

S.P.K. Welie, *Criteria for assessment of patient competence. A conceptual analysis from the legal, psychological and ethical perspectives* (diss. Maastricht), Eijsden: S.P.K. Welie 2008 (ISBN 978 90 9023128 0, 266 p.)

1 ALGEMEEN

Het in 2008 met succes verdedigde proefschrift van Welie heeft als subtitel 'A conceptual analysis from the legal, psychological and ethical perspectives'. Het betreft een multidisciplinair onderzoek naar wilsonbekwaamheid en de vaststelling ervan. Het multidisciplinaire van de studie impliceert niet dat Welie het onderzoek met collega-onderzoekers van verschillende disciplines heeft verricht; vanuit zijn expertise en opleiding in het recht, de psychologie en de filosofie en ethiek heeft hij het leerstuk van de wilsonbekwaamheid vanuit verschillende invalshoeken benaderd. In deze recensie zal ik mij vooral richten op het juridische deel van zijn onderzoek. Het proefschrift is opgebouwd uit zeven hoofdstukken; vijf hiervan zijn eerder gepubliceerde tijdschriftartikelen en twee dateren uit 2001. Lezenswaardig zijn ze allen, ze illustreren de brede benadering van de auteur en op een aantal plaatsen ook zijn voortschrijdend inzicht.

Over wilsonbekwaamheid, de vaststelling ervan en de gevolgen ervan in het recht, is de laatste decenia veel geschreven. Dat blijkt ook uit de uitvoerige literatuurlijst van de dissertatie. Vermeld worden onder andere de publicatie van H. van de Klippe uit 1990 in het *Maandblad Geestelijke Volksgezondheid*, 'Wilsonbekwaamheid in de psychiatrie: zes benaderingen', tot en met de uitgave van de NVVA beroepsvereniging van verpleeghuisartsen en sociaal geriaters uit 2008 *Beginselen en vuistregels bij wilsonbekwaamheid bij oudere cliënten met een complexe zorgvraag: een handreiking voor verpleeghuisartsen en sociaal geriaters* (Utrecht: NVVA 2008).

Hieronder ga ik meer uitvoerig in op de mijns inziens meest relevante hoofdstukken 1 en 7. Wat de overige hoofdstukken betreft, volsta ik met een korte be-

schrijving ervan en een beperkt commentaar. Hoofdstuk 2 handelt over wils(on)bekwaamheid in de bijzondere situatie van medisch-wetenschappelijk onderzoek bij personen met een geestelijke stoornis. In dit hoofdstuk gaat Welie ook in op de wetgeving in enkele landen om ons heen en bepleit hij dat niet te snel moet worden uitgegaan van wilsonbekwaamheid bij door deze patiënten verleende toestemming. In zijn eindconclusie verdedigt hij juist dat ten aanzien van zorg- en behandelbeslissingen moet worden uitgegaan van de wilsonbekwaamheid van de patiënt. In hoofdstuk 3 doet Welie verslag van zijn onderzoek in enkele verpleeghuizen naar momenten van beoordeling van wilsonbekwaamheid. De algemene en voor hem verrassende conclusie van dit veldonderzoek is dat in de praktijk, althans in de door hem geobserveerde praktijk, vragen rond wils(on)bekwaamheid nauwelijks een rol van betekenis spelen.

Hoofdstuk 4 is te beschouwen als een aanloop in zijn promotieonderzoek. Het betreft een van zijn eerste hoofdstukken en is getiteld 'Patient decision-making competence; Outlines of a conceptual analysis'. De hoofdstukken 5 en 6 bevatten voornamelijk psychologische overwegingen bij het begrip wilsonbekwaamheid en bij diverse methoden om wilsonbekwaamheid vast te stellen. Daarbij gaat hij onder andere in op de betekenis van emotionaliteit. Deze speelt in zijn opvatting bij de vraag naar wilsonbekwaamheid met name een rol als indicatie voor de belangen en waarden van de patiënt.

2 MEER OF JUIST MINDER AANDACHT VOOR WILSONBEKWAAMHEID

In het eerste hoofdstuk geeft Welie een overzicht van zijn onderzoeksvragen en een korte beschrijving van – ethische – begrippen als welzijn, autonomie en informed consent. In 1.4. gaat hij in op de juridische gevolgen van wilsonbekwaamheid, waarbij opvalt dat hij wel wijst op de noodzaak voor het optreden van een vertegenwoordiger, maar niet het tweede eventuele gevolg van wilsonbekwaamheid beschrijft, de mogelijkheid, althans binnen de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO), tot dwangbehandeling. Iets verderop uit hij overigens terecht kritiek op de huidige regeling in de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz) waarin onder omstandigheden dwang is toegestaan om gevaar voortvloeiend uit een

geestelijke stoornis af te wenden. De kritiek is dat indien het gevaar alleen betrekking heeft op de patiënt zelf, diens wilsbekwaamheid ten onrechte geen rol speelt. Ook de Derde evaluatiecommissie Wet Bopz heeft hierop gewezen: op p. 95 van het evaluatierapport *Voortschrijdende inzichten* (Den Haag: Ministerie van VWS 2007) concludeert de commissie: "Uitgangspunt zou moeten zijn dat wilsbekwame weigering van behandeling gerespecteerd dient te worden en dat er meer waarde wordt gehecht aan wilsbekwaam verzet dan aan wilsonbekwaam verzet". De commissie bepleit een wezenlijk grotere rol voor wils(on)bekwaamheid binnen de Wet Bopz of een nieuwe regeling. Het pleidooi voor meer aandacht voor de vraag of iemand wilsbekwaam is of niet, komt in de eindconclusie van Welie niet terug. Daar constateert hij juist dat vanwege de weerbaarheid van het leerstuk en de onmogelijkheid om criteria te ontwikkelen die zowel praktisch hanteerbaar zijn als de toets der kritiek kunnen doorstaan, het aanbeveling verdient om zo mogelijk de vraag naar wilsbekwaamheid niet – centraal – te stellen, maar deze vraag te vervangen door de vraag naar wat de beste zorg is voor deze patiënt. Deze conclusie komt meer nog dan in hoofdstuk 7 aan het eind van het eerste hoofdstuk naar voren. In zijn argumentatie is Welie zorgvuldig en gedegen, al zijn enkele stappen wel voor kritiek vatbaar. Dit geldt ook voor zijn betoog in hoofdstuk 7 over de rol van de medisch hulpverlener, waarin originele gedachten samengaan met aanvechtbare stellingnamen. Enkele onderdelen lenen zich voor een meer uitvoerige bespreking.

3 PERSOONLIJKE WAARDEN EN DE ROL VAN DE HULPVERLENER

In 1.6.2 stelt hij overtuigend dat de patiënt zelf en zijn waarden in hoge mate bepalend zijn; instemmen met een voorgenomen behandeling kan voor de ene patiënt gelden als een wilsbekwaam genomen beslissing, terwijl het niet verlenen van toestemming voor eenzelfde behandeling onder overigens dezelfde omstandigheden voor een andere patiënt ook kan gelden als een wilsbekwaam besluit. Op p. 21 merkt hij terecht op: "Hence, the concept of competence is not only task-specific and decision-relative, but it is also person-relative and value-specific with that".

Een belangrijke uitkomst in het onderzoek van Welie, onder meer gebaseerd op deze stellingname, is

dat duidelijke en betrouwbare instrumenten en methoden voor de vaststelling van wilsbekwaamheid ontbreken. Zie ook p. 193 waar hij onder 7.6 schetst hoe er ondanks tal van inspanningen en wetenschappelijke discussies gedurende de afgelopen 25 jaar nog nauwelijks bruikbare en valide richtlijnen beschikbaar zijn.

In plaats van het zoeken naar richtlijnen die wel betrouwbaar en werkbaar zijn, kiest hij vervolgens voor onderzoek naar de vraag waarom dit zoeken naar richtlijnen zo problematisch is en formuleert een oplossing die ertoe leidt dat de vraag naar wilsbekwaamheid minder nadrukkelijk gesteld hoeft te worden.

Hoewel ik de bezwaren van Welie deel waar het gaat om bestaande methoden en richtlijnen meen ik niet dat deze als volstrekt onbruikbaar moeten worden gekwalificeerd. Ze zijn geen van allen 100% valide en gebruiksvriendelijk, maar fungeren mijns inziens wel degelijk als hulpmiddel bij de vaststelling van wilsonbekwaamheid. Anderzijds blijkt dat wilsbekwaamheid vanuit theoretisch oogpunt en vanuit het perspectief van respect voor de autonomie van de patiënt terecht een scharnierplaats in de wet heeft gekregen, maar dat het omgaan met dit begrip in de praktijk nog steeds problematisch is. Er is dan ook reden dit model kritisch te bezien.

Een mogelijke oplossing voor een minder pregnante plaats voor de wilsbekwaamheid in het wettelijk systeem zou kunnen zijn een terugkeer naar de tijd voor Winterwerp en naar de opvatting dat mentorschap en curatele resulteren in volledige onbekwaamheid c.q. onbevoegdheid van de desbetreffende meerderjarige. Een onvrijwillige opneming in een Bopz-instelling of een door de rechter uitgesproken beschermingsmaatregel resulteert dan simpelweg in een ontbreken van zeggenschap door de patiënt; alle beslissingen dienen door de vertegenwoordiger te worden genomen en de vraag naar de wilsbekwaamheid van de patiënt wordt op rigide wijze geëcarteerd. Een dergelijke oplossing is inmiddels terecht ondenkbaar. In plaats van het benadrukken van de rol van de vertegenwoordiger kiest Welie voor een grotere rol voor de hulpverlener. Deze heeft in zijn opvatting een meer dan procedurele rol; de wet geeft hem ook een rol bij de beoordeling van de belangen van de patiënt. Twee bepalingen in de WGBO onderstrepen deze rol. Het is bij wilsonbekwaamheid van de meerderjarige patiënt aan de

hulpverlener om een vertegenwoordiger te kiezen uit de broers en zussen, ouders en kinderen van deze patiënt. De mogelijkheid tot deze keuze veronderstelt dat de hulpverlener tot op zekere hoogte zicht heeft op de belangen van de patiënt en dat familielid kiest dat zijns inziens het best de belangen van de patiënt kan behartigen (art. 7:465 lid 3 BW). Een ander voorbeeld is te vinden in artikel 7:465 lid 6 BW. Verzet van een wilsonbekwame patiënt kan worden gepasseerd indien de verrichting kennelijk nodig is om ernstig nadeel te voorkomen. Ook deze beslissing impliceert een oordeel van de hulpverlener over de belangen en persoonlijke waarden van de patiënt. De regel dat de hulpverlener de mening van de vertegenwoordiger kan overrulen op grond van de zorg van een goed hulpverlener wijst er ook op dat de hulpverlener een inschatting kan en dient te kunnen maken van de belangen van de patiënt. De hulpverlener kan, zo meent Welie, gezien deze positie beschouwd worden als belangrijke belangenbehartiger van de patiënt. Dat geeft hem nog niet het recht namens de patiënt te beslissen, maar wel de ruimte om het proces van het aanreiken van een behandeloptie, het inschatten van de belangen en waarden van de patiënt en het verkrijgen van informed consent in hoge mate te sturen. De noodzaak om formeel de kwestie van wilsonbekwaamheid aan de orde te stellen en de toestemming van een vertegenwoordiger te zoeken, is daarmee verminderd.

Een duiding van de hulpverlener als supervertegenwoordiger (p. 265, stelling 4) gaat mij te ver. Hoewel ons recht geen algemene regeling inzake vertegenwoordiging kent, moet worden aangenomen dat vertegenwoordigen ziet op het handelen namens een ander met een derde en niet met zichzelf. Voor een in de wet geregelde uitzondering zie men artikel 3:68 BW.

Juist door de rol van de hulpverlener als hoeder van de belangen van de patiënt en op basis van de presumptie van wilsonbekwaamheid hoeft, zo beargumenteert Welie, in veel gevallen de vraag naar wilsonbekwaamheid niet te worden gesteld. Deze vraag is in zijn opvatting alleen relevant in een situatie waarin de hulpverlener het vermoeden heeft dat de beslissing van de patiënt ingaat tegen diens persoonlijke waarden en in een situatie waarin de hulpverlener en

de patiënt langere tijd het niet eens kunnen worden over wat goede zorg is. Als methode voor beoordeling van wilsonbekwaamheid in deze gevallen kiest Welie voor de 'recognisable reasons approach', een benadering die hij op p. 32 e.v. verder uitwerkt.

Zijn voorstel snijdt tot op zekere hoogte hout; men kan zich inderdaad afvragen wat de meerwaarde is van vervangend beslissen door een mentor die de patiënt en diens persoonlijke waarden en belangen nauwelijks kent, wanneer de hulpverlener na overleg met de patiënt en met inachtneming van de waarden en belangen van deze patiënt besluit tot een bepaalde ingreep of behandeling. Zo duidelijk ligt het echter niet altijd. Zijn voorstel om naast de mogelijkheden van de artikelen 7:465 lid 4 en 7:466 lid 2 BW de vraag naar wilsonbekwaamheid en de inbreng van vertegenwoordigers buiten spel te zetten, de wet aan te vullen met een bepaling die materieel inhoudt dat onderzoek naar wilsonbekwaamheid en inbreng van vertegenwoordigers niet is vereist wanneer de hulpverlener handelt als goed belangenbehartiger, gaat mij in zijn algemeenheid te ver. Een discussie hierover zou mijns inziens wel gevoerd kunnen worden maar dan tegelijk met een discussie over de kwaliteit van vertegenwoordigers (bijv. hoe goed moet de vertegenwoordiger de patiënt kennen?) en over de verplichting van de hulpverlener om de patiënt op diens niveau te informeren en hem – meer – wilsonbekwaam te maken. Deze laatste verplichting wordt door Welie op p. 256 verwoord en is conform artikel 12 van de UN Convention on rights of persons with disabilities van mei 2008. Ratificatie door Nederland van dit verdrag is in voorbereiding. Niet ten onrechte wijst Welie erop (bijv. p. 255 onderaan) dat vastgestelde wilsonbekwaamheid gebaseerd kan zijn op het ontbreken van beslisvaardigheid aan de kant van de patiënt vanwege bijvoorbeeld een geestelijke stoornis, maar ook een gevolg kan zijn van onvoldoende begeleiding en voorlichting door de hulpverlener.

Kortom, een grondige studie met veel materiaal over wilsonbekwaamheid en met uitdagende ideeën en voorstellen die nadere uitwerking en discussie vergen.

Mr. dr. K. Blankman¹

1. Kees Blankman is universitair docent familie- en gezondheidsrecht VU Amsterdam.