dat er bewijsmateriaal moet worden aangedragen, terwijl het in de zorgrelatie niet passend zou zijn om vooraf bewijzen te vragen.³² Ook is mogelijk dat de rechter dan intieme gegevens wenst te vernemen, en daardoor inbreuk maakt op de intimiteit van een goede zorgrelatie. Buiten het bewijsrecht kunnen er problemen ontstaan doordat het vereiste van instemming of het bestaan van een overeenkomst niet geheel recht doet aan de zorgethische realiteit. Men kan denken aan een mishandelde vrouw die formeel juridisch ermee instemt bij haar echtgenoot te blijven, maar dit om zorgethische redenen doet.³³ Ook kan men denken aan de problematiek rond de ‘koude uitsluiting’ of andere onereuze huwelijkse voorwaarden, die er in het verleden toe leidde dat vrouwen ten onrechte geheel verstoken bleven van enig recht om mee te delen in het door de echtgenoot tijdens het huwelijk opgebouwde vermogen, hoewel de affectieve realiteit anders was.³⁴

Ook komt het voor dat een concrete, uit zorgethisch oogpunt wenselijke handeling volgens de juridische benadering ontmoedigd wordt. Dit kan te maken hebben met organisationele aspecten: een handeling die voor het individu goed is, is uit oogpunt van algemeen belang minder wenselijk. Denk bijvoorbeeld aan een wachtlijst in de zorg: voor iedere wachtende is het van belang zelf voorrang te krijgen, maar als dat zou gebeuren zou de wachtlijst niet functioneren. Het risico van organisaties is dat daarbij het algemene belang en algemene regels gaan domineren ten koste van de concrete aandacht die individuele zorg vereist. Het is niet voor niets dat zorgethici argwanend kijken naar organisaties;³⁵ deze kunnen zorg verstoren, al zijn zij in een moderne maatschappij onvermijdelijk. Het betreft hier in wezen de bekende juridische afweging tussen individuele en algemene belangen; de

³¹ Vgl. Memelink (2009), p. 33, algemeen Luhmann (1989) en (1993).

³² Echter hier wordt soms aan tegemoetgekomen door omkering van de bewijslast of de zogenaamde verzwaarde stelplicht, zie hierover ten aanzien van beroepsaansprakelijkheid Tjong Tjin Tai (2009), nr. 205, 452.

³³ Zie nader Tjong Tjin Tai (2007), p. 327-328 met verwijzingen.

³⁴ Dit is echter ook in het recht erkend en heeft geleid tot diverse correcties, zoals ten aanzien van het zogenaamde Amsterdams verrekenbeding. Zie ook HR 18 juni 2004, NJ 2004, 399: gedrag tijdens het huwelijk kan aanleiding geven de huwelijkse voorwaarden opzij te zetten.

³⁵ Tjong Tjin Tai (2007), p. 293, 319-321, ook genuanceerd Noddings (2002).

zorgethische afweging neigt ertoe zich te concentreren op alleen individuele belangen en daarmee algemene belangen uit het oog te verliezen.³⁶ Hierdoor kan de zorgethische beoordeling afwijken van het juridische oordeel.

Daarnaast bestaat er een tendens om het privaatrecht niet louter faciliterend te laten zijn maar ook in sterkere mate ten dienste te stellen van overheidsdoelen: het recht verschuift van codificatie naar modificatie (vgl. Koopmans (1970)). Privaatrechtelijke regelgeving wordt dan ingezet om maatschappelijke veranderingen teweeg te brengen. Dit is overigens niet alleen iets van de laatste tijd. Een voorbeeld is de regelgeving inzake de zorgplicht van de werkgever voor de veilige werkomgeving van werknemers.³⁷ De zorgpraktijk schoot toen tekort, werkgevers ervoeren geen verplichting tot zorg op dit punt. Een privaatrechtelijke zorgplicht werd begin twintigste eeuw ingevoerd om een hogere veiligheid dan tot dan toe gebruikelijk verplicht te stellen, en werd ondersteund met reeds bestaande en nieuwe publiekrechtelijke wetgeving.³⁸ Het Veiligheidsmuseum³⁹ hielp om invulling te geven aan de zorg door adviezen te geven over veilige praktijken. De Hoge Raad heeft verder invulling gegeven aan deze zorgplicht met telkens stringentere jurisprudentie. Hiertegen is evenwel het bezwaar geuit dat onzeker is hoever deze zorgplicht gaat, en of deze niet verder gaat dan van een werkgever verwacht mag worden.⁴⁰

Bij zulke gevallen van modificerend, regulerend privaatrecht bestaat er een nog sterkere spanning tussen het maatschappelijk en het juridisch perspectief: er is dan per definitie⁴¹ geen richtinggevende praktijk. Dergelijke voorbeelden doen er echter niet aan af dat het privaatrecht, voor wat betreft zorgplichten, voornamelijk open normen bevat die verwijzen naar maatschappelijke praktijken, waarmee beoogd wordt die praktijken te volgen in plaats van deze te wijzigen. Het privaatrecht is op deze gebieden grotendeels faciliterend.

Hoewel het recht dus ruimte laat voor zorg, zijn er wel spanningen aanwijsbaar. Daarin wijkt de positie van zorg niet af van die van andere

³⁶ Tjong Tjin Tai (2007), p. 257-262, 340-348.

³⁷ Thans art. 7:658 BW, vroeger art. 1638a BW (oud). Zie over de historie Waterman (2009), p. 27-79.

³⁸ De Arbeidswetten van 1889, wetgeving voor bijzondere branches zoals de Mijnewet van 1903, en in 1919 de geheel nieuwe arbeidswetgeving waar ook de privaatrechtelijke regels inzake de arbeidsovereenkomst deel van uitmaakten.

³⁹ Later het Veiligheidsinstituut, daarna het Nederlands Instituut voor Arbeidsomstandigheden, thans opgegaan in TNO.

⁴⁰ Korthedshalve verwijs ik naar Tjong Tjin Tai (2007), p. 133-137 voor verdere verwijzingen. Vgl. ook Waterman (2009), p. 86 en 112.

⁴¹ Anders is het immers geen modificatie.

maatschappelijke structuren en praktijken. Zorg is wel in zoverre bijzonder dat zij het gehele bestaan doortrekt. Het is juist dat de juridische benadering zelf niet goed past bij de zorgethische benadering, als het gaat om het handelen: de verpleger moet zich niet gedragen alsof hij alleen maar aansprakelijkheid wil vermijden. Maar dit geldt voor alle maatschappelijke praktijken: een voetballer probeert ook goed te voetballen, en niet louter om de juridische regels na te leven. Ook de nadruk op concretisering is niet zonder meer strijdig met het recht. Het privaatrecht aanvaardt dat de beroepsbeoefenaar bijvoorbeeld moet bezien wat er in het concrete geval van hem verlangd wordt; hij kan er niet mee volstaan volgens abstracte regels te handelen.⁴² De regels waar juristen het over hebben zijn inderdaad betrekkelijk abstract, maar de toepassing in concrete gevallen is dat allerm minst. Omgekeerd wordt binnen de zorgethiek overdreven waarde gehecht aan het concrete karakter van het zorgethisch oordeel: er zijn binnen alle vormen van zorg tal van vuistregels, principes en *prima facie* regels die het handelen structureren zonder afbreuk te doen aan de aandacht voor het detail.⁴³ De spanning die er is komt veeleer voort uit de aan het recht inherente tendens tot generalisering. Het recht zoekt de regels bij de casus, terwijl zorg primair zoekt naar wat voor deze individuele zorgontvanger nodig is, waarbij regels slechts als hulpmiddel worden gebruikt.

Erkenning van de wezenlijke rol en aanwezigheid van zorg binnen het recht is van belang, omdat een zorgethisch geïnformeerde visie het mogelijk maakt om bepaalde grondstructuren van het recht te herkennen die in de gangbare benadering verborgen blijven. Het gaat dan bijvoorbeeld om de indirecte erkenning van de houding van de zorgverlener,⁴⁴ het verschil tussen middellijke en onmiddellijke zorg.⁴⁵

4. Zorgplichten als nieuw paradigma in het recht

Deze vrij uitvoerige schildering is van belang als het gaat om de toenemende belangstelling voor zorg vanuit juridische hoek. Zorg lijkt het nieuwe juridische toverwoord. Dit ziet men met name in het om zich heen grijpende gebruik van de term ‘zorgplicht’. In het strafrecht en bestuursrecht is hier in het verleden al tegen

⁴² Vgl. art. 7:401 BW, en zie Tjong Tjin Tai (2009), nr. 93, 99, 200-202.

⁴³ Nader Tjong Tjin Tai (2007), par. 8.6.2 en 8.6.3.

⁴⁴ In de figuur van de hypothetische maatman.

⁴⁵ Geïnspireerd door het zorgethische onderscheid tussen *caring for* en *taking care of* (Tronto 1993). Zie Tjong Tjin Tai (2007), p. 68-69.

geageerd, met name omdat zorgplichten, vanwege hun open aard, op gespannen voet staan met het legaliteitsbeginsel en de eis van rechtszekerheid.⁴⁶ Voor het privaatrecht geldt dit bezwaar in mindere mate, nu open normen daar niet principieel onwenselijk zijn. De overheid heeft sedert de jaren negentig diverse rapporten over zorgplichten het licht doen zien.⁴⁷ Daarnaast heeft de wetgever nieuwe zorgplichten geformuleerd op diverse terreinen, laatstelijk de financiële dienstverlening.⁴⁸

Deze ontwikkeling lijkt misschien los te staan van de toenemende aandacht voor zorg. Immers zoals hierboven betoogd wordt met zorg tegenwoordig vaak bedoeld op de ‘zorgsector’, terwijl de hierboven genoemde zorgplichten veelal op andere gebieden liggen, zoals vermogensbeheer, ruimtelijke ordening, enzovoort. Toch is er wel enig verband. De aandacht voor de zorgsector wordt tegenwoordig, evenals op andere gebieden, veelal vertaald in het opleggen van toenemende zorgplichten.⁴⁹ Verder worden deze zorgplichten tegenwoordig vaak ook of mede publiekrechtelijk gehandhaafd, waar in het verleden werd volstaan met privaatrechtelijke regeling of erkenning van verplichtingen tot zorg.⁵⁰ Daar komt een derde ontwikkeling bij, namelijk het terugdringen van zorg als verweer. Hoewel er al veel literatuur is over nadelen van deze ontwikkelingen,⁵¹ worden deze zelden vanuit primair juridisch perspectief belicht. Ik zal deze drie ontwikkelingen achtereenvolgens bespreken.

5. Toenemende zorgplichten en de rol van de overheid

Ten eerste is er een toename van zorgplichten waarneembaar. In het privaatrecht worden veel regels en rechterlijke uitspraken tegenwoordig gebaseerd op de aanwezigheid van zorgplichten. Dit is ten dele niet meer dan een herformulering van

⁴⁶ Visser (2001), verder de verwijzingen in het rapport Ruimte voor zorgplichten, TK 2003-2004, 29 279, nr. 14, p. 17, en Tjong Tjin Tai (2007), p. 8-9. Onlangs weer J.M.H.F. Teunissen, ‘Legislatieve alabastine’, NJB 2010, p. 167, reactie A. Tubbing, NJB 2010, p. 1353 en reactie Teunissen op p. 1354.

⁴⁷ Advies inzake zorgplichtbepalingen van 20 augustus 1990 (CTW 90/6) van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten, zie TK 1990-1991, 21 800 VI, 24, p. 33-36; rapport Ruimte voor zorgplichten, aangeboden aan de Tweede Kamer bij Brief van de Minister van Justitie van 19 juli 2004 (TK 2003-2004, 29 279, nr. 14).

⁴⁸ Zie par 5.

⁴⁹ Zie bv. het rapport Zorgplichtbepalingen in het primair onderwijs (2005) van een interdepartementale werkgroep van OCW en Justitie.

⁵⁰ Ofschoon ook handhaving voorkwam, bestond daarbij kennelijk niet de aanname dat alle ‘falen’ moest worden voorkomen. Ter nuancering moet worden toegegeven dat in het verleden reeds toezicht voorkwam in de vorm van de arbeidsinspectie bij werkgevers of tuchtrecht bij beroepen.

⁵¹ Onder meer vanuit het gezichtspunt van de ‘professional’, wiens autonomie wordt bedreigd. Zie ook par. 6.

oudere concepten als zorgvuldigheid.⁵² Niettemin lijkt de rechtspraak en wetgeving ook te wijzen op toenemend strengere eisen aan de zorgvuldigheid of nieuwe domeinen van zorg. De term ‘zorgplicht’ is een aanwijzing dat er hogere juridische eisen aan de zorg worden gesteld, al is het strikt genomen niet een noodzakelijk gevolg daarvan. Verder zijn er op verschillende terreinen, ook buiten het privaatrecht, nieuwe zorgplichten geïntroduceerd: in het ruimtelijke ordeningsrecht,⁵³ op het gebied van financiële dienstverlening.⁵⁴

Wat betekent het dat er nieuwe zorgplichten in het recht worden geïntroduceerd? Voorzover het gaat om reeds bestaande zorgpraktijken is dit slechts een juridische erkenning van wat al geldt; het zijn dan verwijzingsnormen. Voor het privaatrecht is dat echter strikt genomen overbodig; binnen overeenkomst kan dit reeds op grond van de redelijkheid en billijkheid, buiten overeenkomst op grond van onrechtmatige daad. Een wettelijke erkenning heeft dan vooral symbolische betekenis maar juridisch geen aanvullende waarde.⁵⁵ Een publiekrechtelijke erkenning kan wel betekenis hebben nu dit veelal verbonden is aan overheidstoezicht (zie hierna, ook par. 6). Zorgplichten zouden echter ook kunnen passen in een streven van de overheid om terug te treden.⁵⁶ Het geeft uitdrukking aan het standpunt van de overheid dat een zeker belang primair de zorg van bepaalde burgers is. Een zorgplicht zal dan in de plaats komen van een reeks detailregels. Dit komt tegenwoordig met name voor bij publiekrechtelijke regelgeving.⁵⁷ Dit biedt voordelen wat betreft eenvoud van regelgeving, en door de verwijzingsfunctie van zo’n zorgplicht past deze zich automatisch aan bij gewijzigde maatschappelijke opvattingen.

Tot slot is het mogelijk dat dergelijke zorgplichten niet als zuivere verwijzing dienen, maar als het opleggen van nieuwe zorgplichten die niet in de praktijk verankerd zijn. De zorgplicht is dan modifierend in plaats van codificerend. Probleem is dan evenwel dat er voor de invulling niet kan worden teruggegrepen op een bestaande praktijk. De bedoeling is dan weliswaar om een hoger niveau van zorg

⁵² Zie hierover Tjong Tjin Tai (2007), p. 97-100.

⁵³ Art. 1.1a Wet milieubeheer, art. 1a Woningwet.

⁵⁴ Zoals de Wet financieel toezicht, waarover bv. Grundmann-Van de Krol (2008).

⁵⁵ Aldus geldt bijvoorbeeld voor art. 7:401 BW en art. 7:453 BW (Tjong Tjin Tai (2009), nr. 93 en 406).

⁵⁶ Westerman 2008, ook de rapporten in noot 47.

⁵⁷ Zie vorige noot. Dit komt incidenteel ook voor in privaatrechtelijke wetgeving, bv. de afschaffing van de specifieke zorg voor bewaring om baat (Tjong Tjin Tai (2007), p. 102nt6. Het BW werkt doorgaans zowel met een omvattende zorgplicht als enige nader uitgewerkte verplichtingen die uit de zorgplicht zouden kunnen worden afgeleid.

op te leggen, maar men valt dan in de praktijk weer terug op de bestaande normen: dan is het gewoon zuivere symboolwetgeving met alleen een verwijzingsfunctie.⁵⁸ Dit blijkt bijvoorbeeld uit de zorgplicht voor het milieu van art. 1.1a lid 1 Wmb.⁵⁹ Ook is mogelijk dat de zorgplicht nader wordt ingevuld. Dan dient zij vooral als overkoepelend begrip, als kapstok voor nadere invulling door rechter of bestuur.⁶⁰ In het laatste geval gaat het in feite een delegatiebepaling (waarover par. 6). In het eerste geval staat dit enigszins op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel, dat bij strafrecht en bestuursrecht van belang is. In het privaatrecht geldt het legaliteitsbeginsel niet in dezelfde mate, maar kan een zodanige geleidelijke invulling ook leiden tot rechtsonzekerheid en verlies aan aanvaardbaarheid van de desbetreffende regelgeving en rechtspraak. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de privaatrechtelijke zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werknemer. De kritiek op de lange tijd strenger wordende rechtspraak was onder meer dat de rechterlijke invulling strenger leek dan wat maatschappelijk algemeen aanvaard was; de juridische zorgplicht liep uit de pas met de maatschappelijke zorgpraktijk. Ofschoon dit als zodanig minder wenselijk is, laat dit wel zien dat het *mogelijk* is, en ook wenselijk kan zijn, dat een zorgplicht regulerend wordt opgelegd om een praktijk te sturen of zelfs te vormen. Voor de veiligheid van de werknemer is dit deels langs privaatrechtelijke weg gebeurd, deels langs publiekrechtelijke weg (zie par. 4, slot). Hierdoor kan een gemeenschappelijke norm worden bereikt die niet vanzelf tot stand zou komen.

Ondanks dergelijke mogelijk positieve effecten van nieuwe zorgplichten kunnen zij, wanneer zij in wetgeving zijn neergelegd, ook negatieve gevolgen hebben. Ik roep in herinnering dat binnen de zorgethiek wordt benadrukt dat zorg plaatsvindt in persoonlijke, intieme relaties, en dat zulke zorg op gespannen voet staat met een benadering vanuit objectieve normen en onpersoonlijke organisaties. De overheid die de zorg tot een zorg maakt reguleert daarmee op een wijze die moeilijk verenigbaar is met de essentie van zorg. Dit zal ik nader beargumenteren.

Op zichzelf kan men de formulering van nieuwe zorgplichten beschouwen als een erkenning dat de overheid niet alles zelf kan en moet, en dat zekere domeinen van

⁵⁸ Plus mogelijk een ‘vangnetfunctie’, waarover het rapport Ruimte voor zorgplichten, TK 2003-2004, 29 279, nr. 14, p. 41, 47.

⁵⁹ Zie HR 7 november 2003, LJN AI0341, NJ 2004, 292 (gem. Wateringen/GIK), waar blijkt dat deze zorgplicht privaatrechtelijk samenvalt met de zorgplicht die in de onrechtmatige daad vervat is.

⁶⁰ Vgl. bv. Tubbing, NJB 2010, p. 1353.

het maatschappelijk leven beter door het maatschappelijk middenveld kunnen worden beheerst.⁶¹ Zorgplichten geven daar uitdrukking aan, doordat zij expliciteren dat zekere personen of instanties zorg dragen voor bepaalde belangen, en niet zozeer de overheid. Die boodschap is echter ambivalent: door het uitdrukken van zorgplichten in wetgeving neemt de overheid het tevens op zich om te stimuleren dat de betreffende zorgverleners daadwerkelijk de benodigde zorg verlenen.⁶² Zou een dergelijke stok achter de deur immers ontbreken, dan zou zulke wetgeving pure symboolwetgeving zijn en zou zij eigenlijk net zo goed achterwege kunnen blijven.⁶³ Het klassieke privaatrechtelijke en strafrechtelijke kader zou dan toereikend zijn om tekortschietende zorg achteraf te bestraffen of compenseren. Het is in zoverre begrijpelijk dat de wetgever als logische consequentie een bestuurlijk handavingskader optrekt voor deze zorgplichten.⁶⁴ Dit impliceert *toezicht* door de overheid, wat weer een verplichting tot toezicht met zich brengt. Een dergelijke verplichting is reeds langer aanvaard, onder andere omdat deze zou voortvloeien uit positieve verplichtingen van de overheid ten aanzien van fundamentele rechten.⁶⁵ De manoeuvre van deregulering via zorgplichten werkt derhalve slechts beperkt: de overheid blijft een secundaire of subsidiaire zorgplicht behouden ingeval de primaire zorgplicht niet wordt nageleefd.⁶⁶ Deregulering betreft dan alleen de *invulling* van de norm, niet de handhaving, die een taak van de overheid blijft.

Deze subsidiaire zorgplicht wordt zwaarder aangezet omdat de hoge verwachtingen van zorg ook bij burgers leven. Als een door zorg beschermd belang wordt geschaad wordt dit snel geïnterpreteerd als bewijs dat er tekort is geschoten in de te verlenen zorg. Daarmee wordt miskend dat zorg geen resultaten garandeert; zorg impliceert een *relatie* en *houding* die gericht is op het beschermen en bevorderen van zekere belangen, maar bij de uitvoering daarvan in zorgdaden kan het soms mislopen. Dat betekent niet noodzakelijk dat er een tekort aan zorg in de zin van ‘liefde’,

⁶¹ Zie uitvoerig Westerman (2008).

⁶² Dit geldt niet indien de rechter een zorgplicht formuleert: dat drukt slechts uit dat partijen zich op een bepaalde manier hebben te gedragen.

⁶³ Behalve voorzover de zorgplicht als verweer fungeert (zie par. 7). Overigens is het wel mogelijk dat de publiekrechtelijke regeling ook privaatrechtelijke betekenis kan hebben, zie bv. ten aanzien van de financiële zorgplichten Tjong Tjin Tai en Van den Berg (2009), par. 3.

⁶⁴ Dat handhaving hierbij hoort, wordt uitdrukkelijk gestipuleerd in de definitie van zorgplichten in het rapport Ruimte voor zorgplichten en in het Advies uit 1990 (zie voor beide nt. 47).

⁶⁵ Nader Giesen (2005), Van Rossum (2005), vgl. EHRM 16 november 2004, AB 2004, 453, NJ 2005, 344 (Gómez/Spanje), EHRM 30 november 2004, NJ 2005, 210 (Öneryildiz/Turkije).

⁶⁶ Over secundaire of subsidiaire zorg zie Tjong Tjin Tai (2007), p. 324-325.

streven is; wel kan het zijn dat er een ongewild en ongewenst gebrek aan bekwaamheid is om zelf uitvoering te geven aan de vereiste zorg. Men kan denken aan intellectueel zwakbegaafde ouders, wier baby uit huis wordt geplaatst omdat zij onvoldoende in staat zijn voor het kind te zorgen. Als men aanstuurt op het *resultaat* van zorg, zal men noodzakelijk voorbij moeten gaan aan de oprechtheid en kwaliteit van zorg als relatie of houding. Op zich is dit niet altijd verkeerd, maar het kan wel nadelige effecten hebben doordat zorg dan snel *alleen* wordt verbonden aan het handelen, waarmee de sociale werkelijkheid van zorg wordt miskend.

Daarnaast zal men, als men zorg vooral beoordeelt naar het resultaat, sneller eisen of verwachten dat de overheid ingrijpt. De subsidiaire zorgplicht treedt immers in werking wanneer de primaire zorg tekortschiet. Als men uit het geschaad zijn van het belang of het ontbreken van toereikende zorgdadens afleidt dat de primaire zorg tekortschoot, zal men verwachten dat in dergelijke gevallen de subsidiaire zorg zou inspringen en zal de conclusie snel zijn dat ook de subsidiaire zorg is tekortgeschoten. Met een dergelijke redenering wordt miskend dat (1) de primaire zorg niet per se tekortgeschoten hoeft te zijn,⁶⁷ en (2) de subsidiaire zorg niet altijd onmiddellijk kan inspringen als de primaire zorg tekortschiet: er is tijd nodig om dit te constateren, de informatie is er niet altijd, en bovendien past in de verhouding tussen primaire en subsidiaire zorg terughoudendheid, opdat de zorgrelatie niet nodeloos wordt verstoord. Subsidiaire zorg is nooit hetzelfde als primaire zorg. Wie dat wel verwacht, wordt teleurgesteld.

Dat de subsidiaire zorg gestalte krijgt in de vorm van toezicht, maakt dit des te erger. Toezicht wordt volgens de huidige inzichten vormgegeven door normen, regels, controles, die alle in zekere mate inbreuk maken op de intimiteit van de primaire zorgrelatie en doen vervreemden van waar het om gaat bij zorg.⁶⁸ Het kader van overheidstoezicht kan immers alleen worden gevormd via algemene regels, aangevuld door concrete inspecties en beslissingen.⁶⁹ Dit betekent dat de subsidiaire zorg door de overheid qua karakter reeds per definitie niet kan voldoen aan de maatstaven van ‘echte’ primaire zorg: het is zorg die uit controle bestaat, en niet uit een emotionele, persoonlijke relatie. Als burgers verwachten dat de overheid de zorg volledig

⁶⁷ Dit kan zijn omdat de zorgrelatie of houding niet tekort is geschoten, of omdat de handelingen wel correct waren maar door pech of omstandigheden het belang van de zorgontvanger toch is geschaad.

⁶⁸ Zie over dit laatste par. 6.

⁶⁹ Vgl. de toetsing van het overheidstoezicht ten aanzien van de Vuurwerkramp in Enschedé in de uitspraken Hof Den Haag 24 augustus 2010, LJN BN4316 en HR 9 juli 2010, LJN BL3262.

overneemt van de primaire zorgverleners, zullen zij altijd teleurgesteld worden. Bovendien wordt de primaire zorgrelatie zelf verstoord door de regelmatige voortdurende inbreuk van de overheid op die zorgrelatie, hoe goed de bedoelingen van de overheid ook zijn. De tweerelatie wordt een drierelatie met een vreemde.

Deze consequenties zijn nagenoeg onvermijdelijk als men vanuit de publieke opinie of de overheid naar concrete gevallen van zorg kijkt. Immers men ontbeert dan de specifieke kennis van de concrete details van de zaak, die nodig zijn om zorg daadwerkelijk en volledig te beoordelen. Er is nauwelijks meer informatie dan het gegeven dat er iets mis is gegaan. Het is dan mogelijk dat het naar objectieve maatstaven lijkt of er tekortgeschoten is, terwijl bij nader onderzoek het tegendeel zou blijken, of omgekeerd. Daardoor kan het gebeuren dat achteraf blijkt dat er te snel is ingegrepen: dan is de primaire zorgrelatie door die ingreep al ernstig verstoord.⁷⁰ Dit is in essentie het dilemma van de jeugdzorg: is men te laat, dan is het kind overleden, is men te vroeg, dan is de familieband verstoord.⁷¹

Het probleem van een te zwaar aangezette subsidiaire zorgplicht is derhalve dat deze de primaire zorgplicht overvleugelt, en daarmee in wezen leidt tot slechtere zorg over het geheel genomen (ook al kan het in incidentele gevallen wel gunstig werken). De omarming van zorgplichten door de overheid wordt een wurggreep. Deze ontwikkeling wordt in de hand gewerkt door een achterliggende houding, dat zorg perfect is of dient te zijn, wat kan worden ingegeven door het intuïtieve begrip van zorg als in de volmaakte ouder-kind relatie. Daarmee wordt miskend dat zulke perfectie een ideaal is dat niet daadwerkelijk voorkomt en ook niet als zodanig kan worden afgedwongen. Tevens miskent dit dat gewone, menselijke zorg soms toch mis kan lopen, zelfs zonder dat altijd fouten aanwijsbaar zijn. Zorg is inherent riskant.

6. Verplaatsing naar het publiekrecht

Deze complicaties worden versterkt doordat zorg langzamerhand steeds vaker publiekrechtelijk wordt genormeerd, in plaats van privaatrechtelijk. Het privaatrecht grijpt meestal slechts achteraf in, op verzoek van een der betrokkenen, hanteert de normen van de praktijk, en pretendeert niet alles te kunnen voorkomen. De zorgplichten worden casuïstisch ingeroepen in concrete gevallen, wat het voordeel

⁷⁰ Dit geldt niet of niet zo sterk bij zorg die niet op mensen is gericht (zoals zorg voor dieren, het milieu), aangezien de zorgontvanger daar geen of niet zo'n sterke inbreuk zal ervaren.

⁷¹ Zie hierover nader Tjong Tjin Tai (2008).

heeft dat de rechter dan alle feiten boven tafel kan krijgen en goed kan aansluiten bij wat de zorgpraktijk in zo'n geval vereist. Een nadeel is dat de zorgplicht dan niet zoveel voorspellende waarde heeft, behalve voorzover men de praktijk goed genoeg kent en de rechter deze praktijk daadwerkelijk volgt. Een ander nadeel is dat deze aanpak achteraf het concrete gebrek aan zorg niet kan voorkomen, terwijl voorkomen misschien wel mogelijk zou zijn geweest.⁷² Ook het strafrecht is primair gericht op bestraffing achteraf met als neveneffect of –doel generale preventie. Een publiekrechtelijke regeling⁷³ heeft hiertegenover voordelen. Een toezichthouder kan reeds bij dreigende schade ingrijpen, en ook als de zorgontvanger of –verlener niet goed in staat is om te protesteren bij een ontoereikende zorgrelatie.⁷⁴ Zulke actie is ook nodig om de subsidiaire zorg door de overheid waar te maken.

Een publiekrechtelijke regeling verlegt evenwel gemakkelijk de aandacht van de in de zorgpraktijk gevormde en geldende normen naar publiekrechtelijk geformuleerde normen. Publiekrechtelijk wordt het vanwege het legaliteitsbeginsel wenselijk geacht dat er door de overheid min of meer concrete normen worden geformuleerd voor het handelen, opdat de burger weet waar hij zich aan te houden heeft. Dit zou strikt genomen niet nodig hoeven te zijn als de zorgplicht verwijst naar een bestaande praktijk of andere gedeelde opvatting, maar kan vanwege die wenselijkheid van concretisering toch ook in dergelijke gevallen gebeuren.⁷⁵ Daarnaast kan jurisprudentie ter zake van handhaving van zo'n zorgplicht vanzelf leiden tot concretisering. Indien de zorgplicht een nieuwe verantwoordelijkheid oplegt en dus niet verwijst naar bestaande normen, is nadere invulling onontbeerlijk aangezien de loutere zorgplicht niets zegt over de gevergdde handelingen.

Als de op centraal niveau neergelegde algemene zorgplicht nader wordt ingevuld, gebeurt dit meestal in gedelegeerde, decentrale nadere regelgeving.⁷⁶ Nadere regelgeving behelst concrete normstelling. Zulke normen kunnen in feite

⁷² Zie nader Van Boom (2007).

⁷³ Ik doel hierbij met name op het bestuursrecht. Het strafrecht is ook publiekrecht.

⁷⁴ Zie het in noot 33 genoemde voorbeeld van door hun partner mishandelde vrouwen die om affectieve redenen en door de interne logica van de zorgrelatie zich slechts moeilijk los kunnen maken van hun partner (Tjong Tjin Tai 2007, p. 327-328 met verwijzingen). Ook geldt dit bij zorg voor kinderen, dieren, of het milieu.

⁷⁵ Het komt mij voor dat er bij wetgeving onvoldoende aandacht wordt besteed aan het verschil tussen zorgplichten als verwijzing naar een bestaande praktijk en zorgplichten als opleggen van verantwoordelijkheid waar nog geen praktijk voor bestaat.

⁷⁶ Zie Westerman (2008), die terecht erop wijst dat daarmee het voordeel van zelfregulering weer teniet wordt gedaan.

alleen minimumnormen formuleren, aangezien zij voor categorieën gevallen moeten gelden en niet voor individuele burgers. Dit heeft twee bezwaren.

Allereerst is een minimumnorm per definitie lager als de eigenlijke zorgplicht, die uitgaat van wat in het concrete geval wordt geëist. In concrete gevallen zal – indien het om een bestaande zorgpraktijk gaat – de juridische norm dus minder vergen dan de zorgpraktijk. Het toezicht dat op deze norm is gebaseerd eist dan in feite te weinig. Ook om deze reden schiet het toezicht in zoverre tekort.

Het kan desalniettemin zinvol zijn een minimumnorm op te leggen: dat geeft duidelijkheid, de burger weet dat hij zich ten minste aan deze norm moet houden. Echter dergelijke normen kunnen ook licht worden opgevat als maximumnorm, als een signaal dat men nooit meer hoeft te doen.⁷⁷ Daarmee zou het opleggen van een zorgplicht het tegendeel bereiken van wat de bedoeling is: het zou leiden tot minder zorg! In feite gaat het dan weer om gewone normen en niet om een zorgplicht, zodat de belofte die van een ‘zorgplicht’ uitgaat niet waar wordt gemaakt. Daarnaast kan zo’n publiekrechtelijke norm er bovendien toe leiden dat zorgverleners vergeten dat voorop moet staan de eigenlijke norm uit de zorgpraktijk, niet de publiekrechtelijke benadering (de gejuridiseerde zorgplicht). Als controle en toezicht, door overheid dan wel management van de organisatie, plaatsvindt op basis van louter de publiekrechtelijke norm – en hoe zou het anders kunnen? – bestaat het risico dat dit leidt tot defensief gedrag in plaats van daadwerkelijke *zorg* in de volle zin des woords. Dit is precies het in par. 2 genoemde ongewenste juridische perspectief bij handelen in de zorg. Dit wordt vooral aangemoedigd als verantwoording moet worden afgelegd over de zorg in termen van zulke publiekrechtelijke normen, in plaats van in de normen van de zorgpraktijk zelf.

Een alternatief ten opzichte van een minimumnorm is dat een hogere, ambitieuze norm wordt geformuleerd. Bezwaarlijk is dan echter dat deze norm in concrete gevallen te hoog ligt en voor die gevallen juist weer teveel eist (zie ook par. 7). Ook dan verliest de juridische norm aansluiting bij de zorgpraktijk. Dit hoeft niet altijd een beletsel te zijn; de norm zou kunnen dienen om de praktijk te verheffen en daarmee te vormen, zoals in het geval van de zorgplicht voor een veilige

⁷⁷ Dit is bijvoorbeeld een mogelijk en mijns inziens onwenselijk effect van Europese regels op het gebied van financiële dienstverlening. Zie hierover Tjong Tjin Tai en Van den Berg 2009, par. 3, noot 42, en vgl. HvJEG 23 april 2009, C-261/07 en C-299/07 (VTB-VAB/België) dat voor het gebied van oneerlijke handelspraktijken in deze richting wijst.

werkomgeving. Waar een goed gevestigde en aanvaarde praktijk bestaat, is dat evenwel anders. Dan botst de juridische invulling op de sociale praktijk, wat leidt tot weerstand binnen de praktijk.

In het rapport Ruimte voor zorgplichten⁷⁸ wordt nog een ander alternatief gesuggereerd: een zorgplicht zou het mogelijk maken om de nadere invulling aan de burger over te laten. Dit veronderstelt evenwel opnieuw dat het gaat om een verwijzing naar een gevestigde praktijk waar gedeelde normen in worden ontwikkeld. Bovendien werkt dit alleen goed als de bestaande normen worden gevolgd, en niet worden gejuridiseerd (zie hierna).

Al deze bezwaren gelden overigens vooral bij zorgplichten die oorspronkelijk verwijzen naar een praktijk. Daar zou nadere invulling eigenlijk niet nodig dienen te zijn, maar gebeurt dit toch snel door de logica van het publiekrecht (legaliteitsbeginsel), of door jurisprudentie over eerder uitgeoefend toezicht, dat als nadere invulling wordt gebruikt. De zorgplicht wordt dan een zuiver juridische zorgplicht die van de praktijk wordt gescheiden door de juridische kloof. Deze juridisering is een onvermijdelijk effect van het recht,⁷⁹ en valt slechts beperkt te corrigeren of te beteugelen. Overigens kan dit zich ook voordoen bij privaatrechtelijk zorgplichten doordat jurisprudentie daar als invulling wordt beschouwd; de flexibiliteit blijft echter behouden als rechters zich niet volledig gebonden achten aan eerdere uitspraken en voldoende oog blijven houden voor de specifieke casus. Daarnaast moet worden toegegeven dat juridisering niet altijd tot funeste gevolgen hoeft te leiden; het kan ook onderdeel zijn van een dynamisch proces waarbij de zorgpraktijk mede wordt gevormd door juridische oordelen, en daarmee gevoed wordt door inzichten uit andere maatschappelijke domeinen. Dat neemt niet weg dat met name de publiekrechtelijke invulling van zorgplichten spoedig tot de genoemde vervreemingseffecten leidt.

Er zijn dus diverse redenen waarom de toename van publiekrechtelijke zorgplichten niet zonder gevaar is. Niet alleen kunnen deze zorgplichten slechts in beperkte mate leiden tot betere zorg (en is niet uitgesloten dat zij onrealistische verwachtingen wekken die alleen maar tot teleurstellingen en cynisme leiden), maar ook kunnen zij onbedoeld leiden tot *afname* of verslechtering van bestaande zorg.

⁷⁸ TK 2003-2004, 29 279, nr. 14, op p. 44.

⁷⁹ Zie diepgaand Luhmann (1993), over het systeem-karakter van het recht.

Deze ontwikkelingen zijn (ten dele) al vaker aan de orde gesteld, bijvoorbeeld in de discussie over de versterking van professionalisering.⁸⁰ De beroepsethiek van professionals of beroepsbeoefenaren kan immers grotendeels worden opgevat als een zorgethiek; het beroepsmatig handelen wordt genormeerd volgens zorgplichten.⁸¹

Voor zorgplichten die een nieuwe verantwoordelijkheid opleggen, waar geen bestaande zorgpraktijk aanwezig is, gelden deze bezwaren niet of in mindere mate. Wel zal dan – zoals aangegeven – de zorgplicht noodzakelijkerwijs moeten worden uitgewerkt in meer concrete regels, en zal de zorgplicht dus in feite slechts een kapstok zijn voor de werkelijke regelgeving, die betrekkelijk weinig meerwaarde heeft. Een voorbeeld is de zorgplicht ten aanzien van het milieu (art 1.1a lid 1 Wmb).

7. Zorg als verweer

Een derde aspect van de toename van zorgplichten is dat de keerzijde wordt vergeten, namelijk zorg als verweer (zie par. 3). Een generaliserende benadering van zorgplichten⁸² maakt het moeilijk om dit aspect van zorg tot zijn recht te doen komen.⁸³ De zorgverlener zou dan immers in een concreet geval uit overwegingen van zorg niet voldoen aan de geschreven juridische zorgplicht. Een voorbeeld uit het verleden is het verbod om vee bloot te stellen aan mond- en klauwzeer, wat strikt genomen ook het vaccineren van vee verbod.⁸⁴ Een modern voorbeeld is het medewerking verlenen aan euthanasie.⁸⁵ Nu kan – mits een uitzonderingsgrond is opgenomen – de zorgverlener in zulke gevallen toch nog goed weggkomen, maar hij doet dit door eerst het risico te lopen om vervolgd te worden op grond van schending van de algemene geschreven norm. Zo'n algemene zorgplicht moedigt zorgverleners die dit gedoe of deze risico's niet willen aan om in feite minder goede zorg te verlenen.

Daarnaast wordt, lijkt het, bij moderne geschreven zorgplichten betrekkelijk weinig rekening gehouden met de mogelijkheid van uitzonderingsgronden met het

⁸⁰ Bv. Tonkens (2008).

⁸¹ Zie met name Tjong Tjin Tai (2007), par. 9.1.5 en hfdst. 6, vgl. ook Koehn (1994).

⁸² Ik heb het hier alleen over zorgplichten die concrete handelingen voorschrijven; generieke zorgplichten die slechts tot 'zorg' verplichten zonder dit nader uit te werken worden niet door de volgende argumentatie geraakt.

⁸³ Vgl. de korte discussie bij Tjong Tjin Tai (2007), p. 333.

⁸⁴ HR 20 februari 1933, NJ 1933, 918.

⁸⁵ Waarbij ik overigens niet verdedig dat de desbetreffende norm (verbod te doden) zou moeten vervallen ten gunste van een casuïstische zorgnorm; het gaat mij om het gevolg voor de juridische argumentatie.

oog op verdergaande zorg. Dit is op zichzelf begrijpelijk, gelet op het publiekrechtelijke karakter van een zorgnorm. Het is voor de wetgever lastig om expliciet formuleren wat voor uitzonderingsgronden zich allemaal kunnen voordoen, behalve door weer een open norm, zoals een zorgplicht, op te nemen. Als echter de uitwerking van de zorgplicht geen rekening houdt met de mogelijkheid dat zich uitzonderingen kunnen voordoen,⁸⁶ wordt het voor de zorgverlener lastig als hij om zorgethische redenen afwijkt van de norm. Dan is de zorgverlener aangewezen op de hopelijke aanwezigheid van een superieur inzicht bij de desbetreffende handhavende instantie dan wel de later oordelende rechter om op grond van ongeschreven recht alsnog een uitzondering te construeren.⁸⁷

In al deze gevallen heeft de geschreven zorgnorm tot gevolg dat de zorgverlener die zich uit overwegingen van zorg hier niet aan houdt, onderworpen wordt aan toezicht. Hij zal omdat hij de norm niet gevolgd heeft, rekenschap moeten geven en verantwoording moeten afleggen waarom hij aldus heeft gehandeld. Dat betekent dat hij inzage moet geven in de specifieke omstandigheden. Zodanig inzage leidt zelf tot een inbreuk op de vertrouwensband, de intimiteit die bij goede zorg wordt verondersteld.

Ik ben hier nogal gedetailleerd ingegaan op enkele specifiek juridische gevolgen van zorgplichten. Dit lijkt mij van belang omdat het juist in deze details is dat op zichzelf goedbedoelde initiatieven vastlopen en in hun tegendeel verkeren.

8. Hoe dan wel?

Het ziet er zo bezien vrij zorgelijk uit. Zorgplichten in het publieke recht kunnen slechts beperkt nut hebben. Zinvol zijn zij vooral als het gaat om het tegengaan van de ergste misstanden,⁸⁸ en zelfs dan kan niet alles worden voorkomen. Waarom is dat zo? Daarvoor moeten we terug naar de achtergronden van zorgplichten, ethiek en recht. Zoals ik aan het begin heb aangegeven is zorg primair een kwestie van maatschappelijke, intermenselijke praktijken die gereguleerd worden door ethiek of andere sociale normen. Een juridische versteviging of erkenning van deze praktijken krijgt meestal de vorm van een verwijzing naar deze buiten-juridische normen. Een

⁸⁶ Hetgeen voorstelbaar is, met name als de uitwerking weer gedelegeerd is.

⁸⁷ Behalve als er ook een algemene van toepassing zijnde uitzonderingsgrond is, zoals de algemene hardheidsclausule. Art. 3:4 lid 2 Awb suggereert iets dergelijks, maar lijkt minder geschikt voor een typische zorgethische uitzondering.

⁸⁸ Dat is immers de zwakke plek van privaatrechtelijke zorgplichten.

vrij gangbaar beeld van de juridische aanpak is evenwel dat juridische regels op zichzelf moeten staan. De regel moet immer worden gevolgd op gezag van de juridische autoriteit.⁸⁹ Als de regel naar buiten-juridische praktijken zou verwijzen, zou de burger nog steeds op zijn eigen oordeel moeten varen voor de invulling van de regel, en dus juist niet de autoriteit kunnen volgen.⁹⁰ Dat suggereert dat de regel zelfstandig begrijpelijk moet zijn.

Systematisch bezien waren zulke regels vertalingen, benaderingen van buiten-juridische normen voorzover deze juridisch aanvaardbaar waren.⁹¹ Men kan dit zien als de gang van het Romeins recht naar de *Begriffsjurisprudenz* van de negentiende eeuw. De laatste ontwikkeling is op zichzelf terecht bekritiseerd vanwege het gebrek aan gevoeligheid voor maatschappelijke ontwikkelingen: het recht der werkelijkheid.⁹² Dat neemt echter niet weg dat in de *Begriffsjurisprudenz* een diepgeworteld aspect van het recht werd belicht: het feit dat juridische normen veelal zelfstandig begrijpelijke normen stellen, die voor hun invulling niet afhankelijk zijn van andere normstelsels. De zorgvuldigheid die eenieder jegens elkaar dient te betrachten, heeft voor een deel invulling gekregen in de verplichting om geen inbreuk te maken op andermans rechten (art. 6:162 BW), om niet binnen twee meter van de erfgrans bomen te planten (art. 5:42 BW), etcetera. Men kan veel juridische normen beschouwen als benaderingen van zorgplichten.

De hedendaagse wending naar zorgplichten kan ten dele worden beschouwd als een erkenning van de beperktheid van het recht om daadwerkelijk zorg te vatten: in plaats daarvan wordt een verwijzing naar de praktijk opgenomen. Uit theoretisch oogpunt geeft dat blijk van een bewonderenswaardig inzicht in de plaats van het recht ten opzichte van zorg. In de uitwerking leidt dit evenwel tot het tegendeel. Er wordt immers miskend dat de juridische vertaling van zorg ook en juist in deze vorm de onvermijdelijke consequenties van iedere juridische vertaling met zich brengt: het leidt tot bovengenoemde toezichts- en vervreemdingseffecten. Nodig is het inzicht dat het recht *nooit* zorg kan garanderen. Recht kan slechts leiden tot een benadering van zorg.

⁸⁹ Een theoretische (niet onomstreden) onderbouwing is Raz' 'service conception' van autoriteit, zie bv. Raz (2006).

⁹⁰ Dit zou anders zijn als zulke praktijken geschreven normen hadden.

⁹¹ Zie bijvoorbeeld Smits (1995), p. 74-79 ten aanzien van gestandaardiseerde belangenafweging.

⁹² Zie hierover bijvoorbeeld Memelink (2009), p. 24-30.

Dit lijkt misschien een vreemde conclusie. Eerder heb ik immers aangegeven dat zorg in het recht, al dan niet in de vorm van zorgplichten, een lange historie heeft. Het verschil is dat in het verleden de normering van de plichten die er waren niet de pretentie had dat alles werd voorkomen of dat ieder tekortschieten in zorg zou worden bestraft. Overigens waren er ook toen voorbeelden van handhaving in het strafrecht die ons nu als (op zijn zachts gezegd) overrijverig voorkomen.⁹³ Dat betrof echter de overtreding van concreet omschreven gedragsnormen, niet van zorgplichten zelf. Zorgplichten in onverhulde vorm trof men destijds vooral aan in het privaatrecht: daar werden zij niet ingezet als doelen van handhaving als wel als stappen in een beslissing over schadevergoeding of andere uitkomst.⁹⁴ Het privaatrecht moedigde daarbij goede zorg aan, faciliteerde en ondersteunde, maar beoogde niet deze zorg over te nemen of te handhaven. Het schiep slechts een kader waarin goede zorgpraktijken hopelijk zouden kunnen gedijen. Dat het privaatrecht slechts in werking treedt op verzoek van een partij, bevestigt dit: pas als een partij vindt dat er moet worden ingegrepen, zal de overheid zich als hoeder van het privaatrecht in de zaak mengen.

Zorg valt derhalve slechts indirect te beïnvloeden als men zorg wil laten gedijen. Regulering dient zich te concentreren op het kader. Handhaving kan alleen de ergste misstanden voorkomen, en dat ook slechts in beperkte mate. De huidige nadruk op zorg in het recht dreigt daarom contraproductief te werken. De discretie van de zorgverlener moet worden gerespecteerd, en dat kan alleen als het recht enige afstand houdt. Het privaatrecht doet dat van oudsher (al neemt het ook daar af). De moderne publiekrechtelijke vormgeving van zorgplichten is zo gezien een ontwikkeling die met enige argwaan dient te worden gezien, hoezeer ook de handhaving als vangnet nuttig en wenselijk is.

Literatuur

BILLER-ADORNO, Nikola (2001) *Gerechtigkeit und Fürsorge. Zur Möglichkeit einer integrativen Medizinethik*, diss. Hagen. Frankfurt, Campus Verlag.

VAN BOOM, Willem (2007) *Effectuerend handhaven in het privaatrecht*. NJB 2007/16, p. 982-991.

⁹³ Bijvoorbeeld de strafrechtelijke zaken HR 15 oktober 1923, NJ 1923, p. 1329 (Opticien) en het hierboven genoemde HR 20 februari 1933, NJ 1933, 918 (Veearts).

⁹⁴ Het privaatrecht is niet primair of principieel gericht op handhaving; zie hierover nader bijvoorbeeld Sieburgh (2010), met verdere verwijzingen.

- CLEMENT, Grace (1995) *Care, Autonomy and Justice. Feminism and the Ethic of Care*. Boulder (Colo.), Westview Press.
- CONRADI, Elisabeth (2001) *Take Care. Grundlagen einer Ethik der Achtsamkeit*, diss. Basel. Frankfurt/New York, Campus Verlag.
- GIESEN, I. (2005) *Toezicht en aansprakelijkheid*. Deventer, Kluwer.
- GIESEN, I. (2007). *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Mon. privaatrecht nr. 6. Deventer, Kluwer.
- GRUNDMANN-VAN DE KROL, C.M. (2008) *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, 2e dr. Den Haag, Boom Juridische uitgevers.
- HELD, Virginia (2006) *The ethics of care: personal, political, and global*. Oxford, Oxford University Press.
- KOEHN, Daryl (1994). *The Ground of Professional Ethics*. London, Routledge.
- KOEHN, Daryl (1998) *Rethinking Feminist Ethics. Care, trust and empathy*. London, Routledge.
- KOOPMANS, T. (1970). 'De rol van de wetgever', in: *Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse Juris-tenvereniging 1870-1970*. Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, p. 1-15.
- LUHMANN, N. (1989) 'Law as a Social System', 83 *Northwestern University Law Review*, p. 136- 150.
- LUHMANN, N. (1993) *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt, Suhrkamp.
- MEMELINK, Pauline (2009). *De verkeersopvatting*, diss. Leiden. Den Haag, Boom Juridische uitgevers.
- NODDINGS, N. (1984/2003) *Caring. A Feminine Approach To Ethics & Moral Education*, reprint 2003. Berkeley, University of California Press.
- NODDINGS, Nel (2002) *Starting at Home. Caring and Social Policy*. Berkeley, University of California Press.
- RAZ, Joseph (2006). 'The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception', *Minnesota Law Review*, (90), p. 1003-1044.
- VAN ROSSUM, A.A. (2005) *Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht*, Preadvies NJV.
- SEVENHUIJSEN, Selma (1996) *Oordelen met zorg*. Amsterdam, Boom.
- SIEBURGH, C.H. (2010) 'Gerechtigheid en rechtshandhaving', *WPNR* 6843, p. 388-395.
- SLOTE, Michael (2001) *Morals from Motives*. Oxford, Oxford University Press.
- SLOTE, Michael (2007) *The Ethics of Care and Empathy*, Oxford, Routledge.

- TJONG TJIN TAI, T.F.E. (2007) *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. Amsterdam (UvA). Deventer, Kluwer.
- TJONG TJIN Tai, T.F.E. (2008) 'Zorg in de knel', *Filosofie & Praktijk* 2008, p. 43-53.
- TJONG TJIN TAI, T.F.E. (2009) *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, deel 7-IV*: De overeenkomst van opdracht, inclusief de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*. Deventer, Kluwer.
- TJONG TJIN TAI, T.F.E. en VAN DEN BERG, M.F.M. (2009) 'Financiële zorgplichten van de verzekeraar bij beleggingsproducten', *AV&S* 2009/4, p. 163-172.
- TONKENS, E. (2008) *Mondige burgers, getemde professionals. Marktwerking en professionaliteit in de publieke sector*. Amsterdam, Van Gennip.
- TRONTO, Joan C. (1993) *Moral Boundaries*. New York/Londen, Routledge.
- VAN HEIJST, Annelies (2005) *Menslievende zorg*. Kampen, Klement.
- VISSER, M.J.C. (2001) *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht*, diss. Maastricht. Arnhem, Gouda Quint.
- VORSTENBOSCH, Jan (2005) *Zorg. Een filosofische analyse*. Amsterdam, Nieuwezijds.
- WATERMAN, Y.R.K. (2009) *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten*, diss. Rotterdam. Den Haag, Boom Juridische uitgevers.
- WESSELS, B. (1988) *Natuurlijke verbintenissen*, diss. Amsterdam (VU). Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink.
- WESTERMAN, P.C. (2008) *Normering via doelstelling: zorgplichten*. In: *Vormen van (de?)regulering*, red. P.C. Westerman, A.R. Mackor. Den Haag, Boom Juridische uitgevers.