

In discussie over de medische behandeling van een kind

De rol van de rechter in deze discussie en de grenzen van zijn bevoegdheid

Naam: mw. C.J.M. van de Put
ANR: s801554

Universiteit van Tilburg
19 januari 2010

Examencommissie:
prof. mr. P. Vlaardingebroek
mw. mr. R. de Jong

Inhoudsopgave

Voorwoord

Hoofdstuk 1: Inleiding

§ 1 Inleiding	7
§ 2 Probleemstelling: indien toestemming ontbreekt	8
5.1. <i>De ene situatie is de andere niet</i>	8
§ 3 Centrale onderzoeksvraag en subvragen	9
§ 4 Onderzoeksmethoden	10
§ 5 Onderzoeksdoel	10
§ 6 Leeswijzer	11

Hoofdstuk 2: De minderjarige en zijn medische behandeling

§ 1 De inbreuk op rechten en vrijheden	13
§ 2 De minderjarige en de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst	13
2.1. <i>Handelings(on)bekwaamheid</i>	14
2.2. <i>Waar de WGBO geen antwoord op kan geven</i>	15
§ 3 Opneming en behandeling	16
3.1. <i>Behandeling van de onvrijwillig opgenomen patiënt</i>	16
3.2. <i>Behandeling van de vrijwillig opgenomen patiënt</i>	17
3.3. <i>Onduidelijkheid</i>	18
§ 4 Conclusie	18

Hoofdstuk 3: Het gezagsgeschil en de procedure ex artikel 253a

§ 1 Inleiding	19
§ 2 De taak van de kinderrechter in een 253a-procedure	19
2.1. <i>Een gelijkwaardige verdeling van zorg- en opvoedingstaken</i>	19
2.2. <i>Rust in de zorg voor het kind</i>	20
2.3. <i>De wettelijke voorziening van de beperking van een recht</i>	21
2.4. <i>Tussenconclusie</i>	22
§ 3 Enkele concrete voorbeelden	22
§ 4 De subsidiariteit van het rechterlijk optreden	24
4.1. <i>De noodzaak van de medische behandeling</i>	24
4.2. <i>De wenselijkheid van de medische behandeling</i>	25
§ 5 De proportionaliteit van de rechterlijke beslissing	26
5.1. <i>Veroordelen tot een doen</i>	26
5.2. <i>Vervangende toestemming</i>	27
5.3. <i>De (tijdelijke) ontneming van de vertegenwoordigingsbevoegdheid</i>	27
5.4. <i>Alternatieven</i>	28
5.5. <i>Aanbevelingen: enkele vormvereisten</i>	29
§ 6 Conclusie	29

Hoofdstuk 4: De bescherming van de twaalfminner en de daarmee gelijkgestelde minderjarige

§ 1 Een geschil tussen de wettelijk vertegenwoordiger en een derde	31
§ 2 De herziene kindbeschermingsmaatregelen van titel 14 afdelingen 4 en 5 (nieuw)	31
2.1. <i>De bedoelingen van de wetgever</i>	32
2.2. <i>Aandacht voor de medische behandeling van de minderjarige patiënt</i>	33
2.3. <i>Vraagstellingen</i>	34
§ 3 Een vergelijking tussen 264 en 272	35
3.1. <i>De vervangende toestemming</i>	35
3.1.1. <i>Oneigenlijk gebruik van de ondertoezichtstelling</i>	35
3.2. <i>De schorsing</i>	36
3.3. <i>"Noodzakelijkheid" betekent subsidiariteit</i>	36
3.3.1. <i>Ernstig gevaar</i>	36
3.3.1.1. <i>De Mexicaanse Griepvrijs</i>	37
3.3.1.2. <i>De wenselijke behandeling</i>	38
3.3.1.3. <i>Ernstig gevaar rechtvaardigt ook de schorsing</i>	39
3.3.2. <i>De geestelijke gezondheid</i>	40
3.4. <i>De verschillen</i>	40
3.4.1. <i>De duur van de maatregelen</i>	40
3.4.2. <i>Eén of enkele behandelingen</i>	41
3.4.3. <i>Tussenconclusie</i>	42
3.5. <i>Proportionaliteit: een reeks van behandelingen</i>	42
3.6. <i>De mogelijkheid om acuut in te grijpen</i>	43
3.6.1. <i>Vervangende toestemming in een crisissituatie</i>	44
3.6.2. <i>Acutheid als vereiste voor de schorsing?</i>	44
3.7. <i>Alternatieven in het geval van een gezagsvacuüm?</i>	45
§ 4 Gedeeltelijke uitoefening van het gezag door het Bz op grond van artikel 265e (nieuw)	45
4.1. <i>"Wenselijkheid" betekent subsidiariteit</i>	46
4.2. <i>De feitelijke grond: misbruik van gezag</i>	47
4.3. <i>De feitelijke grond in het licht van de strekking van de ondertoezichtstelling</i>	47
4.4. <i>Proportionaliteit: één of enkele behandelingen?</i>	48
§ 5 Conclusie: Subsidiariteit en proportionaliteit in het kindbeschermingsrecht	49
5.1. <i>Vervangende toestemming v. schorsing van het gezag</i>	49
5.2. <i>Gedeeltelijke overdracht van het gezag</i>	49

Hoofdstuk 5: Bescherming van de wilsonbekwame minderjarige van twaalf jaar of ouder

§ 1 Inleiding	51
1.1. <i>De lacune</i>	51
§ 2 De lege handen van de rechter	52
2.1. <i>Het probleem en het plan van aanpak</i>	52
2.2. <i>Democratische legitimatie: de beperkingsclausule</i>	54
§ 3 Het vaststellen van de wils(on)bekwaamheid	55
3.1. <i>Het wettelijk kader</i>	55
3.2. <i>De handreiking van het Ministerie van Justitie</i>	55
§ 4 Jurisprudentie	56
4.1. <i>Indien het weigeren de dood tot gevolg heeft</i>	56
4.2. <i>Omstandigheden die rechtstreeks verband houden met de jeugdige leeftijd</i>	57
4.3. <i>Innerlijke consistentie</i>	57
4.4. <i>Spoedeisende situaties</i>	58

4.5. Tijdelijke wilsonbekwaamheid	59
4.6. Tussenconclusie	60
§ 5 Rechtsvergelijking	60
5.1. Common law	61
5.2. Statute law	61
5.3. Precedenten	62
5.4. Concluderend: een wettelijk en een rechterlijk criterium	63
§ 6 Het bijspijkeren van de medische kennis van de rechter	63
6.1. Methoden ten dienste van de hulpverlener	63
6.2. De rechter in de schoenen van de hulpverlener	64
§ 7 conclusie	65
 <u>Conclusies en Aanbevelingen</u>	
§ 1 Inleiding	67
§ 2 Beantwoording van de centrale vraag en de subvragen	67
2.1. De wettelijke grenzen	67
2.2. De taak van de rechter	68
2.3. Subsidiariteit en proportionaliteit in de 253a-procedure	69
2.4. Subsidiariteit en proportionaliteit van de kinderbeschermingsmaatregelen	70
2.4.1. De vergelijking	70
2.4.2. De toekomstige maatregel	71
2.4.2.1. Subsidiariteit	71
2.4.2.2. Proportionaliteit	71
2.5. Gezamenlijke uitgangspunten	72
2.6. Wils(on)bekwaamheid van de minderjarige	72
2.6.1. Op zoek naar een oplossing	73
§ 3 Aanbevelingen	74
3.1. Vormvoorschriften	75
3.2. Het vaststellen van wilsbekwaamheid	75
 <u>Bibliografie</u>	 77
<u>Bijlage I</u>	82
<u>Bijlage II</u>	83
<u>Bijlage III</u>	84

Voorwoord

Vier en een half jaar geleden begon ik met de studie Nederlands Recht. Als ik had geweten hoewel tijd, energie, emotie en zelfs uurtjes slaap het me zou gaan kosten, had ik het dan weer gedaan? Ja. De afgelopen jaren heb ik enorm veel geleerd, over de wereld van het recht, maar ook over mezelf. Kennis die ik voor goud zal opgeven.

Ik heb geleerd dat de wereld van het recht er een is waarin mensen om mensen geven: om de gehele maatschappij, maar ook om het individu. Dit geldt misschien nog wel het meest voor het personen- en familierecht, hetgeen mij ertoe heeft bewogen me in dat rechtsgebied te verdiepen. Het onderwerp van deze scriptie is de medische behandeling van de minderjarige, een kind. Het onderwerp heeft mijn aandacht getrokken, omdat waar het de medische behandeling van de minderjarige betreft, alle belangen van het kind en die van zijn ouders samenkomen. Denk aan het belangen van het kind bij de bescherming van zijn recht op gezondheidszorg, lichamelijke integriteit en autonomie en zijn recht op vrijwaring van mishandeling (waaronder verwaarlozing). Maar denk ook aan zijn recht op gezinsleven met zijn beide ouders. Ook zijn ouders hebben recht op gezinsleven, het recht van levensovertuiging binnen het gezin en het recht hun kinderen naar eigen inzicht op te voeden. Met deze scriptie heb ik willen bijdragen aan de constante maatschappelijke discussie over het afzonderlijke en het relatieve gewicht van de belangen van zowel het kind als zijn ouders en de taak die de overheid wordt verwacht te hebben bij het opkomen voor deze belangen.

Ik wil prof. mr. Vlaardingerbroek hartelijk bedanken voor de begeleiding bij het schrijven van deze scriptie. Met precies genoeg woorden heeft hij mij op het juiste pad gehouden en mij uitgedaagd niet de makkelijkste weg te kiezen. Ik wil hem tevens bedanken voor de inspirerende colleges vol sprekende voorbeelden, rechtstreeks uit de praktijk. Mevr. mr. De Jong wil ik bedanken voor de tijd die zij heeft besteed aan het lezen van deze scriptie en voor de tijd en aandacht die ze hier vandaag aan besteedt. Ik wil haar ook bedanken voor de geduldige uitleg tijdens de inzage van het tentamen Jeugdrecht, Jeugdbeschermingsrecht en Jeugdbeleid.

Ik heb over mezelf geleerd dat er niets is wat ik niet kan bereiken. Al lerende en groeiende stonden een paar mensen heel dicht bij me. Mijn vriend Dave staat al bijna acht jaar achter me bij alles wat ik doe. Hij heeft me leren relativeren en om als mens het uiterste uit mezelf te halen, maar vooral om van het leven te genieten. Hij is mijn rots in de branding en mijn beste vriend. Ik wil mijn ouders bedanken omdat ze in me geloven zoals ouders dat doen en trots op me zijn. Ik wil mijn zus Margot bedanken, mijn inspiratie. Samen hebben we voor hete vuren gestaan en we zijn er alleen maar sterker van geworden. In het bijzonder wil ik mijn schoonouders Joop en Stans bedanken voor de steun en liefde die zij mij als hun dochter hebben gegeven. Zij verdienen alle respect en erkenning voor wat zij voor mij hebben betekend. Ik wil mijn studiemaatje Danique bedanken. We hebben de emotionele achtbaan die studie heet samen beleefd (huilen van de zenuwen voor een tentamen tot de slappe lach op de meest ongepaste momenten). Onze vriendschap eindigt niet na vandaag. Mijn lieve vriendinnen Hong, Jazzy en Tanuya, met wie ik al twaalf en een half jaar de mooiste en belangrijkste momenten van mijn leven deel, wil ik bedanken voor hun begrip en geduld. Ze hebben met tijden maar weinig van me gezien.

Brenda van de Put
Januari 2011

Ik draag deze scriptie op aan mijn oma.
Zij is op 19 januari 2010 overleden.

*Het is goed in het eigen hart te kijken
Nog even voor het slapen gaan,
Of ik van dageraad tot avond
Geen enkel hart heb zeer gedaan;*

*Of ik geen ogen heb doen schreien,
Geen weemoed op en wezen lei,
Of ik aan liefdeloze mensen
Een wordeke van liefde zei;*

*En vind ik in het huis mijns harten
Dat ik één droefenis genas,
Dat ik mijn armen heb gewonden
Rondom één hoofd dat eenzaam was...*

*Dan voel ik op mijn jonge lippen
Die goedheid als een avondzoen...*

*'t Is goed in 't eigen hart te kijken
En zó zijn ogen toe te doen*

§ 1 Inleiding

Wat gekscherend verwijzen we soms naar de ‘zwartenkousen gemeenschap’. Die bevindelijk gereformeerde lieden in de ‘bijbelgordel’, zij die wonen in dorpen waar je op zondag in de straten een speld kan horen vallen. En zijn zij het niet die zich zo afwijkend opstellen tegen het rijksvaccinatieprogramma...? Wat ook zij van het beeld dat velen van hen hebben, zoals iedere Nederlandse burger hebben zij het grondrecht hun godsdienst of levens-overtuiging, individueel of in gemeenschap met anderen, vrij te belijden (artikel 6 Grondwet). Iedereen mag met andere woorden op zijn manier invulling geven aan zijn of haar geloof. Zo zijn ouders vrij hun kinderen op te voeden zoals hun geloof dat voorschrijft. Maar wat als die “vrije belijdenis” een gevaar oplevert voor de persoon of de gezondheid van een kind of een beperking van zijn recht op gezondheidszorg tot gevolg heeft?¹ Wanneer twee belangen botsen, is de vraag aan de orde of de rechten en vrijheden van de één mogen of zelfs moeten worden beperkt, om de rechten en vrijheden van een ander te beschermen.

De minderjarige is op grond van artikel 1:234 BW beperkt handelingsbekwaam om rechtshandelingen te verrichten. Voor zover de wet de minderjarige handelingsonbekwaam acht, dient hij te worden vertegenwoordigd door zijn of haar wettelijk vertegenwoordigers. Dit is/zijn de ouder(s) met gezag of de voogd(en).² Zij verrichten rechtshandelingen ten behoeve van de handelingsonbekwame minderjarige over wie zij het gezag hebben. Indien de minderjarige op enig moment een medische behandeling dient te ondergaan, moet hiervoor een zogenaamde medische behandelingsovereenkomst worden gesloten. Het aangaan van een medische behandelingsovereenkomst is een rechtshandeling.

De Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (hierna: WGBO)³ is het wettelijk kader van de medische behandelingsovereenkomst. Het regelt onder meer de voorwaarden waaronder de medische behandelings-overeenkomst ten behoeve van een minderjarige tot stand kan komen. Zo bepaalt de wet wie in welke situatie toestemming moet geven voor de medische behandeling van de minderjarige.⁴ De WGBO geeft daarmee nadere invulling aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid c.q. de mate van handelsbekwaamheid van de minderjarige ten aanzien van zijn medische behandeling. De wet regelt wie handelingsbekwaam kan worden geacht en in welke situatie er naast of in plaats van de toestemming van de minderjarige, tevens de toestemming van zijn wettelijk vertegenwoordiger vereist is.

¹ Veldkamp en Bogers 1993, p. 1170;

² Zie artikelen 1:234 BW jo 1:245 ev. BW; Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 315 ev. en 341 ev.;

³ Opgenomen in de artikelen 446 en verder van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

⁴ Een meer gedetailleerde bespreking van het toestemmingsvereiste in het kader van de geneeskundige behandelings-overeenkomst volgt in hoofdstuk 2.

§ 2 Probleemstelling: indien toestemming ontbreekt

Er verschillende scenario's denkbaar waarin de wettelijk vertegenwoordigers en/of het kind, onderling of met een derde, in conflict zijn over een te nemen beslissing in het kader van de medische behandelingsovereenkomst. In de WGBO krijgen we geen antwoord op de vraag hoe geschillen op dit specifieke gebied van gezagsuitoefening kunnen worden beslecht. Wanneer één der betrokken partijen zich niet kan neerleggen bij het uitblijven van de vereiste toestemming, kan hij zich wenden tot de rechter om het geschil te doen beslechten. De rechter kan op grond van in de wetgeving en in de jurisprudentie ontwikkelde leerstukken het gezag van de wettelijk vertegenwoordiger beperken in die zin dat de wettelijk vertegenwoordiger, ten aanzien van meerdere of een bepaalde rechtshandelingen tijdelijk niet vertegenwoordigingsbevoegd is. De rechter heeft bepaalde bevoegdheden om een (voorlopig) einde te maken aan de discussie over een medische behandeling van de minderjarige. Kort gezegd kan de rechter een zorgregeling vaststellen op grond van artikel 253a Burgerlijk Wetboek (hierna: BW), indien de discussierende partijen twee ouders of voogden met gezamenlijk (ouderlijk) gezag zijn. Indien één of twee wettelijk vertegenwoordigers in discussie zijn getreden met een derde, zoals een arts of een gezinsvoogdijwerker, kan de rechter overwegen om een kindbeschermingsmaatregel op te leggen.

Het doel van de rechter in deze procedures zou moeten zijn het beëindigen van het geschil dat in meerdere opzichten nadelig is voor het kind. Niet alleen het uitblijven van de behandeling, ook het voortslepende conflict zelf kan zeer negatieve effecten hebben op de belangen van het kind. De rechter dient een beslissing te nemen die het meest tegemoet komt aan de belangen van het kind. Andere belangen, zoals die van zijn wettelijk vertegenwoordiger(s), leggen uiteraard ook gewicht in de schaal.

2.1. De ene situatie is de andere niet

Wanneer en op welke wijze mag of moet de rechter van zijn bevoegdheden gebruik maken? Deze vraag laat zich niet gemakkelijk beantwoorden omdat het sterk afhangt van de omstandigheden van het geval. Niets nieuws onder de zon, moet elke jurist denken. Maar uit het door mij verrichte jurisprudentieonderzoek onder gepubliceerde uitspraken waarin een rechter diende te beslissen in een geschil of een medische behandeling van een minderjarige patiënt jonger dan 16 jaar, blijkt dat verschillende variabelen bepalend zijn voor de uiteindelijke beslissing van de rechter en dat rechters nog al eens aan die variabelen een ander gewicht toe kennen en zodoende in vergelijkbare gevallen tot een verschillende conclusies komen.

Het zal de lezer in de volgende hoofdstukken niet ontgaan dat de jurisprudentie op het gebied van de medische behandeling van de minderjarige sterk casuïstisch is. Denk bijvoorbeeld aan de verschillende verhoudingen waarin de discussiërende partijen tot elkaar kunnen staan (twee ouders tegenover elkaar of een ouder tegenover een hulpverlener bijvoorbeeld). Bovendien kan het conflict gaan over verschillende medische behandelingen van verschillende aard en mate van ingrijpendheid. Ook zijn de leeftijd van de minderjarige en zijn opvoedingssituatie bepalend. De aanwezigheid van die verschillende variabelen leiden ertoe dat een beslissing in een dergelijke

zaak niet gemakkelijk te maken is. Daarnaast hebben sommige zaken een sterk ethisch aspect. Wat te denken van de zinloze behandeling van een terminale patiënt. Moet dan koste wat kost worden doorbehandeld om het levenseinde enigszins uit te stellen? Ook indien dit voor het gezin en de staat enorm in de papieren zou lopen? Mijns inziens kan de rechter ook deze omstandigheden laten meewegen en aan het oordeel laten bijdragen aan de beslissing dat hij het gezagsrecht niet wenst te beperken.

Voorts moet worden opgemerkt dat de tekst van een rechterlijke uitspraak, noch enig document in het procesdossier van de zaak, de emoties kan bevatten die schuil gaan achter een dergelijk conflict. Een huilende wanhopige ouder in de rechtszaal draagt – bewust of onbewust – bij aan de oordeelsvorming van de rechter. Ook de indruk die de minderjarige zelf achterlaat of de betrokkenheid van een gezinsvoogdijwerker komen niet of zelden tot uitdrukking op papier.

§ 3 Centrale onderzoeksvraag en subvragen

Gezien hetgeen hiervoor is overwogen laat de centrale vraag zich als volgt vertalen.

Welke gezagsbeperkende en -ontnemende maatregelen mag of moet de rechter nemen om het belang van de minderjarige bij een bepaalde medische behandeling te beschermen en waar liggen de grenzen van zijn wettelijke bevoegdheid gezien de taak die hij te vervullen heeft?

De subvragen die rijzen uit de hiervoor geschetste probleemstelling, zijn de volgende.

1. Op de voet van welke wettelijke bepalingen is de rechter bevoegd maatregelen te nemen?
2. Welke taak heeft de rechter in de procedure ex artikel 1:253a BW en welke taak heeft de rechter in een procedure betreffende de kinderbeschermingsmaatregelen?
3. Wat is het doel van de 253a-procedure en wanneer brengen de belangen van het kind mee dat de rechten van de wettelijk vertegenwoordiger mogen worden beperkt (subsidiariteit)? Op welke wijze en in welke mate mogen deze rechten worden beperkt (proportionaliteit)?
4. Met de aankomende wetwijzigingen van het kinderbeschermingsrecht worden de kinderbeschermingsmaatregelen gewijzigd.⁵ Welke invulling moet de rechter geven aan de rechtsbeginselen van subsidiariteit en proportionaliteit bij de interpretatie van het toekomstige recht en het oude recht voor zover dit geen verandering zal ondergaan?
5. De minderjarige van twaalf jaar of ouder dient ook toestemming te geven voor zijn medische behandeling, mits hij bekwaam kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake die specifieke medische behandeling (artikel 7:465 lid 2 BW, zie hoofdstuk 5). Hoe toetst de rechter thans of

⁵ *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 015;

de minderjarige van twaalf jaar of ouder wilsbekwaam is ten aanzien van zijn medische behandeling en hoe kan deze toetsing beter plaatsvinden?

6. Kan men de rechter concrete handvatten aanreiken die hem kunnen helpen bij de beoordeling van een concreet geval waarin het een conflict omtrent de medische behandeling van een kind betreft?
 - a. In de vorm van een 'beslissingsmodel' bijvoorbeeld?
 - b. Welke concrete handelwijzen binnen de procedures verdienen aanbeveling en welke andere concrete stappen kunnen worden genomen om het besluitvormingsproces van de rechter te vergemakkelijken en transparanter en meer voorspelbaar te maken?

§ 4 Onderzoeksmethoden

In hoofdstuk 2 worden drie categorieën van gevallen onderscheiden waarin het een conflict betreft over de medische behandeling van een minderjarige. Tevens is in dit hoofdstuk het wettelijk kader van de probleemstelling nader uitgewerkt en is toegelicht hoe ik in de hoofdstukken 3 tot en met 5 op zoek ben gegaan naar de grenzen van de bevoegdheid van de rechter en de taak die de rechter op basis van die bevoegdheid heeft te vervullen. In het derde, vierde en vijfde hoofdstuk volgt steeds een bespreking van een der categorieën van gevallen.

In hoofdstuk 3 en 4 is naar de bedoeling van de wetgever gezocht door de wetsgeschiedenis te bestuderen van onder meer de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding en door het wetsvoorstel nr. 32 015 tot herziening van de kinderschermingsmaatregelen te bestuderen, die naar verwachting in 2011 inwerking zal treden.⁶ Steeds is daarnaast de rechtspraak geraadpleegd. In hoofdstuk 5 is door middel van rechtsvergelijking gezocht naar alternatieve of aanvullende methoden die de rechter zou kunnen hanteren om de wilsbekwaamheid van de minderjarige vast te stellen. In het zesde hoofdstuk is al het voorgaande samengevat en zijn aanbevelingen gedaan ten behoeve van een zorgvuldig en transparant besluitvormingsproces waarin de belangen van het kind het best gewaarborgd zijn.

§ 5 Onderzoeksdoel

De kinderschermingsmaatregelen ondergaan bij voornoemde wetswijzigingen rigoureuze wijzigingen.⁷ Zo ook de kinderschermingsmaatregelen die het gezag van de wettelijk vertegenwoordiger beperken omwille van de medische behandeling van de minderjarige. Een goed moment om helderheid te verschaffen over de exacte bedoeling van de wetgever bij het opstellen en het herzien van deze maatregelen en de ideeën die hij heeft over het belang van het kind bij een medische behandeling ten opzichte van andere betrokken belangen.

⁶ Het wetsvoorstel is thans nog in behandeling bij de Tweede Kamer, zie: www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/32015_verbetering#p1.

⁷ *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 015;

Het verschaffen van helderheid is om verschillende redenen van belang. Bij conflicten die betrekking hebben op het personen- en familierecht kan de tussenkomst van de rechter een diepe impact hebben op de gezinsverhoudingen en op de rechten en vrijheden van individuele leden van het gezin.⁸ De rechter heeft de *bevoegdheid* om in te grijpen in deze conflictsituaties, omdat op de overheid – en dus de rechterlijke macht – een *plicht* rust om een ieder te beschermen die zich onder haar rechtsmacht bevindt, zo ook tegen de kwalijke gevolgen van een dergelijk aanhoudend conflict.⁹ Sterker nog, het is *enkel* de rechter die de uitkomst van een conflict, dat betrekking heeft op het personen- en familierecht, kan bepalen. Het voluntaire of oneigenlijke karakter van rechtspraak op dit terrein brengt immers mee dat de beslechting van geschillen niet door partijen zelf kunnen worden verwezenlijkt middels enige overeenkomst tussen hen.¹⁰ Kortom de rechter heeft veel macht in handen en de belangen zijn groot. Zij betreffen de persoonlijke levenssfeer, het familie- en gezinsleven, de lichamelijke integriteit en de gezondheid van de minderjarige en de belangen van iedere betrokken individu.

Om meer helderheid omtrent de bedoelingen van de wetgever te verschaffen is de centrale onderzoeksvraag beantwoord en in de loop van de hoofdstukken gewerkt naar een concrete ‘beslissingsmodellen’. In de beslissingsmodellen zijn de verschillende omstandigheden opgenomen die kunnen meespelen in een geval betreffende de medische behandeling van een minderjarige en is bepaald welk relatief gewicht *in beginsel* aan hen zou moeten worden toegekend. Deze modellen zijn als bijlage II en III opgenomen bij deze scriptie en refereren aan hoofdstuk 3 respectievelijk hoofdstuk 4.

In de beslissingsmodellen zijn niet alle omstandigheden die zich in een concreet geval kunnen openbaren opgenomen en zij geven geen definitief antwoord over de zwaarte van de afzonderlijk af te wegen belangen in een concreet geval. Immers, een te strikt geredigeerde formule zou te weinig recht doen aan de uniekheid van het geval en om die reden bepaalde conflictsituaties ten onrechte uitsluiten, met rechtsongelijkheid tot gevolg. Het is mijns inziens de eigen verantwoordelijkheid van de rechter om uiteindelijk aan alle omstandigheden van het geval het juiste gewicht toe te kennen, met inachtneming van hetgeen onder 2.1. is overwogen omtrent de sterk casuïstische eigenschap van en de emotionele lading achter alle zaken waarin het de medische behandeling van de minderjarige betreft. Deze kenmerken benadrukken echter ook dat het noodzakelijk is het rechterlijk besluitvormingsproces op zo veel mogelijk onderdelen gelijk te trekken, zoals door mij is getracht in deze scriptie.

§ 6 Leeswijzer

Om misverstanden te voorkomen volgt hier een korte bespreking van enkele veel gebruikte termen en de betekenis die er in dit kader aan is gegeven.

⁸ Doek en Vlaardingerbroek 2009, p. 291;

⁹ Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 18;

¹⁰ Hugenholtz/Heemskerk 2009, p. 40

- De kindbeschermingsmaatregelen in het kader van deze scriptie zijn de maatregelen die worden genomen ten einde de medische behandeling van de minderjarige tegen de wil van één of meerdere wettelijke vertegenwoordiger(s) tot stand te brengen.
- Onder wettelijk vertegenwoordiger van een minderjarige wordt verstaan zijn juridische vader met gezag, zijn juridische moeder met gezag of zijn voogd. Voor de leesbaarheid van de tekst wordt hierna vooral gesproken van de ouder(s), ook wanneer de tekst betrekking kan hebben op de voogd(en).
- De wilsonbekwame minderjarige is de minderjarige van twaalf jaar of ouder die niet in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake de medische behandelingsovereenkomst.
- Hoewel in Boek 7 van het BW wordt gesproken over de geneeskundige behandelingsovereenkomst, wordt in het kindbeschermingsrecht gesproken van de medische behandeling. Deze laatste terminologie zal in deze scriptie worden gehanteerd.
- De medische behandelingsovereenkomst is in dit kader de overeenkomst waarbij een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, de hulpverlener, zich in de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf tegenover de minderjarige en/of zijn wettelijke vertegenwoordiger, verbindt tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst, rechtstreeks betrekking hebbende op de minderjarige (art. 7:446 lid 1 BW). In lijn met de terminologie van de WGBO zal hierna steeds de term hulpverlener worden gebruikt wanneer wordt gesproken over de behandelend arts.

Tot slot, indien verwezen wordt naar een wetsartikel zal het in de meeste gevallen een artikel uit Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek betreffen. Ten behoeve van de leesbaarheid van de tekst zal alleen de volledige vindplaats van een artikel worden vermeld indien het een andere vindplaats dan voormeld betreft.

De minderjarige en zijn medische behandeling | 2

§1 De inbreuk op rechten en vrijheden

Het overkoepelende leerstuk van de hiernavolgende hoofdstukken betreft de inbreuk op rechten en vrijheden van één of meerdere betrokken partijen. Deze rechten en vrijheden kunnen zijn neergelegd in grondrechten of mensenrechten, en zij kunnen voortvloeien uit het ongeschreven recht (zoals de rechtsbeginselen) en mogen dus ook slechts onder strikte voorwaarden worden beperkt. De maatregelen die de rechter kan nemen om een medische behandeling van een minderjarige te laten plaatsvinden, levert beperking van het familie- en gezinsleven (in de meest brede zin, dus bijvoorbeeld ook de vrije geloofsbelijdenis daarbinnen) van de wettelijk vertegenwoordiger op. Deze beperking dient daarom te voldoen aan een aantal vereisten. Indien aan deze vereisten zijn voldaan is de beperking van een recht "democratisch gelegitimeerd". Het vereiste van democratische legitimatie van de beperking van een recht geeft een waarborg tegen willekeurig en onvoorspelbaar overheidsoptreden.

Zo is ten eerste vereist dat de beperking op een wettelijke grondslag berust. In de hoofdstukken 3 en 4 zal blijken dat de rechter enkele bij wet voorziene bevoegdheden heeft om het gezag van de wettelijk vertegenwoordiger te beperken. Echter, hoe de rechter tot een democratisch gelegitimeerd oordeel komt in een concreet geval, valt niet uit dat wettelijke criterium zelf op te maken. De beperking dient daarom ten tweede *noodzakelijk* te zijn in een democratische maatschappij (subsidiariteitsbeginsel). Zo kan het in artikel 8 EVRM neergelegde recht op 'Family Life' worden beperkt indien dit in het belang is van de bescherming van rechten en vrijheden van anderen, bijvoorbeeld die van het kind.¹¹ Het subsidiariteitsbeginsel verlangt van de rechter dat deze alleen overgaat tot beperking van een recht indien dit strikt noodzakelijk is en er geen andere oplossing voorhanden is. Ten derde, indien de rechter een maatregel noodzakelijk acht, dan dient hij te kiezen voor een maatregel die niet verder ingrijpt in het gezag dan strikt noodzakelijk en niet langer duurt dan de situatie vereist. Met andere woorden, de maatregel dient evenredig te zijn aan het doel dat daarmee wordt nagestreefd (proportionaliteitsbeginsel).¹²

Er wordt hierna steeds gesproken over de bedoeling van de wetgever en meer specifiek het gewicht dat hij toekent aan het belang van het kind in het geval waarin het de medische behandeling van dat kind betreft. De conclusies die ik aan het eind van hoofdstuk 3 en 4 heb getrokken zeggen iets over het relatieve gewicht van de rechten en vrijheden van het kind ten opzichte van de rechten en vrijheden van een andere betrokkenen en de omstandigheden waaronder deze laatste rechten kunnen worden beperkt en in welke mate. Steeds is dus gezocht naar de invulling van het subsidiariteits- en het proportionaliteitsbeginsel en dus naar de democratische legitimatie van een de beperking van de rechten en vrijheden van de wettelijk vertegenwoordiger(s).

¹¹ Vlaardingerbroek e.a 2008, p. 17;

¹² Vlaardingerbroek e.a 2008, p. 17-18;

§ 2 De minderjarige en de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst

De ouder heeft ten aanzien van de minderjarige over wie hij of zij het gezag uitoefent, bepaalde zorg- en opvoedingstaken die betrekking hebben op de persoon van de minderjarige, het bewind over het vermogen van de minderjarige en zijn vertegenwoordiging in burgerlijke handelingen (artikel 245 lid 4). Het nemen van beslissingen en het aangaan van een overeenkomst in het kader van de medische behandeling zijn voorbeelden van vertegenwoordiging in burgerlijke handelingen voor zover de wet de minderjarige handelingsonbekwaam acht.¹³

2.1. *Handelings(on)bekwaamheid*

In artikel 1:234 BW is bepaald dat een minderjarige, mits hij met toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger handelt, bekwaam is rechtshandelingen te verrichten, voor zover de wet niet anders bepaalt. De toestemming kan slechts worden verleend voor een bepaalde rechtshandeling of voor een bepaald doel (lid 1) en deze wordt aan de minderjarige verondersteld te zijn verleend, indien het een rechtshandeling betreft ten aanzien waarvan in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is dat de minderjarige van zijn leeftijd deze zelfstandig verricht (lid 2). Voorbeelden van rechtshandelingen waarvan in het maatschappelijk verkeer de minderjarige handelingsbekwaam wordt geacht, zijn eenvoudige medische verrichtingen van niet ingrijpende aard zijn. Te denken valt aan een tandartsbezoek.¹⁴

De minderjarige die zestien jaar of ouder is wordt volledig handelingsbekwaam geacht om rechtshandelingen in het kader van de WGBO te verrichten. Dit volgt uit artikel 7:447 lid 1 BW. De zestienplusser heeft dus geen toestemming van zijn ouders nodig voor welke medische verrichting ook.¹⁵ Indien een kind dat jonger is dan zestien jaar een medische behandeling dient te ondergaan, moet de medische behandelingsovereenkomst als zijnde een rechtshandeling door zijn ouders worden gesloten of moeten zij toestemming geven aan de minderjarige voor het verrichten van de rechtshandeling.

Ook voor de *verrichtingen ter uitvoering van de behandelingsovereenkomst* (het feitelijk handelen van de hulpverlener) is toestemming van de ouders vereist. Indien deze verrichtingen worden uitgevoerd op minderjarige patiënten van twaalf tot en met vijftien jaar is tevens de toestemming van de minderjarige zelf vereist. Dit volgt uit artikel 7:450 lid 2 BW. Aan het toestemmingsvereiste van de ouders of de voogd kan in dit geval zelfs voorbij worden gegaan indien de verrichting "kennelijk noodzakelijk is om ernstig nadeel voor de minderjarige te voorkomen" of indien "de minderjarige de verrichting weloverwogen blijft wensen" (art. 7:450 lid 2 BW). Aan de weigering van de wilsbekwame twaalfplussen om in te stemmen met de verrichtingen in het kader van de medische behandelingsovereenkomst ten behoeve van hemzelf kan in beginsel niet voorbij worden gegaan (art. 7:450 lid 3

¹³ Zie ook paragraaf 1 van hoofdstuk 1; Artikel 1:247 lid 1 BW; Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 347;

¹⁴ De Bruijn-Luckers en Punselie 2004, par. 1;

¹⁵ Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 317;

en 7:465 lid 2 BW). De toestemming van de ouder(s) dan wel de wilsbekwame minderjarige mag verondersteld te zijn verleend indien de desbetreffende verrichting niet van ingrijpende aard is (art. 7:466 BW).

Indien de minderjarige jonger is dan twaalf jaar of ouder is dan twaalf jaar maar niet in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake (de wilsbekwame minderjarige), is geen toestemming van de minderjarige zelf vereist voor de verrichtingen in het kader van zijn medische behandeling. In deze gevallen dient zijn wettelijk vertegenwoordiger toestemming te geven, omdat op grond van genoemde artikelen de hulpverlener dan de verplichtingen ten opzichte van de minderjarige patiënt jegens de wettelijk vertegenwoordigers nakomt. Dit volgt uit de artikelen 7:450 lid 1 jo. 465 lid 1 BW. Indien de wilsbekwame minderjarige zich verzet tegen een verrichting van ingrijpende aard dan kan deze verrichting slechts worden uitgevoerd indien zij kennelijk nodig is teneinde ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen (art. 7:465 lid 6 BW). Aan het toestemmingsvereiste van de ouders kan in het geval van de twaalfminner of de wilsbekwame twaalfplusser voorbij worden gegaan indien het een spoedeisende situatie betreft.

2.2. Drie scenario's waar de WGBO geen antwoord op heeft

Zoals hiervoor uiteengezet, kan slechts onder specifieke voorwaarden op grond van de WGBO voorbij worden gegaan aan het ontbreken van de vereiste toestemming. Bovendien biedt het 'goed hulpverlenerschap' (art. 7:465 lid 4 BW) geen soelaas.¹⁶ Het goed hulpverlenerschap geeft de hulpverlener geen bevoegdheid aan het toestemmingsvereiste van de wettelijk vertegenwoordiger dan wel de jeugdige zelf in het geheel voorbij te gaan.¹⁷ In feite zijn drie scenario's denkbaar waarin toestemming ontbreekt maar een medische behandeling volgens een andere betrokken partij noodzakelijk wordt geacht en ook dient plaats te vinden. Indien een van die scenario's zich voordoet kan alleen de kinderrechter de knoop doorhakken¹⁸.

Ten eerste noem ik het geval waarin er twee ouders met gezag zijn en één daarvan weigert toestemming te verlenen (ouder vs. ouder). Een dergelijk gezagsgeschil, namelijk over de gezamenlijke invulling van hun vertegenwoordigingbevoegdheid, kunnen de wettelijk vertegenwoordigers aan de rechter voorleggen in een procedure ex artikel 253a. De rechter heeft in dat geval de bevoegdheid om het geschil te beslechten door het gezag van één van de ouders tijdelijk te beperken bijvoorbeeld voor wat betreft de vertegenwoordigingsbevoegdheid ten behoeve van het aangaan van en toestemming geven voor de medische behandeling.

Ten tweede noem ik het geval waarin er twee ouders met gezag zijn en die beiden weigeren toestemming te verlenen of er is één ouder met gezag en die weigert toestemming te verlenen (ouder vs. derde). Indien de kinderrechter dit noodzakelijk acht kan hij verschillende kindbeschermingsmaatregelen nemen die het gezag

¹⁶ De Bruin-Luckers en Punsellie 2004, par. 1;

¹⁷ Het goed hulpverlenerschap rechtvaardigt slechts bijvoorbeeld het aanbrengen van eenvoudige wijzigingen in het behandelplan, waarvoor ouders bijvoorbeeld om financiële overwegingen geen toestemming willen geven, zie De Bruin-Luckers en Punsellie 2004, par. 1.

¹⁸ De Bruin-Luckers en Punsellie 2004, par. 1;

tijdelijk beperken, zodat de medische behandeling ondanks het ontbreken van toestemming van de ouders, toch kan plaatsvinden.

De derde categorie lijkt niet thuis te horen in dit rijtje: de minderjarige van 12 jaar of ouder weigert toestemming te verlenen. Wat deze categorie echter gemeen heeft met voorgaande categorieën, is dat de WGBO ook hier geen antwoord geeft op de vraag wat te doen indien de vereiste toestemming ontbreekt voor een noodzakelijk geachte medische behandeling van de *wilsonbekwame* minderjarige. Natuurlijk is een samenloop van deze drie categorieën goed mogelijk. Vooral jongere kinderen zullen hun ouders volgen in de sterke overtuigingen die zij er op nahouden. Bovendien zijn in elk van de categorieën makkelijker en moeilijker gevallen te onderscheiden.

§ 3 Opneming en behandeling¹⁹

Hiervoor is veelvuldig het begrip medische behandeling genoemd. Het blijkt dat het in de praktijk en in de doctrine moeilijk is vast te stellen welke verrichtingen als een medische behandeling kunnen worden aangemerkt, vooral wanneer het gaat om verrichtingen die gericht zijn op het genezen of bevorderen van de geestelijke gezondheid van de minderjarige. De Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz) regelt de onvrijwillige opneming van personen van twaalf jaar of ouder die een gevaar voor zichzelf vormen of voor anderen. Om onvrijwillige opname in de zin van deze wet mogelijk te maken, dient genoemd gevaar voort te vloeien uit een geestelijke stoornis en niet op andere wijze te kunnen worden afgewend dan door opneming. Bovendien is voor de toepassing van de wet vereist dat de patiënt zich niet vrijwillig wil laten opnemen.²⁰

In het schema dat is opgenomen als “Bijlage I” is weergegeven welke vormen van *opname* als “vrijwillig” en welke als “onvrijwillig” worden aangemerkt in het kader van de Wet BOPZ en welke vormen van vrijwillige en onvrijwillige *behandeling* aldaar kan plaatsvinden. Een uitputtende beschrijving van de samenloop tussen de verschillende soorten plaatsingen gaat de reikwijdte van deze scriptie te buiten. Daarom is volstaan met de verwijzing naar het schema en een korte toelichting daarop. Het onderwerp kon echter niet onbesproken blijven omdat, op sommige behandelingen van de in een BOPZ-instelling verblijvende minderjarige, de WGBO van toepassing is.

3.1. Behandeling van de onvrijwillig opgenomen patiënt

Niet elk psychiatrisch ziekenhuis heeft een BOPZ-aanmerking, maar psychiatrische ziekenhuizen zijn wel instellingen die zijn toegelaten door de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport tot het verlenen van geestelijke gezondheidszorg, een zogenaamde AWBZ-instelling.²¹ Indien de minderjarige is opgenomen op grond van de Wet Bopz wordt die opneming aangemerkt als “onvrijwillig”. Ook indien de minderjarige instemt met zijn opname,

¹⁹ Voor de bespreking van dit onderwerp heb ik, naast de in de hiernavolgende voetnoten genoemde bronnen, geput uit het artikel van Blankman en Ruitenbergh, 2004;

²⁰ Vlaardingerbroek e.a 2008, p. 525;

²¹ Art 5 lid 1 Wet toelating zorginstellingen jo. art 6 AWBZ en art 1 aanhef en onder d Zorgverzekeringswet; Voor een lijst met instellingen die een BOPZ-aanmerking hebben, zie <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/dwang-in-de-zorg>;

maar zijn wettelijk vertegenwoordiger weigert in te stemmen, wordt deze opneming als “onvrijwillig” beschouwd, omdat ook dan een rechterlijke machtiging tot opneming vereist is. Na de opname wordt een behandelplan opgesteld in samenspraak met de patiënt indien deze wilsbekwaam wordt geacht. Het behandelplan is erop gericht de stoornis of het gevaar weg te nemen die de opneming rechtvaardigde. Met de uitvoering van het behandelplan moet de patiënt of zijn vertegenwoordiger in beginsel vervolgens ook steeds instemmen.²² Daarnaast kunnen bepaalde middelen of maatregelen worden toegepast in tijdelijke noodsituaties, zoals separatie of fixatie.²³ Dwangbehandeling in het kader van de Wet Bopz is het “ondanks verzet uitvoeren van het behandelingsplan of het toepassen van middelen of maatregelen, dat gericht is op het wegnemen van het gevaar dat door de stoornis wordt veroorzaakt.” Verzet is hierbij een belangrijk begrip. Als er sprake is van verzet mag alleen tot dwangbehandeling worden overgegaan, indien aan de voorwaarden genoemd in artikel 38c Wet Bopz is voldaan.

3.2. Behandeling van de vrijwillig opgenomen patiënt

In het kader van de ondertoezichtstelling (hierna ook: ots) van de minderjarige kan de rechter een machtiging uithuisplaatsing (hierna ook: MUHP) verlenen aan de gezinsvoogdijinstelling. Deze machtiging kan inhouden dat de minderjarige in een psychiatrisch ziekenhuis wordt geplaatst. Dit is dan een psychiatrisch ziekenhuis met zowel een BOPZ- als een AWBZ-aanmerking. De uithuisgeplaatste minderjarige die in een psychiatrisch ziekenhuis verblijft, wordt in de zin van de Wet Bopz als “vrijwillig opgenomen” aangemerkt.

Indien de opneming in het kader van de Wet BOPZ als “vrijwillig” is aangemerkt is dwangbehandeling in de zin van die wet niet mogelijk en kan de minderjarige bovendien de instelling te allen tijde verlaten. Echter, de gezagsuitoefening van de wettelijk vertegenwoordiger wordt door de MUHP beperkt wat betreft de bevoegdheid wijzigingen aan te brengen in verblijfplaats van het minderjarige kind. De gezinsvoogdijinstelling is bevoegd het kind feitelijk uit huis te plaatsen en zowel de ouder(s), de minderjarige zelf als de instelling waar de minderjarige is geplaatst dienen zich aan dit rechterlijk oordeel te houden.

Binnen een psychiatrisch ziekenhuis kan de medische behandeling ook plaatsvinden op basis van de reeds genoemde WGBO. Medische behandeling op basis van de WGBO is de behandeling die er niet op is gericht om de stoornis of het gevaar die de opname hebben gerechtvaardigd, weg te nemen. Het gaat dan om somatische behandelingen, zoals het verbinden van een gebroken arm. “Gedwongen behandeling” in het kader van de WGBO is dan wel mogelijk, in die zin dat ondanks het ontbreken van de vereiste toestemming, op basis van de wettelijke uitzonderingen of een rechterlijke beschikking (bijvoorbeeld tot vervangende toestemming op grond van artikel 264), de behandeling toch kan plaatsvinden.

²² Het behandelplan kan ondanks verzet alleen ten uitvoer worden gelegd voorzover de behandeling volstrekt noodzakelijk is om gevaar voor de minderjarige of anderen, voortvloeiende uit de stoornis van de geestvermogens, af te wenden, zie artikel 38 lid 5 Wet Bopz;

²³ Artikel 39 Wet Bopz;

3.3. Onduidelijkheid

Er is verschil van mening over de bevoegdheid van de rechter om de minderjarige een psychiatrische behandeling te doen laten ondergaan door hiervoor vervangende toestemming te verlenen (zie hoofdstuk 4) alsmede de aanwijzingsbevoegdheid van de GVI om een minderjarige voor dag en nacht te doen laten opnemen in een psychiatrisch ziekenhuis. Ook ten aanzien van de observatieplaatsing in de zin van art 1:261 lid 1 BW bestaat onenigheid over de vraag of deze dient te worden beschouwd als een rechterlijke uitspraak ex artikel 53 lid 2 aanhef en onder h Wet BOPZ, wat deze observatieplaatsing tot een "onvrijwillige plaatsing" zou maken in de zin van die wet. Hoe dan ook wordt voor wat betreft de interne rechtspositie (o.a. ten aanzien van de dwangbehandeling), de minderjarige in dat geval met de vrijwillig opgenomen patiënt gelijkgesteld.

Ook is het niet altijd duidelijk hoe bijvoorbeeld pedagogische maatregelen, de behandeling van een geestelijke gezondheid van de minderjarige en de middelen en maatregelen om een tijdelijke noodsituatie te overbruggen, moeten worden geclassificeerd.²⁴ Onduidelijk is dus ook welke wet op deze behandelingen van toepassing is. Het gaat volgens de wetgever bij artikel 264 om somatische ingrepen (betrekking hebbende op het lichaam).²⁵ Maar volgens sommige schrijvers is het niet geheel duidelijk wat de wetgever hiermee heeft bedoeld.²⁶ Bovendien leert de praktijk dat door rechters ook wel vervangende toestemming wordt gegeven voor behandeling van de geestelijke gezondheid van de minderjarige. Hier kom ik op terug in hoofdstuk 4, onder paragraaf 4.3.2..

§ 4 Conclusie

De WGBO biedt geen antwoord in situaties waarin toestemming voor een noodzakelijk geachte medische behandeling van de minderjarige ontbreekt. Artikel 253a en enkele bepalingen in titel 14 afdeling 4 en 5 van het BW boek 1, bieden de rechter mogelijkheden om het gezag van de wettelijk vertegenwoordiger tijdelijk te beperken of te ontnemen zodat deze medische behandeling toch kan plaatsvinden. De wettelijke voorziening om het gezagsrecht te beperken zegt echter niets over de gerechtvaardigde toepassing ervan in een concreet geval. In de volgende hoofdstukken is daarom gezocht naar de grenzen van de bevoegdheid van de rechter. Buiten die grenzen zijn ingrepen in het gezagsrecht niet democratisch gelegitimeerd. De vraag is wanneer en in welke mate een inbreuk mag of zelf moet worden gemaakt op de rechten en vrijheden van betrokken partijen om het belang van het kind bij het ondergaan van een medische behandeling, te beschermen.

²⁴ Zie hierover Hondius en Frederiks 2007, p. 59 en 60;

²⁵ Rb Roermond, 26 maart 2003, Tijdschrift voor gezondheidsrecht, 27 (2003), p. 484-512;

²⁶ Zie Broekhuijsen-Molenaar/Bruning (T&C Personen- en Familierecht 2010), artikel 264, aant. 1, sub a; Doek (Personen- en familierecht), art. 264, aant. 2, sub c;

Het gezagsgeschil en de procedure ex artikel 253a | 3

§ 1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het geval besproken waarin twee wettelijk vertegenwoordigers met het gezamenlijk (ouderlijk) gezag tegenover elkaar staan. Ouders die het niet eens kunnen worden over de medische behandeling van de minderjarige, kunnen het geschil, als zijnde een gezagsgeschil, voorleggen aan de rechter in de procedure ex artikel 253a. Binnen deze procedure heeft de rechter zekere bevoegdheden om het geschil te beëindigen.

Deze procedure is met een bepaald doel in het leven geroepen, dat door de rechter zoveel mogelijk moet worden nagestreefd, anders zou er oneigenlijk gebruik van de procedure worden gemaakt. Dat doel zou het uitgangspunt van de rechter moeten zijn, waar uiteraard onder omstandigheden van afgeweken kan worden. Zoals hierna zal blijken is het doel van de wetgever door latere wetwijzigingen steeds verschoven of aangescherpt. Door deze verschuivingen is het denkbaar dat het doel van de wetgever niet zo één-twee-drie te benoemen is. In dit hoofdstuk is daarom beoogd om hier duidelijkheid over te verschaffen.

Allereerst is de totstandkomingsgeschiedenis van de procedure onder de loep genomen (§ 2). Vervolgens zijn enkele uitspraken bestudeerd (§ 3). Om de doelen van de wetgever te verwezenlijken wordt van de rechter verwacht dat deze een bepaalde taak vervult, waarbij zijn bevoegdheden om het gezag van de ouder te beperken begrensd in termen van subsidiariteit en proportionaliteit. Deze grenzen zijn weergegeven in § 4 en 5. Het resultaat hiervan is een beslissingsmodel dat mijns inziens gehanteerd moet worden door de rechter die moet beslissen in de 253a-procedure in een concreet geval (zie bijlage II). In § 6 volgt tot slot een conclusie.

§ 2 De taak van de kinderrechter in een 253a-procedure

2.1. Een gelijkwaardige verdeling van zorg- en opvoedingstaken

Sinds 1985 is de 253a-procedure in de wet opgenomen²⁷. Tot die tijd was vaders wil doorslaggevend in een “opvoedingsgeschil” dat tussen twee ouders belast met de ‘ouderlijke macht’ ontstond.²⁸ Met de geschillenregeling werd beide ouders de mogelijkheid geboden het geschil door een onafhankelijk derde te laten beslechten. De principiële betekenis van de procedure stond voorop: de bevordering van de gelijkheid tussen man en vrouw.²⁹ Haar pragmatische betekenis - de beslechting van een concreet geschil - werd gering geacht omdat er waar-

²⁷ Wet wegneming van een aantal ongelijkheden tussen mannen en vrouwen in het personen- en familierecht en enige andere wetten, wetten van 30 augustus 1984, Stb. 404, in werking getreden op 1 januari 1985; De procedure werd opgenomen in het oude artikel 1:246 BW.

²⁸ Broekhuijsen-Molenaar/Koens (T&C Personen- en Familierecht 2010), artikel 253a, aant. 2;

²⁹ Asser-De Boer 2010, nr. 820a;

schijnlijk niet veel gebruik van zou worden gemaakt.³⁰ In die tijd werd de 'ouderlijke macht' na echtscheiding namelijk niet van rechtswege voortgezet. Het leerstuk van voortgezette gezamenlijke ouderlijke macht over de minderjarige kinderen stond nog in haar kinderschoenen en werd op initiatief van de Hoge Raad verder ontwikkeld. Positiefrechtelijk liet de mogelijkheid van gezamenlijk 'ouderlijk gezag' na echtscheiding (op verzoek!) tot 1995 op zich wachten.³¹ De opvoedconflicten ontstonden dus voornamelijk binnen het huwelijk en werden inderdaad voornamelijk binnenskamers worden opgelost.³²

Sinds 1 januari 1998 blijven scheidende ouders van rechtswege belast met het gezamenlijk gezag dat zij tijdens het huwelijk over de kinderen in het gezin uitoefenden.³³ De wetswijzigingen hadden als doel de gelijkheid tussen mannen en vrouwen binnen het gezin en in hun taak als wettelijk vertegenwoordiger verder te bevorderen. Door het voortgezet gezag van rechtswege zijn de kansen verhoogd dat tussen ouders met gezamenlijk gezag conflicten ontstaan over de concrete invulling van de op hen beiden rustende zorg- en opvoedingstaken over hun minderjarige kinderen.³⁴ De relatie tussen gescheiden ouders kenmerkt zich in relatief veel gevallen door slechte communicatie. In 2009 waren naar schatting 29.890 kinderen betrokken bij een echtscheiding.³⁵ Hierdoor heeft de procedure alsnog een pragmatisch belang gekregen.

2.2. Rust in de zorg voor het kind

In 2009 is de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding inwerking getreden. Met de wet is beoogd de scheidings- en omgangsproblematiek te verminderen en zo meer rust te brengen in de zorg voor het kind.³⁶ De verantwoordelijkheid voor het bereiken van dit doel ligt primair bij de ouders. De wetgever vond het noodzakelijk om ouders meer bewust te maken van de gevolgen van een scheiding voor het kind en wilde hen daarom in een vroeg stadium laten nadenken en afspraken laten maken over de gezamenlijke invulling van het gezagsrecht. Zo kunnen vermijdbare conflicten na de scheiding zoveel mogelijk worden voorkomen.³⁷

Bij voormelde wet zijn de volgende wijzigingen doorgevoerd. Een zeer praktische wettelijke neerslag van het uitgangspunt dat ouders primair verantwoordelijk zijn voor het realiseren van rust in de zorg voor het kind, is het ouderschapsplan. Met het echtscheidingsverzoek, een verzoek tot scheiding van tafel en bed of een verzoek tot

³⁰ Asser-De Ruiter I, 1984, nr. 285;

³¹ Doek en Vlaardingerbroek 2009, p. 204;

³² Wortmann en Van Duijvendijk-Brand 2009, p. 213;

³³ Wet van 30 oktober 1997 tot wijziging van ondermeer Boek 1 BW i.v.m. invoering van gezamenlijk gezag voor een ouder en zijn partner en van gezamenlijke voogdij, *Stb.* 1997, 506; zie Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 352 e.v.;

³⁴ S.F.M. Wortmann in haar annotatie bij HR 25 april 2008, LJN: BC5901;

³⁵ Bron CBS, <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?VW=T&DM=SLNL&PA=60060ned&D1=a&D2=a,I0-7&HD=100827-1713&HDR=G1&STB=T>;

³⁶ Zoals Minister Rouvoet tot uitdrukking bracht in zijn toespraak op 2 april 2009 bij de opening van het tweedaagse congres de vereniging Familierecht Advocaten Scheidingsbemiddelaars (vFAS) in Sint-Michielsgestel;

³⁷ *Kamerstukken II* 2004-05, 30 145, nr. 3, punt 1;

ontbinding van het geregistreerd partnerschap dient een ouderschapsplan te worden overgelegd.³⁸ Het ouderschapsplan dient in ieder geval afspraken te bevatten over de wijze waarop de ouders de zorg- en opvoedingstaken, zoals neergelegd in artikel 247 verdelen. Een gelijkwaardige verdeling van de zorg- en opvoedingstaken is het uitgangspunt van het ouderschapsplan dan wel een op andere wijze tot stand gekomen regeling omtrent de verdeling van zorg- en opvoedingstaken.³⁹ Voorts is bij voormelde wet de minderjarige een positief recht gegeven op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders (artikel 247 lid 4). Tot slot is de ouderlijke verantwoordelijkheid geëxpliciteerd door het toevoegen van twee normen: de ouder is een plicht opgelegd de minderjarige te verzorgen en op te voeden alsmede om de ontwikkeling van de banden van zijn kind met de andere ouder te bevorderen (artikel 247 lid 1 en 3) en de ouder die niet met het gezag is belast heeft een omgangsplicht opgelegd gekregen (artikel 377a).⁴⁰

De wetgever heeft beoogd de man en de vrouw gelijkwaardige opvoeders van hun minderjarige kinderen te maken en daartoe hebben zij gelijke rechten en plichten, omdat het een *middel* is om rust in de zorg voor de minderjarige te creëren.⁴¹ De rechter dient daarom, indien van hem om een beslissing in een 253a-procedure wordt gevraagd, een gelijkwaardige verdeling van zorg- en opvoedingstaken als uitgangspunt te hanteren.⁴² In het licht van het voorgaande is begrijpelijk dat in het vijfde lid van artikel 253a is opgenomen dat de rechter in deze procedure op de eerste plaats een bemiddelende rol heeft.⁴³ Ouders zijn er namelijk op de eerste plaats zelf gezamenlijk verantwoordelijk voor een juiste invulling aan hun taken en bevoegdheden te geven en dus is een vergelijk tussen ouders het primaire doel. De rechter moet dan ook vooreerst proberen de ouders naar elkaar toe te bewegen. Doek heeft opgemerkt dat er enkele risico's schuilen achter de dubbele pet van de rechter. Zijn optreden als 'bemiddelaar' kleurt het beeld dat partijen van de rechter hebben als 'beslissers' en dus komt de schijn van onpartijdigheid in het gedrang.⁴⁴ Daarom moet in zijn bemiddelende rol worden gelezen dat de rechter partijen doorverwijst naar mediation of een andere onafhankelijke derde.⁴⁵

2.3. De wettelijke voorziening van de beperking van een recht

Slechts indien een 'vergelijk' niet tot stand kan komen beslist de rechter op een verzoek als in het eerste of tweede lid van artikel 253a, zoals hem "in het belang van het kind wenselijk voorkomt".⁴⁶ Deze beslissing kan een zo-

³⁸ Wet van 27 november 2008, *Stb.* 2008, 500, "Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding"; zie ook Doek (T&C Personen- en familierecht 2010), art 815 Rv, aant. 3;

³⁹ Broekhuijsen-Molenaar/Koens (T&C Personen- en Familierecht 2010), artikel 253a, aant. 5;

⁴⁰ Wortmann en Van Duijvendijk-Brand 2009, nr. 129 en 130; *Kamerstukken II* 2004-05, 30 145, nr. 3, punt 1 en 5;

⁴¹ Broekhuijsen-Molenaar/Koens (T&C Personen- en Familierecht 2010), artikel 253a, aant. 5; *Kamerstukken II* 2004-05, 30 145, nr. 3, p. 14

⁴² Zie artikel 282 dat de 1:253a-procedure van toepassing acht op gezagsconflicten tussen voogden;

⁴³ Doek (Groene Serie Personen- en Familierecht) Boek 1 BW, artikel 253a, aant. 1;

⁴⁴ Doek (Groene Serie Personen- en Familierecht) Boek 1 BW, artikel 253a, aant. 6;

⁴⁵ Doek (Groene Serie Personen- en Familierecht) Boek 1 BW, artikel 253a, aant. 6;

⁴⁶ Zie over de rol van de rechter ook Hof Amsterdam, 31 augustus 2010, LJN: BO1064, onder 2.7.

genaamde zorgregeling inhouden, die de uitoefening van het gezag door twee feitelijk gescheiden ouders regelt, waarbij - indien het belang van het kind dat eist - van het uitgangspunt van gelijkwaardigheid wordt afgeweken.⁴⁷

2.4. Tussenconclusie

Het uitgangspunt is dat een gelijkwaardige verdeling van zorg en opvoedingstaken zowel in het belang van het kind als in het belang van de wettelijk vertegenwoordiger(s) wordt geacht. Waar een vergelijk niet tot stand kan komen en de belangen van één ouder botsen met de belangen van de andere ouder of met de belangen van het kind, moet aan de belangen van het kind een doorslaggevende betekenis worden toegekend. Het zijn niet zozeer de belangen van ouders die op de eerste plaats bij de belangenafweging betrokken moeten worden. Het zijn de belangen van het kind die de rechter kunnen doen laten overwegingen een anders dan gelijkwaardige zorgregeling vast te stellen.

Het doel van de procedure is namelijk sinds 2009 om meer rust in de zorg voor het kind te realiseren. De belangen van één van de ouders bij een ongelijkwaardige verdeling van zorg en opvoedingstaken kunnen dus nooit tot een zodanige ongelijke verdeling rechtvaardigen indien de belangen van het kind daarmee niet gediend zijn. Het is de taak van de rechter om in de eerste plaats dus om de ouders naar elkaar toe te bewegen, omdat de belangen van het kind daarmee geacht worden te zijn gediend. Slechts indien het belang van het kind een anders dan gelijkwaardige verdeling van zorg- en opvoedingstaken verlangt, is het de taak van de rechter om tot een verdeling te komen waar het belang van het kind het meest mee gediend is.

Uit lid 1 en 2 van artikel 253a blijkt dat aan het eerste vereiste voor de democratisch gelegitimeerde beperking van een recht is voldaan: de beperking is bij wet voorzien. De vraag onder welke omstandigheden de belangen van het kind meebrengen dat van het uitgangspunt van gelijkwaardigheid in de zorg en opvoeding van de minderjarige kan of moet worden afgeweken en op welke wijze en in welke mate de rechten van de wettelijk vertegenwoordiger daarbij mogen worden beperkt (subsidiariteit en proportionaliteit), zal hierna worden beantwoord.

§ 3 Enkele concrete voorbeelden

De rechtbank Utrecht heeft op 15 mei 2009 het 7-jarige meisje onder toezicht gesteld vanwege een voortslepend en escalerend conflict tussen haar gehuwde ouders omtrent haar medische behandeling.⁴⁸ Het meisje was slechtiend en daarom was haar een brilbeleid voorgeschreven en diende er eventueel occlusietherapie plaats te vinden. De moeder betwistte of er sprake was van slechtiendheid en zo ja, of er een behandeling diende plaats te vinden. Er was sprake van een onoverbrugbaar gezagsgeschil tussen de ouders, terwijl een eerdere verwijzing

⁴⁷ Doek (Groene Serie Personen- en Familierecht) Boek 1 BW, artikel 253a, aant. 1 en 3; en zie Wortmann en Van Duijvendijk-Brand 2009, nr. 130;

⁴⁸ Rechtbank Utrecht, 15 mei 2009, 267078/JE RK 09-1060 LJN: BI7161;

naar mediation geen vruchten had afgeworpen. Bovendien blijft de behandeling uit door de weigerende moeder, terwijl de noodzaak en de juistheid van de behandeling voldoende is aangetoond.

Het hof 's-Hertogenbosch heeft op 26 november 2002 een beschikking gegeven in een 253a-procedure waarin twee islamitische ouders het niet eens konden worden over de besnijdenis van hun vijfjarige zoon.⁴⁹ Het verweer van de moeder, die graag zag dat haar zoon besneden werd ("dreiging van sociaal isolement", "teleurgestelde familie in Marokko") werd als zijnde ongegrond verworpen en voorts werd overwogen dat het om een medisch niet noodzakelijke behandeling ging die bovendien onherstelbaar was. Het hof heeft overwogen dat een rechter zich bij dergelijke ingrepen (een onherstelbare fysieke ingreep zonder medische noodzaak) meer terughoudend dient op te stellen dan bij een beslissing van andere aard.⁵⁰

De voorzieningenrechter van de rechtbank Haarlem heeft in haar uitspraak van 15 april 2005 geoordeeld dat de moeder, die samen met de vader het gezamenlijk gezag uitoefende – zij waren gescheiden – mee diende te werken aan de inenting van hun dochter tegen meningopokken C en DTP-BMR.⁵¹ Hier werd het verweer van de moeder ("in de medische wereld is er geen overeenstemming over het nut en de noodzaak van de inenting", "de inenting gaat gepaard met ernstige nadelige bijwerkingen") verworpen en werd geoordeeld dat zij op straffe van verbeurte van een dwangsom diende mee te werken aan die inenting. De voorzieningenrechter oordeelde dat het een feit van algemene bekendheid is dat het in deze gevoerde overheidsbeleid met preventieve werking, ook in medische kring nog steeds breed wordt gedragen.⁵² Bovendien konden de inenting onder medische controle in een ziekenhuis worden ondergaan en werden de nadelige bijwerkingen niet als schadelijk aangemerkt. Gezien het voorgaande staat de onomkeerbaarheid van de behandeling niet aan het geven van deze voorziening in de weg.

Ook onderzoek naar en behandelingen en medicatie bij ernstige gedragsproblematiek kunnen dermate noodzakelijk worden geacht dat vervangende toestemming wordt verleend om ernstig gevaar voor de (geestelijke) gezondheid van de minderjarige te voorkomen, zoals is overwogen door de rechtbank Roermond op 1 oktober 2008.⁵³ In deze zaak was de vader weinig betrokken bij de belangen van de minderjarige, maar hij weigerde elke medewerking te verlenen aan de behandeling van de gedragsproblematiek van zijn minderjarige kinderen als gevolg van onder meer ADHD en PDD-NOS, terwijl de noodzaak daartoe voldoende was aangetoond.

§ 4 De subsidiariteit van het rechterlijk optreden

Er zijn, blijkens de rechtspraak, twee typen bedreigingen te onderscheiden die de tijdelijke beperking van de rechten van één van de ouders kunnen rechtvaardigen.

⁴⁹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 26 november 2002, *FJR* 2003, p. 214-215;

⁵⁰ Zie onder 4.4. van de beschikking.

⁵¹ Voorzieningenrechter, rechtbank Haarlem, 15 april 2005, *RFR* 2005, 68, *NJF* 2005, 195;

⁵² Zie ook Hof Amsterdam, 31 augustus 2010, LJN: BO1064, onder 2.10: onduidelijk is om welke vaccinaties het hier ging;

⁵³ Rechtbank Roermond, 1 oktober 2008, 87115/FA RK 08-760, LJN: BG3544;

4.1. De noodzaak van de medische behandeling

Indien de verrichtingen noodzakelijk worden geacht ter behandeling of ter preventie van een lichamelijke dan wel geestelijke aandoening die ernstig gevaar of nadeel voor de gezondheid van de minderjarige oplevert, doet het feit dat de medische behandeling onomkeerbaar is niet meer ter zake, althans, in deze zaken werden de belangen van de ouders als ongegrond dan wel onbewezen ter zijde geschoven. Indien één der ouders weigert toestemming te geven voor deze behandeling, kan dat aanleiding zijn om deze weigerende ouder tijdelijk zijn vertegenwoordigingbevoegdheid te ontnemen. Tegelijkertijd wordt geen toestemming verleend dan wel wordt de weigerende ouder niet gedwongen mee te werken aan de behandeling, indien de medische behandeling niet noodzakelijk wordt geacht en de behandeling onomkeerbaar is. Immers, van de rechter wordt dan verwacht dat deze zich meer terughoudend opstelt.

Uit de in §3 besproken uitspraken blijkt ten eerste dat het niet vereist is dat het leven van de minderjarige bij een niet-behandelen op het spel zou komen te staan, immers van slechthandigheid van een minderjarige wordt ook aangenomen dat dit ernstig nadeel voor de minderjarige te veroorzaakt.⁵⁴ Ook ernstige gedragsproblematiek kan een onderzoek, een behandeling en het voorschrijven van medicatie noodzakelijk maken,⁵⁵ zodat er tevens niet per se sprake hoeft te zijn van een bedreiging van de lichamelijke gezondheid van de minderjarige. De rechter moet zijn oordeel baseren op het deskundigenoordeel van bijvoorbeeld de hulpverlener of een feit van algemene bekendheid dat de noodzaak van een medische behandeling in brede medische kring gedragen wordt.

Niettemin is vereist dat het nadeel dat de minderjarige ondervindt door het uitblijven van de medische behandeling niet slechts toekomstig of onvoldoende concreet is. Het nadeel dient objectief bepaalbaar te zijn. De noodzaak van een preventieve maatregel zoals de inenting tegen voorkomende kinderziekten worden regelmatig en door sommige groeperingen stelselmatig betwist, zoals aanhangers van de antroposoof Rudolf Steiner.⁵⁶ Een breed gedragen feit van algemene bekendheid zoals het nut van inenting tegen meningokokken C en DTP-BMR kan voldoende overtuigend zijn.⁵⁷ Het nut en de noodzaak van minder voorkomende al dan niet preventieve behandelingen, waar rechters in het geheel niet bekend mee zijn, dient mijns inziens te worden onderbouwd door het professionele oordeel van de hulpverlener en, indien gewenst, een second opinion.

Zodra de noodzaak van de behandeling is aangetoond, doen alle tegenargumenten niet meer ter zake, zoals de overweging dat de medische behandeling onomkeerbaar is of andere argumenten die uitgaan van de belangen van andere betrokkenen (zoals de ouders). Ook de levensovertuiging van de ouder, staat niet aan de noodzake-

⁵⁴ Rechtbank Utrecht, 15 mei 2009, 267078/JE RK 09-1060 LJN: BI7161;

⁵⁵ Rechtbank Roermond, 1 oktober 2008, 87115/FA RK 08-760, LJN: BG3544;

⁵⁶ Brochure gevonden via de website: <http://www.antroposana.nl/info/vaccineren.htm>;

⁵⁷ Zie de onder 1.1. besproken uitspraak van de Voorzieningenrechter Rb Haarlem, 15 april 2005, RFR 2005, 68, NJF 2005, 195;

lijk geachte behandeling in de weg.⁵⁸ Jehova's Getuigen hanteren bepaalde leefregels, waaronder het onthouden van bloed(producten). Ook het argument van Jehova's Getuigen, dat de band met God verstoord zou raken indien een bloedtransfusie plaatsvindt, zouden in lijn met het voorgaande, terzijde moeten worden geschoven.

4.2. De wenselijkheid van de medische behandeling

Indien de noodzaak van de behandeling niet is aangetoond, of indien het gevaar voor de gezondheid van minder ernstige aard is en de behandeling bovendien onomkeerbaar is, dient de rechter zich meer terughoudend op te stellen. Toch mag niet zonder meer worden uitgesloten dat de rechter een zorgregeling kan treffen ten einde een medische behandeling te laten plaatsvinden, die niet zo zeer medisch gezien noodzakelijk is, maar die wel om – wat ik zal noemen – psychosociale redenen gewenst is. Ik gebruik de term psychosociaal om uit te drukken dat het uitblijven van een medische behandeling gevolgen kan hebben voor de sociale aspecten in het leven van het kind, hetgeen weer een negatief effect kan hebben op de psyche van het kind.⁵⁹ Van belang is in dat geval derhalve niet de terminologie “medisch noodzakelijke geachte behandeling”, maar “gewenste medische behandeling” te hanteren. Denk in dit geval aan het corrigeren van flaporen of een hazenlip.

Omdat de wenselijkheid van de behandeling in beginsel onvoldoende grond is om het gezag van een ouder te beperken, is derhalve voorts vereist dat de ouders tijdelijk niet in staat kunnen worden geacht gezamenlijk hun vertegenwoordigingsbevoegdheid ten aanzien van de minderjarige uit te oefenen, al dan niet omdat één van hen niet in staat kan worden geacht tot een correcte invulling van zijn of haar verantwoordelijkheden. Het gaat er hier vooral om dat het nadeel dat de minderjarige ondervindt door het uitblijven van de behandeling eenvoudig kan worden voorkomen, terwijl de ouder geen enkel gegrond verweer heeft gevoerd. Het feit dat een ouder misbruik maakt van het gezag door toestemming te weigeren, zou een rechtvaardiging kunnen zijn om het gezag van die ouder te beperken om een “gewenste medische behandeling” te laten plaatsvinden.⁶⁰

Ook ‘wenselijkheid van de behandeling’ zal net als de hiervoor besproken ‘noodzaak van de medische behandeling’ voldoende concreet en voldoende actueel moeten zijn. De nadelige psychosociale gevolgen van het uitblijven van een behandeling zullen moeilijker kunnen worden aangetoond. Het hof 's-Hertogenbosch overwoog het volgende in zijn beslissing van 15 april 2004 met betrekking tot een wijziging tot eenhoofdig gezag.⁶¹ De ouders hadden afgesproken dat de moeder met het eenhoofdig gezag belast zou worden omdat problemen in de toekomst te verwachten waren bij het nemen van spoedeisende beslissingen omdat zij wat betreft de opvoeding er verschillende opvattingen op na hielden. Het hof heeft deze argumenten terzijde geschoven en niet afgeweken

⁵⁸ Zie Hof Amsterdam, 31 augustus 2010, LJN: BO1064, onder 2.11 en 2.12;

⁵⁹ Van Dale definieert ‘psychosociaal’ als “behorend tot of betrekking hebbend op de sociale aspecten van en invloeden op psychische verschijnselen”;

⁶⁰ Zie bijvoorbeeld eerdergenoemde uitspraak van de rechtbank Roermond, 1 oktober 2008, 87115/FA RK 08-760, LJN: BG3544;

⁶¹ Hof 's-Hertogenbosch, 15 april 2004, LJN: AO7714;

van het uitgangspunt dat verzorging- en opvoeding door beide ouders dient plaats te vinden.⁶² Blijkbaar zijn niet nader onderbouwde verwachtingen, onvoldoende om een ouder te excuseren van zijn verantwoordelijkheden. Om te bepalen of er sprake is van een objectief bepaalbaar belang van het kind bij een ongelijkwaardige verdeling van zorg- en opvoedingstaken lijkt mij in deze gevallen onderzoek door de Raad voor de Kinderbescherming onontbeerlijk.

§ 5 De proportionaliteit van de rechterlijke beslissing

We hebben inmiddels kunnen constateren dat de beperking van de (grond)rechten van de wettelijk vertegenwoordiger bij wet zijn voorzien. Tevens hebben we kunnen vaststellen onder welke omstandigheden de rechten van de wettelijk vertegenwoordiger kunnen worden beperkt, waarbij de rechter voldoet aan het subsidiariteitsbeginsel. In dit paragraaf is tenslotte overwogen welke concrete maatregelen de rechter kan nemen om een einde te maken aan het gezagsgeschil. Het uitgangspunt is, dat wanneer de rechter overgaat tot een dergelijke overweging, de subsidiariteit van de ingreep in het gezag al vaststaat.

Op grond van het eerste lid van artikel 253a kan de rechter de weigerende ouder veroordelen mee te werken aan de totstandkoming van de medische behandelingsovereenkomst of vervangende toestemming geven voor de medische behandeling. Op grond van het tweede lid, kan de rechter tevens bepalen dat de beslissingen omtrent de medische behandeling van de minderjarige tijdelijk door slechts één van de ouders worden gemaakt.⁶³

5.1. Veroordelen tot een doen

De weigerende ouder kan gedwongen worden mee te werken aan de totstandkoming van de overeenkomst en het laten plaatsvinden van de verrichtingen in dat kader. Ik zet echter mijn vraagtekens bij de wenselijkheid van een dergelijke oplossing van een geschil, omdat het risico bestaat dat de weigerende ouder die tot een dergelijk handelen bevolen is, het vonnis niet nakomt. Een oplossing voor dit probleem is het opleggen van een dwangsom, zoals de voorzieningenrechtbank Haarlem heeft gedaan. Daar is bepaald dat de moeder diende zorg te dragen voor de inentingen van haar minderjarige dochter binnen zeven dagen na betekening van het vonnis en daarvan schriftelijk bewijs aan de man te verstrekken, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 50,- voor iedere dag dat zij hier niet aan zou voldoen, tot een maximum van € 25.000,-.⁶⁴ De gelijkwaardige verdeling van zorg- en opvoedingstaken blijft in die zin behouden, dat zij samen met haar ex-partner vertegenwoordigingsbevoegd blijft ten aanzien van haar minderjarige dochter en dat zij samen toestemming 'mogen' geven voor de medische behandeling. De executie van een dergelijk vonnis en de strijd die hieromtrent zou ontstaan indien de ouder weigert te voldoen aan hetgeen waartoe hij of zij is veroordeeld, zou echter tot onaanvaardbare

⁶² Zie hierover ook MvT, *Kamerstukken II*, 2004/05, 30 145, nr. 3;

⁶³ De Bruijn-Lückers en Punsellie, 2004, par. 2; Doek en Vlaardingerbroek 2009, p. 147; Tevens kan hij beslissen bij wie de minderjarige zijn hoofdverblijfplaats heeft (HR 15 december 2000, NJ 2001, 123 m.nt. SFMW) en eventueel de omgangsregeling voor *bepaalde* tijd schorsen (HR 18 november 2005, NJ 2005, 574 m.nt. SW).

⁶⁴ Voorzieningenrechter, rechtbank Haarlem, 15 april 2005, *RFR* 2005, 68, *NJF* 2005, 195;

spanningen kunnen leiden.⁶⁵ Dit zou natuurlijk geen recht doen aan het doel van de procedure om meer rust in de zorg voor de minderjarige te creëren. Een zorgvuldige motivering zou kunnen bijdragen aan de aanvaarding van het vonnis door de veroordeelde partij.

5.2. Vervangende toestemming

De rechter kan ook vervangende toestemming geven voor de behandeling.⁶⁶ De noodzakelijk geachte behandeling vindt plaats en men kan zich richten op een herstel van de onderlinge verhoudingen. Een dergelijke maatregel beperkt de uitoefening van het gezagsrecht echter in verdergaande mate. Zodat van deze mogelijkheid mijns inziens alleen gebruik mag worden gemaakt indien de rechter een gerechtvaardigd vermoeden heeft dat de weigerende ouder een vonnis dat hem zou veroordelen tot een doen, niet zal nakomen.

5.3. Het vaststellen van een zorgregeling

Tot slot is er de mogelijkheid – tevens de meest vergaande maatregel in dit kader – een zorgregeling vast te stellen waarbij wordt bepaald dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid, al dan niet slechts ten aanzien van het aangaan van de medische behandelingsovereenkomst, tijdelijk zal worden uitgeoefend door één ouder alleen. De grond voor deze beslissing is het tweede lid van artikel 253a. Doek heeft hierover opgemerkt dat niet geheel duidelijk is wat deze zorgregeling precies kan inhouden, maar aannemelijk is de rechter een bestaand ouderschapsplan kan wijzigen en zelfs een nieuw ouderschapsplan kan vaststellen.⁶⁷ Het gezagsrecht blijft voor het overige intact, maar het wordt beperkt doordat een van de kerntaken wegvalt.⁶⁸ Hierdoor wordt het gezagsrecht van een van de ouders enorm uitgehold. Bovendien is ook de rechter gebonden is aan de hetgeen de wetgever voor ogen heeft gehad bij de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige echtscheiding: ouders worden geacht zoveel mogelijk gezamenlijk invulling te geven aan alle aspecten van het gezag. Ouders en de rechter worden daarom weinig ruimte gegeven om naar vrij inzicht tot een verdeling van zorg- en opvoedingsstaken te komen. Daarom mag mijns inziens van deze mogelijkheid slechts beperkt gebruik worden gemaakt.

Voor een dergelijk vergaande beperking moet dan ook sterke aanleiding zijn om aan te nemen dat een van de ouders tijdelijk niet in staat kan worden geacht aan zijn verantwoordelijkheden op adequate wijze invulling te geven. Het feit dat een ouder daartoe tijdelijk niet in staat kan worden geacht, rechtvaardigt het ingrijpen door de rechter in het gezagsrecht van die ouder dus niet alleen in termen van subsidiariteit. Immers, indien de medische behandeling *wenselijk* wordt geacht, kan het ingrijpen van de rechter alleen worden gerechtvaardigd indien de ouder tijdelijk niet in staat kan worden geacht aan zijn verantwoordelijkheden op adequate wijze invulling te geven (zie onder 4.2.).

⁶⁵ Zie Doek (Groene Serie Personen- en Familierecht), Boek 1 BW, artikel 253a, aant. 7;

⁶⁶ Zie bijvoorbeeld Rb Roermond, 1 oktober 2008, LJN: BG3544;

⁶⁷ Doek (Groene Serie Personen- en Familierecht), Boek 1 BW, artikel 253a, aant. 3;

⁶⁸ Doek (Groene Serie Personen- en Familierecht), Boek 1 BW, artikel 253a, aant. 3;

Maar omdat in het geval van zowel een noodzakelijk als een wenselijk behandeling, vaak ook kan worden volstaan met een eenmalige veroordeling tot een doen of vervangende toestemming moet daarnaast de proportionaliteitseis worden gesteld dat de minderjarige meerdere medische behandelingen moet ondergaan, waarvan er sommige nog te ver in de toekomst liggen of er nog niet duidelijk is of zij moeten plaatsvinden. Zo kan de minderjarige bijvoorbeeld aan kanker lijden, dat moet worden bestreden met een reeks van behandelingen. Omdat steeds moet worden afgewacht hoe de minderjarige reageert op een behandeling kan het voorkomen dat het behandelplan nog al eens moet worden aangepast. Dit geldt ook voor de behandeling van bepaalde gedragsproblematiek, zoals AD(H)D. Het is zeer vermoeiend en niet in het belang van het kind als bij de vaststelling van een behandelplan en bij elke wijziging daarvan, de discussie weer wordt aangezwengeld.

5.4. Alternatieven

Indien na verloop van de termijn waarin deze zorgregeling van toepassing is geweest, of nadat de ouder is veroordeeld tot een doen of vervangende toestemming is verleend, de ouder die was beperkt in de gezagsuitoefening, nog steeds geen blijk geeft op adequate wijze met zijn bevoegdheden om te gaan, kan overwogen worden een kindbeschermingsmaatregel te nemen. De maatregelen worden hierna in hoofdstuk 4 besproken. De intensieve betrokkenheid van het bureau jeugdzorg voor en vanaf het moment dat er een kindbeschermingsmaatregel is uitgesproken, heeft als voordeel dat er een onafhankelijk derde bij betrokken wordt die een goed zicht heeft op de feitelijke gezinssituatie zodat deze de rechter kan adviseren.

Ook kan worden verzocht het gezamenlijk ouderlijk gezag om te zetten in eenoudergezag of om, in plaats van gezamenlijke voogdij, één voogd met de voogdij te belasten. Op grond van artikel 253n kunnen ouders gezamenlijk, of één van hen, daartoe een verzoek aan de rechter richten. Ook twee voogden met gezamenlijke voogdij kunnen een verzoek aan de rechter richten om één voogd voortaan met de voogdij te belasten op grond van artikel 323.⁶⁹ Ten aanzien van de omzetting in éénoudergezag of de benoeming van één voogd, is de rechter niet bevoegd ambtshalve een beslissing te nemen. De rechter is wel bevoegd ambtshalve een beslissing te nemen om, als het in een concreet geval een (tijdelijk) afwezige of zwerende ouder betreft, het gezamenlijk gezag te schorsen op grond van artikel 253r (jo. artikel 253q lid 4): de andere ouder oefent gedurende de schorsing alleen het gezag uit.⁷⁰

Deze laatste alternatieven bieden meer zekerheid op de lange termijn voor alle betrokken partijen, in het bijzonder voor het kind, en het doet meer recht aan de feitelijke situatie waarin een ongeschikte of afwezige ouder niet belast behoort te zijn met het gezag. Wanneer van een ouder niet meer verwacht kan worden dat hij op termijn weer op adequate wijze invulling gaat geven aan zijn verantwoordelijkheden, is het belang van rust in de zorg voor het kind meer gediend, indien een van de weg van de genoemde alternatieven bewandeld wordt.

⁶⁹ Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 375;

⁷⁰ Rechtbank Roermond, 1 oktober 2008, 87115/FA RK 08-760, LJN: BG3544; zie ook Rb Groningen, 13 januari 2009, LJN: BH0709;

5.5. Aanbevelingen: enkele vormvereisten

Bij de verdeling van zorg- en opvoedingstaken kan de rechter de wens van een der ouders volgen of naar eigen goeddunken beslissen.⁷¹ In de 253a-procedure mag de rechter buiten de rechtsstrijd van partijen treden en dus een andere regeling vaststellen dan door partijen is verzocht.⁷² Hij mag partijen echter nooit overvallen met een uitspraak waarover zij zich niet hebben kunnen uitlaten.⁷³

Een nieuwe beslissing over de *omgang* kan op grond van artikel 377e steeds bij gewijzigde omstandigheden en in ieder geval na verloop van een jaar (wederom) verzocht worden.⁷⁴ Deze laatste zienswijze is tevens van toepassing op een in het kader van een 253a-procedure vastgestelde zorgregeling.⁷⁵ Dus indien een zorgregeling wordt vastgesteld door de rechter, kan steeds een verzoek tot wijziging door een der ouders of door de ouders tezamen worden gedaan bij gewijzigde omstandigheden en na verloop van een jaar.

Tot slot verdient het aanbeveling om steeds een deskundigenoordeel van de raad of de bemoeienis van het bureau jeugdzorg bij de oordeelsvorming te betrekken. Het betreft hier immers een gezagsbeperking, en voor het vaststellen van de noodzaak van deze beperking zal de rechter zich op een zo volledig mogelijk dossier moeten baseren. Een onderzoeksverslag naar de feitelijke situatie in het gezin en de positie van de jeugdige daarin kan hieraan bijdragen.

§ 6 Conclusie

Aanvankelijk werd de 253a-procedure in het leven geroepen om meer gelijkheid tussen mannen en vrouwen te creëren, als zijnde de wettelijk vertegenwoordigers van hun minderjarige kind. Doordat het gezamenlijk gezag van rechtswege blijft voortduren na (echt)scheiding, namelijk sinds 1998, is dit *doel* beter bereikt. Daarnaast kreeg de 253a-procedure, naast haar principiële betekenis, tevens een pragmatische betekenis. Er lagen immers steeds meer potentiële patstellingen op de loer over de invulling van de zorg- en opvoedingstaken, die om beslechting door de rechter vroegen.

Sinds de inwerkingtreding van de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding in 2009 is de gelijkwaardige verdeling van zorg- en opvoedingstaken, een *middel* geworden om een ander doel te bereiken: namelijk om meer rust te creëren in de zorg voor de minderjarige. Van het uitgangspunt van gelijkwaardigheid

⁷¹ Broekhuijsen-Molenaar/Koens (T&C Personen- en Familierecht 2010), artikel 253a, aant. 2;

⁷² *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 012, nr. 3, blz. 26; nr. 5, blz. 21-22, zie hierover Broekhuijsen-Molenaar/Koens (T&C Personen- en Familierecht 2008), artikel 253a, aant. 1;

⁷³ HR 19 oktober 2007, NJ 2008, 51 m.nt. SFMW; Bij de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding is art. 377h (oud) komen te vervallen en opgenomen in art. 253a lid 2 en lid 4, zie Asser-De Boer 2010, nr. 1000;

⁷⁴ HR 27 februari 2009, LJN: BG5045;

⁷⁵ Broekhuijsen-Molenaar/Koens (T&C Personen- en Familierecht 2010), artikel 253a, aant. 3 en 5, zie ook aant. 4 bij 377a;

wordt dan ook niet afgeweken en ouders worden verondersteld hiervoor primair gezamenlijk verantwoordelijk te zijn. Secundair is de rechter, als zijnde een overheidsorgaan, verantwoordelijk. Indien ouders er niet uitkomen heeft de rechter dan ook primair een bemiddelende rol. De rechter kan zijn pet van bemiddelaar slechts afzetten, indien een vergelijk tussen ouders niet tot stand kan komen. Naar de eis van subsidiariteit kan de rechter vervolgens slechts een beslissing geven waarbij wordt afgeweken van het uitgangspunt, indien de belangen van de minderjarige meer gediend zijn bij een ongelijkwaardige verdeling van zorg- en opvoedingstaken tussen zijn ouders.

Twee soorten bedreigingen van het belang van het kind kunnen daartoe aanleiding zijn. Ten eerste kan het uitgangspunt van een gelijkwaardige verdeling worden verlaten, indien een medische behandeling die *noodzakelijk* wordt geacht ter afwending van ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige, niet tot stand kan komen als men blijft vasthouden aan deze gelijkwaardige verdeling. Het belang van de minderjarige bij de medische behandeling weegt dan zwaarder dan het belang bij rust in de zorg voor hem. Ten tweede kan het gezag van de ouder die zonder legitieme reden geen toestemming wil geven voor een *gewenste* behandeling, worden beperkt indien het uitblijven van de behandeling psychosociale schade oplevert voor de minderjarige. De ouder wordt dan tijdelijk niet in staat geacht op adequate wijze invulling te geven aan zijn vertegenwoordigingbevoegdheid, zodat een gelijkwaardige verdeling van zorg- en opvoedingstaken de beoogde rust niet kan realiseren.

Wanneer aansluiting wordt gezocht bij de bedoeling van de wetgever bij de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding en bovendien bij het vereiste van proportionaliteit, levert de veroordeling tot een doen de meest beperkte ingreep in het gezagsrecht op. Immers, de zorgregeling op basis van gelijkwaardigheid blijft in die zin behouden, dat de ouders gezamenlijk vertegenwoordigingsbevoegd blijven ten aanzien van hun kind en dat zij samen toestemming ‘mogen’ geven voor de medische behandeling.

Indien de veroordeelde ouder vervolgens weigert te voldoen aan het vonnis, kunnen de spanningen die daardoor binnen het gezin ontstaan, ervoor zorgen dat aan het doel om meer rust te creëren in de zorg voor de minderjarige, geheel voorbij wordt gegaan. In dat geval, of indien dergelijke problemen te verwachten zijn, kan de rechter vervangende toestemming geven voor een concrete medische behandeling, zodat de behandeling in ieder geval kan plaatsvinden.

Tot slot kan de rechter – bij wijze van een zorgregeling – de vertegenwoordigingsbevoegdheid tijdelijk aan de andere ouder opgedragen. Van deze laatste mogelijkheid dient, vanwege het vergaande karakter (zie 5.3.) en gezien de alternatieven voor een dergelijke probleemsituatie (zie 5.4.), beperkt gebruik te worden gemaakt, namelijk alleen om een tijdelijke situatie te overbruggen waarin de minderjarige een reeks van behandelingen te wachten staat en derhalve meerdere beslissingen moeten worden genomen in dat kader en de ouder in die periode niet in staat kan worden geacht aan zijn verantwoordelijkheden op adequate wijze invulling te geven.

De bescherming van de twaalfminner en de daarmee gelijkgestelde minderjarige | 4

§ 1 Een geschil tussen de wettelijk vertegenwoordiger en een derde

In de discussie over de medische behandeling van de minderjarige kan het voorkomen dat verdergaand ingrijpen noodzakelijk is om de medische behandeling plaats te laten vinden of om een einde te maken aan het constante en terugkerende geruzie waarmee de minderjarige zich steeds mee geconfronteerd ziet. Deze omstandigheden kunnen aanleiding zijn voor de kinderrechter om een kinderschermingsmaatregel te overwegen. Het kan in deze gevallen gaan om twee ouders met ouderlijk gezag die tegenover elkaar staan zoals in het vorige hoofdstuk is besproken. Het aanhoudende geruzie of het langdurig uitblijven van toestemming voor de behandeling kunnen de minderjarige op verschillende manieren schaden, hetgeen een verdergaande ingreep in de gezagsuitoefening vereist. De situatie kan zich ook voordoen dat twee ouders met het gezamenlijk ouderlijk gezag of dat één ouder die is belast met het eenoudergezag, in conflict raken/raakt met een derde over de medische behandeling van een kind. Een betrokken instelling (zoals het bureau jeugdzorg of de raad voor de kinderscherming) of een derde persoon (zoals een pleegouder of de hulpverlener) die zich de belangen van de minderjarige aantrekt kan het volstrekt oneens zijn met de ideeën van de gezaghebbende ouder(s).

Het initiatief tot het verkrijgen van een rechterlijk oordeel op basis waarvan een medische behandeling van de minderjarige kan plaatsvinden ondanks het ontbreken van de vereiste toestemming, ligt bij degene die zonder die ouderlijke toestemming wil handelen.⁷⁶ Een hulpverlener (arts) kan zich tot het AMK wenden of, indien het een bijzonder spoedeisend geval is, direct tot de Raad voor de Kinderscherming (hierna ook: de raad).⁷⁷ Pleegouders kunnen zich tot het Bz wenden (als toezichthouder of voogd rechtspersoon) en met hen in overleg treden over de in hun ogen noodzakelijke of gewenste behandeling.⁷⁸ Indien zij dat nodig acht, kan het Bz een zorgmelding doen bij de raad (art. 9 lid 2 Wjz).

§ 2 De herziene kinderschermingsmaatregelen van titel 14 afdelingen 4 en 5 (nieuw)

Over de taak van rechter als kinderschermmer bestaat geen discussie. Hoewel de rechter als kinderschermmer daartoe andere bevoegdheden heeft, dan de rechter in een 253a-procedure, hebben een zij gelijke taak hebben te vervullen. In beide gevallen dient de rechter, voor zover een vergelijk niet tot stand is gekomen, een beslissing af te geven in het belang van het kind. Ondanks de vergelijkbare impact op het gezagsrecht van de weigerende ouder bij de maatregelen in het kader van de 253a-procedure, is het effect van de kinderschermingsmaatregelen ingrijpender voor de opvoedingssituatie omdat er een derde bij betrokken wordt of omdat een derde de opvoeding geheel of gedeeltelijk overneemt.

⁷⁶ EHRM 9 maart 2004, 39 EHRR 15, *NJB* 2004-21, p. 1084 (*Glass v. UK*), §78-79;

⁷⁷ De Bruijn-Lückers en Punsellie 2004;

⁷⁸ De Bruijn-Lückers en Punsellie 2004, onder 3.2.;

Hierna volgt een bespreking van het wetsvoorstel dat is ingediend in het kader van de Herziening van de Kinderbeschermingsmaatregelen, zijnde wetsvoorstel nummer 32 015. Bij de inwerkingtreding van deze wet zullen de afdelingen 4 en 5 van titel 14 van Boek 1 BW, drastisch worden gewijzigd. De achtergrond van deze wetswijzigingen komen eerst aan bod (2.1.), vervolgens worden de maatregelen besproken die relevant zijn in het kader van deze scriptie (2.2.). Tot slot zal duidelijk worden wat de centrale vragen zijn in dit hoofdstuk en hoe deze zijn beantwoord (2.3.).

2.1. De bedoelingen van de wetgever

In de nota “Beter Beschermd”⁷⁹ van de Minister van Justitie is het voornemen geuit om de wettelijke regeling inzake de kindbeschermingsmaatregelen te herzien, waardoor gehoor is gegeven aan de wens uit de praktijk en de wetenschap.⁸⁰ Naar aanleiding van de nota is een werkgroep wetgeving ingesteld die de minister diende te adviseren over de herziening van wetgeving waarbij niet te veel diende te worden afgeweken van het huidige recht, maar waarbij ook eerder in minder ernstige probleemsituaties kon worden ingegrepen.⁸¹ Het rapport van deze werkgroep “Kinderen eerst!”⁸², is omgezet in een voorontwerp dat ter consultatie aan verschillende organisaties is gestuurd en uiteindelijk na aanpassingen als Wetsvoorstel tot Herziening van de Kinderbeschermingsmaatregelen is aangeboden aan de Tweede Kamer.⁸³

In de MvT bij de herziene kindbeschermingsmaatregelen is opgemerkt dat de belangen van het kind *de* eerste overwegingen dienen te vormen bij elke te nemen beslissing door de rechter.⁸⁴ Het wetsvoorstel nr. 32 015 staat dan ook geheel in het teken van de belangen van het kind.⁸⁵ Bij alle keuzes die in de jeugdbescherming worden gemaakt dient het belang van het kind voorop te staan.⁸⁶ Het belang van het kind in het kader van de jeugdzorg houdt in dat hij wordt beschermd in zijn recht op een gezonde en evenwichtige ontwikkeling en groei naar zelfstandigheid. Deze voorwaarden betreffen het recht van het kind op welzijn, ontwikkeling en vrijwaring van mishandeling. Het laatste is een minimumvoorwaarde.⁸⁷ Het doel van jeugdbescherming is te waarborgen dat de minderjarige opgroeit in een opvoedings- en leefsituatie waarin hij zich op een gezonde en evenwichtige wijze kan ontwikkelen. Tegenover en naast de rechten van het kind staan de rechten van de ouders om hun kinderen naar eigen inzicht op te voeden. Dit recht is neergelegd in artikel 8 EVRM, het recht op *family life*.

⁷⁹ Aangeboden bij brief van 30 juni 2004 aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2003-04, 28 606 en 29 200 VI, nr. 9;

⁸⁰ Doek en Vlaardingerbroek 2009, p. 386;

⁸¹ Doek en Vlaardingerbroek 2009, p. 386;

⁸² “Kinderen Eerst!”, Advies van de Werkgroep Wetgeving voor de aanpassing van de kindbeschermingswetgeving in opdracht van het ministerie van Justitie in het kader van het beleidsprogramma Beter Beschermd, Utrecht, augustus 2006;

⁸³ *Kamerstukken II* 2008-09, 32 015, nr. 2;

⁸⁴ *Kamerstukken II* 2008-09, 32 015, nr. 3, onder 1.;

⁸⁵ *Kamerstukken II* 2008-09, 32 015, nr. 3, o.a. onder 1 en onder 5;

⁸⁶ *Kamerstukken II* 2008-09, 32 015, nr. 3, o.a. onder 1 en onder 5;

⁸⁷ *Kamerstukken II* 2008-09, 32 015, nr. 3 onder 5.1.;

Het uitgangspunt is dat in de bestaande opvoedingssituatie deze rechten het beste gewaarborgd zijn. Dit uitgangspunt doet recht aan de veronderstelling dat in die opvoedingssituatie stabiliteit en continuïteit in de opvoeding van de minderjarige het best kan worden gewaarborgd. De verantwoordelijkheid om die continuïteit te verwezenlijken ligt dus primair bij de ouders en secundair bij de overheid. Dit brengt voor ouders de verantwoordelijkheid met zich om het kind te laten opgroeien zonder vermijdbare bedreigingen van zijn gezonde en evenwichtige ontwikkeling. In zoverre zijn de rechten van ouders beperkt. Zijn de ouders hier niet toe in staat of niet toe bereid, dan rust op de overheid een plicht hen daarbij te ondersteunen – primair op basis van vrijwilligheid, secundair in een gedwongen kader – of indien de ouders duurzaam niet de verantwoordelijkheid voor de zorg van hun kind kunnen dragen deze taken van het gezag te beperken of geheel te beëindigen.⁸⁸

2.2. Aandacht voor de medische behandeling van de minderjarige patiënt

De ondertoezichtstelling van een minderjarige is een maatregel die wordt uitgesproken indien de minderjarige zodanig opgroeit dat hij in zijn ontwikkeling wordt *ernstig* wordt bedreigt. Onder het toekomstige recht is slechts vereist dat de minderjarige hierin wordt bedreigt. In het kader van de ots kunnen er op basis van het toekomstige recht twee maatregelen worden genomen.

Om de ondertoezichtstelling doelgerichter laten zijn, is de mogelijkheid voorgesteld dat de kinderrechter de gezagsuitoefening van de ouder(s) vanaf het uitspreken van de maatregel tot uithuisplaatsing, op één of enkele punten in algemene zin beperkt (artikel 1:265e BW nieuw). Het Bzj is vanaf dat moment belast met de gezagsuitoefening op dat punt/die punten en kan op grond van de vertegenwoordigingsbevoegdheid die zij geniet direct toestemming geven voor de medische behandeling die de minderjarige dient te ondergaan (zie paragraaf 4 voor een bespreking van deze maatregel). Daarnaast blijft het, zoals in het huidige recht, mogelijk dat het Bzj in het kader van de ondertoezichtstelling vervangende toestemming vraagt voor de medische behandeling die noodzakelijk wordt geacht om ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige af te wenden en waarvoor de ouder met gezag weigert toestemming te verlenen (art. 1:265h BW nieuw). Daarnaast is de in de jurisprudentie ontwikkelde en in de doctrine aanvaarde mogelijkheid om het (ouderlijk) gezag te schorsen en de voorlopige voogdij aan het Bzj op te dragen nu wettelijk verankerd (artikel 1:268 lid 1 aanhef en onder b BW nieuw). Het Bzj met de voorlopige voogdij is dan vertegenwoordigingsbevoegd om toestemming te geven voor de medische behandeling van de minderjarige.

Onder het toekomstige recht genieten genoemde maatregelen een breder toepassingsbereik, omdat zij nu ook kunnen worden toegepast indien het een minderjarige betreft van twaalf jaar of ouder die niet in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake die specifieke medische behandeling (zie hoofdstuk 5). De onmogelijkheid in de huidige wetgeving werd als een lacune in de wetgeving ervaren.⁸⁹ Deze lacunes worden in de jurisprudentie overbrugd door, anticiperend op de komende wetswijzigingen, vervangende

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2008-09, 32 015, nr. 3 onder 5.1.;

⁸⁹ Doek (Personen- en familierecht), artikel 264, aant. 2, sub b; zie hierover ook hoofdstuk 5;

toestemming op grond van artikel 1:264 BW te verlenen dan wel het gezag te schorsen, in gevallen waar dat strikt genomen op grond van de huidige wetgeving niet mogelijk zou zijn.⁹⁰

Het bureau jeugdzorg (hierna ook: het Bjz) kan op grond van haar aanwijzingsbevoegdheid in het kader van de ots (artikel 1:258 c.q. 263 BW nieuw) géén toestemming geven voor een medische behandeling in plaats van de weigerende ouders of de ouders dwingen toestemming te geven voor, en mee te werken aan de medische behandeling.⁹¹ Volgens rechtbank Zutphen kan het Bjz wel een aanwijzing geven om een bepaalde medische behandeling *niet* te doen laten plaatsvinden, zoals in dat geval een besnijdenis van een tweejarig jongetje.⁹² De ouder moet deze aanwijzing opvolgen (artikel 258 lid 2), maar kan deze aanvechten door de rechtbank te verzoeken de aanwijzing vervallen te verklaren ex artikel 1:259 BW.

2.3. Vraagstellingen

Waar er sprake is van mishandeling, bestaat er geen misverstand over de noodzaak en de plicht van de overheid om in te grijpen in de opvoedingssituatie.⁹³ Voorts wordt in de opvoedingssituatie zoals gezegd continuïteit in het belang van het kind geacht. Met continuïteit wordt in deze context bedoeld dat de minderjarige weet waar hij aan toe is. Onzekerheid over in welk gezin het kind verder zal opgroeien bijvoorbeeld is een bedreiging voor de ontwikkeling van de minderjarige. De aanwezigheid van mishandeling of de afwezigheid van continuïteit in de opvoeding kan overheidsingrijpen rechtvaardigen. Maar het overheidsingrijpen zelf kan een (tijdelijke) verstoring van de rust in het leven van het kind betekenen. Bovendien levert het een inbreuk in het gezagsrecht van de ouder op. Wanneer rechtvaardigen de (andere) belangen van het kind een inbreuk in de opvoedingssituatie?

De rechter dient zich wederom de vraag te stellen of die inbreuk bij wet is voorzien, noodzakelijk is in een democratische samenleving en bovendien evenredig is aan het daarmee beoogde doel. De hierna te bespreken kinderschermingsmaatregelen zijn bij wet voorzien (zie 2.2.). Voor zover de wet wordt gewijzigd – qua wettekst of door de inwerkingtreding van een toekomstige maatregel – is onderzocht hoe de nieuwe/vernieuwde wettekst dient te worden geïnterpreteerd in termen van subsidiariteit en proportionaliteit.

Ten eerste is in dit hoofdstuk een vergelijking gemaakt tussen de maatregel inhoudende de vervangende toestemming enerzijds en de maatregel tot schorsing van het gezag en voorlopige voogdij anderzijds (§ 3). Beide maatregelen kunnen worden opgelegd indien “een medische behandeling noodzakelijk is om ernstig gevaar voor de gezondheid van het kind af te wenden en de ouder die het gezag uitoefent zijn toestemming daarvoor weigert”. Drie vragen zijn beantwoord: wanneer is een medische behandeling dermate noodzakelijk dat de rechter in het gezag mag of moet ingrijpen door het opleggen van een van deze twee maatregelen (3.3.), welke maatregel

⁹⁰ Zie bijvoorbeeld Rb Roermond, 2 december 2009, LJN: BK5155;

⁹¹ Broekhuijsen-Molenaar/Bruning (T&C Personen- en Familierecht 2010), artikel 264, aant. 1, sub a;

⁹² Rb Zutphen, 31 juli 2007, LJN: BB0833;

⁹³ Zie ook EHRM, 10 mei 2001, (Z. v. UK), 10 mei 2001, appl.nr. 00029392/95;

grijpt het minst in de rechten van de ouder(s) met gezag (3.4.) en welke omstandigheden rechtvaardigen het opleggen van de meer ingrijpende maatregel (3.5.)? Ten tweede is de toekomstige maatregel ex artikel 265e (nieuw) bestudeerd (§ 4).

Steeds is geput uit de literatuur over het huidige recht en uitspraken van de rechter in het kader van die wetgeving, voor zover de nieuwe wet geen wijzigingen oplevert. Daarnaast is uit geput uit de kamerstukken in het dossier van het wetsvoorstel nr. 32 015 en de literatuur in dat kader. Tot slot is net als in het vorige hoofdstuk een beslissingsmodel opgenomen voor de rechter. De paragrafen 4 en 5 zijn vertaald naar het schema dat is opgenomen als bijlage III bij deze scriptie.

§ 3 Een vergelijking tussen 264 en 272

3.1. De vervangende toestemming

De eerste kindbeschermingsmaatregel is de door de kinderrechter af te geven vervangende toestemming ten behoeve van de minderjarige die (voorlopig) onder toezicht staat.⁹⁴ In het huidige recht is deze mogelijkheid opgenomen in artikel 264 en onder het toekomstige recht in artikel 265h. De toestemming van de kinderrechter vervangt die van de weigerende ouder(s) zodat de medische behandeling kan plaatsvinden. Ook indien slechts één van de twee ouders (zie vorig hoofdstuk) zich verzet of indien een niet-ouder en een ouder die tezamen het gezag uitoefenen zich tegen de medische behandeling verzetten, kan een dergelijk verzoek door het Bzj worden gedaan.⁹⁵

3.1.1. Oneigenlijk gebruik van de ondertoezichtstelling

Van de ondertoezichtstelling mag geen oneigenlijk gebruik worden gemaakt. In het verleden bestond er onduidelijkheid of de rechter in het kader van de ots de bevoegdheid had om vervangende toestemming te geven voor een medische behandeling. Men loste dat op door het kind te onttrekken aan de macht van zijn ouders en het kind voorlopig toe te vertrouwen aan de raad.⁹⁶ Omdat de samenloop van twee kindbeschermingsmaatregelen niet gewenst werd geacht en om duidelijkheid te scheppen over de bevoegdheden van de rechter, is artikel 264 in de wet opgenomen. Artikel 264 is dus geschreven voor gevallen waarin reeds een kindbeschermingsmaatregel van kracht is, namelijk de ondertoezichtstelling. Het uitspreken van de (voorlopige) ots enkel om vervangende toestemming op grond van artikel 264 te kunnen geven, zou tot oneigenlijk gebruik daarvan leiden. Volgens de wetgever kan, indien de minderjarige niet onder toezicht is gesteld, verzocht worden de ouders te schorsen in het gezag en de voorlopige voogdij aan het Bzj op te dragen.⁹⁷

⁹⁴ Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 419;

⁹⁵ Doek (Personen- en familierecht), artikel 264, aant. 2, sub d; Dit volgt uit artikel 253v lid 6.

⁹⁶ De Bruijn-Lückers en Punsellie 2004, onder 3.1.;

⁹⁷ De Bruijn-Lückers en Punsellie 2004, onder 3.1.; Ook Doek acht de voorlopige voogdij naast de ondertoezichtstelling 'minder fraai', zie Doek (Personen- en familierecht), art. 264, aant. 2, sub e;

Echter in de literatuur wordt aangenomen dat het uitblijven van de behandeling kan betekenen dat aan de otsgrond is voldaan⁹⁸, omdat het uitblijven van de behandeling een ernstige bedreiging voor de gezondheid van de minderjarige met zich mee brengt. Wanneer aan deze otsgrond is voldaan wordt geen oneigenlijk gebruik van de ots gemaakt. Onder het toekomstige recht zal zelfs eerder aan de rechtsgrond zijn voldaan, omdat dan ook in het geval van een relatieve minder ernstige bedreiging een ots kan worden uitgesproken (artikel 255 lid 1 nieuw, immers niet langer is een *ernstige bedreiging* vereist, maar slechts een *bedreiging*).⁹⁹

3.2. De schorsing

De kinderrechter kan het gezag van de ouder(s) of de ouder en een niet-ouder¹⁰⁰ of voogden (natuurlijke personen) geheel of gedeeltelijk schorsen en de gezagsuitoefening bij het bureau jeugdzorg neerleggen (artikel 272 en artikel 332 jo. 272). Door de herziening van de kinderbeschermingsmaatregelen wordt voor het eerst expliciet in de wet opgenomen dat de schorsing van het gezag kan worden verzocht om een noodzakelijk geachte medische behandeling van de minderjarige te laten plaatsvinden. De maatregel is opgenomen in artikel 268 lid 1 aanhef en onder b. Onder het toekomstige recht kan de stichting niet meer worden geschorst in de voogdij.

3.3. “Noodzakelijkheid” betekent subsidiariteit

De rechter toetst of aan het wettelijk vereiste is voldaan dat “de medische behandeling noodzakelijk is om ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige te voorkomen en de ouder die het gezag heeft zijn toestemming daarvoor weigert”. Het ingrijpen in de gezagssituatie voldoet aan op die grond aan het subsidiariteitsbeginsel. Het belang van het kind bij de bescherming van zijn gezondheid en recht op lichamelijke integriteit weegt op dat moment zwaarder dan zijn belang bij rust en continuïteit in zijn opvoedingssituatie en de belangen van zijn ouders. De wetgever heeft nooit eenduidig uitgedrukt wat men moet verstaan onder “ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige”.¹⁰¹ De interpretatie van de rechtsgrond levert nogal eens tegenstrijdige jurisprudentie op. Hierna is besproken wat men mijns inziens onder ernstig gevaar dient te verstaan (3.3.1. en verder).

3.3.1. Ernstig gevaar

Op grond van artikel 810a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kunnen de ouders om een *second opinion* vragen.¹⁰² Ook een niet-levensbedreigende ziekte kan mijns inziens een voldoende ernstige bedreiging voor de gezondheid van de minderjarige opleveren. Het ernstig gevaar dient te worden aangetoond aan de hand van medische verklaringen van bijvoorbeeld de hulpverlener van de minderjarige.¹⁰³

⁹⁸ Asser-De Boer 2010, nr. 845;

⁹⁹ *Kamerstukken II* 2008-09, 32 015, nr. 3, onder 5.2.;

¹⁰⁰ Doek (Jeugdrecht en Jeugdhulpverleningsrecht), onder 7.4.2.;

¹⁰¹ Zie Broekhuijsen-Molenaar/Bruning (T&C Personen- en Familierecht 2010), artikel 264, aant. 1, sub a;

¹⁰² Doek (Personen- en familierecht), art. 264, aant. 2, sub c;

¹⁰³ Doek (Personen- en familierecht), art. 264, aant. 2, sub c;

3.3.1.1. De Mexicaanse Griep prik

Ernstig gevaar is niet noodzakelijk acuut gevaar.¹⁰⁴ Echter, indien een behandeling niet acuut maar naar zeker wel op termijn, dient plaats te vinden, dienen ook de risico's van de behandeling mee te worden gewogen. Een niertransplantatie zal in het geval van terminaal nierfalen noodzakelijk zijn om ernstig gevaar voor de gezondheid en zelfs het leven van de minderjarige te beschermen, maar zolang met dialyse de symptomen kunnen worden bestreden en de minderjarige een kwalitatief goed leven leidt, wegen de risico's van de transplantatie te zwaar om (op dat moment al) vervangende toestemming te geven.¹⁰⁵

Een preventieve maatregel is een uitstekend voorbeeld van een medische verrichting ter voorkoming van niet-acuut gevaar voor de gezondheid van de minderjarige. Toch kan een preventieve maatregel noodzakelijk worden geacht vanwege het *risico* op een ernstige bedreiging voor de gezondheid van de minderjarige. Een vaccinatieplicht is tot op heden niet aangenomen. Echter, de ouderlijke verantwoordelijkheid brengt volgens sommige schrijvers en rechters mee dat dient te worden meegewerkt aan het rijksvaccinatieprogramma.¹⁰⁶ Bij gebreke aan een vaccinatieplicht is het kinderbeschermingsrecht (volgens de Gezondheidsraad in 1982) de aangewezen weg om een minderjarige te beschermen tegen de risico's van polio.¹⁰⁷ Hier valt een parallel te trekken met de 253a-procedure, waarin ook maatregelen werden getroffen om minderjarigen de benodigde inentingen te kunnen geven (zie § 3 van hoofdstuk 3). Zelfs de geloofsovertuiging van de ouder kan niet aan de vaccinatie van de minderjarige in de weg staan, indien de vaccinatie nodig is om ernstig gevaar voor zijn gezondheid te voorkomen.¹⁰⁸

De Mexicaanse griep heeft de discussie weer hevig doen opwaaien, zoals te zien is aan de hoeveelheid jurisprudentie die zich in korte tijd over deze variant van vaccinatie heeft ontwikkeld. Ouders die weigeren toestemming te verlenen voor een vaccinatie tegen de Mexicaanse Griep voeren daarvoor verschillende redenen aan. Sommigen zijn er niet van overtuigd dat de vaccinatie zal helpen, of zijn bang voor de hevige bijwerkingen van de prik. Ook de pandemie is geen aanleiding geweest om een vaccinatieplicht te stellen.¹⁰⁹ Blijkens het advies van de Gezondheidsraad was er geen verhoogde sterfttekans.¹¹⁰ Toch achtten sommige rechters de preven-

¹⁰⁴ Asser-De Boer 2010, nr. 861b;

¹⁰⁵ Rb Utrecht, 19 augustus 2010, LJN: BN6672. Van belang is dat in de moeder wel zou instemmen met de operatie als de toestand van haar zoon zou verslechter.

¹⁰⁶ Hof 's-Hertogenbosch, 26 januari 2010, LJN: BL0931 onder 3.7.4.; zie ook Veldkamp en Bogers 1993, p. 1170 en Asser-De Boer 2010, nr. 861b; De rechtbank Leeuwarden heeft in een kortgeding-procedure geoordeeld dat een spoedeisend belang bij het afmaken van het RVP ontbrak, maar trok vervolgens mijns inziens (gezien het voorgaande) ten onrechte in twijfel of de rechter in de bodemprocedure tot het oordeel zou komen dat het belang van de minderjarigen gediend zou worden bij het afmaken van het RVP (.

¹⁰⁷ Veldkamp en Bogers 1993, p. 1171;

¹⁰⁸ Veldkamp en Bogers 1993, p. 1172 en 1173;

¹⁰⁹ Aanhangsel Handelingen II 2008/09, nr. 3496, citaat: "gedwongen medicatie is niet mogelijk";

¹¹⁰ Briefadvies Gezondheidsraad. Vaccinatie tegen Mexicaanse griep. Den Haag: Gezondheidsraad, 2009 (publicatienummer 2009/08), p. 3;

tieve prik tegen de Mexicaanse griep noodzakelijk om ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige te voorkomen.

De rechtbank Den Haag achtte het risico op besmetting dusdanig groot dat het kind (en andere in zijn gezin verblijvende kleine kinderen) hiertegen diende te worden beschermd. Ook voorheen gezonde kinderen worden namelijk in het ziekenhuis opgenomen met klachten. Voorts werd ook het maatschappelijk belang benadrukt: het belang van volksgezondheid en de toegenomen druk op de pediatric intensive care units.¹¹¹ De rechtbanken Zutphen en Groningen achtten de preventieve prik niet noodzakelijk, doch gewenst.¹¹² Het verzoek tot vervangende toestemming werd derhalve afgewezen. Volgens de rechtbank Roermond staat het feit dat de behandeling 'enkel' gewenst is, vooral gezien het belang van het kind bij bijvoorbeeld continuïteit en stabiliteit in zijn ontwikkeling binnen het pleeggezin, niet aan het verlenen van vervangende toestemming in de weg.¹¹³

De onduidelijkheid die onder rechters bestaat over de noodzaak van een preventieve maatregel als de Mexicaanse griepvaccinatie, maakt dat zij contra legem uitspraken doen om de behandeling toch doorgang te kunnen geven.¹¹⁴ Rechtsongelijkheid is het gevolg. Maar kan een wenselijke behandeling, die niet-noodzakelijk is om ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige te voorkomen, überhaupt aanleiding zijn om het gezag te beperken?

3.3.1.2. De wenselijke behandeling

Waar de wetgever duidelijk in is geweest is dat wenselijkheid van de behandeling niet voldoende is, zoals de wenselijkheid van het corrigeren van flaporen.¹¹⁵ Een behandeling die slechts dient om het leven van het kind te veraangename is in beginsel niet voldoende om voorbij te gaan aan de rechten van ouders die voortvloeien uit het gezagsrecht, althans niet door middel van het verlenen van vervangende toestemming of de schorsing van het gezag in combinatie met de voorlopige voogdij. De Bruijn-Lückers en Punselie verstaan onder wenselijke behandelingen ook het plaatsen van buisjes in de oren van een baby. Echter, in de praktijk worden de verzoeken om vervangende toestemming voor het plaatsen van buisjes vaak toegewezen, bijvoorbeeld omdat het uitblijven van de ingreep een (op termijn) ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige oplevert.¹¹⁶

¹¹¹ Rb 's-Gravenhage, 10 december 2009, LJN: BL0577;

¹¹² Rb Zutphen, 10 december 2009, LJN: BK7069 en Rb Groningen, 25 november 2009, LJN: BK7384;

¹¹³ Rb Roermond, 26 november 2009, LJN: BK5011;

¹¹⁴ Rb Roermond, 26 november 2009, LJN: BK5011: de rechtbank Roermond overweegt dat, hoewel het verzoek tot vervangende toestemming op grond van nationaal recht moet worden afgewezen, maar dat op grond van artikel 3 IVRK de belangen van het kind vereisen dat het verzoek wordt toegewezen.

¹¹⁵ De Bruijn-Lückers en Punselie 2004, onder 3.1.;

¹¹⁶ Rb Roermond, 16 april 2008, LJN: BC9696, onder 2.5.; Rb Utrecht, 7 juli 2008, LJN: BD6797; zie ook Hof Amsterdam, 31 augustus 2010, LJN: BO1069, waarin het verzoek om vervangende toestemming werd afgewezen omdat de noodzaak in dit specifieke geval onvoldoende middels bewijs was onderbouwd. Het hof heeft echter niet uitgesloten dat het plaatsen van buisjes een medische noodzakelijke behandeling kan zijn.

Opmerking verdient dat in deze zaken de ouder ofwel afwezig was, ofwel wilsonbekwaam en derhalve niet in de gelegenheid is geweest of gesteld om uitdrukkelijk toestemming te weigeren. De rechters zagen, mede deze omstandigheden in aanmerking genomen, geen aanleiding om de noodzakelijk geachte medische behandeling uit te stellen. Uitblijven van de behandeling zou in strijd zijn met artikel 3 IVRK. Het gaat in genoemde gevallen ook vaak om uit huis geplaatste minderjarigen, ook in de uitspraken over de Mexicaanse Griepvrikk. Het hof Den Bosch heeft opgemerkt dat de pleegouders die voor de minderjarige zorgen, inhoud moeten kunnen geven aan de verantwoordelijkheden die in dat kader op hen rusten in plaats van de ouders ten aanzien van de verzorging en de gezondheid van de minderjarige.¹¹⁷ Kortom, de noodzaak van de behandeling om ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige te voorkomen is niet komen vast te staan, maar de rechter ziet, gezien de situatie, geen enkele reden om de behandeling niet te laten plaatsvinden.

Zoals hierna onder 3.5.2. en in § 4 zal worden betoogd lijken mij andere maatregelen meer geschikt om een wenselijke behandeling te laten plaatsvinden in het geval van afwezige of wilsonbekwame ouders. De gevallen waarin de minderjarige uit huis is geplaatst lijken allemaal rijp voor een verzoek ex het toekomstige artikel 265e, zodat tot op bepaalde hoogte ook de wenselijkheid van de medische behandeling voldoende is om de beperking van het gezag van de ouders te rechtvaardigen (§ 4). Mijns inziens

3.3.1.3. *Ernstig gevaar rechtvaardigt ook de schorsing*

Op grond van het huidige artikel 272 kan slechts tot schorsing van het gezag worden overgegaan indien er sprake is van feiten die kunnen leiden tot ontzetting (artikel 269) of gedwongen ontheffing (artikel 268). Voor een gedwongen ontheffing is vereist dat de minderjarige reeds onder toezicht staat, zodat in dat geval vervangende toestemming voor de medische behandeling kan worden gevraagd. Daarom wordt het weigeren van de ouder getoetst aan de gronden voor ontzetting, wat neerkomt op de vraag of de ouder door toestemming te weigeren van toestemming, misbruik maakt van het gezag.¹¹⁸ In de huidige bepaling die de schorsing van het gezag regelt, is dus niet de rechtsgrond opgenomen zoals in artikel 264. In de praktijk blijkt dat dit criterium wel wordt gehanteerd. Het begrippenpaar “ernstig gevaar” wordt zo uitgelegd dat het ouderlijke gezag alleen wordt geschorst indien het behandelingen betreft die zo noodzakelijk zijn dat bij het uitblijven daarvan de gezondheid of het leven van de minderjarige ernstig wordt bedreigd, zodat de ouder, door toestemming te weigeren, misbruik maakt van zijn gezag.¹¹⁹

Op grond van het toekomstige artikel 268 lid 1 aanhef en onder b hoeft niet langer te worden teruggegrepen naar de gronden voor gedwongen ontheffing. Straks geldt dezelfde rechtsgrond als voor de vervangende toestemming. Gezien het voorgaande levert dit naar mijn verwachting geen grote omslag op in de praktijk, omdat

¹¹⁷ Hof 's-Hertogenbosch, 26 januari 2010, LJN: BL0931 onder 3.7.4.;

¹¹⁸ De Bruijn-Lückers en Punsellie 2004, onder punt 3.1.;

¹¹⁹ De Bruijn-Lückers en Punsellie 2004, onder punt 3.1.;

het rechterlijk criterium dat ten aanzien van de schorsing thans wordt gehanteerd niet veel afwijkt van het criterium dat straks voor zowel de schorsing als de vervangende toestemming geldt.

3.3.2. *De geestelijke gezondheid*

Volgens de wetgever kan de maatregel tot vervangende toestemming alleen worden genomen ten aanzien van somatische ingrepen (betrekking hebbende op het lichaam).¹²⁰ Volgens sommige schrijvers is het niet geheel duidelijk wat de wetgever hiermee heeft bedoeld.¹²¹ Bovendien leert de praktijk dat door rechters vervangende toestemming wordt gegeven voor de behandeling van de geestelijke gezondheid van de minderjarige.¹²² De praktijk en de heersende leer spreken de letter van de wetsgeschiedenis tegen. Omdat in de rechtspraak zo veelvuldig op deze wijze gebruik wordt gemaakt van de vervangende toestemming ter behandeling van de geestelijke gezondheid van de minderjarige moet de rechtsgrond¹²³ zo worden uitgelegd dat onder medische behandeling ook de behandeling van de geestelijke gezondheid wordt verstaan.

Volledigheidshalve wordt terugverwezen naar § 3 van hoofdstuk 2 waarin meer gedetailleerd is gesproken over de verschillende titels op grond waarvan een minderjarige kan worden opgenomen en worden behandeld in een BOPZ-instelling, waarin ook is opgemerkt dat het moeilijk is een onderscheid tussen die titels te maken. In dat licht is de bevoegdheid van de rechter ten aanzien van een verzoek tot vervangende toestemming of de schorsing van het gezag beperkt: dwangbehandeling kan nimmer tot stand komen door het opleggen van een kinderschermingsmaatregel.

3.4. *De verschillen*

Naast de overeenkomsten tussen de rechtsgronden van beide maatregelen, zijn er verschillen aan te merken in de mate van ingrijpendheid in het gezagsrecht van de ouder(s) en de rechtspositie van alle betrokken partijen in een dergelijk procedure.

3.4.1. *De duur van de maatregelen*

De ots kan voorlopig worden uitgesproken, namelijk indien er een ernstig vermoeden bestaat dat aan de otsgrond is voldaan en de maatregel noodzakelijk is om een acute en ernstige bedreiging voor de minderjarige weg te nemen: zie artikel 255 en artikel 257 lid 1 (nieuw). De minderjarige kan eventueel zonder voorafgaand verhoor van de ouders, andere belanghebbenden en de minderjarige zelf, voorlopig onder toezicht worden gesteld (zie artikel 800 en 809 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, hierna: Rv). Het verzoek kan in dat geval

¹²⁰ Rb Roermond, 26 maart 2003, Tijdschrift voor gezondheidsrecht, 27 (2003), p. 484-512;

¹²¹ Zie Broekhuijsen-Molenaar/Bruning (T&C Personen- en Familierecht 2010), artikel 264, aant. 1, sub a; Doek (Personen- en familierecht), art. 264, aant. 2, sub c;

¹²² Rb Roermond, 2 december 2009, LJN: BK5155; Rb Arnhem, 19 februari 2009, LJN: BH4025; RB 's-Gravenhage, 23 oktober 2007, LJN: BB8075;

¹²³ Net als de gelijklopende rechtsgrond voor de schorsing van het gezag onder het toekomstige recht;

ook telefonisch worden gedaan.¹²⁴ Evenwel dienen de ouders en de minderjarige binnen twee weken na het afgeven van de voorlopige voorziening in de gelegenheid te worden gesteld hun zienswijzen kenbaar te maken; zie de leden 3 van artikel 800 en 809 Rv.¹²⁵ Van deze mogelijkheid moet echter beperkt gebruik worden gemaakt, gezien de uitspraak van Europese Hof voor de Rechten van de Mens (het EHRM) in de zaak Venema tegen Nederland, waarin de Nederlandse overheid op de vingers is getikt omdat de ouders op een onacceptabel laat moment in het besluitvormingsproces en in de procedure zijn betrokken.¹²⁶

De minderjarige kan voor de duur van ten hoogste één jaar onder toezicht worden gesteld (artikel 256 lid 1 en artikel 258 nieuw). De voorlopige ots duurt ten hoogste drie maanden. Indien de rechter de minderjarige onder toezicht stelt zonder voorafgaand verhoor van de belanghebbenden, kan de rechter het toezicht maximaal veertien dagen laten duren. Binnen die termijn dienen alle betrokkenen immers alsnog te zijn gehoord.¹²⁷

Ook voor de schorsing van het gezag kan eventueel zonder een daaraan voorafgaand verhoor van belanghebbenden worden uitgesproken (artikelen 800 en 809 Rv), waarbij dezelfde voorbehouden gelden als hiervoor besproken ten aanzien van de voorlopige ots. De schorsing en de voorlopige voogdij worden uitgesproken voor maximaal de duur van drie maanden.¹²⁸ De maatregelen vervallen echter van rechtswege na zes weken indien er voor die tijd geen verzoek tot ontheffing of ontzetting c.q. gezagsbeëindiging is ingediend. Indien voor het laten plaatsvinden van de medische behandeling(en) een schorsing van vier maanden nodig is, kan bij de beslissing tot voorlopige voogdij de vervaltermijn worden verlengd met vier maanden.¹²⁹

3.4.2. *Eén of enkele behandelingen*

De vervangende toestemming wordt slechts voor een specifieke, concreet aan te wijzen medische behandeling verleend.¹³⁰ De rechtbank Utrecht heeft vervangende toestemming verleend voor het verwijderen van neusamandelen en het plaatsen van buisjes in de oren van een baby. De rechtbank wilde echter niet vooruitlopen op de mogelijkheid dat tijdens of na de operatie er zich complicaties zouden voordoen, waarvoor wederom toestemming van de moeder zou moeten worden gevraagd.¹³¹ Om puur toekomstige, nog onvoldoende concrete behandelingen te laten plaatsvinden zonder toestemming van de moeder werd gewezen op de mogelijkheid om het gezag te schorsen en de voorlopige voogdij op te dragen aan het Bz.

¹²⁴ Rb Haarlem 12 december 2005, RFR 2006, 21;

¹²⁵ Zie HR 26 maart 2004, NJ 2004, 637 (LJN: AO1991), waarin de Hoge Raad heeft bepaald dat een verzuim in de oproeping in hoger beroep kan worden hersteld, door ouders alsnog in de gelegenheid te stellen hun zienswijzen bekend te maken;

¹²⁶ Venema v. Nederland, EHRM 17 december 2002, NJ 2004, 632 m.nt. JdB;

¹²⁷ Doek (losbladige Jeugdrecht en Jeugdhulpverleningsrecht), onder punt 7.4.5.; Zie hierna onder 4.5.1.1.;

¹²⁸ Broekhuijsen-Molenaar/Bruning (T&C Personen- en Familierecht 2010), artikel 272, aant. 3;

¹²⁹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 168, nr. 6, p. 18; Broekhuijsen-Molenaar/Bruning (T&C Personen- en Familierecht 2010), artikel 272, aant. 4;

¹³⁰ *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 015, nr. 3, bij artikel 265h;

¹³¹ Rb Utrecht, 7 juli 2008, LJN: BD6797;

De rechter stelt in het kader van de schorsing van het gezag en de voorlopige voogdij van het Bz vast “welke bevoegdheden ten aanzien van de persoon en vermogen van de minderjarige worden toegekend en bepaalt de duur van de maatregel”.¹³² Onder het toekomstige recht is deze zinsnede komen te vervallen. Maar de wetgever heeft duidelijk gemaakt dat het Bz geen onbegrensde bevoegdheid krijgt de minderjarige te vertegenwoordigen terzake zijn medische behandeling.¹³³ Ten eerste wordt alleen geschorst voor zolang als nodig is om de behandeling te laten plaatsvinden, in afwijking van de normaal gehanteerde termijn.¹³⁴ Hiervoor onder 3.4.1. hebben we gezien dat de medische behandeling ook een langere schorsing dan gebruikelijk kan rechtvaardigen. De duur van de schorsing is dus afhankelijk van het verloop van het behandelingstraject en de (verwachte) duur daarvan. Ten tweede bepaalt de rechter ten aanzien van welke medische behandelingen het Bz vertegenwoordigingsbevoegd is.¹³⁵ De rechter zal zeer concreet moeten vaststellen welke bevoegdheden het Bz als voogd rechtspersoon krijgt: bijvoorbeeld alleen die bevoegdheden die noodzakelijk zijn om een operatie te laten plaatsvinden en die noodzakelijk zijn indien zich bijvoorbeeld complicaties voordoen.¹³⁶ Het gezag blijft dan voor het overige intact.¹³⁷ Indien het gezag is geschorst om een bloedtransfusie te laten plaatsvinden, dient/dienen de ouder(s) met gezag voor een knieoperatie in beginsel weer toestemming te geven. Maar ook bij ingrijpende wijzigingen van het behandelplan dienen mijns inziens de ouders te worden geconsulteerd. Indien daarbij weer discussie ontstaat over de vraag of de (gewijzigde) medische behandeling, die ten tijde van de schorsing van het gezag nog niet aan de orde was, noodzakelijk is om ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige te voorkomen, zal de rechter weer geconsulteerd moeten worden.

3.4.3. *Tussenconclusie*

Het grote verschil tussen de maatregelen tot vervangende toestemming en de schorsing van het gezag zit hem in de duur en daarmee de mate waarin wordt ingegrepen in de rechtspositie van betrokkenen en in de gezins-situatie. Ten eerste duurt de ots ten hoogste één jaar en de voorlopige ots ten hoogste drie maanden, net als de schorsing van het gezag. Echter de (v)ots zelf beperkt het gezag van de ouder in minder vergaande mate dan de schorsing van het gezag. Een vergelijking dient daarom te worden gemaakt tussen de duur van de vervangende toestemming, namelijk één moment, en de duur de van schorsing, namelijk drie maanden of zoveel langer of korter als nodig is om de medische behandeling(en) plaats te laten hebben.

Bovendien levert de schorsing van het gezag en de voorlopige voogdij van het Bz een zwakkere rechtspositie op voor de ouder. Immers, vervangende toestemming wordt door de rechter verleend, als zijnde een onafhankelijk en onpartijdig overheidsorgaan. Indien het Bz na de schorsing van het gezag de voorlopige voogdij uitoefent, is

¹³² Artikel 272 lid 2;

¹³³ *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 015, nr. 3, bij artikel 268;

¹³⁴ Broekhuijsen-Molenaar/Bruning (T&C Personen- en Familierecht 2010), artikel 272, aant. 2 en 3;

¹³⁵ Doek (Losbladige Jeugdrecht en Jeugdhulpverleningsrecht), onder 7.4.4.;

¹³⁶ *Kamerstukken II*, 2008/2009, 32 015, nr. 3, bij artikel 268;

¹³⁷ Doek (Losbladige Jeugdrecht en Jeugdhulpverleningsrecht), onder 7.4.2.;

het deze stichting c.q. rechtspersoon die buiten het kader van een met processuele waarborgen voorziene procedure de beslissingen neemt. De schorsing en de voorlopige voogdij leveren dus een diepere ingreep in het gezagsrecht van de ouder(s) en de opvoedingssituatie van de minderjarige op én maakt dat de ouder(s) die in zijn gezagsrecht wordt geschorst een zwakkere rechtspositie krijgt.

3.5. *Proportionaliteit: een reeks van behandelingen*

Welke omstandigheden rechtvaardigen nu het opleggen van de meer ingrijpende maatregel, zijnde de schorsing van het gezag en de voorlopige gezagsvoorziening? Het is de lezer wellicht opgevallen dat de mate waarin het gezagsrecht van de geschorste ouder wordt beperkt, in sterke mate overeenkomt met de mate van gezagsbeperking die de zorgregeling in het kader van de 253a-procedure met zich brengt. Onder 5.3. van hoofdstuk 3 is dit besproken. Het gezagsrecht van de ouder wordt namelijk in beide gevallen uitgehouden door tijdelijk de vertegenwoordigingsbevoegdheid (ten aanzien van de medische behandeling van de minderjarige) te ontnemen en deze bevoegdheid neer te leggen bij de andere ouder respectievelijk het Bz. In aansluiting hierop zou het gezag van de ouder slechts kunnen worden geschorst om een tijdelijke situatie te overbruggen waarin de minderjarige een reeks van behandelingen te wachten staat en derhalve meerdere beslissingen moeten worden genomen in dat kader en de ouder in die periode niet in staat kan worden geacht aan zijn verantwoordelijkheden op adequate wijze invulling te geven.

3.6. *De mogelijkheid om acuut in te grijpen*

Soms is de bedreiging van de gezondheid van de minderjarige zo acuut dat de behandeling en onverwijld dient plaats te vinden. Indien de ouders weigeren voor een dergelijke behandeling toestemming te verlenen, kan een spoedeisende maatregel worden genomen. Onder acuut gevaar kan men bijvoorbeeld scharen de noodzakelijk geachte bloedtransfusie ten behoeve van de minderjarige¹³⁸ of de pijnbestrijding ten behoeve van een twee maanden oude baby met een hoge dwarslaesie die zodanige ernstige pijn leed, dat de hulpverlener medisch ingrijpen noodzakelijk achtte om die pijn te bestrijden.¹³⁹ Ten aanzien van de behandeling van de geestelijke gezondheid van de minderjarige kan het dringend en onverwijld noodzakelijk zijn om bepaalde medicatie toe te dienen om bijvoorbeeld ernstige symptomen van een psychose te verminderen.¹⁴⁰ De mogelijkheid om vervangende toestemming te verlenen of het gezag te schorsen bij wijze van een voorlopige voorziening wordt hierna besproken.

3.6.1. *Vervangende toestemming in een crisissituatie*

We hebben hiervoor al vastgesteld dat de voorlopige ondertoezichtstelling zich leent voor spoedeisende situaties.

¹³⁸ Hof 's-Gravenhage, 12 februari 1999, FJR 99, p. 108-109, 52;

¹³⁹ Rb Haarlem, 13 december 2005, LJN: AU7927;

¹⁴⁰ Zie Hof 's-Gravenhage, 20 mei 2010, LJN: BN9308, waar m.i. terecht dringend en onverwijld ingrijpen niet noodzakelijk werd geacht ten aanzien van een persoonlijkheidsonderzoek; Een andere minder acute doch noodzakelijke behandeling is bijvoorbeeld occlusietherapie en het afplakken van het oog van de minderjarige om ernstige slechtziendheid op latere leeftijd te voorkomen;

Immers, de maatregel kan eventueel worden uitgesproken zonder voorafgaand verhoor van belanghebbenden (zie onder 3.4.1.). Maar kan vervangende toestemming ook worden uitgesproken zonder voorafgaand verhoor? Uit niets blijkt dat de rechter op een 264-verzoek mag beslissen zonder voorafgaand verhoor van betrokken partijen, dus lijkt deze maatregel niet eens geschikt te zijn voor een acuut gevaar.¹⁴¹

Echter, wanneer men daar vanuit zou gaan is een samenloop van kindbeschermingsmaatregelen onvermijdelijk indien de onder toezicht gestelde minderjarige een acute medische behandeling behoeft. Dan rest immers alleen nog de mogelijkheid het gezag van de weigerende ouder(s) te schorsen. Onder 3.4.1. is reeds opgemerkt dat het gezag kan worden geschorst eventueel zonder voorafgaand verhoor van belanghebbenden, zodat deze maatregel zich wel voor crisissituaties leent. Deze samenloop werd nu juist niet wenselijk geacht door de wetgever (zie onder 3.1.1.). Bovendien zie ik niet in waarom geen vervangende toestemming kan worden gegeven bij wijze van een spoedmaatregel, terwijl het gezag bij wijze van een dergelijke spoedmaatregel wel kan worden geschorst, terwijl de schorsing een verdergaande beperking van de rechten van de ouder(s) oplevert.

3.6.3. *Acuutheid als vereiste voor de schorsing?*

De wetgever heeft de maatregel tot schorsing van het gezag gereserveerd voor spoedeisende, crisisachtige situaties, zoals hiervoor omschreven.¹⁴² Op basis van huidige wetgeving is voor schorsing van het gezag vereist dat een "dringend en onverwijd" ingrijpen in het gezagsrecht door de rechter noodzakelijk is (lid 1 van het huidige artikel 272). Indien de behandeling van de minderjarige niet kan worden afgewacht zonder dat dit een onmiddellijk ernstig gevaar voor de minderjarige tot gevolg heeft, kan de rechter de ouder gedeeltelijk in de uitoefening van het gezag schorsen.

Het toekomstige recht biedt twee gronden om het gezag te schorsen: de reeds besproken noodzaak van een medische behandeling (sub b) of het ernstige vermoeden dat de grond voor een gezagsontnemende maatregel is vervuld en de schorsing noodzakelijk is om een acute en ernstige bedreiging voor de minderjarige weg te nemen (sub a). Onder het toekomstige recht voor de schorsing van het gezag is op grond van sub b, in tegenstelling tot sub a, niet langer vereist dat het een crisissituatie betreft, althans dit is niet uitdrukkelijk opgenomen in de wettekst. Dit komt overeen met de gedachte dat het gezag op grond van sub b niet wordt geschorst met als doel om een *spoedmaatregel* te treffen. Dit doel kan, zoals we net hebben gezien, ook met een eenmalige vervangende toestemming worden bereikt. Het gezag wordt op grond van sub b geschorst met als doel om een *tijdelijke maatregel* te treffen, zodat een situatie kan worden overbrugd waarin de minderjarige een reeks van behandelingen te wachten staat en derhalve meerdere beslissingen moeten worden genomen in dat kader en de ouder in die periode niet in staat kan worden geacht aan zijn verantwoordelijkheden op adequate wijze invulling te geven (zie onder 3.5.1.). Dit doel kan met de eenmalige vervangende toestemming niet worden bereikt.

¹⁴¹ Broekhuijsen-Molenaar/Bruning (T&C Personen- en Familierecht 2010), artikel 264, aant. 1, sub a;

¹⁴² Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 437;

Kortom, hoewel de mogelijkheid blijft bestaan om het gezag te schorsen in spoedeisende situaties, is in het kader van de medische behandeling van de minderjarige niet langer *vereist* dat het een spoedeisende situatie betreft.

3.7. Alternatieven in het geval van een gezagsvacuüm?

Vereist is dat de ouder(s) met gezag uitdrukkelijk heeft/hebben geweigerd in te stemmen met de medische ver-richting.¹⁴³ Dit vereiste geldt ook voor de schorsing van het gezag, met dien verstande dat ook indien slechts één van de ouders met gezag weigert, beide ouders geschorst kunnen worden.¹⁴⁴

De afwezigheid c.q. onvindbaarheid van de ouder staat niet gelijk aan de (fictieve) weigering door de ouder.¹⁴⁵ Het zou namelijk eerder aanleiding zijn om vast te stellen dat er sprake is van een gezagsvacuüm. Het gezag kan in dat geval worden opgedragen aan de andere ouder of aan een voogd zijnde een natuurlijk of een rechts-persoon, overeenkomstig artikel 253q jo. 253r.¹⁴⁶ Evenmin kan de onbevoegdheid van de ouder gelijk worden gesteld met de (fictieve) weigering: zie artikel 1:246 BW.¹⁴⁷ In dat geval zou er een tevens gezagsvoorziening dienen te worden getroffen, namelijk de (tijdelijke) voogdij.¹⁴⁸

Zowel in het geval van afwezigheid als in geval van onbekwaamheid kan de rechter eventueel ambtshalve een beslissing nemen (artikel 253q lid 4). In het geval de ouder afwezig of onbekwaam is kan de rechter, indien hem is verzocht het gezag te schorsen of om vervangende toestemming te verlenen, verwijzen naar de procedure tot ontheffing c.q. benoeming van een voogd, of ambtshalve zelf een beslissing nemen ex artikel 253q of 153r. Indien er sprake is van een gezagsvacuüm en het geval doet zich voor dat de minderjarige een acute medische behandeling nodig heeft, kan een voorlopige voorziening in de gezagsuitoefening worden genomen ex artikel 241.¹⁴⁹ Deze beslissing kan slechts op verzoek van de raad of de officier van justitie worden genomen, dus niet ambtshalve.

§ 4 Gedeeltelijke uitoefening van het gezag door het Bz op grond van artikel 265e (nieuw)

Op grond van het toekomstige artikel 265e kan, indien dit ingrijpen noodzakelijk is in verband met de uitvoering van de ondertoezichtstelling van de uit huis geplaatste minderjarige, bepalen dat het gezag gedeeltelijk, onder meer terzake de vertegenwoordigingsbevoegdheid ter zake de medische behandeling van de minderjarige, wordt uitgeoefend door het Bz voor maximaal de duur van de uithuisplaatsing. Eerder is bepleit dat het uithollen van

¹⁴³ Doek (Personen- en familierecht), art. 264, aant. 2, sub d;

¹⁴⁴ Asser-De Boer 2010, nr. 877;

¹⁴⁵ Rb Roermond, 26 november 2009, LJN: BK5011 onder 3.3. van de beschikking; zie ook 3.3.1.1. van dit hoofdstuk.

¹⁴⁶ Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 346-347;

¹⁴⁷ Zie Rb Utrecht, 7 juli 2008, LJN: BD6797; De rechtbank Utrecht heeft mijns inziens ten onrechte de wilsonbekwaamheid van de moeder gelijk gesteld met de weigering om toestemming te verlenen voor de noodzakelijk geachte behandeling van de minderjarige.

¹⁴⁸ Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 346;

¹⁴⁹ Asser-De Boer 2010, nr. 804;

het gezagsrecht op basis van een zorgregeling ex artikel 253a of op basis van de schorsing van het gezag, beperkt dient te worden toegepast gezien de vergaande gevolgen en de alternatieven in het geval dat het afwezige of ongeschikte ouders betreft. Waarom zou het uithollen van het gezagsrecht op grond van artikel 265e wel gewenst, laat staan gerechtvaardigd zijn?

Deze vraag luidt als volgt beantwoord. Ten eerste is vastgesteld welke feitelijke situatie het opleggen van de toekomstige maatregel rechtvaardigt (invulling van het subsidiariteitsbeginsel). Eerst is beschreven waarom er vanuit de maatschappij de wens bestond naar een dergelijke maatregel als die van artikel 265e nieuw (4.1.). De wetgever heeft aangegeven welke feiten en omstandigheden het opleggen van de maatregel kunnen rechtvaardigen (4.2.). Deze 'feitelijke grond' heb ik vervolgens geplaatst in het licht van de strekking van de ots, om antwoord te krijgen hoe deze feitelijk grond nader moet worden ingevuld (4.3.). Immers, de maatregel ex artikel 265e kan slechts worden genomen ten aanzien van de onder toezicht gestelde minderjarige die tevens uit huis is geplaatst. Het opleggen van een maatregel ex artikel 265e mag dus geen strijd opleveren met de strekking van de ots. Ten tweede is op grond van de eisen die het EHRM aan de nationale overheden stelt, bepaald in welke mate het Bzj tijdelijk de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de ouder(s) mag overnemen (4.4.). De wetgever heeft die bevoegdheid namelijk niet nader toegelicht en omdat het een geheel nieuwe maatregel is zal uit een breder kader moeten worden geput. Rechtspraak van het EHRM stelt duidelijke grenzen waarbinnen inbreuken op de rechten uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (het EVRM) gerechtvaardigd zijn (invulling van het proportionaliteitsbeginsel).

4.1. "Wenselijkheid" betekent subsidiariteit

Het doel van de ots is het verlenen van hulp en steun aan de ouders bij de opvoeding van hun kind in een gedwongen kader. De ots is daarmee een middel om de bredere doelstelling van het gehele kindbeschermingsrecht te realiseren: te waarborgen dat de minderjarige opgroeit in een opvoedings- en leefsituatie waarin hij zich op een gezonde en evenwichtige wijze kan ontwikkelen. Blijkens de MvT bij artikel 265e (nieuw) levert het in de praktijk nog al eens problemen op voor uitvoering van de ots van de (langdurig) uit huis geplaatste minderjarige wanneer ouders weigeren toestemming te verlenen voor een medische behandeling. Dit vormt een bedreiging voor een gezonde en evenwichtige ontwikkeling van de minderjarige. Een tijdelijke beperking van het gezagsrecht kan die bedreiging wegnemen zodat de doelen van de ots beter kunnen worden bereikt.

Omdat vanuit de praktijk de noodzaak werd gevoeld om ook in deze gevallen het gezag te kunnen beperken is artikel 265e voorgesteld. De lacune in de huidige wetgeving wordt in de jurisprudentie al overbrugd door, anticiperend op de komende wetwijzigingen, vervangende toestemming op grond van artikel 1:264 BW te verlenen dan wel in gevallen waar dat strikt genomen op basis van die rechtsgrond niet mogelijk zou zijn.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Zie hiervoor bijvoorbeeld de eerder besproken uitspraken: Rb Roermond, 26 november 2009, LJN: BK5011 en Hof 's-Hertogenbosch, 26 januari 2010, LJN: BL0931 onder 3.7.4.;

4.2. De feitelijke grond: misbruik van gezag

Sommige ouders weigeren toestemming te verlenen voor een medische behandeling om geen enkele steekhoudende reden. Echter, indien de behandeling niet noodzakelijk is om ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige te voorkomen, is niet voldaan aan de vereisten voor vervangende toestemming of schorsing van het gezag. In deze gevallen gaat het dus niet per se over een medisch *noodzakelijke* behandeling, maar eerder om een medisch *gewenste* behandeling. De hiervoor besproken maatregelen zouden te diep in het gezag grijpen, gezien het relatief minder grote belang van de minderjarige bij de medische behandeling. De MvT sluit echter niet uit dat de toekomstige maatregel ook kan worden toegepast indien het een medisch noodzakelijk geachte behandeling betreft. Vereist is dan dat, gezien de feiten en omstandigheden, niet kan worden volstaan met een eenmalige vervangende toestemming.¹⁵¹

Feiten en omstandigheden die het oordeel rechtvaardigen is de omstandigheid dat de ouder, door toestemming te weigeren, misbruik maakt van het gezag.¹⁵² Indien de weigerende ouder, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen de belangen van het kind en de daartegenover staande belangen van de weigerende ouder, in redelijkheid niet tot het weigeren van de toestemming had kunnen komen, maakt hij misbruik het gezag.¹⁵³ Een voorbeeld van misbruik van gezag is het weigeren van toestemming om het gedrag van het kind te corrigeren, of om een gezinsvoogdijwerker onder druk te zetten.¹⁵⁴ In dat geval kan niet worden volstaan met een eenmalige vervangende toestemming voor de *noodzakelijk* geachte behandeling. Hoewel het belang van het kind bij een *gewenste* behandeling in beginsel ondergeschikt is aan het belang dat de ouder heeft bij zijn gezagsuitoefening, kan misbruik van gezag ook het oordeel rechtvaardigen dat, het belang van kind bij een stabiele opvoedingssituatie en derhalve bij een adequate uitvoering van zijn ondertoezichtstelling, zwaarder weegt.

Als de ouders principiële bezwaren hebben tegen een behandeling die niet noodzakelijk is om ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige te voorkomen, dan dient de rechter zich meer terughoudend op te stellen (vgl. § 3.1. van hoofdstuk 3).¹⁵⁵ Indien ouders principiële bezwaren hebben tegen een behandeling die wel noodzakelijk is om ernstig gevaar te voorkomen, moet een maatregel als de vervangende toestemming of de schorsing van het gezag overwogen worden.

4.3. De feitelijke grond in het licht van de strekking van de ondertoezichtstelling

Onder het toekomstige recht is een vereiste voor het uitspreken of verlengen van een ots, dat de verwachting aanwezig is dat de ouder(s) de verantwoordelijkheid voor de opvoeding van de minderjarige binnen een aanvaardbare termijn kunnen dragen (zie artikel 255 lid 1 aanhef en sub b nieuw). De strekking van de ots is dat, zo-

¹⁵¹ *Kamerstukken II*, 2008/2009, 32 015, nr. 3, bij artikel 265e, nr. 7, bij artikel 265e;

¹⁵² *Kamerstukken II*, 2008/2009, 32 015, nr. 3, bij artikel 265e, nr. 7, bij artikel 265e;

¹⁵³ Zie Vlaardingebroek 2008, p. 236 en 237 over misbruik van gezag door de moeder die weigert toestemming te verlenen voor erkenning door de biologische vader van haar kind; Zie ook artikel 3:13 jo. 3:15 BW;

¹⁵⁴ Forder in Bruning en Kok 2008, p. 66;

¹⁵⁵ Forder in Bruning en Kok 2008, p. 66 en 67;

lang die verwachting aanwezig is, een gezagsbeëindigende maatregel (nog) niet aan de orde is. Verzachtende omstandigheden kunnen zijn dat de weigerende ouder ermee instemt dat de minderjarige elders wordt opgevoed.¹⁵⁶

Misbruik maken van het gezag is volgens de wetgever een rechtvaardigingsgrond om het gezagsrecht verder uit te hollen, ten aanzien van de onder toezicht staande, tevens uit huis geplaatste minderjarige. Hoewel misbruik van gezag op grond van artikel 266 (nieuw) aanhef en sub b een grond *kan* zijn om het gezag te beëindigen, gaat deze maatregel in sommige gevallen te ver, namelijk in de verwachting bestaat dat de ouders de verantwoordelijkheid op termijn weer gaan dragen.¹⁵⁷ Zolang er sprake is van verzachtende omstandigheden grijpt de gezagsontnemende maatregel onevenredig diep in de rechten van de ouder in. Kortom, zolang de ots en uithuisplaatsing zinvol wordt geacht en gericht zijn op het weer volledig kunnen toevertrouwen van de ouderlijke verantwoordelijkheden aan de ouder(s) met gezag, maar de ouder misbruik maakt van zijn gezag door toestemming te weigeren, kan een maatregel ex artikel 265e worden genomen voor de wenselijk of noodzakelijk geachte medische behandeling. Hiermee zijn de grenzen van de grenzen aangegeven waarbinnen de rechter kan handelen in termen van subsidiariteit.

4.4. Proportionaliteit: één of enkele behandelingen?

Het EHRM heeft in de zaak *Glass v. UK* geoordeeld dat door de hulpverlener slechts aan een weigerende ouder voorbij kan worden gegaan als het een spoedeisend geval betreft of indien hiervoor rechterlijke (vervangende) toestemming is verkregen.¹⁵⁸ De behandeling die aanleiding is om het geschil aan de rechter voor te leggen wordt direct getoetst. Indien zou worden aangenomen dat het Bz toestemming kan verlenen voor alle medische behandelingen van het kind gedurende de termijn dat de MUHP van kracht is, dan zijn andere behandelingen dan de behandeling die aanleiding is geweest om het gezag te schorsen, niet getoetst op 'urgentie'.¹⁵⁹ Ik ben het met Forder eens, dat het Bz geen onbeperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid mag krijgen ten aanzien van alle medische behandelingen die op het pad van de minderjarige komen tijdens zijn uithuisplaatsing. Denkbaar is dat het Bz de bevoegdheid krijgt alle beslissingen te nemen om een operatie en eventuele vervolgbehandelingen, zoals revalidatie, te kunnen laten plaatsvinden, en zelfs om toestemming te geven voor kleine wijzigingen in het behandelplan. Hierin valt een parallel te trekken met de omvang van de bevoegdheden van het Bz indien het de voorlopige voogdij uitoefent na de schorsing van het gezag. Het grootste verschil van deze maatregel met de maatregel ex artikel 265e zit hem in de mogelijkheid dat laatstgenoemde maatregel bij een wenselijke medische behandeling kan worden opgelegd die geen acuut ingrijpen behoeft.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II*, 2008/2009, 32 015, nr. 3, bij artikel 255;

¹⁵⁷ *Kamerstukken II*, 2008/2009, 32 015, nr. 3, bij artikel 266, onder lid 1 sub b;

¹⁵⁸ EHRM, 9 maart 2004, 39 EHRR 15, NJB 2004-21, p. 1084; zie Forder in Bruning en Kok 2008, p. 64 en 65;

¹⁵⁹ Forder gebruikt de term 'urgentie', wat ik zou vertalen als de noodzakelijkheid of de anderszins wenselijkheid van de medische behandeling.

§ 5 Conclusie: Subsidiariteit en proportionaliteit in het kindbeschermingsrecht

5.1. Vervangende toestemming v. Schorsing van het gezag

De rechter mag slechts vervangende toestemming geven voor een medische behandeling of ten behoeve van die medische behandeling het (ouderlijk) gezag schorsen, indien die behandeling noodzakelijkheid is om ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige te voorkomen (subsidiariteit). Hier kan ook worden verstaan de noodzaak om het risico op ernstig gevaar te voorkomen, zoals door een preventieve maatregel als inentingen c.q. vaccinaties. Ook de geestelijke gezondheid van de minderjarige kan door het kindbeschermingsrecht beschermd worden.

Waar maatregel tot schorsing van het gezag en maatregel tot (v)ots in combinatie met vervangende toestemming het meest in verschillen, is het aantal behandelingen waarvoor het gezag beperkt mag worden. Vervangende toestemming wordt gegeven voor een zeer concreet aan te wijzen behandeling. Het gezag kan ten behoeve van de medische behandeling beperkt worden geschorst. Dit kan inhouden dat het Bz toestemming mag geven voor één of enkele medische verrichtingen ter behandeling van een duidelijk afgebakende 'aandoening', voor zover er tijdens het behandelingstraject geen ingrijpende wijziging van omstandigheden voordoet. Elke behandeling moet op zich worden gezien indien het niets te maken heeft met de behandeling waarvoor de het gezag oorspronkelijk is geschorst. Deze meer ingrijpende beperking van het gezagsrecht die de schorsing met zich brengt, is gerechtvaardigd indien een tijdelijke situatie moet worden overbrugt waarin de minderjarige een reeks van behandelingen te wachten staat en derhalve meerdere beslissingen moeten worden genomen in dat kader en de ouder in die periode niet in staat kan worden geacht aan zijn verantwoordelijkheden op adequate wijze invulling te geven (proportionaliteit).

5.2. Gedeeltelijke overdracht van het gezag

De rechter mag dus naar aanleiding van een 265e-verzoek het gezag gedeeltelijk aan het Bz overdragen, indien die behandeling noodzakelijkheid is in verband met de uitvoering van de ondertoezichtstelling. Het zorgt in de praktijk nog al eens problemen voor uitvoering van de ots van de (langdurig) uit huis geplaatste minderjarige wanneer ouders weigeren toestemming te verlenen voor een medische behandeling. Dit vormt een bedreiging voor een gezonde en evenwichtige ontwikkeling van de minderjarige. Een tijdelijke beperking van het gezagsrecht kan die bedreiging wegnemen zodat de doelen van de ots beter kunnen worden bereikt. Feiten en omstandigheden die het oordeel rechtvaardigen is de omstandigheid dat de ouder, door toestemming te weigeren, misbruik maakt van het gezag.¹⁶⁰ In dat geval kan niet worden volstaan met een eenmalige vervangende toestemming voor de *noodzakelijk* geachte behandeling. Hoewel het belang van het kind bij een *gewenste* behandeling in beginsel ondergeschikt is aan het belang dat de ouder heeft bij zijn gezagsuitoefening,

¹⁶⁰ *Kamerstukken II*, 2008/2009, 32 015, nr. 3, bij artikel 265e, nr. 7, bij artikel 265e;

kan misbruik van gezag ook het oordeel rechtvaardigen dat, het belang van kind bij een stabiele opvoedingssituatie en derhalve bij een adequate uitvoering van zijn ondertoezichtstelling, zwaarder weegt.

Concluderend kan een maatregel ex artikel 265e worden genomen voor de wenselijk of noodzakelijk geachte medische behandeling, zolang de ots en uithuisplaatsing zinvol wordt geacht en gericht zijn op het weer volledig kunnen toevertrouwen van de ouderlijke verantwoordelijkheden aan de ouder(s) met gezag, maar de ouder misbruik maakt van zijn gezag door toestemming te weigeren, (subsidiariteit).

Het gezag wordt op grond van artikel 265e beperkt overgedragen, namelijk voor één of enkele medische verrichtingen ter behandeling van een duidelijk afgebakende 'aandoening', voor zover er tijdens het behandelingstraject geen ingrijpende wijziging van omstandigheden voordoen. Elke behandeling moet op zich worden gezien indien het niets te maken heeft met de behandeling waarvoor de het gezag oorspronkelijk gedeeltelijk voor is overgedragen. Dan kan ook toestemming voor een reeks van behandelingen worden gegeven die nog onvoldoende bepaalbaar zijn maar tevens noodzakelijk zullen zijn om ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige te voorkomen (proportionaliteit).

Bescherming van de wilsonbekwame minderjarige van twaalf jaar of ouder | 5

§ 1 Inleiding

Bij de in voorgaande hoofdstukken besproken gevallen ging het steeds om zeer jonge kinderen. Gezien hun jonge leeftijd – jonger dan twaalf jaar – stond onweersproken vast dat de ouder(s) van deze kinderen hen in eerste instantie dienden te vertegenwoordigen. Zij kunnen, vanwege die jonge leeftijd, niet in staat worden geacht tot een redelijk waardering van hun belangen ter zake de medische behandeling die zij al dan niet behoeven. Maar ook jongeren twaalf jaar of ouder zijn kunnen, ondanks het wettelijk uitgangspunt dat voor de verrichten in het kader van de medisch behandeling ook hun toestemming is vereist,¹⁶¹ in sommige gevallen niet in staat worden geacht tot een redelijke waardering van hun belangen ter zake. Zij worden wilsonbekwaam geacht.

Men kan in dat geval denken aan de verstandelijk gehandicapte minderjarige, maar ook aan de minderjarige die onder invloed is van een (tijdelijke) geestelijke stoornis.¹⁶² Indien de minderjarige niet in staat is tot de waardering van deze belangen, kan niet worden voldaan aan het vereiste van *informed consent* ¹⁶³: "de toestemming van de patiënt (om een bepaalde behandeling te ondergaan) moet zijn gebaseerd op voldoende, door de hulpverlener verstrekte informatie over het onderzoek of de behandeling". Deze toestemming moet bovendien "vrijwillig zijn verleend door een daartoe bekwame patiënt".¹⁶⁴

Indien de minderjarige wilsonbekwaam is, worden de verplichtingen die de hulpverlener heeft ten opzichte van de patiënt nagekomen jegens zijn ouder(s) c.q. voogd(en).¹⁶⁵ Alleen deze wettelijk vertegenwoordiger hoeft dan toestemming te geven voor de verrichtingen. Met deze specifieke regeling van de wettelijke vertegenwoordiging, wordt de wilsonbekwame minderjarige beschermd tegen de kwalijke gevolgen van door hem genomen beslissingen die niet in zijn belang zijn.¹⁶⁶

1.1. De lacune

Maar wat indien zijn wettelijk vertegenwoordigers vervolgens lijnrecht tegenover elkaar komen te staan of indien zijn wettelijk vertegenwoordiger(s) lijnrecht tegenover een derde komt/komen te staan, zoals de hulpverlener?

Onder het huidige kindbeschermingsrecht is de wilsonbekwame twaalfplusser in mindere mate beschermd dan de patiënt die jonger is dan twaalf jaar. Indien de ouders van eerstgenoemde patiënt weigeren toestemming te verlenen voor zijn of haar medisch noodzakelijk geachte behandeling zijn de in het vorige hoofdstuk besproken kindbeschermingsmaatregelen niet van toepassing, althans niet uitdrukkelijk. In de literatuur wordt deze rechtsongelijkheid onaanvaardbaar geacht en wordt aangenomen dat de kindbeschermingsmaatregelen ook op de

¹⁶¹ Zie artikel 7:450 lid 1 en 2 BW.

¹⁶² Doek en Vlaardingerbroek 2009, p. 256 en 257;

¹⁶³ Cohen e.a. 2009, p. 194;

¹⁶⁴ Brochure MvJ, *Handreiking voor de beoordeling van wilsonbekwaamheid*, 1 januari 2007, p. 8;

¹⁶⁵ Artikel 7:465 lid 2 BW

¹⁶⁶ Doek en Vlaardingerbroek 2009, p. 256;

wilsonbekwame twaalfplusser kunnen worden toegepast.¹⁶⁷ De wilsbekwame twaalfplusser wordt in die zin wel al beschermd tegen een weigerende ouder omdat, indien de verrichting kennelijk noodzakelijk is om ernstig nadeel voor de minderjarige wilsbekwame patiënt te voorkomen en indien deze, ook na weigering door de ouders om toestemming te verlenen, de verrichting weloverwogen blijft wensen, zelfs aan het toestemmingsvereiste van de ouders voorbij kan worden gegaan.¹⁶⁸

Zoals in het vorige hoofdstuk is besproken zullen de maatregelen ex artikel 265h, artikel 268 lid 1 aanhef en sub b en artikel 265e (allen nieuw) ook van toepassing zijn op deze categorie minderjarigen. Dit levert voor de wilsonbekwame jongeren een verbeterde rechtspositie op. Immers, indien de ouders weigeren toestemming te verlenen voor een medisch noodzakelijk behandeling voor hun wilsonbekwame kind kan de behandeling toch plaatsvinden als de rechter daartoe vervangende toestemming verleent, het ouderlijk gezag schorst of het gezag gedeeltelijk overdraagt aan het Bz. Aan het opleggen van een kb-maatregel in een dergelijk geval gaat de vaststelling door de rechter vooraf dát de minderjarige wilsonbekwaam is.

§ 2 De lege handen van de rechter

2.1. Het probleem en het plan van aanpak

Voor ieders begrip is het van belang eerst op te merken dat – heel kort door de bocht gezegd – het de hulpverlener is die oordeelt over de wils(on)bekwaamheid van de minderjarige¹⁶⁹ - deze dient immers te bepalen jegens wie hij zijn verplichtingen moet nakomen - en dat het de rechter is die toets of dit oordeel goed tot stand is gekomen.¹⁷⁰ Onderscheid dient dus te worden gemaakt tussen het geneeskundige criterium dat de hulpverlener hanteert en het juridisch criterium dat de rechter hanteert. Het oordeel van de hulpverlener wordt gevormd op basis van zijn medische kennis over de geestvermogens van een minderjarige. Het oordeel van de rechter wordt gevormd op basis van zijn kennis van het recht. De rechter, zijnde een medisch leek, beoordeelt of de minderjarige in juridische termen bekwaam kan worden geacht rechtshandelingen in het kader van zijn medische behandeling te verrichten. De rechter toetst derhalve of het deskundigenoordeel aan de eisen van de wet voldoet. De eisen van de wet geven een kader dat aangeeft welke factoren een rol moeten spelen in de oordeelsvorming van de rechter en welke factoren absoluut geen rol mogen spelen.

In dit laatste hoofdstuk heb ik de problematiek besproken die bestaat omtrent het vaststellen van wils(on)bekwaamheid van de minderjarige. De rechter blijkt niet goed uit de voeten te kunnen met zijn taak om een oordeel te geven over de juistheid van het deskundigenoordeel. Rechtsongelijkheid en willekeur zijn hierdoor geen uitzondering: de Nederlandse rechters hanteren verschillende beslissingsmodellen waarin zij steeds andere omstandig-

¹⁶⁷ Doek (Losbl. Jeugdrecht en Jeugdhulpverleningsrecht), onder 7.5.6. (d); Doek en Vlaardingerbroek 2009, p. 346;

¹⁶⁸ Zie artikel 7:450 lid 2 BW.

¹⁶⁹ Hondius, Zuiderhoudt en Honig 2005;

¹⁷⁰ *Kamerstukken II*, 1989/90, 21 561, nr. 6 (MvA), p. 52 ev;

heden een rol laten spelen en deze omstandigheden ook steeds een ander gewicht toekennen, waardoor zij tot verschillende conclusies in vergelijkbare gevallen komen. In mijn ogen is dit onacceptabel, gezien de gevolgen voor de rechtspositie van de minderjarige bij de vaststelling of deze wilsbekwaam is of niet (zie hierna onder 2.2.). In paragraaf 4 is een greep uit de jurisprudentie besproken en bekritiseerd om het hier geschetste probleem te illustreren.

Het probleem wordt mijns inziens veroorzaakt door een tweetal factoren. Enerzijds is van het begrip wilsbekwaamheid in de wet geen definitie opgenomen. Evenmin kent de wet een criterium voor het vaststellen van wilsbekwaamheid. Dit heeft ten eerste tot gevolg dat de rechter geheel vrij is in het toekennen van doorslaggevende betekenis aan een of meerdere omstandigheden van het geval, waarvan de wetsgeschiedenis leert dat aan die omstandigheden juist helemaal geen betekenis mag worden toegekend (zie hierna onder § 3 en 4).

Anderzijds ontbeert de rechter het aan voldoende medische kennis en praktische scholing tot het vaststellen van wilsbekwaamheid. De rechter is daardoor gedwongen bijna volledig uit te gaan van de juistheid van het deskundigenoordeel van de hulpverlener, zodat een rechterlijke toets niets meer lijkt dan een formele procedure zonder inhoudelijk oordeel over de juistheid van het deskundigenoordeel.

Ik ben op zoek gegaan naar een oplossing voor dit probleem. Ten eerste is in § 5 onderzocht of een wettelijke definitie of een wettelijk criterium nodig is om meer eenheid te creëren in de rechterlijke toets van wilsbekwaamheid. Is een rechterlijk criterium misschien meer geschikt voor toepassing door andere rechters. Immers, de rechtspraak kan een enorme bijdrage leveren aan de ontwikkeling van een leerstuk. Volgens Vranken drijft de ontwikkeling van het burgerlijk recht op jurisprudentie en bestaan hele leerstukken zelfs uitsluitend en hoofdzakelijk uit rechtersrecht.¹⁷¹ Het recht ontwikkelt zich volgens hem ook sneller op terreinen waar actief geprocedeerd wordt. Om die reden is gekeken naar het Angelsaksische rechtstelsel van het Verenigd Koninkrijk. Vanwege de overheersende rol van *case law* in dit rechtstelsel levert dit onderzoek mijns inziens een goede vergelijking op. Onze Hoge Raad heeft zich (nog) niet uitgelaten in een zaak waarin de wilsbekwaamheid van een minderjarige moest worden vastgesteld. Het rechtsvergelijkend onderzoek beantwoordt derhalve de vraag of een ingrijpen door de wetgever of door de Hoge Raad kan worden verlangd (door in de wet een criterium op te nemen voor het vaststellen van wilsbekwaamheid respectievelijk door het 'produceren' van een voor veralgemening vatbare rechtsregel)

Ten tweede is in § 6 onderzocht op welke wijze de rechter kan worden bijgeschoold in het beoordelen van de wilsbekwaamheid. Met andere woorden, welke concrete handvatten kunnen hem worden aangereikt zodat hij een meer gedetailleerd beeld krijgt van bijvoorbeeld de voorwaarden waaronder de toetst dient plaats te vinden, de vragen die daarbij moeten worden gesteld en worden beantwoord en welke rol de wettelijke vertegenwoordiger

¹⁷¹ Asser-Vranken 2005, nr. 9;

heeft in de procedure en in het besluitvormingsproces. Alleen indien de rechter hier een volledig beeld van heeft kan hij het deskundigenoordeel ten volle toetsen.

2.2. Democratische legitimatie: de beperkingsclausule

Wat is nu het belang van deze onderzoeken? Zoals gezegd is het begrip wilsonbekwaamheid niet in de wet opgenomen. Het begrip 'wilsbekwaamheid' duidt volgens Hondius en Frederiks eerder op "juridische constructie".¹⁷² Deze constructie beoogt een juiste bejegening van de patiënt te bewerkstelligen. Het vaststellen van *wilsbekwaamheid* heeft tot gevolg dat de rechten van de patiënt die voortvloeien uit de grondwet en die in verband staan met zijn autonomie, dienen te worden geëerbiedigd. Het betreffen de artikelen 10 Grondwet (eerbiediging en bescherming van de persoonlijke levenssfeer), artikel 11 Grondwet (onaantastbaarheid van het lichaam) en artikel 15 Grondwet (vrijheidsontneming).¹⁷³ Anderszijds heeft het vaststellen van *wilsonbekwaamheid* tot gevolg dat de patiënt dient te worden beschermd tegen onjuiste beslissingen, die door hemzelf of door zijn wettelijk vertegenwoordiger dreigen te worden genomen.

Hiermee zijn we teruggekomen op het overkoepelende leerstuk van democratische legitimatie van een rechterlijke beslissing. In tegenstelling tot de voorgaande hoofdstukken is in dit hoofdstuk niet gezocht naar de grenzen van de rol van de rechter door het invullen van het subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginsel, maar naar de juiste wijze waarop de rechter tot een feitelijke vaststelling komt die bepaalde rechtsgevolgen met zich brengt. De feitelijke vaststelling (wilsbekwaam of niet) is tevens het antwoord op de vraag of de beperkingsclausules in de grondwet van toepassing zijn. Alleen op grond van de beperkingen die 'bij of krachtens de wet' zijn voorzien mogen grondrechten worden beperkt. De wettelijke regeling van vertegenwoordigingsbevoegdheid van de minderjarige wilsonbekwame patiënt, is een dergelijke bij de wet voorziene beperking. De beslissing van de rechter heeft dus enorme gevolgen van de rechtspositie van de minderjarige patiënt, hiermee is het belang van de onderzoeken in dit hoofdstuk aangetoond.

Is de minderjarige van twaalf jaar of ouder wilsbekwaam, dan moet de vraag worden beantwoord of de minderjarige heeft ingestemd met de voorgestelde behandelwijze en of de minderjarige de behandeling weloverwogen blijft wensen of dat de behandeling noodzakelijk is om ernstig nadeel voor de minderjarige te voorkomen. In dat geval en zijn wettelijk vertegenwoordiger weigert in te stemmen met de behandeling kan vervangende toestemming (dan wel en andere maatregel) achterwege blijven.¹⁷⁴ In dat geval zal de besluitvorming rondom de behandelwijze van de minderjarige echter nauwkeurig schriftelijk moeten worden vastgelegd, waarin wordt opgenomen op welke wijze de ouders hierbij betrokken zijn, of de hulpverlener zijn collega's heeft geraadpleegd en wat de zienswijze van de minderjarige zelf is.¹⁷⁵

¹⁷² Hondius en Frederiks 2007, p. 58;

¹⁷³ Zie hierover Hondius en Frederiks 2007, p. 58.

¹⁷⁴ Doek (Losbladige Jeugdrecht en Jeugdhulpverleningsrecht), hoofdstuk 5, onder 5.5.3., sub b, ad b2;

¹⁷⁵ *Kamerstukken II*, 1989/90, 21 561, nr. 3 (MvT), p.33;

Is de minderjarige wilsonbekwaam, dan kan zijn zelfbeschikkingsrecht op democratisch gelegitimeerde wijze worden beperkt. Subsidiariteit en proportionaliteit komen pas aan de orde bij de vraag of en op welke wijze de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de wettelijk vertegenwoordiger mag c.q. moet worden beperkt om de minderjarige te beschermen in zijn belangen. Deze laatste constatering is van belang omdat hiermee de grenzen van het onderzoek in dit hoofdstuk zijn afgebakend: er niet ingegaan op vragen zoals ten aanzien van welke medische behandelingen de minderjarige patiënt beslissingen mag nemen, zoals de behandeling die een actieve levensbeëindiging inhoudt of de vraag welke vertegenwoordigingsbevoegdheid de ouders in die zin hebben. Deze vragen worden pas gesteld indien de minderjarige wilsonbekwaam is en zijn wettelijk vertegenwoordigers weigeren in zijn plaats toestemming te geven voor een medische behandeling.

§ 3 Het vaststellen van de wils(on)bekwaamheid

3.1. Het wettelijk kader

Hoewel het Nederlandse recht geen definitie kent van het begrip ‘wils(on)bekwaamheid’, dient deze definitie wel te worden gezocht in de kaders van het gezondheidsrecht, namelijk in haar wetsgeschiedenis en de toepassing daarvan in de praktijk. Uit de wetgeschiedenis van de WGBO blijkt dat bij de totstandkoming veel vragen zijn gesteld over het vaststellen van de wilsonbekwaamheid van de twaalfplusser. Uit de antwoorden van de wetgever hierop, kunnen een aantal uitgangspunten en een algemeen geformuleerd criterium worden gedestilleerd zoals het uitgangspunten dat het de hulpverlener is die de wilsbekwaamheid toetst en het de rechter is die de inhoudelijke juistheid van dat deskundigenoordeel toetst).

De wetgever heeft geen wettelijk criterium willen formuleren, omdat hij de discussie omtrent een criterium niet heeft willen sluiten. Door de wetgever is in de MvT van de WGBO (voorlopig) het volgende criterium aanvaard. “De patiënt geeft er blijk van in de desbetreffende kwestie een keuze te hebben gemaakt, en de patiënt geeft er blijk van de verstrekte informatie te hebben begrepen”.¹⁷⁶ Men spreekt dus van *informed consent* als de daartoe bekwaame en op de juiste wijze geïnformeerde patiënt een keuze heeft gemaakt over zijn medische behandeling. Steeds dient de vraag te worden beantwoord of deze patiënt, gelet op de toestand waarin hij verkeert, onbekwaam is ten aanzien van de aan de orde zijnde specifieke behandeling.¹⁷⁷ Hieruit volgt dan ook dat bekwaamheid wordt aangenomen tot het tegendeel bewezen is.

3.2. De handreiking van het Ministerie van Justitie

De hulpverlener is op zijn beurt juridisch niet onderlegd.¹⁷⁸ De hulpverlener zal zijn medische oordeel echter goed moeten motiveren om de juridische toets te kunnen doorstaan.¹⁷⁹ Enige kennis van het recht is daarom voor de

¹⁷⁶ *Kamerstukken II*, 1989/90, 21 561, nr. 11 (Nadere MvA), p. 39 ev.

¹⁷⁷ *Kamerstukken II*, 1989/90, 21 561, nr. 11 (Nadere MvA), p. 39;

¹⁷⁸ Hondius, Zuiderhoudt en Honig 2005, onder “Beslissen in de praktijk”;

hulpverlener van essentieel belang. Daarom heeft het Ministerie van Justitie een handreiking gepubliceerd (in 1995 reeds, maar meest recentelijk in 2007).¹⁸⁰ Een uitgebreide bespreking van de handreiking gaat deze scriptie te buiten en voegt ook niets wezenlijks toe. Het volgende kan echter over de handreiking worden opgemerkt.

In de handreiking is een ‘omschrijving’ opgenomen van het begrip wilsbekwaamheid. De omschrijving helpt bij het ‘operationaliseren’ van het *wettelijk* criterium en doet recht aan enkele uitgangspunten die aan de handreiking ten grondslag liggen. De uitgangspunten zijn grotendeels terug te vinden in de wetsgeschiedenis. De omschrijving is als volgt: “Een patiënt kan als wilsbekwaam worden beschouwd, als hij er blijk van geeft de op zijn bevattingsvermogen afgestemde informatie te begrijpen naar de mate die voor de aard en reikwijdte van de te nemen beslissing noodzakelijk is.”¹⁸¹ Om het criterium voor informed consent te completeren zou ik hieraan willen toevoegen dat de minderjarige “...vervolgens in staat is op basis van deze informatie een keuze te maken.” De omschrijving komt hiermee in grote lijnen overeen met het eerder in de wetgeschiedenis voorlopig aanvaarde criterium. De door mij toegevoegde zin maakt de ‘omschrijving’ compleet, waarbij wordt vastgehouden aan deze wetsgeschiedenis.¹⁸²

§ 4 Jurisprudentie

4.1. Indien het weigeren de dood tot gevolg heeft

Vooralsindien het leven van een minderjarige op het spel staat bij het uitblijven van de behandeling is het verleidelijk aan te nemen dat de minderjarige niet in staat is de gevolgen van het niet-behandelen te overzien. In de handreiking is daarom het uitgangspunt toegevoegd, dat de beoordeling van de wilsbekwaamheid zich primair dient te richten op het besluitvormingsvermogen van de minderjarige en niet op de uitkomst van zijn beslissing.¹⁸³ Het ministerie legt de vinger op de zere plek door op te merken dat de genomen beslissing niet alleen iets zegt over de bekwaamheid van de minderjarige, maar ook de normen en waarden waar hij voor staat. Als de uitkomst van de beslissing om wel of niet te behandelen bepalend is, dan zijn het de persoonlijke overtuigingen van de hulpverlener c.q. rechter ten aanzien van die uitkomst die de doorslag geven bij het uiteindelijke oordeel.¹⁸⁴

Zo heeft het hof Amsterdam aan de hand van een deskundigenoordeel gemotiveerd dat de minderjarige Jehova's Getuige wilsbekwaam moet worden geacht een weloverwogen oordeel te vormen omtrent de door hulpverleners voorgestelde behandelmethode, namelijk het toedienen van bloedtransfusies.¹⁸⁵ Deze bloedtransfusies dienden ter bestrijding van een kiemceltumor in de grote hersenen. Zowel het deskundigenoordeel als het rechterlijk oordeel heeft zich specifiek gespitst op het oordeelsvermogen van de minderjarige ten aanzien van de zeer

¹⁷⁹ *Kamerstukken II*, 1989/90, 21 561, nr. 11 (Nadere MvA), p. 39 ev.;

¹⁸⁰ Brochure MvJ, *Handreiking voor de beoordeling van wilsonbekwaamheid*, 1 januari 2007;

¹⁸¹ Brochure MvJ, *Handreiking voor de beoordeling van wilsonbekwaamheid*, 1 januari 2007, p. 11;

¹⁸² *Kamerstukken II*, 1989/90, 21 561, nr. 11 (Nadere MvA), p. 39; zie hiervoor onder 2.2.;

¹⁸³ Brochure MvJ, *Handreiking voor de beoordeling van wilsonbekwaamheid*, 1 januari 2007, p. 9;

¹⁸⁴ Brochure MvJ, *Handreiking voor de beoordeling van wilsonbekwaamheid*, 1 januari 2007, p. 9;

¹⁸⁵ Gerechtshof Amsterdam, 31 augustus 2010, LJN: BN7966;

concrete aan de orde zijn medische behandeling. Dit heeft tot gevolg gehad dat de behandeling niet tegen de wil van de minderjarige kon plaatsvinden. De gevolgen van de beslissing zijn weliswaar zeer ingrijpend maar hieraan is, gezien het voorgaande terecht, geen doorslaggevende betekenis gegeven. Door al te snel aan te nemen dat de minderjarige

4.2. *Omstandigheden die rechtstreeks verband houden met de jeugdige leeftijd*

Het hof Amsterdam heeft hiermee de beschikking van de rechtbank Amsterdam vernietigd.¹⁸⁶ De rechtbank Amsterdam had in haar beschikking de omstandigheden die direct verband houden met de jeugdige leeftijd van de minderjarige en het daarmee verbandhoudende stadium van psychologische ontwikkeling in haar oordeel betrokken. Deze motivering heeft het hof in zijn beschikking van tafel geveegd, omdat, indien deze motivering zou slagen, het uitgangspunt zou worden miskend dat de minderjarige van twaalf jaar of ouder – juist vanwege zijn leeftijd – geacht wordt wilsbekwaam te zijn. Van dat uitgangspunt kan dus juist niet op grond van zijn leeftijd worden afgeweken.

4.3. *Innerlijke consistentie*

Anderzijds is het begrijpelijk dat de rechtbank Amsterdam het moeilijk had. Wanneer de minderjarige Jehova's Getuige onder dwang bloedtransfusies ondergaat wordt zijn band met God niet verstoord, evenmin wordt hij door zijn gemeenschap of door zijn ouders verstoten, bovendien had de minderjarige absoluut geen doodswens. Zijn leven stond op het spel, maar er waren geen werkelijke bezwaren tegen de behandeling.

In de handreiking is opgemerkt dat bij het beoordelen of de patiënt de gevolgen van het wel of niet instemmen met de behandelingen voldoende overziet, ook moet worden bekeken of de overwegingen van de patiënt 'innerlijk consistent' zijn. Hierbij wordt uitdrukkelijk als voorbeeld de patiënt genoemd die een noodzakelijk geachte behandeling weigert, maar die tegelijkertijd beslist geen doodswens heeft.¹⁸⁷ Als de patiënt bijvoorbeeld op basis van irrationele angsten een keuze maakt om de behandeling te weigeren dan wijst dat op wilsonbekwaamheid.¹⁸⁸ Mijns inziens dient dit geen allesbeslissende overweging te zijn, maar een indicatie. Immers, een patiënt die absoluut geen doodswens heeft, kan toch meer gewicht toekennen aan een ander belang (bijvoorbeeld zijn band met God) dat bij een niet-behandelen gebaat is. Op grond van zijn zelfbeschikkingsrecht mag hij die afweging zelf maken, mits hij daartoe in staat kan worden geacht. De innerlijke inconsistentie van de overwegingen leidt derhalve niet één op één tot de conclusie dat de minderjarige wilsonbekwaam is.

Toch kan mijns inziens de combinatie van de innerlijke inonsentie van de overwegingen van de minderjarige met enkele omstandigheden die direct verband houden met zijn leeftijd, aanleiding zijn om zijn wilsonbekwaamheid

¹⁸⁶ Rechtbank Amsterdam, 12 maart 2010, LJN: BL9136;

¹⁸⁷ Brochure MvJ, *Handreiking voor de beoordeling van wilsonbekwaamheid*, 1 januari 2007, p. 13;

¹⁸⁸ *Kamerstukken II*, 1989/90, 21 561, nr. 6 (MvA), p. 52;

aan te nemen. De beschikking van de rechtbank Den Haag is een goed gemotiveerde uitspraak waarin de minderjarige wilsonbekwaam werd geacht, namelijk ter zake een specifieke behandeling van een kwaadaardige tumor in zijn arm.¹⁸⁹ In deze zaak is de innerlijke inconsistentie van zijn overwegingen terecht aanleiding tot dat oordeel geweest. De minderjarige had geen doodswens en was er zich van bewust dat de behandeling noodzakelijk was om een kwaadaardige tumor in zijn arm te verwijderen en het gevaar voor zijn leven af te wenden. Hij wilde en kon echter geen beslissing nemen, omdat hij daarmee tegen zijn moeder moest ingaan (een omstandigheid die direct verband houdt met zijn leeftijd). De deskundige en met hem de rechter waren van oordeel dat van hem niet gevergd kon worden een dergelijke beslissing te nemen en achtten hem wilsonbekwaam. Terecht is de consequentie van het niet-behandelen (zijn dood) niet in de overweging betrokken.

Toegepast op de voormelde casus van de zaak bij het hof Amsterdam, zou ook geredeneerd kunnen worden dat de minderjarige wel in staat kan worden geacht tot een redelijk waardering van zijn belangen, maar dat hij, gezien de overige omstandigheden van geval, van hem niet gevergd kan worden een dergelijk beslissing te nemen, zodat hij alsnog wilsonbekwaam moet worden geacht ter zake die specifieke behandeling, althans dat *informed consent* niet tot stand kan komen. Ik acht een dergelijke conclusie meer op zijn plaats.

4.4. Spoedeisende situaties

Het kan voorkomen dat een spoedeisende situatie zich voordoet waarin een oordeel van de rechter niet te lang op zich moet laten wachten. Zoals in het vorige hoofdstuk is besproken, kan de rechter een voorlopige maatregel nemen, mits de belanghebbenden binnen veertien dagen na de uitspraakdatum alsnog worden gehoord (zie onder 4.5.1. en verder). De rechter is de bevoegdheid gegund een voorlopig oordeel te geven, omdat de belangen van het kind kunnen meebrengen dat een spoedmaatregel wordt genomen.

Ook de wilsonbekwame minderjarige van twaalf jaar of ouder moet worden beschermd in een spoedeisende situatie, zodat mijns inziens de kinderrechter ook een voorlopig oordeel moet kunnen geven over de wilsbekwaamheid van de minderjarige. De rechter zal in dat geval moeten beslissen zonder een onderliggend deskundigenoordeel. De uitspraken van het hof Leeuwarden¹⁹⁰ en de rechtbank Den Haag¹⁹¹ laten zien dat dit nogal eens tot problemen leidt bij de motivering, waarbij de rechtbank Den Haag zelfs een overweging heeft opgenomen, die geheel in strijd is met de wet.¹⁹²

Omdat het risico bestaat dat de rechten van een der betrokkenen onevenredig worden geschaad, moet met de bevoegdheid om een voorlopig oordeel te geven mijns inziens zeer voorzichtig worden omgegaan. Mijns inziens

¹⁸⁹ Rb 's-Gravenhage, 8 april 2008, LJN: BC9143;

¹⁹⁰ Hof Leeuwarden, 25 februari 2008, LJN: BC5102;

¹⁹¹ Rb 's-Gravenhage, 24 december 2002, LJN: AO5311;

¹⁹² De rechtbank heeft overwogen dat, omdat de twaalfjarige volgens de WGBO niet in staat is tot het aangaan van een medische behandelingsovereenkomst, de verrichtingen ook zouden moeten kunnen plaatsvinden ondanks het ontbreken van toestemming van de minderjarige zelf.

dient de rechter zich in een spoedeisend geval alleen te beperken tot de vraag of een medische behandeling dermate spoedeisend is - vanwege het acute en ernstige gevaar voor de gezondheid van de minderjarige dat door de behandeling zal worden weggenomen - dat het horen van de standpunten van betrokken niet kan worden afgewacht. Een voorlopig oordeel over de wilsbekwaamheid van de minderjarige hoeft de rechter dan niet te geven omdat conform de eisen van die het EHRM heeft gesteld (zie onder 4.5.1.1. van vorig hoofdstuk), hij hierover eerst een deskundigenoordeel kan afwachten. Vereist is dan dat niet alleen de deskundige(n), maar ook alle belanghebbenden binnen veertien dagen in staat worden gesteld hun zienswijzen naar voren te brengen in een daarvoor bestemde mondelinge behandeling van de zaak ter terechtzitting. Dat een deskundigenoordeel geformuleerd kan worden binnen een dergelijk kort tijdsbestek is bewezen in de hiervoor onder 4.1. tot en met 4.3. besproken zaak bij het hof Amsterdam¹⁹³: dertien dagen na het voorlopige oordeel dat vervangende toestemming diende te worden verleend, zijn een dvd met een verklaring van de minderjarige zelf en twee deskundigenberichten overgelegd en zijn belanghebbenden ter zitting gehoord.¹⁹⁴

4.5. Tijdelijke wilsonbekwaamheid

Slechts indien er sprake is van bijvoorbeeld een zeer ernstige verstandelijke handicap waarbij er geen zicht op verbetering is, kan worden gesproken van permanente wilsonbekwaamheid,¹⁹⁵ zoals bij aan bewusteloze of comateuze patiënten of diep dementerende ouderen.¹⁹⁶ In de overige gevallen dient er steeds een 'geïndividualiseerde toetsing' plaats te vinden 'gericht op een concrete beslissing'.¹⁹⁷ Desondanks leidden sommige rechters uit een licht verstandelijke handicap de wilsonbekwaamheid af van de minderjarige ten opzichte van een zeer specifieke behandelingsovereenkomst zonder daarbij te motiveren waarom de minderjarige juist ten aanzien van die behandeling onbekwaam moest worden geacht.

Zo heeft de rechtbank Roermond ten aanzien van een veertienjarig, licht verstandelijk gehandicapt meisje, de conclusie getrokken dat zij niet bekwaam is te beslissen over het gebruik van een anticonceptiepil vanwege haar promiscuïteit.¹⁹⁸ Het deskundigenoordeel zag echter slechts op de persoonskenmerken het meisjes, zodat ook de rechterlijke toets in het geheel niet gericht was de concrete beslissing. Ook de rechtbank Almelo heeft mijns inziens slecht gemotiveerd waarom de licht verstandelijke minderjarige niet wilsbekwaam moest worden geacht ten aanzien van het aangaan van de concrete zorgovereenkomst.¹⁹⁹ De zorgovereenkomst hield in dat, indien de minderjarige tijdens de behandeling (in een AWBZ-voorziening) 'ontremd' raakt, de leiding bepaalde handelingen kan verrichten – fixeren, afzonderen, time out en separeren – om de minderjarige tegen zichzelf te beschermen. Uit de formulering blijkt dat de staat van ongeremdheid een uitzondering op de regel is. Het feit dat de jeugdige

¹⁹³ Gerechtshof Amsterdam, 31 augustus 2010, LJN: BN7966;

¹⁹⁴ Gerechtshof Amsterdam, 31 augustus 2008, LJN: BN7966;

¹⁹⁵ Hondius, Zijderhoudt en Honig 2005, onder "Juridische achtergrond";

¹⁹⁶ Brochure MvJ, *Handreiking voor de beoordeling van wilsonbekwaamheid*, 1 januari 2007, p. 8;

¹⁹⁷ Zie onder 2.1. aangehaalde *Kamerstukken II*, 1989/90, 21 561, nr. 11 (Nader MvA), p. 39 en Brochure MvJ, *Handreiking voor de beoordeling van wilsonbekwaamheid*, 1 januari 2007, p. 8;

¹⁹⁸ Rb Rotterdam, 24 april 2001, LJN: AB1786;

¹⁹⁹ Rb Almelo, 30 september 2005, LJN: AU7140;

patiënt op enig moment tijdens de behandeling ontremd kan raken, betekent mijns inziens niet dat zij permanent onbekwaam is over haar belangen te oordelen.

4.6. Tussenconclusie

Op basis van de hiervoor besproken wetsgeschiedenis, de handreiking, jurisprudentie en mijn kritiek op deze jurisprudentie zou een juridisch criterium voor het vaststellen van wilbekwaamheid als volgt luiden.

Een patiënt kan als wilbekwaam worden beschouwd, als hij er blijk van geeft de op zijn bevattingsvermogen afgestemde informatie te begrijpen naar de mate die voor de aard en reikwijdte van de specifieke te nemen beslissing noodzakelijk is en in staat is op basis van deze informatie een keuze te maken.

Deze vraag dient in beginsel negatief te worden beantwoord indien de minderjarige weigert toestemming te geven voor een behandeling die objectief gezien ernstig gevaar of ander vermijdbaar nadeel voor diens gezondheid kan voorkomen of genezen, terwijl de minderjarige absoluut geen doodswens heeft of absoluut de risico's die het niet-behandelen met zich brengen, wil voorkomen (innerlijke inconsistentie) en de minderjarige bovendien:

- *Ofwel geen enkel rationeel of weloverwogen verweer heeft gevoerd tegen het plaatsvinden van de verrichtingen;*
- *Ofwel een dergelijk rationeel en weloverwogen verweer niet kan of wil vormen, althans dat dit niet van hem gevergd kan worden, gezien zijn jeugdige leeftijd en relatief lage ontwikkelingsniveau.*

Innerlijke inconsistentie en omstandigheden die direct verband houden met de jeugdige leeftijd van de minderjarige zijn factoren die op zich niet tot het oordeel kunnen leiden dat de minderjarige wilsonbekwaam is. In bovenstaand criterium kan de rechter deze factoren echter geoorloofd in zijn beslissing laten meewegen.

§ 5 Rechtsvergelijking

De vraag die ik heb gesteld is de volgende: kent het recht van het Verenigd Koninkrijk een wettelijke definitie en/of een in de rechtspraak ontwikkelde definitie van het begrip wilbekwaamheid kent dat recht een wettelijk en/of een rechterlijk (juridisch) criterium voor het vaststellen van wilbekwaamheid van de minderjarige patiënt? Hierna zal blijken dat het Britse recht inderdaad een wettelijke definitie kent van wilbekwaamheid en een rechterlijk criterium voor het vaststellen van wilbekwaamheid van de minderjarige. Ook is de vraag of de aanwezigheid van een dergelijk criterium waaraan rechters (min of meer) gebonden zijn, bijdraagt aan de uniforme invulling en toepassing daarvan in de praktijk, positief beantwoord.

5.1. Common law

Het Britse 'common law' is voornamelijk *judge made*, dat wil zeggen dat de meeste leerstukken van het recht zijn gebaseerd op rechterlijke uitspraken met een sterke precedentwerking.²⁰⁰ De precedentwerking van het 'common law' ligt vooral bij een aantal voor het betreffende leerstuk relevante uitspraken die slechts door een latere rechter kunnen worden 'overruled' indien er dwingende redenen zijn.²⁰¹ Gepubliceerde jurisprudentieoverzichten, waarin bijvoorbeeld de *All England Law Reports* en de *Weekly Law Reports* voorzien, bieden een helpende hand voor de jurist die moet bepalen welke uitspraken precedentwerking hebben en welke uitspraken deze precedenten enkel volgen.²⁰² De 'statute law' (het positieve recht) krijgt sinds de 19^{de} eeuw daarnaast een steeds omvangrijkere rol.²⁰³

De wijze waarop een hulpverlener de minderjarige dient te benaderen zodat deze een 'rechtsgeldige beslissing' over zijn of haar medische behandeling kan maken die de rechterlijke toets kan doorstaan, is bepaald in de Britse wet en in de rechtspraak. In het Verenigd Koninkrijk moet voor een rechtsgeldige instemming door de minderjarige aan een drietal voorwaarden zijn voldaan, namelijk: 'voluntarity' (vrijwilligheid), 'adequate information' (behoorlijke informatie) en 'competence' (wilsbekwaamheid).²⁰⁴ Voor het vaststellen van de wilsbekwaamheid is het volgende van belang.

5.2. Statute law

Verspreid over de Mental Capacity Act (MCA) 2005, de Family Law Reform Act (FLA) 1969 en de Children's Act (CA) 1989 is een pakket van uitgangspunten en wettelijke voorschriften te vinden die in acht dienen te worden genomen bij de beoordeling van de wilsbekwaamheid, onder meer van de minderjarige. Hierin is voornamelijk de rechtpositie van de zestien- of zeventienjarige geregeld²⁰⁵. De uitgangspunten worden hier verder niet besproken, maar opgemerkt zij, dat deze uitgangspunten in overwegende mate overeenkomen met de uitgangspunten die in de handreiking van ons Ministerie van Justitie zijn opgenomen, zoals het uitgangspunt dat er steeds een 'geïndividualiseerde toetsing' plaats dient te vinden 'gericht op een concrete beslissing' (zie hierboven onder 4.4.).²⁰⁶ De minderjarige van zestien of zeventien jaar wordt net als een volwassene geacht wilsbekwaam te zijn, tenzij het tegendeel is gebleken.²⁰⁷ De minderjarige die jonger is dan zestien, wordt geacht wilsbekwaam te zijn tot het tegendeel is gebleken.²⁰⁸

5.3. Precedenten

²⁰⁰ Bouckaert 2002, p. 198;

²⁰¹ Hendrick 2010, p. 5;

²⁰² Hendrick 2010, p. 5;

²⁰³ Bouckaert 2002, p. 198;

²⁰⁴ Hendrick 2010, p. 75;

²⁰⁵ Zie hiervoor Hendrick 2010, p. 77 en 78;

²⁰⁶ Hendrick 2010, p. 77;

²⁰⁷ FLA 1969, s.8(1) jo. MCA 2005 s.1(2)

²⁰⁸ Hendrick 2010, p. 79

In de rechtspraak zijn enkele belangrijke uitspraken gedaan die een invulling geven aan het juridische begrip 'wilsbekwaamheid' van de zestienminner. De uitspraak van de House of Lords van 1986 inzake *Gillick-zaak* heeft een sterke precedentwerking.²⁰⁹ In deze uitspraak heeft Lord Scarman een definitie gegeven van het begrip 'competence for informed consent'. De minderjarige moet volgens deze definitie van Lord Scarman wilsbekwaam worden geacht, indien deze "...can demonstrate sufficient maturity and intelligence to understand and appraise the nature and implications of the proposed treatment, including the risks and alternative courses of actions".²¹⁰ Het ging in voornoemde zaak om de vraag of de hulpverlener anticonceptiemiddelen mocht voorschrijven aan een meisje jonger dan zestien jaar, zonder haar moeder daarbij te consulteren.

In latere uitspraken heeft de rechter bepaald of de mening van de wettelijk vertegenwoordiger, de mening van de minderjarige kan overrulen en of in welke gevallen de hulpverlener of de rechter de mening of wens van de minderjarige en de wettelijk vertegenwoordiger kan overrulen.²¹¹ Met de uitspraak in de *Sue Axon-zaak*, is een einde aan de onzekerheid gemaakt of het Gillick-criterium ook van toepassing is buiten gevallen van anticonceptie.²¹² Lord Silber heeft een aantal 'guidelines' gegeven die de hulpverlener in acht moet nemen bij het verkrijgen van informed consent, zonder de ouder daarbij te consulteren. Met deze uitspraak heeft de House of Lords uitdrukkelijk het Gillick-criterium herzien.²¹³ Om de Gillick-test de doorstaan moeten kinderen na laatstgenoemde uitspraak in staat zijn "... to understand the medical issues" en "must have sufficient maturity to understand what is involved."²¹⁴ Vooral het tweede deel van het criterium is een aanvulling op het oudere criterium uit '85, omdat het van de minderjarige verlangt niet alleen de familiale en morele aspecten van de beslissing te kunnen bevatten, maar ook de sociale en emotionele aspecten. Uit de Sue Axon-zaak blijkt onder meer dat de minderjarige die jonger is dan zestien, geacht wordt wilsbekwaam te zijn tot het tegendeel is gebleken.²¹⁵

Het criterium voor het vaststellen van de wilsbekwaamheid van de minderjarige kan worden toegepast in alle gevallen waarin het de medische behandeling van een minderjarige betreft, dus ook buiten de gevallen van anticonceptie.²¹⁶ Lord Silber heeft bovendien bevestigd dat deze guidelines hen binden hulpverleners binden en dat hulpverleners en the General Medical Council (GMC) worden geacht deze guidelines serieus te nemen, op straffe van disciplinaire maatregelen.²¹⁷ Foster heeft hierover opgemerkt dat door deze uitspraak van het veelgebruikte criterium nog meer binding uitgaat dan het al deed en het dus een bruikbare uitspraak voor de praktijk is.

²⁰⁹ *Gillick v West Norfolk & Wisbech AHA & DHSS* [1985] 3 WLR;

²¹⁰ Wheeler 2006;

²¹¹ Bainham 2005, p. 345-356: verwezen wordt (naast de Gillick-case) naar de zaken *Re R (A Minor) (Wardship: Consent to Treatment)* [1992] Fam 11 en *Re W (A Minor)(Medical Treatment: Court's Jurisdiction)* [1992] 3 WLR 758;

²¹² Zie hierover Wheeler 2006.

²¹³ Hendrick 2010, p. 78 en 79;

²¹⁴ Hendrick 2010, p. 78 en 79;

²¹⁵ Hendrick 2010, p. 79;

²¹⁶ *R (on the application of Axon) v. SoS of Health and the Family Planning Association* [2006] EWHC 37; Zie hierover: Foster 2006;

²¹⁷ *R (on the application of Axon) v. SoS of Health and the Family Planning Association* [2006] EWHC 37, par. 156;

5.4. Concluderend: een wettelijk en een rechterlijk criterium

Het is mij opgevallen dat uit de wetgeving op het gebied van wilsbekwaamheid ten aanzien van medische beslissingen vergelijkbare uitgangspunten worden gehanteerd als in de wetsgeschiedenis van de WGBO en de handreiking van ons Ministerie van justitie (zie 5.2.). Het grootste inhoudelijke verschil tussen de uitgangspunten is de aanname dat een zestienminner in het Verenigd Koninkrijk geacht wordt wilsonbekwaam te zijn tot het tegendeel bewezen is.

Het criterium is ‘wilsbekwaamheid’ in het Britse positieve recht (statute law) neergelegd en de betekenis van het begrip in een situatie waarin het een minderjarige patiënt betreft die jonger is dan zestien jaar is uitgewerkt in de rechtspraak (common law). Vanwege de sterke precedentwerking van deze uitspraken binden zij latere rechters in beginsel. Zoals Judge Silber heeft opgemerkt is ook de hulpverlener hieraan gebonden. Hoewel het recht van het VK evenmin een wettelijke definitie van wilsbekwaamheid van jonge minderjarige heeft, is het leerstuk van de wils(on)bekwaamheid van de minderjarige uitstekend in de rechtspraak geëvolueerd. Lagere rechters dan de House of Lords moeten de precedents in beginsel in acht nemen en hun besluitvorming daaraan conformeren. Tegelijkertijd zal de discussie omtrent de beoordeling van de wilsbekwaamheid van de minderjarige patiënt altijd in beweging blijven, om de uitgangspunten die bij deze beoordeling moeten worden gehanteerd nog altijd verfijning en uitbreiding behoeven.²¹⁸

§ 6 Het bijspijkeren van de medische kennis van de rechter

6.1. Methoden ten dienste van de hulpverlener

In de geneeskunde wordt ook steeds gewerkt aan betere methoden om de wilsbekwaamheid van de minderjarige vast te stellen. Vanuit de wetenschap, maar ook vanuit de maatschappij worden steeds initiatieven genomen om hulpverleners meer handvatten te bieden bij het uitvoeren van hun taak. De Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG) heeft in 2004 als bijlage nummer 7, bij het tweede deel van haar eindrapport van het Implementatieprogramma WGBO, richtlijnen opgenomen, die helpen bij de informatieverschaffing aan minderjarigen van twaalf tot en met zeventien jaar. Als bijlage 9 is opgenomen een concreet stappenplan bij het vaststellen van wilsbekwaamheid van de patiënt.²¹⁹ Dit laatste stappenplan is specifiek geschreven voor de minderjarige patiënt. Ook in de doctrine en de praktijk wordt regelmatig gewerkt aan

²¹⁸ In de literatuur wordt bijvoorbeeld gesproken over het gevaar dat de persoonlijke overtuigingen van de hulpverlener c.q. rechter ten aanzien van het gevolg van de beslissing van de minderjarige die de doorslag geven bij het uiteindelijke oordeel van die hulpverlener of rechter. In de handreiking van ons MvJ is dit risico al aan de kaak gesteld en in een uitgangspunt gegoten (zie onder 4.1.).

²¹⁹ KNMG (2004), *Modelrichtlijn voor hulpverlener over informatie en toestemming bij een minderjarige patient en Stappenplan bij beoordeling wilsbekwaamheid*;

beslismodellen, protocollen en dergelijke. Zo heeft de Bascule²²⁰ een protocol ontwikkeld voor hulpverleners, zijnde zowel een juridische als een klinische handleiding.²²¹ Van Eijk e.a. hebben het MacCAT-T (MacArthur Competence Assessment Tool-Treatment) vertaald naar het Nederlands²²²; een semi-gestructureerd interview dat door Grisso en Appelbaum in 1998 is ontwikkeld. Hiermee kan de beslisvaardigheid van een patiënt worden onderzocht.²²³ Ook dit interview is echter niet geschreven voor de minderjarige patiënt.²²⁴

Zoals in Nederland, wordt ook in het Verenigd Koninkrijk steeds gezocht naar uniformiteit in de geneeskundige methodologie van hulpverleners die de wilsbekwaamheid van de minderjarige patiënt dienen vast te stellen. Voor de Britse hulpverlener was er reeds een Engelstalige versie van de MacCAT-T beschikbaar. Zoals gezegd, is dit interview echter ontwikkeld voor de meerderjarige patiënt. Voorts hebben Miller e.a. een overzicht gemaakt van 23 methodes die ten minste één aspect van de wilsbekwaamheid van de minderjarige onderzochten.²²⁵

6.2. *De rechter in de schoenen van de hulpverlener*

Aan minderjarigen met een leeftijd van twaalf tot en met vijftien jaar wordt in de wetgeschiedenis, noch in de handreiking een aparte overweging gewijd waaruit zou blijken dat de beoordeling van de wilsbekwaamheid van de minderjarige op andere wijze dient te geschieden dan bij volwassenen en de daarmee in het kader van de WGBO gelijkgestelde zestienplusser. Toch zal de hulpverlener c.q. de rechter bij het beoordelen van de wilsbekwaamheid van de minderjarige rekening moeten houden met andere aspecten die verband houden met de jeugdigheid van de patiënt. Cohen e.a. noemen bijvoorbeeld ontwikkelingsaspecten, cognitieve rijpheid, specifieke angsten, invloed van familie, bekendheid met de ziekte, sociaal-culturele achtergronden en taalgebruik en de veiligheid van de (onderzoeks)context.²²⁶ Wederom verwijs ik naar het sterk casuïstische karakter van de rechtspraak over de medische behandeling van de minderjarige patient, zoals onder 4.3. van hoofdstuk 3 en onder 4.3.4. is besproken, in het bijzonder over de emoties die schuil gaan achter een dergelijk conflict. Vooral wanneer het gaat over het levenseinde van de minderjarige kan de rechter onmogelijk (bewust of onbewust) aan de emoties van betrokkenen voorbij gaan.

Het ontbreekt de rechter gewoonweg aan voldoende medische kennis en praktische scholing tot het vaststellen van wilsbekwaamheid. Zoals gezegd is de rechter daardoor gedwongen blindelings uit te gaan van de juistheid van het deskundigenoordeel van de hulpverlener. Een rechter lijkt me bekwaam genoeg om de complexiteit van

²²⁰ Een academisch centrum voor psychiatrische zorg aan kinderen, jongeren en gezinnen in Amsterdam en omstreken: zie <http://www.debascule.com/>;

²²¹ Cohen ea. 2009, p. 195;

²²² Zie hierover K.M. Ditters, "De Nederlandse vertaling van de MacCAT-T: een onderzoek naar de bruikbaarheid ervan in de praktijk", *Journaal Ggz en recht*, nr. 7 (2009), p. 199 ev.;

²²³ T. Grisso en P.S. Appelbaum, "The MacCAT-T: A clinical Tool to Assess Patients' Capacities to make treatment decisions", *Psychiatric Services*, 1997-48, p. 1415-1419. Zie hierover: Van Eyk, Ouwens en Hondius 2008, p. 53 ev.;

²²⁴ Cohen e.a. 2009 p. 194;

²²⁵ Miller e.a. 2004;

²²⁶ Cohen e.a. 2009, p. 198;

een oordeel over de wilsbekwaamheid van een minderjarige te bevatten. Met een betere voorlichting van de rechter over de verschillende aspecten van een beslissing van de minderjarige over zijn medische behandeling, kan de rechter beter een zelfstandig oordeel vormen over de feitelijke situatie.

Studiedagen zoals georganiseerd door de Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht, kunnen aan deze voorlichting bijdragen. Bovendien publiceren zij naderhand altijd de verslagen en resultaten van deze studiedagen in het Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht, zodat deze ook beschikbaar zijn voor een ieder die daarbij niet aanwezig was. Bovendien zijn de onderzoeksresultaten en de protocollen die tot stand komen in de praktijk van de geneeskunde (zie hiervoor onder 6.1.), niet alleen voor de hulpverlener relevant. Het tijdschrift *Journal Ggz en recht* kan in deze ook een belangrijke voorlichtingsfunctie vervullen. Zij specialiseren zich op het grensgebied van het recht en de geestelijke gezondheidszorg en zij kunnen derhalve onderzoeksresultaten en ontwikkelingen in de praktijk (zoals de publicatie van het protocol door de Bascule) onder de aandacht van de rechter brengen.

De handreiking van het Ministerie van Justitie is mijns inziens een uitstekend instrument om de juridische aspecten van een dergelijke beslissing onder de aandacht van de rechter te brengen, maar blijkbaar worden in de praktijk de uitgangspunten die daarin te vinden zijn niet nageleefd. Het ministerie kan, eventueel in samenwerking met het Ministerie van VWS, tevens een studiedag organiseren, zoals deze laatste ook in juni 2007 heeft gedaan ten aanzien van kindermishandeling.²²⁷ Op een dergelijke studiedag moet de bekwaamheid van de minderjarige in een breder kader dan slechts een juridisch kader worden gezien. Naast de juridische aspecten van een door de minderjarige te nemen beslissing, moeten bijvoorbeeld tevens de sociale en morele aspecten van de beslissing worden besproken. In die zin schoot de handreiking reeds tekort.

§ 7 conclusie

De wetgever heeft zich op het standpunt gesteld dat een wettelijk criterium niet gewenst is, maar blijkbaar kan de praktijk minder goed uit de voeten dan hij voor ogen had. De memorie van toelichting in combinatie met de handreiking van het MvJ geven een zeer precieze samenvatting van de inhoud van de juridische constructie, maar deze wordt niet nageleefd in de praktijk. Wellicht omdat de handreiking niet democratisch tot stand is gekomen in een met waarborgen omkleed wetgevingsproces. Het is het resultaat van een in de wetgeschiedenis en in de praktijk ontwikkeld leerstuk. Het mist de dwingende kracht van een positieve wet of de precedentwerking van een uitspraak van de Hoge Raad.

Wellicht is een wettelijk criterium niet geheel ondenkbaar. Het heeft weliswaar een beperkende werking omdat daarmee de discussie omtrent het begrip wordt gesloten, maar niet zodanig dat daarbinnen geen rechterlijke beoordelingsruimte gevonden kan worden. Bovendien kan een leerstuk zich in de rechtspraak blijven ontwikkelen zoals ook zeer gebruikelijk is en zoals ook in het Britse recht is gebeurd. Het zou bewerkstelligen dat steeds

²²⁷ <http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2007/06/29/studiedag-kindermishandeling-juni-2007-kijken-luisteren-en-huiveren.html>;

hetzelfde criterium gehanteerd wordt en geen van de elementen daarvan onbesproken kunnen blijven. Wat tevens enige houvast zou geven is een uitspraak van de Hoge Raad over hoe wilsbekwaamheid moet worden vastgesteld. Hier ontbreekt het thans nog aan. Een uitspraak van de Hoge Raad zou voor lagere rechters maatgevend zijn. Tot die tijd zou ik adviseren het criterium van het hof Amsterdam te hanteren. De uitspraak van het hof Amsterdam d.d. 31 augustus 2008 geeft mijns inziens een perfecte overweging neer die elke rechter zich eigen zou moeten maken, evenals de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage d.d. 8 april 2008 waarin een vergelijkbaar conflict speelde. In de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage is mijns inziens vervolgens een betere conclusie is getrokken.

Daarnaast acht ik het absoluut noodzakelijk dat de rechter meer bekend wordt met alle aspecten van de beslissing van een minderjarige over zijn medische behandeling. Door voorlichting kan de rechter mijns inziens in staat worden gesteld een zelfstandig oordeel vormen over de feitelijke situatie zodat deze niet meer gedwongen is blindelings uit te gaan van de juistheid en de volledigheid van het deskundigenoordeel van de hulpverlener. Hierdoor kan tevens een echte inhoudelijk toets van de juistheid en de volledigheid van het deskundigenoordeel plaatsvinden. De rechten van de minderjarige zijn hierdoor beter beschermd doordat recht kan worden gedaan aan zijn feitelijke wils(on)bekwaamheid.

Conclusies en Aanbevelingen

§ 1 Inleiding

De WGBO regelt onder meer de voorwaarden waaronder de medische behandelingsovereenkomst ten behoeve van een minderjarige tot stand kan komen. Zo bepaalt de wet wie toestemming moet geven voor de medische behandeling van de minderjarige patiënt. Er zijn verschillende scenario's denkbaar waarin de wettelijk vertegenwoordigers en/of het kind, weigeren toestemming te verlenen voor een medische behandeling. Er kan in dat geval een gezagsgeschil ontstaan tussen de ouders onderling of de ouders kunnen in discussie treden met een derde, zoals het Bjj of een pleegouder. De WGBO geeft geen antwoord op de vraag hoe geschillen op dit specifieke gebied van gezagsuitoefening kunnen worden beslecht. Wanneer één der betrokken partijen zich niet kan neerleggen bij het uitblijven van de vereiste toestemming, kan deze zich wenden tot de rechter om het geschil te doen beslechten. De rechter kan op grond van in de wetgeving en in de jurisprudentie ontwikkelde leerstukken het gezag van de wettelijk vertegenwoordiger beperken in die zin dat de wettelijk vertegenwoordiger tijdelijk ten aanzien van meerdere of een bepaalde rechtshandelingen niet vertegenwoordigingsbevoegd is. De rechter heeft bepaalde bevoegdheden, maar wanneer en op welke wijze, mag of moet hij hiervan gebruik maken?

§ 2 Beantwoording van de centrale vraag en de subvragen

De centrale onderzoeksvraag was, welke gezagsbeperkende en -ontnemende maatregelen de rechter kan nemen om het belang van de minderjarige bij een bepaalde medische behandeling te beschermen en waar liggen de grenzen van zijn wettelijke bevoegdheid gezien de taak die hij te vervullen heeft?

2.1. De wettelijke grenzen

Ten eerste kan het geval zich voordoen waarin er twee ouders met gezag zijn en één daarvan weigert toestemming te verlenen (ouder vs. ouder). Bij een dergelijk gezagsgeschil, namelijk over de gezamenlijke invulling van hun vertegenwoordigingsbevoegdheid, kunnen de wettelijk vertegenwoordigers het geschil voorleggen aan de rechter in een procedure ex artikel 253a (Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek). De rechter heeft in dat geval de bevoegdheid om het geschil te beslechten door het gezag van één van de ouders tijdelijk te beperken en de andere ouder tijdelijk alleen te belasten met de vertegenwoordigingsbevoegdheid wat betreft het geven van toestemming geven voor de medische behandeling ten behoeve van het kind.

Ten tweede is er de categorie waarin er twee ouders met gezag zijn die beiden weigeren toestemming te verlenen of er is één ouder met gezag en deze weigert toestemming te verlenen (ouder vs. derde). Indien de rechter dit noodzakelijk acht kan deze verschillende kindbeschermingsmaatregelen nemen die het gezag tijdelijk beperken of ontnemen, zodat de medische behandeling ondanks het ontbreken van toestemming van de ouders,

toch kan plaatsvinden. Ten eerste kan de rechter vervangende toestemming geven voor de medische behandeling van de minderjarige die (voorlopig) onder toezicht staat (artikel 264 en 265h nieuw). Ten tweede kan de kinderrechter het gezag van de ouder(s) of de ouder en een niet-ouder of voogden (natuurlijke personen) gedeeltelijk schorsen en de gezagsuitoefening bij het bureau jeugdzorg neerleggen (artikel 272 en 268 lid 1 aanhef en onder b nieuw). Op grond van het toekomstige artikel 265e bestaat tot slot de mogelijkheid om, indien dit ingrijpen noodzakelijk is in verband met de uitvoering van de ondertoezichtstelling van de uit huis geplaatste minderjarige, te bepalen dat het gezag gedeeltelijk wordt uitgeoefend door de stichting die het toezicht uitoefent.

De derde categorie lijkt niet thuis te horen in dit rijtje: de minderjarige van 12 jaar of ouder weigert toestemming te verlenen. Wat deze categorie echter gemeen heeft met voorgaande categorieën, is dat de WGBO ook hier geen antwoord geeft op de vraag wat te doen indien de vereiste toestemming ontbreekt voor een noodzakelijk geachte medische behandeling van de *wilsonbekwame* minderjarige. Hoewel het Nederlandse recht geen wettelijk criterium kent van het begrip wilsbekwaamheid, wordt het wettelijk kader gevormd door de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst. In de totstandkomingsgeschiedenis, in de literatuur en in de handreiking die door het Ministerie van Justitie is gepubliceerd, moet de rechter de betekenis van het begrip vinden.

2.2. De taak van de rechter

De wetgever heeft beoogd de man en de vrouw gelijkwaardige opvoeders van hun minderjarige kinderen te maken en daartoe hebben zij gelijke rechten en plichten. In 2009 is de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding inwerking getreden. Met de wet is beoogd de scheidings- en omgangsproblematiek te verminderen en zo meer rust te brengen in de zorg voor het kind. Waar de 253a-procedure eerste een middel was om dat doel te bereiken, is het een gelijkwaardige verdeling van zorg- en opvoedingstaken en daarmee de 253a-procedure een middel geworden om meer rust in de zorg voor de minderjarige te creëren. De ouders zijn hier primair verantwoordelijk voor, ook als deze ouders feitelijk gescheiden zijn en een zorgregeling moeten treffen waarin de zorg- en opvoedingstaken ten aanzien van het kind moeten worden verdeeld. Daarom heeft de rechter in de 253a-procedure op de eerste plaats een bemiddelende rol. Dit is ook zo uitdrukkelijk opgenomen in het vijfde lid van artikel 253a. Slechts indien een 'vergelijk' tussen de ouders niet tot stand kan komen beslist de rechter op een verzoek als in het eerste of tweede lid. Een beslissing als in het eerste of tweede lid van artikel 253a, is een beslissing als het de rechter "in het belang van het kind wenselijk voorkomt". Aangezien het belang van het kind op de eerste plaats een gelijke verdeling van zorgtaken verlangt, dient de rechter van dit uitgangspunt zoveel mogelijk uit te gaan, ook indien een geheel gelijkwaardige verdeling niet meer in het belang van het kind is. Het is de taak van de rechter een oplossing te vinden zoals hem in het belang van het kind wenselijk voorkomt.

In de procedure waarin een kinderschermingsmaatregel aan de orde is, zal de rechter ook uit moeten gaan van het standpunt dat de ouders er primair verantwoordelijk voor zijn dat de minderjarige opgroeit in een opvoe-

dings- en leefsituatie waarin hij zich op een gezonde en evenwichtige wijze kan ontwikkelen. De rechter zal altijd naar een oplossing proberen te zoeken, waarbij de huidige opvoedingssituatie zoveel mogelijk in stand blijft. Evenwel kunnen de belangen van het kind met zich brengen dat van het genoemde uitgangspunt moet worden afgeweken. De rechter zal ook in het kader van de kinderbeschermingsmaatregelen uiteindelijk een beslissing moet nemen als hem in het belang van het kind wenselijk voorkomt.

2.3. *Subsidiariteit en proportionaliteit in de 253a-procedure*

Wanneer brengen de belangen van het kind mee dat van het uitgangspunt van een gelijkwaardige verdeling van zorgtaken mag of moet worden afgeweken en op welke wijze en in welke mate mogen de rechten van de wettelijk vertegenwoordiger daarbij worden beperkt? Twee soorten bedreigingen van het belang van het kind kunnen daartoe aanleiding zijn. Ten eerste kan het uitgangspunt van een gelijkwaardige verdeling worden verlaten, indien een medische behandeling die *noodzakelijk* wordt geacht ter afwending van ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige, niet tot stand kan komen als men blijft vasthouden aan deze gelijkwaardige verdeling. Het belang van de minderjarige bij de medische behandeling weegt dan zwaarder dan het belang bij rust in de zorg voor hem. Ten tweede kan het gezag van de ouder die zonder legitieme reden geen toestemming wil geven voor een *gewenste* behandeling, worden beperkt indien het uitblijven van de behandeling psychosociale schade oplevert voor de minderjarige. De ouder wordt dan tijdelijk niet in staat geacht op adequate wijze invulling te geven aan zijn vertegenwoordigingbevoegdheid, zodat een gelijkwaardige verdeling van zorg- en opvoedingstaken de beoogde rust niet kan realiseren.

Wanneer aansluiting wordt gezocht bij de bedoeling van de wetgever bij de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding en bovendien bij het vereiste van proportionaliteit, levert de veroordeling tot een doen de meest beperkte ingreep in het gezagsrecht op. Immers, de zorgregeling op basis van gelijkwaardigheid blijft behouden, in de zin dat de ouders gezamenlijk vertegenwoordigingsbevoegd blijven ten aanzien van hun kind en dat zij samen toestemming ‘mogen’ geven voor de medische behandeling. Indien de veroordeelde ouder vervolgens weigert te voldoen aan het vonnis, kunnen de spanningen die daardoor binnen het gezin ontstaan, ervoor zorgen dat aan het doel om meer rust te creëren in de zorg voor de minderjarige, geheel voorbij wordt gegaan. In dat geval, of indien dergelijke problemen te verwachten zijn, kan de rechter vervangende toestemming geven voor een concrete medische behandeling, zodat de behandeling in ieder geval kan plaatsvinden. Natuurlijk kan een ouder die weigert te handelen in het belang van het kind ook verdergaande maatregelen verwachten, zoals het eenoudergezag van de andere ouder of de gezagsontneming via kinderbeschermingsmaatregelen. Tot slot kan de rechter – bij wijze van een zorgregeling – de vertegenwoordigingsbevoegdheid tijdelijk aan de andere ouder opgedragen. Van deze laatste mogelijkheid dient, vanwege het vergaande karakter en gezien de alternatieven voor een dergelijke probleemsituatie (de kinderbeschermingsmaatregelen of het eenoudergezag) beperkt gebruik te worden gemaakt, namelijk alleen om een tijdelijke situatie te overbruggen waarin de minderjarige een reeks van behandelingen te wachten staat en derhalve meerdere beslissingen moeten worden

genomen in dat kader en de ouder in die periode niet in staat is of kan worden geacht aan zijn verantwoordelijkheden op adequate wijze invulling te geven.

2.4. Subsidiariteit en proportionaliteit van de kindbeschermingsmaatregelen

Het belang van het kind in het kader van de jeugdzorg houdt in dat zijn recht op een gezonde en evenwichtige ontwikkeling en groei naar zelfstandigheid wordt beschermd. Het doel van jeugdbescherming is te waarborgen dat de minderjarige opgroeit in een opvoedings- en leefsituatie waarin hij zich op een gezonde en evenwichtige wijze kan ontwikkelen. Het uitgangspunt is dat in de bestaande opvoedingssituatie deze rechten het beste gewaarborgd zijn, omdat in die opvoedingssituatie stabiliteit en continuïteit in de opvoeding van de minderjarige het best kan worden gewaarborgd. De verantwoordelijkheid om die continuïteit te verwezenlijken ligt dus primair bij de ouders en secundair bij de overheid. Slechts indien er sprake is van een voldoende concrete noodzaak om van dat uitgangspunt af te wijken kan men zeggen dat er gronden aanwezig zijn om aan te nemen dat de belangen van het kind niet langer gewaarborgd zijn bij de volledige en onbeperkte gezagsuitoefening door zijn ouders.

Om vast te stellen wanneer er sprake is van een dergelijke noodzaak is ten eerste een vergelijking gemaakt tussen de maatregel inhoudende de vervangende toestemming enerzijds en de maatregel tot schorsing van het gezag en voorlopige voogdij anderzijds. Ten tweede is de nog niet in werking getreden maatregel ex artikel 265e (nieuw) bestudeerd.

2.4.1. De vergelijking

De rechter mag slechts vervangende toestemming geven voor een medische behandeling of ten behoeve van die medische behandeling het (ouderlijk) gezag schorsen, indien die behandeling noodzakelijkheid is om ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige te voorkomen (invulling van het subsidiariteitsbeginsel). Hier kan ook worden verstaan de noodzaak om het risico op ernstig gevaar te voorkomen, zoals door een preventieve maatregel als inentingen c.q. vaccinaties. Ook de geestelijke gezondheid van de minderjarige kan door het kindbeschermingsrecht beschermd worden.

Waar maatregel tot schorsing van het gezag en maatregel tot (v)ots in combinatie met vervangende toestemming het meest in verschillen, is het aantal behandelingen waarvoor het gezag beperkt mag worden. Vervangende toestemming wordt gegeven voor een zeer concreet aan te wijzen behandeling. Het gezag kan ten behoeve van de medische behandeling beperkt worden geschorst. Dit kan inhouden dat het Bzj toestemming mag geven voor één of enkele medische verrichtingen ter behandeling van een duidelijk afgebakende 'aandoening', voor zover er tijdens het behandelingstraject geen ingrijpende wijziging van omstandigheden voordoet. Elke behandeling moet op zich worden gezien indien het niets te maken heeft met de behandeling waarvoor de het gezag oorspronkelijk is geschorst. Deze meer ingrijpende beperking van het gezagsrecht die de schorsing met zich brengt, is gerechtvaardigd indien een tijdelijke situatie moet worden overbrugd waarin de minderjarige een reeks van behandelingen te wachten staat en derhalve meerdere beslissingen moeten worden genomen in dat kader en de ouder in

die periode niet in staat kan worden geacht aan zijn verantwoordelijkheden op adequate wijze invulling te geven (proportionaliteit).

2.4.2. De toekomstige maatregel

Op grond van het toekomstige artikel 265e kan, indien dit ingrijpen noodzakelijk is in verband met de uitvoering van de ondertoezichtstelling van de uit huis geplaatste minderjarige, de kinderrechter bij de verlening van de machtiging tot uithuisplaatsing en ook nadat deze machtiging is verleend, op verzoek bepalen dat het gezag gedeeltelijk wordt uitgeoefend door de stichting die het toezicht uitoefent. Het zorgt in de praktijk nog al eens problemen voor uitvoering van de ots van de (langdurig) uit huis geplaatste minderjarige wanneer ouders weigeren toestemming te verlenen voor een medische behandeling. Dit vormt een bedreiging voor een gezonde en evenwichtige ontwikkeling van de minderjarige. Een tijdelijke beperking van het gezagsrecht kan die bedreiging wegnemen zodat de doelen van de ots beter kunnen worden bereikt.

2.4.2.1. Subsidiariteit

Feiten en omstandigheden die het oordeel rechtvaardigen is de omstandigheid dat de ouder, door toestemming te weigeren, misbruik maakt van het gezag. In dat geval kan niet worden volstaan met een eenmalige vervangende toestemming voor de *noodzakelijk* geachte behandeling. Hoewel het belang van het kind bij een *gewenste* behandeling in beginsel ondergeschikt is aan het belang dat de ouder heeft bij zijn gezagsuitoefening, kan misbruik van gezag ook het oordeel rechtvaardigen dat het belang van kind bij een stabiele opvoedingssituatie en derhalve bij een adequate uitvoering van zijn ondertoezichtstelling, zwaarder weegt.

Concluderend kan een maatregel ex artikel 265e worden genomen voor de wenselijk of noodzakelijk geachte medische behandeling, zolang de ots en uithuisplaatsing zinvol wordt geacht en gericht zijn op het weer volledig kunnen toevertrouwen van de ouderlijke verantwoordelijkheden aan de ouder(s) met gezag, maar de ouder misbruik maakt van zijn gezag door toestemming te weigeren (subsidiariteit).

2.4.2.2. Proportionaliteit

Vervolgens is op grond van de eisen die het EHRM aan de nationale overheden stelt, bepaald in welke mate het Bijz tijdelijk de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de ouder(s) mag overnemen. Het EHRM heeft in de zaak *Glass v. UK* geoordeeld dat door de hulpverlener slechts aan een weigerende ouder voorbij kan gaan als het een spoedeisend geval betreft of indien hiervoor rechterlijke (vervangende) toestemming is verkregen. De behandeling die aanleiding is om het geschil aan de rechter voor te leggen wordt direct getoetst.

Het gezag wordt op grond van artikel 265e beperkt overgedragen, namelijk voor één of enkele medische verrichtingen ter behandeling van een duidelijk afgebakende 'aandoening', voor zover er tijdens het behandelingstraject geen ingrijpende wijziging van omstandigheden voordoen. Elke behandeling moet op zich worden gezien indien het niets te maken heeft met de behandeling waarvoor de het gezag oorspronkelijk

gedeeltelijk voor is overgedragen. Dan kan ook toestemming voor een reeks van behandelingen worden gegeven die nog onvoldoende bepaalbaar zijn maar tevens noodzakelijk zullen zijn om ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige te voorkomen (proportionaliteit).

2.5. Gezamenlijke uitgangspunten

In § 1 van hoofdstuk 4 werd gesteld dat de impact op de opvoedingssituatie meer ingrijpend veranderd indien een kinderbeschermingsmaatregel wordt uitgesproken, dan wanneer een zorgregeling ex artikel 253a wordt vastgesteld. Vooral voor de minderjarige zelf betekent dit dat een derde min of meer langdurig wordt betrokken in zijn opvoedingssituatie. Aangezien de belangen van het kind de eerste overweging dienen te zijn bij een beslissing van de rechter, zou het logisch zijn dat zwaardere eisen worden gesteld aan het feitencomplex in een kinderbeschermingsprocedure dan in een 253a-procedure, wil een ingreep in het gezagsrecht op grond van de kinderbeschermingsmaatregelen gerechtvaardigd zijn.

Echter, vergelijkbare belangen van het kind staan op het spel, namelijk de belangen van het kind bij de bescherming van zijn recht op gezondheid c.q. lichamelijke integriteit respectievelijk zijn recht op een gezonde en evenwichtige ontwikkeling. Het zijn dan ook dezelfde omstandigheden (denk dan aan de noodzaak van de behandeling om ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige te voorkomen, of gewenstheid van de behandeling mede gezien het misbruik van gezag van de weigeren ouder), op basis waarvan kinderbeschermingsmaatregelen het gezag tijdelijk mogen beperken, ook al heeft dat voor de minderjarige een diepere impact in zijn opvoedingssituatie. Zowel de 253a-procedure als de kinderbeschermingsmaatregelen hebben primair voor ogen de belangen van het kind te beschermen. Beide wettelijke kaders gaan uit van de veronderstelling dat de belangen van het kind het meest gediend zijn bij rust in de zorg van dat kind respectievelijk continuïteit en stabiliteit in zijn opvoeding en ontwikkeling. Bij dit uitgangspunt hoort de gedachte dat in de oorspronkelijke opvoedingssituatie deze rust en continuïteit het best gewaarborgd is en dat zijn wettelijk vertegenwoordigers hier dan ook primair (gezamenlijk) voor verantwoordelijk zijn. Slechts indien er sprake is van een contra-indicatie, kan van dit uitgangspunt worden afgeweken. In het kader van deze scriptie kan van dat uitgangspunt worden afgeweken ten eerste indien een noodzakelijk geachte medische behandeling geen doorgang kan vinden indien (gezamenlijk) gezag van zijn (beide) ouders niet wordt ingeperkt en ten tweede indien het uitblijven van de medische behandeling, of deze nu enkel gewenst is of deze noodzakelijk is om ernstig gevaar voor zijn gezondheid te voorkomen, een bedreiging vormt voor zijn belang om op te groeien in een opvoedings- en leefsituatie waarin hij zich op een gezonde en evenwichtige wijze kan ontwikkelen.

2.6. Wils(on)bekwaamheid van de minderjarige

De minderjarige van twaalf jaar of ouder dient ook toestemming te geven voor zijn medische behandeling, mits hij bekwaam kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake die specifieke medische behandeling (artikel 7:465 lid 2 BW, zie hoofdstuk 5). Kinderen van twaalf jaar of ouder kunnen in sommige gevallen, desondanks niet in staat worden geacht tot een redelijke waardering van hun belangen ter zake. Zij

worden wilsonbekwaam geacht. Indien de minderjarige wilsonbekwaam is, worden de verplichtingen die de hulpverlener heeft ten opzichte van de patiënt nagekomen jegens zijn ouder(s) c.q. voogd(en). Alleen deze wettelijk vertegenwoordiger hoeft dan toestemming te geven voor de verrichtingen.

In het laatste hoofdstuk heb ik de problematiek besproken die bestaat omtrent het vaststellen van wils(on)bekwaamheid van de minderjarige. De rechter blijkt niet goed uit de voeten te kunnen met zijn taak om een oordeel te geven over de juistheid van het deskundigenoordeel. Rechtsongelijkheid en willekeur zijn hierdoor geen uitzondering: de Nederlandse rechters hanteren verschillende beslissingsmodellen waarin zij steeds andere omstandigheden een rol laten spelen en deze omstandigheden ook steeds een ander gewicht toekennen, waardoor zij tot verschillende conclusies in vergelijkbare gevallen komen. In mijn ogen is dit onacceptabel, gezien de gevolgen voor de rechtspositie van de minderjarige bij de vaststelling of deze wilsbekwaam is of niet

Het probleem wordt mijns inziens veroorzaakt door een tweetal factoren. Enerzijds is van het begrip wilsbekwaamheid in de wet geen definitie opgenomen. Evenmin kent de wet een criterium voor het vaststellen van wilsbekwaamheid. Dit heeft ten eerste tot gevolg dat de rechter geheel vrij is in het toekennen van doorslaggevende betekenis aan een of meerdere omstandigheden van het geval, waarvan de wetsgeschiedenis leert dat aan die omstandigheden juist helemaal geen betekenis mag worden toegekend (zie hierna onder § 3 en 4).

Anderzijds ontbeert de rechter het aan voldoende medische kennis en praktische scholing tot het vaststellen van wilsbekwaamheid. De rechter is daardoor gedwongen bijna volledig uit te gaan van de juistheid van het deskundigenoordeel van de hulpverlener, zodat een rechterlijke toets niets meer lijkt dan een formele procedure zonder inhoudelijk oordeel over de juistheid van het deskundigenoordeel.

2.6.1. Op zoek naar een oplossing

Ik ben op zoek gegaan naar een oplossing voor dit probleem. Ten eerste is onderzocht of een wettelijke definitie of een wettelijk criterium nodig is om meer eenheid te creëren in de rechterlijke toets van wilsbekwaamheid. Is een rechterlijk criterium misschien namelijk meer geschikt voor toepassing door (andere) rechters. Immers, de rechtspraak kan een enorme bijdrage leveren aan de ontwikkeling van een leerstuk. Onze Hoge Raad heeft zich (nog) niet uitgelaten in een zaak waarin de wilsbekwaamheid van een minderjarige moest worden vastgesteld.

Om die reden is gekeken naar het Angelsaksische rechtsstelsel van het Verenigd Koninkrijk. Vanwege de overheersende rol van *case law* in dit rechtsstelsel levert dit onderzoek mijns inziens een goede vergelijking op.

Het criterium is ‘wilsbekwaamheid’ in het Britse positieve recht (*statute law*) neergelegd en de betekenis van het begrip in een situatie waarin het een minderjarige patiënt betreft die jonger is dan zestien jaar is uitgewerkt in de rechtspraak (*common law*). Vanwege de sterke precedentwerking van deze uitspraken binden zij latere rechters in beginsel. Zoals Judge Silber heeft opgemerkt is ook de hulpverlener hieraan gebonden. Hoewel het recht van het VK evenmin een wettelijke definitie van wilsbekwaamheid van jonge minderjarige heeft, is het leerstuk van de

wils(on)bekwaamheid van de minderjarige uitstekend in de rechtspraak geëvolueerd. Lagere rechters dan de House of Lords moeten de precedents in beginsel in acht nemen en hun besluitvorming daaraan conformeren. Tegelijkertijd zal de discussie omtrent de beoordeling van de wilsbekwaamheid van de minderjarige patiënt altijd in beweging blijven, om de uitgangspunten die bij deze beoordeling moeten worden gehanteerd nog altijd verfijning en uitbreiding behoeven. Hierna bij de aanbevelingen is een voorstel gedaan voor een mogelijk juridisch criterium (3.2.).

Ten tweede is onderzocht op welke wijze de rechter kan worden bijgeschoold in het beoordelen van de wilsbekwaamheid. Met andere woorden, welke concrete handvatten de rechter kunnen worden aangereikt zodat hij een meer gedetailleerd beeld krijgt van bijvoorbeeld de voorwaarden waaronder de toetst dient plaats te vinden, de vragen die daarbij moeten worden gesteld en worden beantwoord en welke rol de wettelijke vertegenwoordiger heeft de procedure en in het besluitvormingsproces. Het ontbreekt de rechter gewoonweg aan voldoende medische kennis en praktische scholing tot het vaststellen van wilsbekwaamheid. Een rechter lijkt me bekwaam genoeg om de complexiteit van een oordeel over de wilsbekwaamheid van een minderjarige te bevatten. Met een betere voorlichting van de rechter over de verschillende aspecten van een beslissing van de minderjarige over zijn medische behandeling, kan de rechter beter een zelfstandig oordeel vormen over de feitelijke situatie. Hierna bij de aanbevelingen is voorgesteld hoe die voorlichting vorm kan krijgen (3.2.).

§ 3 Aanbevelingen

De subvragen onder nummer 6 luiden als volgt. Zijn er concrete handvatten te formuleren voor de rechter bij de beoordeling van een concreet geval waarin het een conflict omtrent de medische behandeling van een kind betreft? In de vorm van een ‘beslissingsmodel’ bijvoorbeeld? Welke concrete handelwijzen van de rechter verdienen aanbeveling en welke andere concrete stappen kunnen worden genomen om het besluitvormingsproces van de rechter te vergemakkelijken, transparanter en meer voorspelbaar te maken?

De invulling die aan het subsidiariteits- en het proportionaliteitsbeginsel is gegeven heeft ten aanzien van de 253a-procedure en van de kindbeschermingsmaatregelen enkele voor veralgemening vatbare ‘rechtsregels’ opgeleverd, die de rechter mijns inziens in acht zou moeten nemen bij een beslissing die hij in een van deze procedures dient te nemen. Deze rechtsregels zijn vertaald naar twee beslissingsmodellen die zijn opgenomen als bijlage II en III bij deze scriptie. Echter, zoals ik onder 5.1. van de inleiding heb opgemerkt, kunnen niet alle omstandigheden die moeten worden meegewogen in het rechterlijk oordeel, in een voor veralgemening vatbaar beslissingsmodel worden opgenomen. Deze bijlagen spreken voor zich na de hoofdstukken 3 en 4 te hebben gelezen, zodat zij hier geen toelichting meer behoeven. Ik heb beveel dus geen wetswijzigingen of iets dergelijks aan. Ik beveel slechts enkele handel- en denkwijzen aan om de rechtsbescherming van de minderjarige en zijn ouders meer effectief en meer gelijk in gelijke gevallen te laten zijn.

Hierna zijn voorts enkele vormvoorschriften aanbevolen die de rechter mijns inziens in acht moet nemen in een procedure ex artikel 253a, 265h (nieuw) en 268 lid 1 aanhef en onder b (nieuw). Tot slot zijn aanbevelingen gedaan voor een oplossing van de problemen die de rechter ondervindt bij het vaststellen van de wilsbekwaamheid van de minderjarige.

3.1. Vormvoorschriften

De negatieve gevolgen van het uitblijven van de medische behandeling, zullen voldoende concreet en voldoende actueel moeten zijn. Een deskundigenoordeel is onontbeerlijk om de juiste conclusie te trekken over de noodzaak van de medische behandeling om ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige te voorkomen. Het verdient voorts aanbeveling om steeds een deskundigenoordeel van de raad of de bemoeienis van het Bz bij de oordeelsvorming te betrekken. Het betreft hier immers een gezagsbeperking, en voor het vaststellen van de noodzaak van deze beperking zal de rechter zich op een zo volledig mogelijk dossier moeten baseren. Het geeft een waarborg tegen willekeurig overheidsoptreden, hetgeen de rechtspositie van de wettelijk vertegenwoordiger en die van het kind versterkt. Een onderzoek naar de feitelijke situatie in het gezin en de positie van de jeugdige daarin kan hieraan bijdragen. Vooral het vaststellen van het nadeel dat de minderjarige ondervindt bij het uitblijven van een wenselijke behandeling, zal niet eenvoudig zijn. Om te bepalen of er sprake is van een objectief bepaalbaar belang van het kind bij een ongelijkwaardige verdeling van zorg- en opvoedingstaken lijkt mij in deze gevallen raadsonderzoek zelfs onontbeerlijk.

3.2. Het vaststellen van wilsbekwaamheid

Ik heb geconcludeerd dat het wenselijk zou zijn als de Hoge Raad een uitspraak zou doen in een zaak over de wilsbekwaamheid van de minderjarige patiënt. Tot die tijd zouden rechters mijns inziens aan het volgende juridische criterium moeten hanteren bij het vaststellen van wilsbekwaamheid.

Een patiënt kan als wilsbekwaam worden beschouwd, als hij er blijk van geeft de op zijn bevattingsvermogen afgestemde informatie te begrijpen naar de mate die voor de aard en reikwijdte van de specifieke te nemen beslissing noodzakelijk is en in staat is op basis van deze informatie een keuze te maken.

De vraag of de minderjarige in staat is op basis van die informatie een keuze te maken, dient in beginsel negatief te worden beantwoord indien de minderjarige weigert toestemming te geven voor een behandeling die objectief gezien ernstig gevaar of ander vermijdbaar nadeel voor diens gezondheid kan voorkomen of genezen, terwijl de minderjarige absoluut geen doodswens heeft of absoluut de risico's die het niet-behandelen met zich brengen, wil voorkomen (innerlijke inconsistentie) en de minderjarige bovendien:

- *Ofwel geen enkel rationeel of weloverwogen verweer heeft gevoerd tegen het plaatsvinden van de verrichtingen;*
- *Ofwel een dergelijk rationeel en weloverwogen verweer niet kan of wil vormen, althans dat dit niet van hem gevergd kan worden, gezien zijn jeugdige leeftijd en zijn relatief lage ontwikkelingsniveau.*

Bovendien zou de rechter voorgelicht dienen te worden over de concrete vragen die de rechter c.q. de hulpverlener moet stellen en welke stappen in het besluitvormingsproces omtrent de medische behandeling moeten worden gezet om tot een gewogen beslissing te komen. Hierdoor wordt het hiervoor geciteerde criterium nader geconcretiseerd. Studiedagen zoals georganiseerd door de Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht, kunnen aan deze voorlichting bijdragen. Bovendien zijn de onderzoeksresultaten en de protocollen die tot stand komen in de praktijk van de geneeskunde (zie hiervoor onder 6.1.), niet alleen voor de hulpverlener relevant. . Vanuit de wetenschap, maar ook vanuit de maatschappij worden steeds initiatieven genomen om hulpverleners meer handvatten te bieden bij het uitvoeren van hun taak. Het tijdschrift Journaal Ggz en recht kan in deze ook een belangrijke voorlichtingsfunctie vervullen. Zij specialiseren zich op het grensgebied van het recht en de geestelijke gezondheidszorg en zij kunnen derhalve onderzoeksresultaten en ontwikkelingen in de praktijk (zoals de publicatie van het protocol door de Bascule) onder de aandacht van de rechter brengen. Het Ministerie van Justitie kan, eventueel in samenwerking met het Ministerie van VWS, tevens een studiedag organiseren. Op een dergelijke studiedag moet de bekwaamheid van de minderjarige in een breder kader dan slechts een juridisch kader worden gezien. Naast de juridische aspecten van een door de minderjarige te nemen beslissing, zoals deze al zijn weergegeven in de handreiking van het Ministerie van Justitie, moeten bijvoorbeeld tevens de sociale en morele aspecten van de beslissing worden besproken.

LITERATUUR

Asser-De Boer 2010

J. de Boer, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Personen en familierecht*, Deventer: Kluwer 2006;

Asser-De Ruiter I 1984

J. de Ruiter, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Personen en familierecht*, Deventer: Kluwer 1984

Bainham 2005

A.Bainham, *'Children: the Modern Law'*, Bristol: Family Law 2005;

Blankman en Ruitenberg 2004

K. Blankman en G. Ruitenberg, 'Opneming en behandeling van minderjarigen in psychiatrische ziekenhuizen; om gestoord van de worden?', *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht*, 2004-9;

Bouckaert 2002

B. Bouckaert, *Algemene rechtsleer en rechtsmethodiek*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2002;

De Bruijn-Lückers en Punselie, 2004

M.L.C.C. de Bruijn-Lückers en E.C.C. Punselie, 'Medisch handelen en kindbescherming', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 2004(28), p. 578-591;

Bruning en Kok 2008

M.R. Bruning en J. Kok, *Herziening kindbeschermingsmaatregelen. Commentaren op het voorontwerp van wet (FJR-congresbundel)*, Deventer: Kluwer 2008;

Burkens e.a. 2006

M.C. Burkens e.a., *Beginnelsen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2006 (zesde druk);

Cohen e.a. 2009

A.P. Cohen, P.W. Troost, H. van Eijk en A.J.K. Hondius, "Medisch-juridische aspecten van wilsbekwaamheid in de kinder- en jeugdpsychiatrie: een protocollaire benadering", *Jaartal Ggz en recht*, nr. 7 (2009), p. 194-199;

Ditters 2009

K.M. Ditters, "De Nederlandse vertaling van de MacCAT-T: een onderzoek naar de bruikbaarheid ervan in de praktijk", *Jaartal Ggz en recht*, nr. 7 (2009), p. 199 ev.;

Doek (Losbl. Jeugdrecht en Jeugdhulpverleningsrecht)

J.E. Doek, 'De maatregelen van kindbescherming', in: P. Vlaardingerbroek en F.G.A. ten Siethoff (red.), *Jeugdrecht en Jeugdhulpverleningsrecht*, Amsterdam: Elsevier Juridisch (losbl.);

Doek (Losbl. Personen- en familierecht)

J.E. Doek, 'Burgerlijk Wetboek 1', in: S.F.M. Wortmann (red.), *Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer (losbl.);

Doek en Vlaardingerbroek 2009

J.E. Doek en P. Vlaardingerbroek, *Jeugdrecht en jeugdzorg*, Amsterdam: Elsevier Juridisch 2009;

Dorscheidt 2006

J.H.H.M. Dorscheidt, *Levensbeëindiging bij gehandicapte pasgeborenen. Strijdig met het non-discriminatiebeginsel?*, Groningen: SDU 2006;

Van Eyk, Ouwens en Hondius 2008

H. van Eyk, M.A. Ouwens en A.J.K. Hondius, "MacCAT-T, instrument bij de beoordeling van wilsbekwaamheid", *Journal Ggz en recht*, 3-4 (2008), p. 53-57;

Foster 2006

C. Foster, "Gillick rules OK: The Sue Axon case", *The Solicitors Journal S.J.*, vol. 150, nr. 5 (2006) p. 154-155;

Grisso en Appelbaum 1997

T. Grisso en P.S. Appelbaum, "The MacCAT-T: A clinical Tool to Assess Patients' Capacities to make treatment decisions", *Psychiatric Services*, 1997-48, p. 1415-1419

Hendrick 2010

J. Hendrick, *Law and Ethics in Children's Nursing*, West-Sussex: Wiley-Blackwell 2010;

Hondius en Frederiks 2007

A.J.K. Hondius en B.J.M. Frederiks, 'Wilsbekwaamheid bij dwangtoepassing', *Journal Ggz en recht*, nr. 3-4 (2007), p. 57-62;

Hondius, Zijderhoudt en Honig 2005

A.J.K. Hondius, R. Zijderhoudt & A. Honig, "Wilsonbekwaamheid vaststellen. Een casus en een stappenplan", *Maandblad Geestelijke volksgezondheid*, 60 (2005), p. 597-607;

Hugenholtz/Heemskerk 2009

mr. W. Hugenholtz, voortgezet door mr. W.H. Heemskerk, *Hoofdpijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Amsterdam: Elsevier Juridisch 2009;

Michiels 2009

F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, 2009, Deventer: Kluwer 2009;

Miller, Drotar en Kodish 2004

V.A. Miller, D. Drotar en E. Kodish, "Children's competence for assent and consent: a review of empirical findings", *Ethics and Behavior*, 14(3), p. 255-295;

Schrama 2008

W.M. Schrama, 'Het ouderschapsplan voor ouders in een informele relatie', *WPNR*, 2008-6748, p. 249-251;

Veldkamp en Bogers 1993

A.W.M. Veldkamp en T.P.A.M. Bogers, "Recht op vaccinatie, een uitgemaakte zaak. De poliodiscussie en haar verlamme uitwerking op de rechten van het kind", *NJB* 1993-33, p. 1170 ev.;

Wheeler 2006

R. Wheeler, "Gillick or Fraser? A plea for consistency over competence in children. Gillick and Fraser are not interchangeable", *British Medical Journal* 2006, vol. 332, p. 807.

Wortmann en Van Duijvendijk-Brand 2009

S.F.M. Wortmann en J. van Duijvendijk-Brand, *Compendium Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2009.

JURISPRUDENTIE

- EHRM, 10 mei 2001, appl.nr. 00029392/95 (*Z. v. UK*);
- EHRM, 9 maart 2004, 39 EHRR 15, *NJB* 2004-21, p. 1084 (*Glass v. UK*);
- EHRM 17 december 2002, NJ 2004, 632 m.nt. JdB (*Venema v. Nederland*);

- HR 15 december 2000, NJ 2001, 123 m. nt. SFMW;
- HR, 26 maart 2004, *NJ* 2004, 637;
- HR 18 november 2005, NJ 2005, 574 m.nt. SW;
- HR 19 oktober 2007, NJ 2008, 51 m.nt. SFMW;
- HR 25 april 2008, LJN: BC5901;
- HR 27 februari 2009, LJN: BG5045;

- Hof 's-Gravenhage, 12 februari 1999, *FJR* 99, p. 108-109, 52;
- Hof 's-Hertogenbosch, 26 november 2002, *FJR* 2003, p. 214-215;
- Hof 's-Hertogenbosch, 15 april 2004, LJN: AO7714;
- Hof Leeuwarden, 25 februari 2008, LJN: BC5102;
- Hof 's-Hertogenbosch, 26 januari 2010, LJN: BL0931;
- Hof 's-Gravenhage, 20 mei 2010, LJN: BN9308;
- Hof Amsterdam, 31 augustus 2010, LJN: BN7966;
- Hof Amsterdam, 31 augustus 2010, LJN: BO1064;
- Hof Amsterdam, 31 augustus 2010, LJN: BO1069;

- Rb Rotterdam, 24 april 2001, LJN: AB1786;
- Rb 's-Gravenhage, 24 december 2002, LJN: AO5311;
- Rb Roermond, 26 maart 2003, *Tijdschrift voor gezondheidsrecht*, 27 (2003), p. 484-512;
- Voorzieningenrechter, rechtbank Haarlem, 15 april 2005, *RFR* 2005, 68, *NJF* 2005, 195;
- Rb Almelo, 30 september 2005, LJN: AU7140;
- Rb Haarlem 12 december 2005, *RFR* 2006, 21;
- Rb Haarlem, 13 december 2005, LJN: AU7927;
- Rb Zutphen, 31 juli 2007, LJN: BB0833;
- Rb 's-Gravenhage, 23 oktober 2007, LJN: BB8075;
- Rb 's-Gravenhage, 8 april 2008, LJN: BC9143;
- Rb Roermond, 16 april 2008, LJN: BC9696;
- Rb Utrecht, 7 juli 2008, LJN: BD6797;
- Rb Roermond, 1 oktober 2008, 87115/FA RK 08-760, LJN: BG3544;
- Rb Groningen, 13 januari 2009, LJN: BH0709;

- Rb Arnhem, 19 februari 2009, LJN: BH4025;
- Rb Utrecht, 15 mei 2009, 267078/JE RK 09-1060 LJN: BI7161;
- Rb Groningen, 25 november 2009, LJN: BK7384;
- Rb Roermond, 26 november 2009, LJN: BK5011;
- Rb Roermond, 2 december 2009, LJN: BK5155.
- Rb Zutphen, 10 december 2009, LJN: BK7069;
- Rb 's-Gravenhage, 10 december 2009, LJN: BL0577;
- Rb Amsterdam, 12 maart 2010, LJN: BL9136;
- Rb Utrecht, 19 augustus 2010, LJN: BN6672;
- Rb Leeuwarden, 10 september 2010, LJN: BO5150;
- *Gillick v West Norfolk & Wisbech AHA & DHSS* [1985] 3 WLR;
- *R (on the application of Axon) v. Secretary of State of Health and the Family Planning Association* [2006] EWHC 37.

OVERIGE BRONNEN

Tekst & Commentaar Personen en –Familierecht, 2008 en 2010;

Groene Serie Personen- en Familierecht;

Implementatie van de WGBO. Van wet naar praktijk. Deel 2 Informatie en Toestemming, J.M. Witmer en R.P. de Roode, Den Haag: KNMG 2004

Kinderen Eerst!, Advies van de Werkgroep Wetgeving voor de aanpassing van de kindbeschermings-wetgeving in opdracht van het ministerie van Justitie in het kader van het beleidsprogramma Beter Beschermd, Utrecht, augustus 2006;

Brochure MvJ, Handreiking voor de beoordeling van wilsonbekwaamheid, 1 januari 2007;

Special E-Quality Matters over het onderzoeksrapport 'Nieuwe gezinnen. Scheidingen en de vorming van stiefgezinnen' en de presentatie op 4 september 2008, september 2008. Jaargang 10;

Briefadvies Gezondheidsraad. Vaccinatie tegen Mexicaanse griep. Den Haag: Gezondheidsraad 2009 (publicatienummer 2009/08).

WEBSITES

Stand van zaken wetsvoorstel nr. 32 015:

www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/32015_verbetering#p1

Instellingen met een BOPZ-aanmerking:

<http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/dwang-in-de-zorg>

Toespraak Rouvoet:

<http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/scheiden/documenten-en-publicaties/toespraken/2009/04/02/ouders-informereren-over-mogelijke-gevolgen-scheiding-voor-kinderen.html>

CBS:

<http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?VW=T&DM=SLNL&PA=60060ned&D1=a&D2=a,!0-7&HD=100827-1713&HDR=G1&STB=T>

Website antroposofie:

<http://www.antroposana.nl/info/vaccineren.htm>

Protocol vaststellen wils(on)bekwaamheid:

<http://www.debascule.com/>

Studiedag Ministerie VWS:

<http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2007/06/29/studiedag-kindermishandeling-juni-2007-kijken-luisteren-en-huiveren.html>

PARLEMENTAIRE STUKKEN

Kamerstukken II, 1989/90, 21 561, nr. 3;

Kamerstukken II, 1992/93, 22 855;

Kamerstukken II, 2001/02, 28 168;

Kamerstukken II, 2003/04, 28 606 en 29 200 VI, nr. 9;

Kamerstukken II, 2004/05, 30 145;

Kamerstukken II, 2008/09, 32 015;

Kamerstukken II, 2008/09, 32 015;

Aanhangsel Handelingen II 2008/09, nr. 3496.

BIJLAGE I

Vrijwillige en Onvrijwillige opnemingsinstelling

Opnemingsinstelling

Mj.	Vrijwillige opnemingsinstelling	Onvrijwillige opnemingsinstelling *)
<12	- Met toestemming ouder(s) met gezag - Vrijwillige uithuisplaatsing art 1:258 lid 3 BW - Machtiging uithuisplaatsing art 1:261 lid 1 BW	Geen toestemming ouder(s) met gezag of verschil van mening art 2 lid 3 onder a/c Wet BOPZ
≥12	- Toestemming ouder(s) met gezag en kind - Vrijwillige uithuisplaatsing art 1:258 lid 3 BW - Machtiging uithuisplaatsing art 1:261 lid 1 BW	Geen toestemming ouder(s) met gezag of verschil van mening en/of geen toestemming kind art 2 lid 3 onder a/c Wet BOPZ
≥16	- Toestemming kind - Vrijwillige uithuisplaatsing art 1:258 lid 3 BW - Machtiging uithuisplaatsing art 1:261 lid 1 BW	Geen toestemming kind art 2 lid 3 onder a/c Wet BOPZ

Behandeling in een BOPZ-instelling

Mj.	Vrijwillig opgenomen	Onvrijwillig opgenomen
Mj.	Vrijwillige behandeling	Onvrijwillige behandeling **)
<12	Met toestemming ouder(s)	- Toestemming één ouder ontbreekt art 1:253a BW of kb-maatregelen - Toestemming ouder met EOG ontbreekt/ouder met GOG ontbreekt kb-maatregelen
≥12	Met toestemming kind of ouder(s) indien wilsonbekwaam	- Toestem. kind ontbreekt: indien wilsonbekwaam met toestemming ouders, indien niet ingrijpend. - Tenzij kennelijk noodzakelijk. art 7:465 lid 6 BW
≥16	Met toestemming kind of wettelijk vertegenwoordiger indien wilsonbekw.	- Toestem. kind ontbreekt: indien wilsonbekwaam met toestemming wettelijk vertegenw., indien niet ingrijpend. - Tenzij kennelijk noodzakelijk. art 7:465 lid 6 BW
Mj.	Onvrijwillig opgenomen	Onvrijwillig opgenomen
Mj.	Vrijwillige behandeling	Onvrijwillige behandeling (dwang)
<12	Met toestemming ouder(s) art 38 lid 1 en 2 Wet BOPZ	Slecht indien volstrekt noodzakelijk om gevaar voor de minderjarige of anderen, voortvloeiende uit de geestelijke stoornis af te wenden
≥12	Met toestemming kind of ouder(s) indien wilsonbekw. art 38 lid 1 en 2 Wet BOPZ	Tenzij het een bij amvb vastgestelde categorie behandelingen betreft art 38 lid 5 Wet BOPZ
≥16	Met toestemming kind of wettelijk vertegenw. indien wilsonbekw. art 38 lid 1 en 2 Wet BOPZ	Tenzij het een tijdelijke noodsituatie betreft art 39 Wet BOPZ

*) Ondanks het instemmen van de minderjarige met de opname, wordt deze vorm van opnemingsinstelling als onvrijwillig aangemerkt, indien beide of een van zijn ouders niet instemmen. Opnemingsinstelling krachtens bevel van de burgemeester tot inbewaringsinstelling (art 20 e.v. Wet BOPZ) of op grond van een rechterlijke machtiging (art 2 e.v., art 14a e.v., art 15 e.v. alsmede art 27 e.v. Wet BOPZ)

**) Met de 1:253a BW procedure, de kb-maatregelen, dan wel art 7:465 lid 6 BW kan hulpverlening worden gefaciliteerd, maar zij kunnen nimmer leiden tot dwangbehandeling van de vrijwillig opgenomen minderjarige

BIJLAGE II

Beslissingsmodel voor de procedure ex artikel 1:253a BW

Is in de loop van de procedure een vergelijk tussen de wettelijk vertegenwoordigers niet tot stand gekomen, en vraagt het belang van het kind dat het gezagsrecht van een van de wettelijk vertegenwoordigers wordt beperkt?

JA: de behandeling is noodzakelijk om ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige te voorkomen **of** de behandeling is noodzakelijk omdat wettelijk vertegenwoordigers gezamenlijk niet in staat kunnen worden geacht hun vertegenwoordigingsbevoegdheid ten aanzien van de minderjarige uit te oefenen, al dan niet omdat één van hen niet in staat kan worden geacht tot een correcte omgang met zijn/haar verantwoordelijkheden

Primair: veroordelen tot een doen

Secundair: vervangende toestemming
- indien executieproblemen bij een 'veroordelen tot een doen te verwachten zijn'

Meersecundair: het vaststellen van een zorgregeling
- indien de minderjarige een reeks van behandelingen te wachten staat
- indien de maatregel nodig is om een tijdelijke noodsituatie te overbruggen en een van de alternatieven (zie onder 5.4. hoofdstuk 3) niet meer geschikt is.

BIJLAGE III

Het beslissingsmodel voor een procedure in het kader van de kinderschermingsmaatregelen zoals opgenomen in artikelen 265h, 268 lid 1 aanhef en onder b en 265e BW (nieuw)

