

# De juridische geboorte van het ongeboren kind

*Een onderzoek naar de juridische voorwaarden om zonder toestemming van de zwangere vrouw in te grijpen ten behoeve van het ongeboren kind.*

|                      |                                                 |
|----------------------|-------------------------------------------------|
| Auteur:              | Thessa van Gils                                 |
| Administratienummer: | 954679                                          |
| Scriptie:            | Masterscriptie jeugd- en familierecht           |
| Examencommissie:     | Mr. R. de Jong en prof. Mr. P. Vlaardingerbroek |
| Opleiding:           | Master Rechtsgeleerdheid                        |
| Afstudeerrichting:   | Privaatrecht                                    |
| Universiteit:        | Tilburg University                              |

## Voorwoord

Al sinds het schrijven van mijn Bachelorscriptie over het vitrificeren van eicellen zonder medische indicatie, is mijn interesse voor het ongeboren kind groot. Doordat ik me in mijn Bachelorscriptie richtte op, al dan niet bevruchte, eicellen, is mijn interesse in het verdere ongeboren leven van de vrucht toegenomen. Met uitstekende begeleiding van mevrouw de Jong heb ik deze interesse om kunnen zetten in een mooi onderzoek naar de mogelijkheden om een medische behandeling ten behoeve van het ongeboren kind uit te voeren, zonder toestemming van de zwangere vrouw.

Mijn dankbetuiging gaat daarom uit naar mijn scriptiebegeleidster, mevrouw de Jong, voor de goede begeleiding, de verhelderende gesprekken en het aanleveren van interessante ideeën.

Tot slot wil ik ook mijn moeder, stiefvader en vriend bedanken voor hun kritische blik op de inhoud, structuur en de spelling.

Thessa van Gils

# Inhoudsopgave

|                                                                                    |           |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1. INLEIDING.....</b>                                                           | <b>5</b>  |
| 1.1 INLEIDING .....                                                                | 5         |
| 1.2 OPBOUW SCRIPTIE .....                                                          | 6         |
| <br><b>2. DE JURIDISCHE STATUS VAN HET ONGEBOREN KIND ALS PATIËNT .....</b>        | <b>7</b>  |
| 2.1 INLEIDING .....                                                                | 7         |
| 2.2 DE FOETUS ALS PATIËNT .....                                                    | 7         |
| 2.3 DE PROGRESSIEVE RECHTSBESCHERMINGSTHEORIE.....                                 | 8         |
| 2.4 DE BESCHERMWAARDIGHEID VAN HET ONGEBOREN KIND IN HET NEDERLANDSE RECHT .....   | 9         |
| 2.4.1 Artikel 1:2 BW en de belangen van het ongeboren kind.....                    | 9         |
| 2.4.2 De ouderlijke zorgplicht.....                                                | 10        |
| 2.5 DE BESCHERMWAARDIGHEID VAN HET ONGEBOREN KIND IN HET INTERNATIONALE RECHT..... | 11        |
| 2.5.1 De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UVRM).....              | 12        |
| 2.5.2 Het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK).....        | 12        |
| 2.5.3 Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) .....                | 12        |
| 2.6 CONCLUSIE.....                                                                 | 13        |
| <br><b>3. DE JURIDISCHE STATUS VAN DE ZWANGERE VROUW ALS PATIËNT .....</b>         | <b>15</b> |
| 3.1 INLEIDING .....                                                                | 15        |
| 3.2 WET AFBREKING ZWANGERSCHAP .....                                               | 15        |
| 3.2.1 Selectieve abortus.....                                                      | 16        |
| 3.2.1.1 Selectieve abortus vanwege het geslacht.....                               | 16        |
| 3.2.1.2 EHRM.....                                                                  | 16        |
| 3.2.1.3 Selectieve abortus vanwege het downsyndroom .....                          | 17        |
| 3.3 HET ZELFBESCHIKKINGSRECHT .....                                                | 17        |
| 3.3.1 Het zelfbeschikkingsrecht en informed consent.....                           | 17        |
| 3.3.2 Zelfbeschikkingsrecht en het recht op lichamelijke integriteit.....          | 19        |
| 3.3.4 Zelfbeschikking en autonomie .....                                           | 20        |
| 3.4 VRIJHEID VAN GODSDIENST .....                                                  | 22        |
| 3.5 DE OUDELIJKE ZORGPLICHT .....                                                  | 23        |
| 3.6 CONCLUSIE.....                                                                 | 24        |

|                                                                      |               |
|----------------------------------------------------------------------|---------------|
| <b>4. FOETO-CHIRURGIE .....</b>                                      | <b>25</b>     |
| 4.1 INLEIDING .....                                                  | 25            |
| 4.2 RECHTVAARDIGING .....                                            | 26            |
| 4.3 TOEDIENING VAN CORTICOSTEROÏDEN BIJ DREIGENDE VROEGGEBOORTE..... | 26            |
| 4.4 INTRA-UTERIENE BLOEDTRANSFUSIE WEGENS FOETALE BLOEDARMOEDE.....  | 28            |
| 4.5 TWEELING-TRANSFUSIE SYNDROOM.....                                | 29            |
| 4.6 OPEN RUGGETJE .....                                              | 30            |
| 4.7 CONCLUSIE.....                                                   | 32            |
| <br><b>5. CONFLICTSITUATIES .....</b>                                | <br><b>33</b> |
| 5.1 INLEIDING .....                                                  | 33            |
| 5.2 WGBO .....                                                       | 33            |
| 5.2.1 <i>Behandelingsovereenkomst</i> .....                          | 34            |
| 5.2.2 <i>Contracteren ten behoeve van het ongeboren kind</i> .....   | 34            |
| 5.2.3 <i>Het ongeboren kind als patiënt?</i> .....                   | 36            |
| 5.2.4 <i>Tussenconclusie</i> .....                                   | 37            |
| 5.3 REIKWIJDTE TOESTEMMINGSVEREISTE .....                            | 37            |
| 5.3.1 <i>Ontbrekende toestemming wegens wilsonbekwaamheid</i> .....  | 38            |
| 5.3.2 <i>Ontbrekende toestemming wegens noodsituatie</i> .....       | 39            |
| 5.3.3 <i>Tussenconclusie</i> .....                                   | 40            |
| 5.4 OVERTUIGEN .....                                                 | 40            |
| 5.5 KINDERBESCHERMINGSWETGEVING .....                                | 41            |
| 5.5.1 <i>Vervangende toestemming</i> .....                           | 41            |
| 5.5.2 <i>Schade</i> .....                                            | 42            |
| 5.5.3 <i>(Voorlopige) Ondertoezichtstelling</i> .....                | 43            |
| 5.5.4 <i>Bijzondere curator</i> .....                                | 44            |
| 5.5.5 <i>Schorsing van het gezag</i> .....                           | 45            |
| 5.5.6 <i>Schuivende lijn</i> .....                                   | 46            |
| 5.6 WGBO OF VERVANGENDE TOESTEMMING? .....                           | 46            |
| 5.7 CONCLUSIE .....                                                  | 47            |
| <br><b>6. CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN .....</b>                      | <br><b>49</b> |
| 6.1 CONCLUSIES .....                                                 | 49            |
| 6.2 AANBEVELINGEN .....                                              | 51            |
| <br><b>7. LITERATUURLIJST .....</b>                                  | <br><b>54</b> |

# Hoofdstuk 1 Inleiding

## 1.1 Inleiding

Prenatale zorg is een vorm van geneeskunde die als doel heeft een gezonde baby geboren laten worden uit een gezonde moeder.<sup>1</sup> In deze vorm van preventieve zorg krijgt de levensstijl van de zwangere vrouw veel aandacht. Deze vrouw is immers verantwoordelijk voor het welzijn van haar toekomstige kind. Doorgaans zal een zwangere vrouw al het mogelijke doen om haar kind zo gezond mogelijk op de wereld te zetten, en zal daarom bereid zijn onderzoeken en behandelingen te ondergaan wanneer dit in het belang van het kind wordt geacht. In de gevallen waarin de zwangere vrouw al het mogelijke doet voor het welzijn van haar ongeborn kind, brengt het feit dat de vrucht zich nog in het lichaam van de vrouw bevindt geen juridische problemen met zich mee. Dit wordt anders wanneer de vrouw het nalaat bepaalde gedragingen achterwege te laten, of wanneer zij weigert een medisch noodzakelijke behandeling ten behoeve van het ongeborn kind te ondergaan.<sup>2</sup> Bijvoorbeeld wanneer een zwangere jehova getuige een voor de vrucht noodzakelijke bloedtransfusie weigert en het leven van het ongeborn kind hierdoor in gevaar brengt. Op grond van de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (WGBO) heeft de arts toestemming van de patiënt nodig om een medische behandeling uit te voeren. Een knelpunt ligt bij de vraag wie in dit soort situaties als patiënt kan worden aangemerkt, de zwangere vrouw of het ongeborn kind. Het medisch behandelen van het ongeborn kind kan echter slechts via het lichaam van de vrouw, zelfs wanneer betoogd kan worden dat de vrucht als patiënt kan worden aangemerkt is dus de toestemming van de zwangere vrouw noodzakelijk om ingrijpen mogelijk te maken.<sup>3</sup> De vraag die hier rijst is of een zwangere vrouw gedwongen zou kunnen worden een medische behandeling te ondergaan die nodig is om gezondheidsschade voor haar ongeborn kind te voorkomen. De meeste juristen die zich over deze materie gebogen hebben zijn geneigd een terughoudend standpunt in te nemen. Een gedwongen behandeling staat immers haaks op het toestemmingsvereiste uit de WGBO . Zo betoogt Leenen in zijn handboek dat indien de zwangere vrouw de behandeling ten behoeve van het ongeborn kind weigert, geen behandeling van de vrucht mogelijk is.<sup>4</sup> Hij stelt dat als aan de foetus het recht toekomt om niet geschaad te worden in zijn gezondheid, en dit recht jegens de zwangere vrouw geldend kan worden gemaakt, het onlogisch is om diezelfde zwangere vrouw het recht te geven de vrucht te laten aborteren.<sup>5</sup> Het in 2009 verschenen signalement van de Gezondheidsraad laat echter zien dat dit betoog niet overtuigend is.<sup>6</sup> De belangen die de zwangere vrouw schaaft wanneer zij een noodzakelijke behandeling weigert, zijn niet slechts de belangen van een ongeborn vrucht maar de belangen van een toekomstig geboren kind. Dit kind zal na zijn geboorte erkend drager van rechten zijn.<sup>7</sup> Er bestaan dus verschillende opvattingen over het wel of niet toestaan van een gedwongen medische

---

<sup>1</sup> Prins 2009, p. 67.

<sup>2</sup> Kalkman-Bogerd 1990, p. 500-513.

<sup>3</sup> Leenen 2011, p 153-155.

<sup>4</sup> Leenen 2011, p. 153-155.

<sup>5</sup> Leenen, p. 154.

<sup>6</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 22.

<sup>7</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 17-19.

behandeling ten behoeve van het ongeboren kind. Er moet een afweging gemaakt worden hoe ver men mag gaan om de zwangere vrouw te dwingen een medische behandeling te ondergaan ten behoeve van haar ongeboren kind.

De vraag die in dit onderzoek centraal staat luidt: “Onder welke juridische voorwaarden kan er tegen de wil van de zwangere vrouw worden ingegrepen door middel van een medische behandeling ten behoeve van haar ongeboren kind?”

## 1.2 Opbouw van de scriptie

Ter beantwoording van de centrale vraag zal er in hoofdstuk 2 worden ingegaan op de juridische status van het ongeboren kind als patiënt. Het ongeboren kind heeft volgens het in Nederland geldende recht geen rechtspersoonlijkheid. Deze begint pas bij de geboorte van het kind. Sinds het in 1990 uitgebrachte advies van de Gezondheidsraad wordt de ongeborene geacht aanspraak te maken op zorg en bescherming.<sup>8</sup> In de literatuur wordt echter verschillend gedacht over de mate van bescherming en de eventuele rechten van dit ongeboren kind. In dit hoofdstuk zal bekeken worden in welke mate het ongeboren kind bescherming kan genieten.

Hoofdstuk 3 zal ingaan op de rechtspositie van de zwangere vrouw ten opzichte van een gedwongen medische behandeling. Deze rechtspositie zal besproken worden aan de hand van de aan haar toekomende grondrechten. Immers, wanneer er sprake is van een gedwongen medische behandeling, kunnen de grondrechten van de vrouw in het geding zijn. In de literatuur wordt verschillend gedacht over de rechten van de zwangere vrouw met betrekking op een gedwongen medische behandeling.

In hoofdstuk 4 wordt onderzocht in hoeverre gedwongen foetale behandelingen gerechtvaardigd kunnen worden aan de hand van de vereisten van proportionaliteit, subsidiariteit en doelmatigheid. Er wordt hier een onderscheid gemaakt tussen vier verschillende behandelingen, waarvan er drie in Nederland reeds erkende behandelingen zijn.

In hoofdstuk 5 wordt een conflictsituatie geschetst. Er wordt gekeken naar de mogelijkheden om in te grijpen wanneer de zwangere vrouw een medisch noodzakelijke behandeling ten behoeve van haar ongeboren kind weigert. Aan de hand een uiteenzetting van de behandelingsovereenkomst wordt gekeken wat de mogelijkheden binnen de WGBO zijn om drang of dwang ten aanzien van de zwangere vrouw toe te passen. Naast de mogelijkheden uit de WGBO worden ook de mogelijkheden uit de kinderbeschermingswetgeving uiteengezet.

---

<sup>8</sup> Gezondheidsraad 1990.

## Hoofdstuk 2

### De rechtspositie van het ongeboren kind als patiënt

#### 2.1 Inleiding

Door toenemende mogelijkheden in het behandelen van foetussen met een aandoening wordt het steeds meer vanzelfsprekend om het ongeboren kind als patiënt aan te duiden. Het patiënt-zijn impliceert het recht op goede medische zorg. Het ongeboren kind bevindt zich echter in het lichaam van de zwangere vrouw en kan hierdoor niet als afzonderlijke patiënt worden gezien met wie de arts een zelfstandige zorgrelatie kan onderhouden buiten de zwangere vrouw om.<sup>9</sup> Desalniettemin hebben artsen en hulpverleners in de prenatale zorg de plicht om te zorgen voor zowel het medisch welzijn van de zwangere vrouw als dat van het ongeboren kind. Moeten we de zwangere vrouw en het ongeboren kind aanmerken als eenheid of komt het ongeboren kind eigen rechtsbescherming toe?

#### 2.2 De foetus als patiënt

De vraag of de foetus juridisch als patiënt kan worden beschouwd, is aan de orde geweest in het Kelly arrest.<sup>10</sup> In deze zaak bepaalde de Hoge Raad dat uit het enkele feit dat het ongeboren kind belang heeft bij goede begeleiding van de zwangerschap niet valt af te leiden dat het ongeboren kind een tweede patiënt is met wie de behandelaar afzonderlijke behandelingsovereenkomst heeft. Een dergelijke behandelingsovereenkomst met een ongeboren kind kan volgens de Hoge Raad wel ontstaan wanneer de zwangere vrouw uitdrukkelijk voor haar ongeboren kind contracteert. Dit kan volgens de Hoge Raad met een beroep op art. 1:2 BW, wat de mogelijkheid biedt het ongeboren kind als reeds geboren aan te merken wanneer zijn belang dit vordert.<sup>11</sup> Deze redenering laat zien dat het ongeboren kind niet louter als foetus moet worden beschouwd, maar als een toekomstig kind.<sup>12</sup> De belangen van een toekomstig kind kunnen reden kunnen zijn om al voor zijn geboorte te contracteren. Mocht de zwangere vrouw echter niet uitdrukkelijk voor haar ongeboren kind contracteren, dan neemt dit niet weg dat de door haar gesloten behandelingsovereenkomst ook strekt tot het verlenen van noodzakelijke zorg van het ongeboren kind. De zorgplicht van de hulpverlener bestaat op grond van art. 7:453 BW in eerste instantie jegens de zwangere vrouw, maar strekt zich tevens uit tot het ongeboren kind.<sup>13</sup> Een ongeboren kind kan nog niet zelfstandig aanspraak maken op zorg. Het ongeboren kind is immers nog geen rechtssubject, dit ontstaat pas bij de geboorte. Dit betekent echter niet dat deze niet beschermwaardig is.<sup>14</sup>

---

<sup>9</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 17.

<sup>10</sup> HR 18 maart 2005, *LJN* AR5213.

<sup>11</sup> HR 18 maart 2005, *LJN* AR5213.

<sup>12</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 23.

<sup>13</sup> HR 18 maart 2005, *LJN* AR5213.

<sup>14</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 23.

### 2.3 De progressieve rechtsbeschermingstheorie

Biologisch gezien is er weinig verschil tussen een foetus vlak voor de geboorte en het kind direct na de geboorte. Juridisch wordt er echter een onderscheid gemaakt tussen de status van een ongeborene en een pasgeborene. In het Nederlandse recht wordt de foetus gezien als ‘mens in wording’.<sup>15</sup> In samenhang met de ontwikkeling van de foetus, groeit ook zijn bescherming. Deze progressieve rechtsbeschermingstheorie, ontwikkeld door Leenen, gaat er van uit dat het ongeboren leven meer bescherming verdient naarmate het zich verder ontwikkelt. Leenen gaat hierbij uit van verschillende fasen, waar de innesteling in de baarmoeder en het bereiken van de zelfstandige levensvatbaarheid als juridisch relevante overgangsmomenten worden gezien.<sup>16</sup>

De *eerste fase* omvat de periode vanaf de conceptie tot aan de nidatie. Leenen stelt dat in deze fase de embryo een zaak ‘sui generis’ is. Alleen de genetische ouders kunnen in deze fase over de vrucht beslissen.<sup>17</sup> De *tweede fase* begint met de nidatie tot aan de zelfstandige levensvatbaarheid van de vrucht. De ingenestelde vrucht is dan in ‘status nascendi’: op weg naar geboorte.<sup>18</sup> Zou de vrucht in deze fase als persoon worden aangemerkt, dan zou abortus moord zijn. Maar als de vrucht in deze fase als zaak zou worden aangemerkt dan zou de hele discussie omtrent abortus overbodig zijn. In deze fase is de vrucht dus geen zaak meer, maar ook nog geen persoon.<sup>19</sup> De zwangere vrouw heeft in deze fase slechts twee beslissingen: zorg dragen voor de vrucht in haar lichaam of het beëindigen van de zwangerschap binnen de grenzen van de Wet afbreking zwangerschap.<sup>20</sup> De *laatste fase* gaat in vanaf de zelfstandige levensvatbaarheid tot aan de geboorte. In deze fase geniet de vrucht een bredere bescherming omdat de zwangere vrouw in deze fase niet langer zelfstandig mag beslissen om een einde te maken aan de zwangerschap. Ondanks de beschermwaardigheid geniet de vrucht ook in deze fase nog geen volledige rechtsbescherming.<sup>21</sup>

Deze theorie vindt steun op verschillende plaatsen in het positieve recht. De toenemende rechtsbescherming vinden we onder andere terug in het feit dat zwangerschapsafbreking is toegestaan op grond van de Wet Afbreking Zwangerschap, maar verboden is wanneer de foetus de fase van zelfstandige levensvatbaarheid heeft bereikt. De levensvatbare foetus, in de praktijk vastgesteld op 24 weken, wordt tegen zwangerschapsafbreking beschermd in art. 82a van het Wetboek van Strafrecht. Dit wil echter niet zeggen dat een levensvatbare foetus een absoluut recht op leven heeft.<sup>22</sup>

Ondanks het feit dat deze theorie steun vindt in het positieve recht, betekent dit niet dat er geen vraagtekens bij gesteld kunnen worden. Uit de rechtsbeschermingstheorie kan worden afgeleid dat de vrucht pas vanaf de levensvatbaarheid bescherming kan genieten. Beargumenteerd kan worden dat bescherming in een vroegere fase, nog voor de zelfstandige levensvatbaarheid, in strijd is met de abortuswetgeving. De vrouw heeft immers tot aan de levensvatbaarheid van de vrucht de mogelijkheid om tot abortus over

---

<sup>15</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 23.

<sup>16</sup> Leenen 2011, p. 140.

<sup>17</sup> Van Beers 2005, p. 682.

<sup>18</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 23.

<sup>19</sup> Leenen 2007, p. 135-137.

<sup>20</sup> Leenen 2007, p. 135-136.

<sup>21</sup> Leenen 2007, p. 135-136.

<sup>22</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 23, HR 18 maart 2005, L/JN AR5213.



te gaan. Maar waarom zou de ruimte om de belangen van het ongeboren kind te beschermen afhankelijk zijn van de status van de foetus? Het maakt voor het toekomstige kind immers niets uit in welke fase van de zwangerschap de schade is veroorzaakt waar hij, na zijn geboorte, mee kampt. De Gezondheidsraad meent dat voor de vraag of het ongeboren kind bescherming verdient de status van de foetus niet aan de orde hoeft te komen. Wanneer ingrijpen voldoet aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en doematigheid, hoeft er volgens de Gezondheidsraad niet gevreesd te worden voor ondermijning van de abortuswetgeving. Wanneer aan deze vereisten is voldaan kan er, als er sprake is van schade aan de gezondheid van een toekomstig kind, op zichzelf al voldoende reden zijn voor eventuele dwangmaatregelen zonder dat er gekeken hoeft te worden naar de status van de foetus.<sup>23</sup>

## 2.4 De beschermwaardigheid van het ongeboren kind in het Nederlandse recht

### *2.4.1 Artikel 1:2 BW en de belangen van het ongeboren kind*

Het is van belang dat duidelijk wordt hoe de beschermwaardigheid van het ongeboren kind in het positieve recht is geregeld. Uit het Kelly arrest is reeds gebleken dat de zorgplicht van de hulpverlener jegens de zwangere vrouw ook strekt tot het verlenen van de noodzakelijke hulp aan het ongeboren kind.<sup>24</sup> Dit kind is echter nog niet geboren, en kan dus niet als drager van rechten en plichten worden aangemerkt. Kan het ongeboren kind dan wel aanspraak maken op deze zorg? Een mogelijk aanknopingspunt voor de verantwoordelijkheid van de hulpverlener, maar ook voor die van de zwangere vrouw en anderen die schade kunnen toebrengen aan het ongeboren kind, is art. 1:2 BW. In dit artikel wordt bepaald dat,

*“het kind waarvan een vrouw zwanger is als reeds geboren wordt aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan.”*

Uit dit artikel wordt duidelijk dat rechtspersoonlijkheid ontstaat door de geboorte, mits het kind levend ter wereld komt. Het kind wordt dan drager van rechten en plichten.<sup>25</sup> Verder beschermt dit artikel ook de belangen van het ongeboren kind. In eerste instantie wordt aangenomen dat het begrip ‘belang’ ziet op vermogensrechtelijke aangelegenheden.<sup>26</sup> Op deze manier kan rekening worden gehouden met de vermogensrechtelijke belangen van het ongeboren kind, zoals een eventuele erfenis. In de literatuur bestaat discussie over de vraag of dit artikel ook gebruikt kan worden om andere dan puur vermogensrechtelijke belangen van het ongeboren kind te kunnen beschermen. In dit onderzoek gaat het om de medische belangen van het ongeboren kind.

Niet alle juridische auteurs zijn het er mee eens dat dit artikel ruimer geïnterpreteerd kan worden. Zij vinden dat alleen de vermogensrechtelijke belangen van het kind

---

<sup>23</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 55.

<sup>24</sup> HR 18 maart 2005, *LJN* AR5213.

<sup>25</sup> Vlaardingerbroek 2011, p. 26-27.

<sup>26</sup> Vlaardingerbroek 2011, p. 27.

beschermd dienen te worden.<sup>27</sup> Een van de meest vooraanstaande auteurs die deze interpretatie deelt is Leenen. Volgens Leenen creëert het ongeboren kind geen rechten ten opzichte van de moeder. De zwangere vrouw beslist wat er met haar lichaam gebeurt. Wanneer dit een medische handeling betreft, beslist zij in feite ook voor haar ongeboren kind. Pas vanaf de geboorte wordt het kind drager van subjectieve rechten en plichten.<sup>28</sup> Desalniettemin is Leenen, als grondlegger van de progressieve beschermingstheorie, van mening dat het ongeboren kind beschermingswaardig is. Naarmate de vrucht zich verder ontwikkelt, verdient deze meer bescherming. Een soortgelijk standpunt wordt ingenomen door de Boer. De Boer acht het noodzakelijk dat het begin en het einde van rechtspersoonlijkheid kan worden vastgesteld.<sup>29</sup> Persoonlijkheid vangt aan bij de geboorte en eindigt bij de dood. Het ongeboren kind is geen persoon. Dit strookt volgens hem met het Romeinse recht, waar het ongeboren kind als deel van de vrouw of haar ingewanden wordt gezien.<sup>30</sup> De context van art. 1:2 BW ziet niet op het belang om levend geboren te worden, alleen vermogensrechtelijke belangen vallen hieronder.<sup>31</sup>

De opvatting dat het artikel ruimer geïnterpreteerd dient te worden vindt in de literatuur echter wel degelijk steun. Aanhangers van deze interpretatie zijn van mening dat onder belang ook het medische belang van het ongeboren kind kan worden verstaan. Wanneer de vrouw er voor kiest de zwangerschap uit te dragen, dan accepteert zij de plicht het ongeboren kind te beschermen.<sup>32</sup> Een aanhanger van deze interpretatie is de Bruijn-lückers.<sup>33</sup> Zij hecht zowel waarde aan de belangen van de moeder als van het ongeboren kind. Naast het vermogensrechtelijke belang van het ongeboren kind, valt volgens haar ook het medische belang onder het bereik van art. 1:2 BW. Onder dit medische belang valt de bescherming van de lichamelijke en geestelijke gezondheid van het kind. De rechtbank Haarlem biedt in een uitspraak in 1966 ondersteuning aan het standpunt dat niet slechts puur vermogensrechtelijke belangen onder het bereik van dit artikel vallen.<sup>34</sup> In deze zaak vordert een zwangere vrouw een voorschot uit een erfenis in het medisch belang van het kind. Op deze manier kon zij de ziekenhuiskosten ten tijde van haar bevalling betalen, om zo een voorspoedige geboorte aan het kind te kunnen geven. De rechtbank oordeelde hier dat een voorspoedige geboorte kan worden gezien als een belang als bedoeld in art. 1:2 BW. Omdat het hier niet gaat om een puur vermogensrechtelijk belang van het ongeboren kind, kan er betoogd worden dat ook andere belangen dan puur vermogensrechtelijke belangen onder het toepassingsbereik van dit artikel kunnen vallen. Tevens is het op grond van art. 1:2 BW mogelijk kinderbeschermingsmaatregelen ten behoeve van het ongeboren kind op te leggen. De vraag of ook een ongeboren kind (voorlopig) onder toezicht kan worden gesteld is door de kinderrechter al verschillende keren bevestigend beantwoord.<sup>35</sup> Zodra er sprake is van een reële bedreiging van de ontwikkeling van het kind, kan prenatale toepassing van deze kinderbeschermingsmaatregel door de overheid worden gerechtvaardigd. <sup>36</sup> . In

---

<sup>27</sup> Kottenhagen 2008, p. 497.

<sup>28</sup> Leenen 2011, p. 136-137.

<sup>29</sup> De Boer 1991, p. 4-29

<sup>30</sup> Asser-de Boer 2006, p. 26.

<sup>31</sup> Asser-de Boer 2006, p. 31.

<sup>32</sup> Kottenhagen 2008, 492-503.

<sup>33</sup> De Bruijn-Lückers 1986, p. 600-607.

<sup>34</sup> RB Haarlem 14 oktober 1966, *NJ* 1967, 266.

<sup>35</sup> Rb. Utrecht 3 juni 2004, *FJR* 2005, 98, RB Maastricht 13 april 2012, *LJN* BW5222

<sup>36</sup> HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606

het licht van art. 1:2 BW leidt de kinderrechter af dat een ongeboren vrucht de bescherming van het Nederlandse recht toekomt vanaf het moment waarop de vrucht levensvatbaar is.<sup>37</sup> Dit betekent onder andere dat de foetus al voor zijn of haar geboorte bescherming kan ontlenen aan de kinderbeschermingswetgeving en dat art. 1:2 BW ook andere belangen dan puur vermogensrechtelijke belangen omvat.

#### *2.4.2 De ouderlijke zorgplicht*

Een andere mogelijkheid die het Nederlandse recht biedt ter bescherming van de ongeboren vrucht is de ouderlijke zorgplicht. Art. 1:247 BW bepaalt dat ouders het recht en de plicht hebben hun minderjarige kind te verzorgen en op te voeden. Hieronder wordt mede de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn van het kind verstaan. Om te beoordelen of dit artikel ook van toepassing is op het ongeboren kind, is het van belang dat het begrip 'kind' uit dit artikel nader gedefinieerd wordt. Het Burgerlijk Wetboek kent geen definitie van dit begrip, maar het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) kent deze wel. In de literatuur wordt dit verdrag omschreven als belangrijke bron voor de interpretatie, toepassing en ontwikkeling van het nationale jeugdrecht.<sup>38</sup> Volgens art. 1 van dit verdrag valt ieder mens jonger dan 18 jaar onder het begrip 'kind'. Het artikel maakt echter niet duidelijk vanaf wanneer het begrip 'kind' toegepast kan worden, en dus ook niet of het ongeboren kind onder het bereik van dit artikel valt. Het verdrag strekt niet expliciet tot bescherming van het ongeboren kind. Tijdens de onderhandelingen over de verdragstekst is uitvoerig gesproken over de vraag of ook ongeboren kinderen onder het toepassingsbereik van het IVRK moet vallen. Er is toen besloten om in de preambule aan te geven dat het kind zowel voor als na zijn geboorte wettelijke bescherming verdient.<sup>39</sup> In het licht van art. 1:2 BW zou naar mijn mening ook art. 1:247 BW ruimer opgevat kunnen worden, zodat betoogd kan worden dat de ouderlijke zorgplicht ex art. 1:247 BW tevens strekt tot bescherming van het ongeboren kind. De ouderlijke zorgplicht geldt ook ten opzichte van het nog niet geboren kind, waardoor zij al voor de geboorte zorg dienen te dragen voor het geestelijk en lichamelijk welzijn van het toekomstige kind.

De status van een embryo brengt met zich mee dat niet alle aspecten van de ouderlijke zorgplicht van toepassing zijn. Er kan tenslotte geen sprake zijn van opvoeding wanneer het kind zich nog in de buik van de moeder bevindt. De zwangere vrouw kan echter wel aansprakelijk zijn voor het lichamelijk en geestelijk welzijn van de vrucht, gezien het feit dat de ongeborene volledig afhankelijk is van de zwangere vrouw. Door haar handelen of nalaten kan zij schade toebrengen aan het ongeboren kind. Op grond van 1:2 BW juncto 1:247 BW dient zij zorg te dragen voor het welzijn van de ongeborene. Goed ouderschap begint dus al tijdens de zwangerschap.<sup>40</sup> Besluit de vrouw de zwangerschap uit te dragen, en kiest zij dus niet voor abortus, dan heeft zij de morele plicht haar kind te beschermen tegen vermijdbare schade.<sup>41</sup> Volgens Kottenhagen is deze morele plicht

---

<sup>37</sup> RB Maastricht 13 april 2012, LJN BW5222, Hof 's-Gravenhage 23 juni 2010, LJN BN0691, RB Dordrecht 7 februari 2012, LJN BV6246.

<sup>38</sup> Doek en Vlaardingerbroek 2009, p. 29.

<sup>39</sup> Meuwese e.a. 2005, p. 46.

<sup>40</sup> Gezondheidsraad 2009, p.49.

<sup>41</sup> Berghmans e.a. 2009, p. 77-80.

in combinatie met art. 1:2 BW juncto 1:247 BW tevens juridisch, wat leidt tot een prenatale zorgplicht jegens het toekomstige kind.<sup>42</sup>

## 2.5 De beschermwaardigheid van het ongeboren kind in het internationale recht

Mensenrechtenverdragen zijn, naast de nationale regelgeving, van belang voor de rechtspositie van de mens. Voor het antwoord op de vraag of de foetus bescherming kan ontleen aan bepalingen in internationale verdragen zijn de Universele verklaring van de Rechten van de mens, het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke rechten en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens in dit onderzoek van toepassing. Over de mogelijke rechten en bescherming van het ongeboren kind wordt in de verdragen zelf niets gezegd. In deze paragraaf wordt onderzocht welke mogelijkheden het internationale recht biedt om de foetus bescherming te bieden.

### *2.5.1 De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UVRM)*

Art. 3 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens bepaalt dat een ieder recht heeft op leven, vrijheid en onschendbaarheid van zijn persoon. Bij de totstandkoming van de verdragstekst van het UVRM is gepoogd om dit recht op leven al bij de conceptie te laten beginnen. Dit bleek niet verenigbaar met de wetgeving van landen waar abortus is toegestaan.<sup>43</sup> Het ongeboren leven valt dus niet onder de bescherming van het UVRM. Hetzelfde geldt voor het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR), welke voortvloeit uit het UVRM. Dit betekent dat dit verdrag in het licht van het UVRM zal moeten worden geïnterpreteerd, en dus ook geen bescherming biedt voor het ongeboren kind. Beide verdragen beschermen enkel de rechten van reeds geboren personen.<sup>44</sup>

### *2.5.2 Het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK)*

Ook tijdens de onderhandelingen over de verdragstekst van het IVRK is gesproken over de vraag of het ongeboren kind onder de reikwijdte van dit verdrag dient te vallen. Het verdrag kent geen expliciete bescherming van het ongeboren kind.<sup>45</sup> Art. 1 IVRK bepaalt dat ieder persoon jonger dan 18 jaar als 'kind' kan worden beschouwd. Het verdrag maakt echter niet duidelijk vanaf wanneer dit begrip toegepast kan worden. Omdat er tussen de verdragsstaten geen consensus bestaat over de beschermwaardigheid van het ongeboren kind is er besloten in de preambule aan te geven dat het kind zowel voor als na zijn geboorte bescherming verdient.<sup>46</sup> Een vermelding in de preambule betekent echter niet dat dit een absolute werking heeft. Het doel van de preambule, in combinatie met de verdragstekst van art. 1 IVRK, is dat staten de mogelijkheid wordt gegeven hun nationale regelgeving hieraan aan te passen.<sup>47</sup> Art. 21 lid 2 van het Weens Verdragenverdrag bepaalt dat de preambule een grondslag biedt voor de interpretatie van de artikelen uit het verdrag, maar geen juridische verplichting schept.<sup>48</sup> De

---

<sup>42</sup> Kottenhagen 2008, p. 492-503.

<sup>43</sup> Leenen 2011, p. 141.

<sup>44</sup> Leenen 2011, p. 141-142.

<sup>45</sup> Meuwese e.a. 2005, p. 46.

<sup>46</sup> Meuwese e.a. 2005, p. 46.

<sup>47</sup> Detrick 1999, p. 53-57.

<sup>48</sup> Van Os & Hendriks 2010.

Nederlandse wetgever is op grond van de preambule dus vrij om wetgeving te creëren waarin het ongeboren kind bescherming krijgt.

### 2.5.3 *Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)*

Volgens sommige juridische auteurs zou de rechtspraak van het Europese Hof en de Europese Commissie handvatten bieden om de foetus in bepaalde situaties op grond van art. 2 EVRM een recht op leven toe te kennen.<sup>49</sup> Het begrip 'een ieder' uit dit artikel betekent volgens de Europese Commissie dat het alleen van toepassing is op reeds geboren mensen en het begrip 'leven' zou geen absoluut recht op leven van het ongeboren kind impliceren.<sup>50</sup> In een uitspraak van de Europese Commissie is bepaald dat de eerste fase van de zwangerschap niet beschermd wordt door het EVRM.<sup>51</sup> De Commissie laat zich echter niet uit, maar sluit tevens niets uit, over de vraag of de ongeboren vrucht in een latere fase van de zwangerschap wellicht wel onder de bescherming van art. 2 EVRM kan vallen. Het is derhalve niet geheel uitgesloten dat de levensvatbare foetus beschermd in uitzonderlijke gevallen beschermt kan worden door art. 2 EVRM.<sup>52</sup>

Het Europese Hof heeft zich onder andere in de zaak *Vo vs. France* uitgelaten over de status van het ongeboren kind.<sup>53</sup> De meest essentiële vraag, of de foetus op grond van art. 2 EVRM bescherming kan ontlenen, werd echter door het Hof onbeantwoord gebleven. Het Hof acht het beantwoorden van deze vraag, gezien het feit dat er geen consensus in Europa bestaat over de status van het ongeboren kind, niet wenselijk en onmogelijk om deze vraag te beantwoorden.<sup>54</sup> Het Hof heeft in deze zaak geoordeeld dat het beantwoorden van de vraag wanneer het recht op leven aanvangt, binnen de 'margin of appreciation' van de verdragsstaten valt.<sup>55</sup> De lidstaten kunnen hier dus zelf invulling aan geven. Het feit dat het Hof hier besloot geen duidelijkheid te scheppen over de beschermwaardigheid van het ongeboren kind, is mijns inziens een gemiste kans. Zij kreeg de mogelijkheid om duidelijkheid te scheppen over de beschermwaardigheid van het ongeboren kind, maar heeft dit niet gedaan. Of het ongeboren kind bescherming kan vinden bij het EVRM, is dus nog niet duidelijk.

## 2.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is de rechtspositie van het ongeboren kind uiteengezet. Aan de hand van de progressieve rechtsbeschermingstheorie is gebleken dat de beschermwaardigheid van het ongeboren kind groeit naarmate de ontwikkeling van het ongeboren leven. Deze theorie, ontwikkeld door Leenen, deelt de zwangerschap op in verschillende fasen in welke de beschermwaardigheid toeneemt. Pas vanaf de geboorte verdient het kind volledige rechtsbescherming. Deze progressieve rechtsbeschermingstheorie wordt in Nederland als heersende leer gezien, en vindt op verschillende plaatsen steun in de wet. Toch kunnen er vraagtekens worden gezet bij

---

<sup>49</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 24

<sup>50</sup> Kalkman-Bogerd 1990, p. 500-513.

<sup>51</sup> ECRM 13 mei 1990, application no. 8416/78, NJ 1981, 110.

<sup>52</sup> Kalkman-Bogerd 1990, p. 500-513.

<sup>53</sup> ECRM 13 mei 1990, application no. 8416/78, NJ 1981, 110. Par. 85.

<sup>54</sup> ECRM 13 mei 1990, application no. 8416/78, NJ 1981, 110. Par. 85.

<sup>55</sup> ECRM 13 mei 1990, application no. 8416/78, NJ 1981, 110. Par. 82.

deze theorie. Men kan zich afvragen of de beschermwaardigheid van de ongeboren vrucht niet los gezien kan worden van de status van de foetus. Het maakt voor het toekomstige kind namelijk niets uit in welke fase schade is toegebracht.

Art. 1:2 BW kan een mogelijkheid bieden om de ongeboren vrucht te beschermen. Algemeen wordt aangenomen dat dit artikel zich in eerste instantie richt op de vermogensrechtelijke belangen van het ongeboren kind. Er kan echter ook betoogd worden dat dit artikel in een breder perspectief moet worden gezien, zodat ook de medische belangen van het ongeboren kind op grond van dit artikel beschermd kunnen worden. In de literatuur zijn zowel voor als tegenstanders van deze interpretatie te vinden. De mogelijkheid tot ruime interpretatie van de wettekst laat zien dat dit artikel niet per definitie beperkt dient te worden tot slechts de vermogensrechtelijke belangen van het kind. Een ruime interpretatie van dit artikel zou kunnen betekenen dat het belang van het ongeboren kind een medische behandeling noodzakelijk maakt.

Ook is gebleken dat de ouderlijke zorgplicht, net als art. 1:2 BW, ruim kan worden opgevat. Hieruit kan geconcludeerd worden dat art. 1:247 BW een prenatale zorgplicht met zich meebrengt, wat inhoudt dat de vrouw die besluit de zwangerschap uit te dragen de morele plicht heeft haar ongeboren kind te beschermen tegen vermijdbare schade.

Op internationaal niveau kunnen de mensenrechtenverdragen van belang zijn voor de bescherming van het ongeboren kind. In geen van deze verdragen, noch in de rechtspraak is een duidelijke bepaling gegeven over wat de bescherming van het ongeboren leven inhoudt. De verdragen kennen geen expliciete bescherming van het ongeboren kind. Het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind heeft, ter uitleg van het begrip 'kind' uit art. 1 IVRK, in de preambule opgenomen dat het kind zowel voor als na de geboorte bescherming verdient. Op internationaal niveau is er dus weinig over de beschermwaardigheid van het ongeboren kind te vinden. Op grond van de uitspraak van het Hof in de zaak Vo vs. France is besloten dat de lidstaten de bevoegdheid hebben zelf invulling aan dit begrip te geven. Op deze manier ziet het Hof af van de mogelijkheid zelf op internationaal niveau duidelijkheid te scheppen over de beschermwaardigheid van het ongeboren leven.

## Hoofdstuk 3

### De rechtspositie van de zwangere vrouw als patiënt

#### 3.1 Inleiding

Uit het vorige hoofdstuk is gebleken dat, wanneer ten aanzien van het ongeboren kind art. 1:2 BW ruim wordt geïnterpreteerd, betoogd kan worden dat het belang van het ongeboren kind tevens een medisch belang betreft. Dit zou kunnen betekenen dat het belang van het ongeboren kind een medische behandeling noodzakelijk maakt. Daar staat echter tegenover dat aan een zwangere vrouw verschillende rechten toekomt en wanneer zij een medische ingreep ten behoeve van haar ongeboren kind niet wenst te ondergaan. Zo heeft de zwangere vrouw de mogelijkheid de zwangerschap tot aan de levensvatbaarheid van de vrucht af te breken. Besluit de vrouw de zwangerschap uit te dragen, dan geeft het zelfbeschikkingsrecht haar het recht om zelf over haar lichaam te beschikken. Dit zelfbeschikkingsrecht staat echter niet met zoveel woorden in de Grondwet of in de mensenrechtenverdragen. In hoeverre kunnen we dan spreken van een absoluut zelfbeschikkingsrecht? In de literatuur bestaat discussie over de vraag of het recht van de zwangere vrouw om een medische behandeling te weigeren in bepaalde omstandigheden moet wijken voor het belang van het ongeboren kind.<sup>56</sup> Naast de mogelijkheid tot zwangerschapsafbreking en het zelfbeschikkingsrecht, wordt in dit hoofdstuk ook de vrijheid van godsdienst en de ouderlijke zorgplicht uiteengezet om een compleet beeld van de rechtspositie van een zwangere vrouw te schetsen.

#### 3.2 Wet Afbreking Zwangerschap

Sinds de invoering van de Wet Afbreking Zwangerschap (WAZ) in 1984 is het afbreken van de zwangerschap onder bepaalde voorwaarden wettelijk toegestaan. De WAZ noemt geen uiterste termijn waarna afbreken niet meer getolereerd wordt. Het Wetboek van Strafrecht bepaalt echter wel een uiterste termijn. Art. 82a Sr bepaalt dat het aborteren van een levensvatbare vrucht strafbaar is. Het aborteren van een levensvatbare vrucht wordt gelijkgesteld aan moord of doodslag. In de praktijk wordt een grens van 24 weken aangehouden.<sup>57</sup> Het ongeboren kind van 24 weken of ouder wordt geacht zelfstandig levensvatbaar te zijn. Echter, wanneer de vrucht ouder is dan 24 weken, maar niet als levensvatbaar aangemerkt kan worden, behoudt de zwangere vrouw het recht om de zwangerschap af te breken. Het moet dan gaan om een foetus waarbij een afwijking is geconstateerd die naar redelijke verwachting tijdens of direct na de geboorte tot de dood zal leiden, of om een foetus met een afwijking waarbij kans op overleven bestaat, maar waar levensverlengend handelen bij voorbaat al zinloos wordt geacht.<sup>58</sup> In dit soort situaties is het afbreken van de zwangerschap niet strafbaar omdat deze vanwege diens ernstige aandoeningen niet levensvatbaar is en dit ook niet zal worden. Blijkens de wetsgeschiedenis heeft de wetgever geen levensvatbaarheid bedoeld voor de ongeboren vrucht die vanwege onbehandelbare aandoeningen, na de geboorte niet in staat is buiten het moederlichaam in leven te blijven.<sup>59</sup> Ook niet wanneer de 24-weeken grens is

---

<sup>56</sup> Kottenhagen 2008, p. 492-503.

<sup>57</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 23.

<sup>58</sup> Gezondheidsraad 2011, p. 150.

<sup>59</sup> *Kamerstukken II* 1998/99, 26 717, nr.1, p. 4.

overschreden.<sup>60</sup> Afbreken van de zwangerschap valt dan niet aan te merken als levensberoving in de zin van het Wetboek van Strafrecht. Een zwangerschap die wordt afgebroken na 24 weken of langer terwijl er geen bijzondere omstandigheden zijn waardoor de vrucht niet als levensvatbaar wordt aangemerkt, is in beginsel strafbaar. De zwangere vrouw heeft dus tot de levensvatbaarheidsgrens van 24 weken het recht de zwangerschap af te breken wanneer er geen sprake is van bijzondere omstandigheden.

### *3.2.1 Selectieve abortus*

De beschermwaardigheid van het ongeboren kind vindt haar juridische uitdrukking in de Wet Afbreking Zwangerschap. Art. 5 lid 1 WAZ bepaalt dat zwangerschapsafbreking slechts is toegestaan wanneer de noodsituatie van de vrouw deze onontkoombaar maakt. Of en wanneer er sprake is van een noodsituatie, hangt af van de beoordeling van de zwangere vrouw. Een uitkomst van een prenatale screening die door de zwangere vrouw als noodsituatie wordt ervaren kan daar dus ook onder vallen. Deze ruimte voor zwangerschapsafbreking heeft alleen betrekking op de periode tot aan de levensvatbaarheid van het ongeboren kind.<sup>61</sup> Deze selectieve abortus kan plaatsvinden om verschillende redenen, bijvoorbeeld wanneer de zwangerschap een bedreiging voor het leven van de vrouw vormt, vanwege de verwachte kwaliteit van het leven van de vrucht of om andere redenen waardoor de vrouw het kind niet wil of kan opvoeden. In al deze gevallen kan de vrouw zich beroepen op een noodsituatie zoals bedoeld in art. 5 Wet Afbreking Zwangerschap.

#### *3.2.1.1 Selectieve abortus vanwege het geslacht*

Indien een vrouw haar zwangerschap wil afbreken omdat zij zwanger is van een jongen terwijl zij liever een meisje krijgt, moet worden beoordeeld of er sprake is van een 'noodsituatie' in de zin van de WAZ. Zowel in de wet als in het besluit afbreking zwangerschap is daar niets over bepaald.<sup>62</sup> De Embryowet verbiedt in art. 26 handelingen met geslachtscellen of embryo's met de intentie het geslacht van het kind te kunnen bepalen. Het bepalen van het geslacht van de vrucht geschiedt echter door het bloed van de moeder te testen, terwijl het artikel ziet op handelingen met de vrucht zelf. Daarom valt de geslachtstest niet onder de reikwijdte van de Embryowet.<sup>63</sup> De nationale wetgeving bevat dus geen verbod op selectieve abortus vanwege het geslacht. De zwangere vrouw heeft dus tot de levensvatbaarheidsgrens het recht de zwangerschap af te breken.

#### *3.2.1.2 EHRM*

In de Biogeneeskunde Conventie is bepaald dat het gebruik van kunstmatige voortplantingstechnieken om het geslacht van het ongeboren kind te bepalen niet is toegestaan, tenzij er op deze manier ernstige geslachtsgebonden erfelijke aandoeningen kunnen worden voorkomen. Tevens kent art. 14 EVRM een verbod op het discrimineren van seksen. Wanneer een verdragsstaat selectieve abortus op grond van geslacht toestaan, dan zou het Hof dergelijke wetgeving kunnen toetsen aan deze twee verboden.

---

<sup>60</sup> Te Braake 1992, p. 137-143.

<sup>61</sup> Gezondheidsraad 2011, p. 150.

<sup>62</sup> Van Os & Hendriks 2010, p. 180.

<sup>63</sup> Kamerstukken II, 2006/07, nr. 2267, p. 4803-4804.



De vraag die dan moet worden gesteld is of deze vorm van seksdiscriminatie een rechtvaardiging vormt voor het inperken van het zelfbeschikkingsrecht van de moeder. Om het inperken van het zelfbeschikkingsrecht te rechtvaardigen, moet er sprake zijn van een van de rechtvaardigingsgronden uit art. 8 lid 2 EVRM. Art. 14 van de Biogeneeskunde Conventie ziet strikt genomen alleen op het gebruik van kunstmatige voortplantingstechnieken en niet op de selectieve abortus na prenatale diagnostiek of andere vormen van onderzoek. Het artikel bevat dus wel een aanduiding over de onaanvaardbaarheid van embryoselectie vóór de zwangerschap, maar omvat geen absoluut verbod op selectieve abortus op grond van geslacht.<sup>64</sup>

### *3.2.1.3 Selectieve abortus vanwege het downsyndroom*

Sinds 2007 wordt aan alle zwangere vrouwen een prenatale screening aangeboden. Bij een verhoogde kans op het downsyndroom kunnen zij vervolgonderzoek laten doen door middel van een vlokcentest of vruchtwaterpunctie. Bij de diagnose downsyndroom-trisomie breekt 90% van de vrouwen de zwangerschap af.<sup>65</sup> De prenatale diagnostiek wordt aangeboden om vrouwen te laten beschikken over het al dan niet voortzetten van de zwangerschap. Het inperken van het zelfbeschikkingsrecht van de vrouw door haar te weerhouden van de keuze haar zwangerschap af te breken lijkt niet gewenst, gezien het feit dat de overheid de prenatale screening zelf aan zwangere vrouwen aanbiedt. Wettelijk gezien heeft de zwangere vrouw dus tot de levensvatbaarheidsgrens van de vrucht de tijd om op grond van een noodsituatie tot zwangerschapsafbreking over te gaan. Art. 2 EVRM stelt de bescherming van het leven centraal. De vraag of het ongeborn kind onder bepaalde omstandigheden bescherming op grond van dit artikel kan genieten is niet geheel ondenkbaar.<sup>66</sup> De Hoge Raad geeft echter aan dat bescherming van het recht op leven uit art. 2 EVRM geen absoluut recht is, gezien het feit dat de meerderheid van het bij het EVRM aangesloten lidstaten de mogelijkheid kent om onder bepaalde voorwaarden de zwangerschap af te breken.<sup>67</sup> Een andere uitleg van dit artikel zou impliceren dat zwangerschapsafbreking onmogelijk is.<sup>68</sup>

## 3.3 Het zelfbeschikkingsrecht

### *3.3.1 Zelfbeschikking en informed consent*

Het zelfbeschikkingsrecht is niet expliciet vastgelegd in het huidige positieve recht. De Wet Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (WGBO) wordt door Leenen beschouwd als concretisering van het recht op zelfbeschikking van de patiënt.<sup>69</sup> Het recht op informatie van art. 7:448 BW en het toestemmingsvereiste van art. 7:450 BW behoren tot de belangrijkste patiëntenrechten die in de WGBO zijn vastgelegd. Dit wil zeggen dat medische behandelingen slechts mogen worden uitgevoerd voor zover de patiënt op grond van goede informatie zijn toestemming daarvoor heeft gegeven. Deze rechten vormen samen het beginsel van informed consent. Het vereiste van informed

---

<sup>64</sup> Van Os & Hendriks 2010, p. 180.

<sup>65</sup> Korenromp 2006, p. 121.

<sup>66</sup> Vlaardingerbroek 2011, p. 29.

<sup>67</sup> HR 16 juni 1995, NJ 1997, 131.

<sup>68</sup> De Bruijn- Lückers 1988, p. 2119-2121.

<sup>69</sup> Leenen, 2011, p. 39.

consent is ook in de internationale regelgeving opgenomen, zoals onder andere in art. 3 lid 2 van het Handvest van de Grondrechten van de EU. Dit vereiste is in de gezondheidszorg van belang omdat men in beginsel pas toestemming kan geven voor medische behandelingen wanneer daarover op juiste wijze is geïnformeerd. De toestemming dient volgens de WGBO op grond van wilsovereenstemming te worden gegeven. Tevens blijkt uit art. 7:450 BW dat voor iedere handeling opnieuw om toestemming van de patiënt moet worden gevraagd. Toch kan een beroep op het zelfbeschikkingsrecht leiden tot een conflict van belangen. Enerzijds heeft een arts de plicht om de gezondheid van zijn patiënt te waarborgen, anderzijds heeft de patiënt recht op respect voor zijn lichamelijke integriteit.<sup>70</sup> Volgens art. 7:453 BW dienen de arts en andere hulpverleners de zorg van een goed hulpverlenerschap in acht te nemen en daarbij te handelen conform de professionele standaard. De wil van een patiënt is niet genoeg om een medische behandeling te verrichten, er moet ook een goede reden voor zijn.<sup>71</sup> Een medische behandeling kan slechts plaatsvinden wanneer daar een medische indicatie voor bestaat. Deze ingrepen kan de patiënt echter weigeren in het kader van het toestemmingsvereiste. Het beginsel van zelfbeschikking is via het vereiste van informed consent van toepassing op de relatie tussen de arts en een patiënt, maar wordt gerelativeerd door de voor de hulpverleners geldende professionele standaard.<sup>72</sup> Het vereiste van informed consent houdt kort gezegd in dat de patiënt het recht heeft om goed te worden geïnformeerd over een medische behandeling en dat het ingrijpen zonder toestemming van de patiënt in beginsel in strijd is met het recht op lichamelijke integriteit. Een uitzondering op dit toestemmingsvereiste geldt voor de wilsonbekwame patiënt. In dergelijke situaties geeft niet de patiënt persoonlijk, maar zijn of haar vertegenwoordiger toestemming voor de noodzakelijke behandeling.<sup>73</sup>

Een voorstander van het uitgangspunt dat ingrijpen zonder toestemming in strijd is met de lichamelijke integriteit, is Leenen. Hij is van mening dat een behandeling niet mogelijk is wanneer een wilsbekwame zwangere vrouw een medische behandeling weigert.<sup>74</sup> Daartegenover staan auteurs die in dit soort situaties pleiten voor vervangende toestemming om zo medische behandelingen ten behoeve van het ongeboren kind mogelijk te maken.<sup>75</sup> Zo is de Bruijn-Lückers van mening dat naarmate de zwangerschap vordert, het ongeboren kind niet langer in gevaar mag worden gebracht met een beroep op het recht op lichamelijke integriteit van de vrouw. Zij is van mening dat levensreddende medische behandelingen van de vrucht in een latere fase van de zwangerschap gedoogd moeten worden. Daaraan voegt zij toe dat bij een botsing tussen het recht op behandeling van het ongeboren kind en de lichamelijke integriteit van de moeder, een belangenafweging moet plaatsvinden.<sup>76</sup> Per geval moet onderzocht worden of het belang van een medische ingreep op een ongeboren kind wel of niet zwaarder weegt dan bijvoorbeeld het beroep op het recht op lichamelijke integriteit. Weigert de vrouw alsnog, dan kan volgens haar een gezinsvoogd of de Raad voor de Kinderbescherming vervangende toestemming geven wanneer dit in het belang van het kind is.<sup>77</sup> Schoonenberg ondersteunt deze redenering en pleit voor het benoemen van

---

<sup>70</sup> Nijs 2005, p. 276.

<sup>71</sup> Den Hartogh 2003, p. 98.

<sup>72</sup> Van Beers 2009, p. 100-160.

<sup>73</sup> Zie hoofdstuk 5

<sup>74</sup> Leenen 2011, p. 122.

<sup>75</sup> Kottenhagen 2008, p. 492-503, De Bruijn-Luckers 1987, p. 600-607, Schoonenberg 1988, p. 789-799.

<sup>76</sup> De Bruijn-Luckers 1987, p. 600-607.

<sup>77</sup> De Bruijn-Luckers 1987, p. 600-607.

een bijzondere curator. De bijzondere curator kan de rechter verzoeken een belangenafweging te maken tussen de belangen van het ongeboren kind en die van de zwangere vrouw. De rechter kan volgens haar op deze manier in een concreet geval beslissen aan welk belang voorrang moet worden verleend. Op die manier kan er aan het toestemmingsvereiste van de zwangere vrouw worden voorbijgegaan in het belang van het ongeboren kind.<sup>78</sup> Ook Kottenhagen vindt dat per geval een belangenafweging gemaakt dient te worden, en dat ingrijpen tegen de wil van de moeder onder omstandigheden mogelijk moet zijn. Zo zal een gedwongen medische behandeling eerder te rechtvaardigen zijn wanneer het gaat om een relatief geringe ingreep waarbij de gevolgen voor het kind uitermate positief zijn.<sup>79</sup>

### *3.3.2 Zelfbeschikking en het recht op lichamelijke integriteit*

Een ander aanknopingspunt waar volgens Leenen het zelfbeschikkingsrecht wordt geconcretiseerd is via het grondrechtelijk systeem. De overheid beschermt het zelfbeschikkingsrecht van de burger door middel van bescherming van individuele grondrechten, waaraan het zelfbeschikkingsrecht ten grondslag ligt.<sup>80</sup> Met name art. 10 en 11 GW wordt door hem gezien als concretisering van het zelfbeschikkingsrecht. Gezien het feit dat dit artikel een klassiek grondrecht is, moet volgens Leenen ook het zelfbeschikkingsrecht als individueel vrijheidsrecht worden beschouwd.

De grondwet kent sinds 1983 een apart artikel dat het recht op onaantastbaarheid van het lichaam regelt. Het staat buiten kijf dat het recht op onaantastbaarheid van het lichaam zich richt op de bescherming van de lichamelijke integriteit. Wat de lichamelijke integriteit inhoudt kan echter op verschillende manieren worden uitgelegd. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 11 GW kan de externe werking van het recht op lichamelijke integriteit worden afgeleid. De regering stelt dat het gaat om het recht op afweer van invloeden van buitenaf. Men dient gevrijwaard te worden van ongewilde bemoeienis met zijn lichaam.<sup>81</sup> Tevens omvat het recht op onaantastbaarheid van het lichaam het recht om zelf over het lichaam te beschikken.<sup>82</sup> Het recht op onaantastbaarheid van het lichaam omvat dus een negatief recht op afweer en een positief recht op lichamelijke zelfbeschikking. Het zelfbeschikkingsrecht is echter geen absoluut recht.<sup>83</sup> De reikwijdte van het zelfbeschikkingsrecht is volgens Leenen gelegen in het zelfbeschikkingsrecht van anderen. De uitoefening van het zelfbeschikkingsrecht mag niet leiden tot schade bij anderen.<sup>84</sup> Maar om een grondrecht te beperken, zal er eerst moeten worden nagegaan in hoeverre het zelfbeschikkingsrecht door art. 11 GW wordt gewaarborgd.

De jurisprudentie over het recht op lichamelijke integriteit gaat voornamelijk over de reikwijdte van dit recht als afweerrecht. Pas sinds een aantal jaren is art. 11 GW in de rechtspraak in verband gebracht met het zelfbeschikkingsrecht. Zo heeft de Hoge Raad op 23 november 2001 voor het eerst tweemaal het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt

---

<sup>78</sup> Schoonenberg 1988, p. 789-799.

<sup>79</sup> Kottenhagen 2008, p. 10.

<sup>80</sup> Leenen 2011, p. 39.

<sup>81</sup> *Kamerstukken II 1978/79*, 15 463, nr. 2, p. 5.

<sup>82</sup> *Kamerstukken II 1978/79*, 15 463, nr. 2, p. 5.

<sup>83</sup> Leenen 2011, p. 40.

<sup>84</sup> Leenen 2011, p. 40.

expliciet afgeleid uit art. 11 GW.<sup>85</sup> In beide zaken waren de patiënten niet goed ingelicht over de medische behandeling en waren zij niet goed op de hoogte gesteld van de risico's ervan. De Hoge Raad oordeelde dat het onthouden van deze informatie een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht vormt. Uit deze arresten blijkt dat het vereiste van informed consent onder het zelfbeschikkingsrecht valt. De artsen hebben hier in strijd met het recht op informatie en het toestemmingsvereiste gehandeld omdat zij de patiënten niet goed hebben geïnformeerd over de behandeling waardoor zij geen weloverwogen een beslissingen hebben kunnen maken. Het gaat hierbij niet om de vrije beschikking van het lichaam, maar om het recht op informatie zodat de patiënt op grond daarvan kan besluiten een medische ingreep te weigeren. In deze arresten wordt door de Hoge Raad een verband gelegd tussen art. 11 GW en de WGBO. Uit de memorie van toelichting bij art. 11 GW blijkt dat het toestemmingsvereiste grondslag vindt in art. 11 GW. De WGBO is een nadere uitwerking hiervan.<sup>86</sup> De regering heeft met 'het recht om over het lichaam te beschikken' het vereiste van informed consent bedoeld in plaats van een heus zelfbeschikkingsrecht. Gezien het feit dat er op deze manier eerder sprake is van een afweerrecht dan van een lichamelijke zelfbeschikking, biedt volgens Leenen noch de WGBO noch art. 11 GW grond voor het aannemen van een zelfbeschikkingsrecht. Ook van Beers zet vraagtekens bij de juridische grond voor het zelfbeschikkingsrecht.<sup>87</sup> Zij concludeert evenwel dat het gezondheidsrecht in het teken van zelfbeschikking staat. Dit zelfbeschikkingsrecht komt volgens van Beers in de praktijk echter neer op het vereiste van informed consent, maar het bestaan van een daadwerkelijk recht om over het lichaam te beschikken kan niet worden gegrond op dit enkele vereiste.<sup>88</sup> Zelfbeschikking is volgens haar beter te kwalificeren als een beginsel dat moet worden afgewogen tegen andere beginselen, zoals de lichamelijke integriteit.<sup>89</sup>

Ook wordt in de literatuur de lichamelijke integriteit op verschillende manieren geïnterpreteerd. Volgens Leenen kan er worden geconcludeerd dat er op geen enkele wijze inbreuk gemaakt kan worden op de lichamelijke integriteit van een zwangere vrouw. Wanneer de zwangere vrouw afziet van een medische behandeling ten behoeve van het ongeboren kind, moet het belang van de vrucht wijken omdat de zwangerschap de rechten van de vrouw niet aantast.<sup>90</sup> Dit is niet de enige opvatting die hierover in de literatuur te vinden is. Sommige auteurs zijn van mening dat een inbreuk op de rechten van de vrouw in uitzonderlijke gevallen mogelijk is. Kalkman-Bogerd zet een stap in die richting door te concluderen dat de zwangere vrouw naar huidig recht niet lijkt te kunnen worden gedwongen om behandelingen ten behoeve van haar ongeboren kind te ondergaan, maar dit anders zou zijn wanneer de grondrechten van toepassing zijn op het ongeboren kind. In dat geval zou er een botsing zijn met de rechten van de zwangere vrouw en die van het ongeboren kind. De rechter zal dan door middel van een belangenafweging moeten bepalen aan welk recht voorrang moet worden verleend.<sup>91</sup> In buitengewone situaties zou deze belangenafweging kunnen leiden tot een gedwongen medische behandeling. Het moet dan gaan om een voor het ongeboren kind levensbedreigende situatie die door de ingreep weggenomen kan worden en die voor de

---

<sup>85</sup> Legemaate 2004, p. 19, HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en HR 23 november 2001, NJ 2002, 387.

<sup>86</sup> *Kamerstukken II*, 1979/80, 16 086, nr. 3, p. 7.

<sup>87</sup> Van Beers 2009, p. 217.

<sup>88</sup> Van Beers 2009, p. 217.

<sup>89</sup> Van Beers 2009, p. 218.

<sup>90</sup> Leenen 2011, p. 154.

<sup>91</sup> Kalkman-Bogerd 1990, p. 500-513.

zwangere vrouw slechts een beperkte inbreuk op haar rechten zou betekenen.<sup>92</sup> Ook de Bruijn- Lückers verdedigd dat de zwangere vrouw medische behandelingen van de foetus moet gedogen.<sup>93</sup>

### 3.3.4 *Zelfbeschikking en autonomie*

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft het recht op autonomie onomwonden erkend.<sup>94</sup> Het Hof heeft bepaald dat de persoonlijke autonomie een onderliggend beginsel van mensenrechten is, dat in beginsel tot uitdrukking komt via het recht op privacy van art. 8 EVRM.<sup>95</sup> Deze erkenning van het recht op autonomie is een doorbraak omdat het Hof het bestaan van een 'recht op zelfbeschikking' eerder expliciet heeft ontkend.<sup>96</sup>

De Nederlandse patiëntenrechten zijn gebaseerd op het individuele recht op zelfbeschikking.<sup>97</sup> Zij gaan er van uit dat iedere patiënt zelf bepaalt welke zorg bij hem past en welke niet.<sup>98</sup> In het gezondheidsrecht wordt autonomie primair in verband gebracht met de vrijheid om richting te kunnen geven aan het eigen leven, zonder bemoeienissen van buitenaf. Autonomie in het gezondheidsrecht vormt een uitwerking van het recht op privacy en het recht op lichamelijke integriteit uit art. 8 EVRM en art. 10 en 11 GW.<sup>99</sup> Naast dit afweerrecht heeft ieder mens het recht zich te ontwikkelen en ontplooien. Dit veronderstelt dat de overheid voorwaarden en maatregelen treft om deze vrijheid te waarborgen en dat individuen worden ondersteund bij het maken van keuzes. Het recht op privacy kent net als het recht op lichamelijke integriteit twee aspecten. Het bevat een afweerrecht en tevens een recht op een zekere vrijheid van handelen. In het Kelly-arrest speelde de vraag of een verloskundige, die ten onrechte prenataal onderzoek achterwege liet, hiermee het zelfbeschikkingsrecht van de ouders had aangetast.<sup>100</sup> De Hoge Raad oordeelde hier dat de ouders in hun zelfbeschikkingsrecht zijn aangetast doordat de verloskundige het had nagelaten prenataal onderzoek te verrichten. Het keuzerecht van de ouders werd onthouden waardoor zij niet de mogelijkheid kregen de geboorte van een gehandicapt kind te voorkomen. Deze aantasting van een fundamenteel recht moet worden gezien als een aantasting van de persoon.<sup>101</sup> Hoewel de Hoge Raad hier over zelfbeschikking spreekt, kan worden afgeleid dat het ook hier beperkt blijft tot het vereiste van informed consent. De kern van de lichamelijke zelfbeschikking uit het Kelly arrest is dat de ouders er recht op informatie en hierdoor een keuze hadden kunnen maken over de eventuele

---

<sup>92</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 53.

<sup>93</sup> De Bruijn- Lückers 1986, p. 607.

<sup>94</sup> EHRM 20 maart 2007, Tysac t. Polen, nr. 5410/03. NJCM-Bulletin 2007, p. 497.

<sup>95</sup> EHRM 7 februari 2002, Mikulic t. Kroatië, EHRC 2002, 25 (m.nt. H.L. Janssen), § 53; EHRM 29 april 2002, Pretty t. het VK, nr. 2346/02, NJCM-Bulletin 2002, p. 910 (m.nt. B.E.P. Myjer), § 61; EHRM 11 juli 2002, Christine Goodwin t. het VK, nr. 28957/95, NJCM-Bulletin 2003, p. 330 (m.nt. P. van Dijk), § 90; EHRM 17 februari 2005, K.A. & A.D. t. België, EHRC 2005, 38, § 83; EHRM 10 april 2007, Evans t. het VK (GC), nr. 6339/05, NJ 2007, 459 (m.nt. J. de Boer); EHRM 16 oktober 2008, Renolde t. Frankrijk, nr. 5608/05, § 83 en EHRM 15 januari 2009, Reklos & Davourlis t. Griekenland, nr. 1234/05, NJ 2009, 524 (m.nt. E.J. Dommering).

<sup>96</sup> EHRM 29 april 2002, Pretty t. het VK, nr. 2346/02, NJ 2004, 543, NJCM- Bulletin 2002, p. 910.

<sup>97</sup> *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 XVI, nr. 183, p. 2.

<sup>98</sup> *Kamerstukken II* 2006/07, 28 439, nr. 18, p. 2.

<sup>99</sup> Hendriks 2008, p. 2-6.

<sup>100</sup> HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606

<sup>101</sup> HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606.

afbreking van de zwangerschap. Het zelfbeschikkingsrecht is hier doorkruist doordat het onderzoek niet is gedaan en die informatie dus niet is gegeven. Lichamelijke integriteit valt dus onder de reikwijdte van het recht op privacy van art. 8 EVRM. Uit dit gegeven blijkt dat art. 8 EVRM niet slechts wordt uitgelegd als afweerrecht, maar ook een bepaalde vrijheid van handelen garandeert.<sup>102</sup> Dit wil echter niet zeggen dat iedere beperking van het zelfbeschikkingsrecht automatisch een schending van art. 8 EVRM oplevert. Het inperken van het recht op zelfbeschikking is mogelijk op grond van een aantal belangen. Deze staan opgesomd in art. 8 lid 2 EVRM. Wanneer een zwangere vrouw een beroep doet op haar recht op privacy om op die manier een medische behandeling ten behoeve van het ongeboren kind te weigeren, lijken verschillende beperkingen op dit recht aanvaardbaar. Wat betreft het beperken ten behoeve van het ongeboren kind lijken de 'bescherming van de gezondheid' en 'de rechten en vrijheden van anderen' relevante beperkingsgronden. Het beperken van het recht op privacy op een van deze gronden mag alleen voor zover dit bij wet is voorzien en het in een democratische samenleving noodzakelijk is.<sup>103</sup> Dit betekent dat de beperking een legitiem doel moet dienen. Tevens moet worden voldaan aan de eisen van rechtmatigheid, noodzakelijkheid en evenredigheid.<sup>104</sup>

De Nederlandse patiëntenrechten gaan ervan uit dat iedere patiënt voor zichzelf kan bepalen welke zorg het beste bij hem past.<sup>105</sup> Deze keuzevrijheid betekent ook dat zorg mag worden geweigerd. Bovengenoemde uitspraken van het Hof zien echter steeds op het recht van een patiënt om een medische behandeling ten behoeve van zichzelf te weigeren.<sup>106</sup> De vraag die in dit onderzoek van belang is, is of deze individuele autonomie ook als afweerrecht kan worden gebruikt wanneer de ingreep niet de moeder betreft, maar haar ongeboren kind. In beginsel geldt het zelfbeschikkingsrecht van de zwangere vrouw ook voor een beslissing die zij neemt die de belangen van haar ongeboren kind raakt. Dit impliceert dat zij het recht heeft om medisch ingrijpen te weigeren.<sup>107</sup> Inperking van dit recht kan gehonoreerd worden met een beroep op de beperkingsgronden van art. 8 lid 2 EVRM.

### 3.4 Vrijheid van godsdienst

Een ieder heeft op grond van art. 6 GW en 9 EVRM het recht om zijn godsdienst of levensovertuiging te belijden. Dit is echter geen absoluut recht, gezien het feit dat er op grond van art. 6 lid 2 GW en 9 lid 2 EVRM inbreuk kan worden gemaakt op dit recht. Het Europese Hof heeft in 1997 al bepaald dat niet elke door godsdienst geïnspireerde daad beschermd wordt door art. 9 EVRM.<sup>108</sup> Zo bestaat er in Europa eenstemmigheid over het feit dat een arts voorbij kan gaan aan het standpunt van een Jehova getuige die een bloedtransfusie ten behoeve van haar kind weigert en op deze manier het leven van het kind in gevaar brengt. Het uitgangspunt is hier dat het leven van het kind het ouderlijk gezag en het recht op godsdienst domineert.<sup>109</sup> Ouders hebben geen onbeperkt zelfbeschikkingsrecht over hun kind. Wanneer een weigering van een medische

---

<sup>102</sup> Van Beers 2009, p. 181.

<sup>103</sup> Van Os & Hendriks 2010.

<sup>104</sup> Hendriks 2009, p. 31-38.

<sup>105</sup> *Kamerstukken II* 2006/07, 28 439, nr. 18.

<sup>106</sup> Kottenhagen 2008, p. 8.

<sup>107</sup> EHRM 8 juli 2004, Vo t. Frankrijk(GC), nr. 53924/00, EHRC 2004, 86

<sup>108</sup> EHRM 1 juli 1997, Kalac t. Turkije, nr. 20704/92, Reports 1997-IV

<sup>109</sup> Orshoven & Englerd 2003, p. 203-204.

behandeling op grond van een geloofsovertuiging niet verenigbaar is met de zorg van een goed hulpverlener, dan hoeft de arts deze niet te volgen.<sup>110</sup>

### 3.5 De ouderlijke zorgplicht

Ieder kind heeft het recht op zorg en bescherming. De ouders hebben de primaire bevoegdheid hun kind te verzorgen en op te voeden, pas als er problemen zijn waaruit blijkt dat de ouders deze taak niet voldoende uitvoert, dan kan de overheid ingrijpen. Art. 3 lid 2 IVRK verplicht de staat om het welzijn van kinderen te beschermen. Het belang van het kind staat hierbij voorop. Deze verplichting is doorgewerkt in de kinderbeschermingsmaatregelen uit boek 1 BW. Ouders hebben op grond van art. 1:247 BW de recht en de plicht hun minderjarige kind te verzorgen, op te voeden en tevens zorg te dragen voor het geestelijk en lichamelijk welzijn van het kind. In hoofdstuk 2 is reeds beoordeeld dat dit artikel ook van toepassing is op het welzijn van het ongeboren kind. De ruime interpretatie van art. 1:2 BW betekent dat onder het begrip 'belang', naast het vermogensrechtelijk belang, ook de bescherming van de lichamelijke en geestelijke gezondheid van het ongeboren kind valt. Derhalve is de zorgplicht van de moeder, die op grond van art. 1:247 bij de geboorte in werking treedt, mijns inziens ook al voor de geboorte van toepassing.<sup>111</sup>

Mijns inziens is het mogelijk dat de ouderlijke zorgplicht uit art. 1:247 BW ook van toepassing is op het ongeboren kind. Er moet echter beoordeeld worden hoever die zorgplicht strekt. De status van het ongeboren kind brengt immers met zich mee dat niet alle aspecten uit art. 1:247 BW van toepassing kunnen zijn op het ongeboren kind. Het feit dat het vrucht nog niet geboren is brengt met zich mee dat er nog geen sprake kan zijn van een verplichting tot opvoeding. Echter, doordat de vrucht zich nog in de buik van de zwangere vrouw bevindt is het welzijn van het kind afhankelijk van de vrouw. Zij kan daarom wel verantwoordelijk worden gehouden voor het geestelijk en lichamelijk welzijn van het kind. De zwangere vrouw kan door handelen en nalaten schade toebrengen aan de gezondheid van haar ongeboren kind. Dit kan bijvoorbeeld door drank- of drugsmisbruik, maar ook het nalaten van een noodzakelijke medische behandeling. Op grond van art. 1:2 juncto 1:247 BW dient de zwangere vrouw schadelijke gedragingen achterwege te laten en zorg te dragen voor de gezondheid van haar vrucht. Goed ouderschap begint dus al tijdens de zwangerschap.<sup>112</sup> De zwangere vrouw die er voor heeft gekozen de zwangerschap uit te dragen, heeft de morele plicht haar ongeboren kind te beschermen tegen vermijdbare schade.<sup>113</sup> Deze verplichting strekt volgens verschillende auteurs echter verder dan slechts een morele verplichting. Op grond van art. 1:2 juncto 1:247 BW is de prenatale zorgplicht ook een juridische verplichting.<sup>114</sup> Alle rechten van kinderen en verplichtingen van ouders tegenover hun kinderen die voortvloeien uit het Kinderrechtenverdrag, zijn ook van toepassing op het ongeboren kind.<sup>115</sup> De vrijheid van de zwangere vrouw is beperkt tot de grenzen van de Wet op de Zwangerschapsafbreking. Wanneer zij geen gebruik maakt de mogelijkheid

---

<sup>110</sup> Leenen 2008, p. 144.

<sup>111</sup> Kottenhagen 2008, p. 493.

<sup>112</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 49.

<sup>113</sup> Berhmands e.a. 2009, p. 79.

<sup>114</sup> Kottenhagen 2008, p. 499.

<sup>115</sup> Jungschleger 2002, p. 342.

de zwangerschap af te breken, aanvaardt zij de plicht passende prenatale zorg te betrachten en het leven van haar ongeboren kind te beschermen.<sup>116</sup>

### 3.6 Conclusie

Wanneer ten behoeve van het ongeboren kind kan worden geconcludeerd dat er aanspraak kan worden gemaakt op een recht op medische zorg, kan daar tegenin gebracht worden dat de zwangere vrouw een aantal rechten toekomt om deze medische zorg te weigeren. Zo heeft zij op grond van de Wet Afbreking Zwangerschap de mogelijkheid de zwangerschap te beëindigen wanneer de vrucht de levensvatbaarheidsgrens van 24 weken nog niet heeft bereikt. Wanneer de vrucht van 24 weken of ouder onder andere omstandigheden niet als levensvatbaar kan worden aangemerkt, kan zij zelfs na 24 weken de zwangerschap nog afbreken. Tevens kan de zwangere vrouw een beroep doen op haar zelfbeschikkingsrecht. Dit recht is niet expliciet vastgelegd in het huidige positieve recht, maar is af te leiden uit verschillende bepalingen die betrekking hebben op de zwangere vrouw als patiënt. Zo is het zelfbeschikkingsrecht terug te vinden in het vereiste van informed consent. Dit vereiste zorgt er voor dat een medische behandeling pas kan worden uitgevoerd wanneer de patiënt hier goed over is geïnformeerd en toestemming heeft gegeven voor de behandeling. Er kan geconcludeerd worden dat medisch ingrijpen zonder toestemming van de patiënt niet mogelijk is. Er is echter een stroming in de literatuur te vinden die van mening is dat de toestemming van de zwangere vrouw vervangen kan worden wanneer de behandeling voor het ongeboren kind noodzakelijk wordt geacht. Er ontstaat dan een botsing tussen de belangen van de zwangere vrouw en het ongeboren kind. Door middel van een belangenafweging kan per geval bepaald worden welk belang doorslaggevend is. Het zelfbeschikkingsrecht is tevens af te leiden uit het recht op lichamelijke integriteit uit art. 11 GW. Uit de jurisprudentie en de memorie van toelichting van dit artikel blijkt echter dat met 'het recht om over het lichaam te beschikken' het vereiste van informed consent bedoeld is. Op deze manier is er eerder sprake van een afweerrecht dan van een lichamelijke zelfbeschikking. Het zelfbeschikkingsrecht biedt dus geen grond voor het aannemen van een absoluut recht op zelfbeschikking. Uit art. 8 EVRM blijkt dat het zelfbeschikkingsrecht niet slechts kan worden uitgelegd als afweerrecht, maar ook een bepaalde vrijheid van handelen garandeert. Art. 8 lid 2 EVRM zorgt er tevens voor dat er mogelijkheden zijn dit zelfbeschikkingsrecht te beperken ten behoeve van het ongeboren kind. Zo kan er van dit recht worden afgeweken ter bescherming van de gezondheid of ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Naast het zelfbeschikkingsrecht heeft de zwangere vrouw, net als ieder ander, het recht op godsdienst. Dit is echter geen absoluut recht. Wanneer een weigering van een medische behandeling op grond van een geloofsovertuiging niet verenigbaar is met de zorg van een goed hulpverlener, dan hoeft de arts deze niet te volgen.

---

<sup>116</sup> Schoonenberg 1989, p. 29.



## Hoofdstuk 4 Foeto-chirurgie

### 4.1 Inleiding

Het merendeel van de kinderen komt gezond ter wereld. In gemiddeld 5% van de zwangerschappen wordt echter een ziekte of afwijking bij de foetus geconstateerd.<sup>117</sup> De meeste aangeboren afwijkingen kunnen middels een echoscopisch onderzoek al vroeg in de zwangerschap worden vastgesteld<sup>118</sup> en door toenemende mogelijkheden in de foeto-chirurgie kunnen steeds meer afwijkingen en ziekten al voor de geboorte worden behandeld.<sup>119</sup> Behandelingen als wisseltransfusies, correctie van afwijkingen aan de urinewegen en het hart, behandeling van een waterhoofd en open ruggetje zijn ingrepen die met succes prenataal uitgevoerd kunnen worden. Uit studies is gebleken dat bepaalde ingrepen, zoals behandeling van een open ruggetje, prenataal zelfs betere resultaten geeft dan ingrijpen direct na de geboorte. Er is dan bijvoorbeeld de helft minder kans op een waterhoofd en op tweeënhalfjarige leeftijd kan het kind twee keer zo vaak zonder hulpmiddelen lopen.<sup>120</sup>

Voorafgaand aan behandelingen moet zorgvuldig worden afgewogen of de foetale behandeling het beste alternatief is. Er kan namelijk ook gekozen worden voor behandeling na de geboorte, het kind vroegtijdig geboren laten worden om na de bevalling direct te behandelen of het afbreken van de zwangerschap. Want niet alleen op gebied van foetale chirurgie nemen de mogelijkheden tot behandeling toe, maar ook in de vroege neonatale fase zijn deze steeds veiliger worden.<sup>121</sup> Wanneer behandeling na de geboorte mogelijk is met een redelijke prognose, dan zal dit de voorkeur hebben boven een behandeling voor de geboorte.<sup>122</sup>

Het besluit van de zwangere vrouw om van de behandeling af te zien zal in beginsel door hulpverleners aanvaard moeten worden. Het gaat immers om haar lichaam, haar kind en haar afwegingen. Soms kan echter betoogd worden dat de vrouw ten onrechte afziet van de behandeling, en daarmee het toekomstige kind ernstig tekort doet.<sup>123</sup> Van een dergelijke situatie kan volgens de Gezondheidsraad alleen sprake zijn wanneer zij niet kiest, of niet meer kan kiezen, voor het afbreken van de zwangerschap. Tevens moet het vaststaan dat de behandeling onherstelbare schade aan de foetus kan voorkomen zonder de foetus en de zwangere vrouw zelf aan ernstige risico's bloot te stellen.<sup>124</sup> De vraag die hier aan de orde is, is of de zwangere vrouw ook onder druk worden gezet mag worden om de behandeling in het belang van het ongeboren kind te ondergaan. Verdedigd kan worden dat goed ouderschap al voor de geboorte begint en dat de zwangere vrouw daar zonnodig op gewezen mag worden. Dit kan het geval zijn wanneer de zwangere vrouw afziet van een foetale behandeling en hierdoor directe gezondheidsschade aan het ongeboren kind veroorzaakt. Het feit dat het hier om

---

<sup>117</sup> LUMC 2011, p. 1.

<sup>118</sup> Oepkes 2009, p. 153.

<sup>119</sup> Kottenhagen 2008, p. 493.

<sup>120</sup> Adzick e.a. 2011, p. 999-1000.

<sup>121</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 27.

<sup>122</sup> Gezondheidsraad 2008, p. 27-28.

<sup>123</sup> Zie hoofdstuk 5.

<sup>124</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 49.

uitzonderlijke situaties gaat neemt de vraag niet weg wat er in dit soort situaties moet en mag gebeuren.

#### 4.2 Rechtvaardiging

In beginsel is het besluit van de zwangere vrouw om van de behandeling af te zien doorslaggevend. De zwangere vrouw mag, mits zij wilsbekwaam is, niet zomaar onder druk worden gezet om de behandeling te ondergaan.<sup>125</sup> In sommige gevallen kan er echter betoogd worden dat de weigering zulke nadelige gevolgen heeft voor het ongeboren kind, dat ingrijpen noodzakelijk is. Wanneer ingrijpen in het belang van het kind noodzakelijk wordt geacht, dient ingrijpen door middel van drang of dwang gerechtvaardigd te kunnen worden. Om ingrijpen te kunnen rechtvaardigen moet er worden voldaan aan de vereisten van proportionaliteit, subsidiariteit en doelmatigheid. Het proportionaliteitsvereiste zorgt voor een redelijke verhouding tussen het gekozen middel en het doel. De vorm van drang of dwang mag immers niet te zwaar zijn voor de situatie.

Daarnaast moet het gekozen middel geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken.<sup>126</sup> Dit doelmatigheidsvereiste betekent in dit soort situaties vooral het beperken of voorkomen van gezondheidsschade bij het toekomstige kind.<sup>127</sup> Als laatste moet er worden voldaan aan het vereiste van subsidiariteit. Dit wil zeggen dat er altijd voor de minst ingrijpende oplossing gekozen moet worden. Wanneer aan alle drie de vereisten is voldaan, kan er gesproken worden van een gerechtvaardigde toepassing van drang of dwang op de zwangere vrouw.

#### 4.3 Toediening van corticosteroïden bij dreigende vroeggeboorte

Met non-invasieve foetale behandeling worden vormen van behandeling bedoeld waarbij medicatie aan de moeder wordt toegediend die via de placenta de foetus bereikt. In sommige gevallen is orale toediening van het medicijn mogelijk, maar meestal geschiedt de behandeling intramusculair (via de spieren) of intraveneus (via de ader).<sup>128</sup> De risico's voor de zwangere zelf zijn afhankelijk van de werking van de medicijnen. De meest voorkomende non-invasieve foetale behandeling is de toediening van corticosteroïden bij dreigende vroeggeboorte tussen 25 en 34 weken. Deze behandeling wordt in Nederland jaarlijks bij 2000 tot 4000 zwangere vrouwen uitgevoerd.<sup>129</sup> Aan de hand van de vereisten van doelmatigheid, subsidiariteit en proportionaliteit wordt onderzocht of het afdwingen van een non-invasieve foetale behandeling ten behoeve van het ongeboren kind, met als uitgangspunt het toedienen van corticosteroïden, tegen de wil van de zwangere vrouw gerechtvaardigd is.

##### - Doelmatigheid

De doelmatigheid van de behandeling verwijst naar de waarschijnlijkheid waarmee het doel kan worden bereikt. Het toedienen van corticosteroïden geschiedt bij een

---

<sup>125</sup> Kottenhagen 2008, p. 494.

<sup>126</sup> *Kamerstukken I* 2007/08, 30 644, nr. F, p. 3, Enkelaar en van der Does 2009, p. 7.

<sup>127</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 51.

<sup>128</sup> Gezondheidsraad 2008, p. 30.

<sup>129</sup> Gezondheidsraad 2008, p. 31.

dreigende vroeggeboorte tussen de 25 en 34 weken. Op deze manier vindt er een versnelde longrijping van de foetus plaats en heeft het een beschermend effect op andere organen in geval van vroeggeboorte binnen tien dagen na de behandeling. Het toedienen van corticosteroïden bij een dreigende vroeggeboorte is al sinds de jaren zeventig een geaccepteerde en nuttig bewezen behandeling.<sup>130</sup> Aangetoond is dat bij dreigende vroeggeboorte het non-invasief toedienen van corticosteroïden een duidelijke daling bewerkstelligt van de kans op neonatale sterfte en hersenbloedingen bij vroeggeboorte.<sup>131</sup> Gezien het feit dat de behandeling al tientallen jaren als bewezen nuttige behandeling wordt gezien en de uitkomsten van deze behandeling een significante positieve invloed heeft op de gezondheid van het kind, kan hier worden gesproken van een doelmatige en effectieve behandeling.

- Subsidiariteit

Het vereiste van subsidiariteit betekent dat er gekozen moet worden voor de minst ingrijpende behandeling. Een non-invasieve behandeling is een weinig ingrijpende behandeling, gezien het feit dat de risico's voor de zwangere vrouw slechts afhankelijk zijn van de bijwerkingen van de medicamenten. Het toedienen van corticosteroïden kan mogelijk een tijdelijke ontregeling van de suikerhuishouding veroorzaken. Ook brengt het toedienen van dit medicament in combinatie met andere middelen de kans op vocht achter de longen bij bepaalde risicogroepen.<sup>132</sup> Non-invasieve foetale behandeling is de minst ingrijpende foetale behandeling, de bijwerkingen voor de moeder zijn gering.<sup>133</sup> Vroeggeboorte kan niet op een minder ingrijpende manier voorkomen worden.

- Proportionaliteit

Van proportionaliteit is sprake wanneer de met de behandeling te dienen belangen opwegen tegen de bezwaren en risico's. Het doel van het toedienen van corticosteroïden is het voorkomen van een dreigende vroeggeboorte van de vrucht. Bij kinderen die te vroeg geboren worden functioneren de longen en andere organen nog niet optimaal. Het toedienen van corticosteroïden voor de geboorte zorgt voor een snellere rijping van deze organen.<sup>134</sup> De longen van te vroeg geboren kinderen zijn onderontwikkeld, wat bepalend is voor de levensvatbaarheid van de vrucht. Ook hebben zij minder darmperistaltiek, wat wil zeggen dat de vertering moeizaam verloopt en er een grotere kans is op ontstekingen in de darmwand. Een vrucht jonger dan 34 weken heeft tevens onderontwikkelde zuigreflexen waardoor zelfstandig drinken uit een borst of fles nog niet mogelijk is.<sup>135</sup> Vroegtijdig ingrijpen ingeval van dreigende vroeggeboorte is dus van groot belang voor het ongeboren kind. De versnelde rijping van de organen probeert onderontwikkeling van de organen tegen te gaan waardoor de kans op overleven groter wordt. Daarentegen zijn de risico's en bezwaren van de zwangere vrouw gering.<sup>136</sup> Ook aan het vereiste van proportionaliteit is voldaan gezien het feit dat de voordelen ten

---

<sup>130</sup> Gezondheidsraad 2008, p. 30.

<sup>131</sup> Behrman 2007, p. 334.

<sup>132</sup> Gezondheidsraad 2008, p. 30.

<sup>133</sup> NVOG 1998, p. 3.

<sup>134</sup> NVOG 1998, p. 3.

<sup>135</sup> Moore 2003, p. 153-154.

<sup>136</sup> NVOG 1998, p. 3.

opzichte van de foetus duidelijk opwegen tegen de risico's en bezwaren van de zwangere vrouw.

#### 4.4 Intra-uteriene bloedtransfusie wegens foetale bloedarmoede

De intra-uteriene bloedtransfusie is een minimaal invasieve behandeling door middel van naaldinsertie. Dit betekent dat een dunne naald in de baarmoeder wordt ingebracht welke onder lokale verdoving wordt verricht. De meest voorkomende behandeling middels naaldinsertie is de intra-uteriene bloedtransfusie wegens foetale bloedarmoede. Er zijn verschillende aandoeningen die ernstige bloedarmoede bij de foetus veroorzaken, bijvoorbeeld een acute of chronische bloeding in de placenta. Het bloed van de vrucht komt dan in de circulatie van de moeder terecht. Op deze manier kan de foetus veel bloed verliezen en kan ernstige bloedarmoede of zelfs sterfte optreden.<sup>137</sup> In deze paragraaf wordt onderzocht of het afdwingen van een minimaal invasieve foetale behandeling middels naaldinsertie ten behoeve van het ongeboren kind, met als uitgangspunt de intra-uteriene bloedtransfusie, tegen de wil van de zwangere vrouw gerechtvaardigd is.

##### - Doelmatigheid

De intra-uteriene bloedtransfusie geldt als een groot voorbeeld van succesvolle foetale therapie. Bij tijdig behandelen ligt het overlevingspercentage ruim boven de 90%. Er moet dan echter wel behandeld worden voordat ernstige hydrops ontstaat, dit wil zeggen dat er behandeld moet worden voordat de hartfunctie achteruit gaat waardoor de foetus vocht gaat vasthouden.<sup>138</sup> Gezien het feit dat het overlevingspercentage boven de 90% ligt, is aan het vereiste van doelmatigheid voldaan. De combinatie van een slechte prognose bij te lang wachten en de grote kans op een gezond kind na de bloedtransfusie heeft ertoe geleid dat de intra-uteriene bloedtransfusie standaard zorg is geworden.<sup>139</sup>

##### - Subsidiariteit

Intra-uterine bloedtransfusie is momenteel de enige behandeling tegen ernstige foetale bloedarmoede. Alleen op deze grond is al voldaan aan het vereiste van subsidiariteit gezien het feit dat er geen alternatief aanwezig is, en er dus geen sprake kan zijn van een minder ingrijpende manier. Een andere optie is het vroegtijdig geboren laten worden van de foetus, met als doel de bloedtransfusie direct na de geboorte te kunnen geven. Vroeggeboorte na 34 weken wordt namelijk veilig geacht.<sup>140</sup> Vóór 32 tot 34 weken geeft de intra-uteriene bloedtransfusie echter betere resultaten.<sup>141</sup>

##### - Proportionaliteit

De minimaal invasieve foetale behandeling door middel van naaldinsertie houdt hierin dat er een dunne naald van 0,7 tot 1,1 millimeter in de baarmoeder wordt ingebracht.

---

<sup>137</sup> Gezondheidsraad 2008, p. 39.

<sup>138</sup> Gezondheidsraad 2008, p. 39.

<sup>139</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 50.

<sup>140</sup> Vermeulen 2001, p. 48.

<sup>141</sup> Gezondheidsraad 2008, p. 39.

Deze techniek is vergelijkbaar met die van de vruchtwaterpunctie, en ook de risico's die hier aan verbonden zijn, zijn vergelijkbaar. De kans op complicaties wordt in Nederland geschat op 0,5%. Jaarlijks worden in Nederland ruim 8000 vruchtwaterpuncties verricht waarbij de risico's voor de moeder en de vrucht minimaal zijn. De moeder loopt echter wel het risico dat haar lichaam antistoffen vormt die latere bloedtransfusies voor zichzelf moeilijker kunnen maken.<sup>142</sup> Het nalaten van de bloedtransfusie of te laat ingrijpen kan leiden tot intra-uteriene sterfte, maar ook als de vrucht het zonder bloedtransfusie zou overleven is er een kans op ernstige neurologische schade.<sup>143</sup> Afzien van de behandeling betekent dat als het kind geboren wordt, het een grote kans heeft op hersenbeschadiging.<sup>144</sup> Gezien het feit dat de risico's voor zowel de vrucht als de zwangere vrouw gering zijn, is ook aan het proportionaliteitsvereiste voldaan.

#### 4.5 Tweeling-transfusie syndroom

De term endoscopie wordt gebruikt wanneer buisvormige instrumenten met diameters van 1 centimeter of minder via de huid van de zwangere vrouw ingebracht worden. In Europese landen wordt bij foetale therapie gebruik gemaakt van endoscopen tussen de 1 en 3 millimeter.<sup>145</sup> In de meerderheid van de gevallen wordt gebruik gemaakt van een lokale verdoving. De laatste 15 jaar wordt de endoscopie het meest toegepast bij de behandeling van het tweeling-transfusie syndroom (TTS).<sup>146</sup> Normaal gesproken zijn de bloedvaten van de foetussen met elkaar verbonden waardoor de ene foetus bloed geeft aan de andere, en omgekeerd. Soms ontstaat het probleem dat de bloedstroom voornamelijk één richting opgaat. De ene foetus, de donor, geeft steeds bloedtransfusies aan de ander, maar krijgt zelf nauwelijks iets terug. Hierdoor ontstaat er bij de 'donor'-foetus een tekort aan bloed waardoor hij het vruchtwatergehalte niet meer op peil kan houden. Het vruchtwater wordt namelijk op peil gehouden doordat de vrucht ervan drinkt en er in plast.<sup>147</sup> De ontvangende foetus krijgt juist heel veel bloed en maakt daarom extra vruchtwater aan waardoor de buik van de moeder snel groeit. Hierdoor ontstaat er een grote kans dat de vliezen breken en er weeën ontstaan. De foetussen worden hierdoor ernstig ziek en hebben een grote kans om te vroeg geboren te worden.<sup>148</sup> In deze paragraaf wordt onderzocht of het afdwingen van een minimaal invasieve foetale behandeling middels endoscopie, met als uitgangspunt de behandeling van TTS, tegen de wil van de zwangere vrouw gerechtvaardigd is.

##### - Doelmatigheid

De enige therapie die de oorzaak van TTS aanpakt is de laser-coagulatie van placentaire anastomosen.<sup>149</sup> Dit wil zeggen dat onder endoscopisch zicht de vaatverbindingen tussen de foetus met een laser worden dichtgebrand. De overlevingskans van minstens één foetus ligt tussen de 73 en 90 procent,<sup>150</sup> en in Nederland (LUMC) 84 procent.<sup>151</sup> De

---

<sup>142</sup> Gezondheidsraad 2008, p. 39-40.

<sup>143</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 50-51.

<sup>144</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 50.

<sup>145</sup> Gezondheidsraad 2008, p. 43.

<sup>146</sup> Gezondheidsraad 2008, p. 43.

<sup>147</sup> Luttmer 2005, p. 83.

<sup>148</sup> Gezondheidsraad 2008, p. 43-44.

<sup>149</sup> Middeldorp 2004, p. 1205-1206.

<sup>150</sup> Huber 2006, p. 333-337

<sup>151</sup> Gezondheidsraad 2008, p. 44.

waarschijnlijkheid dat één van de foetussen het overleeft is dus aanzienlijk groter dan wanneer er niet ingegrepen wordt.

- Subsidiariteit

De laser-coagulatie van placentaire anastomosen is de enige manier om de oorzaak van TTS aan te pakken. Een studie laat zien dat deze techniek ook beter is dan de traditionele vruchtwaterdrainage.<sup>152</sup> Gezien het feit dat het inbrengen van een instrument wordt niet als ingrijpend ervaren gezien het feit dat het onder lokale verdoving kan geschieden. Een minder ingrijpende behandeling met dergelijke resultaten is dus niet voorhanden.

- Proportionaliteit

Zowel van het inbrengen van een endoscopie als het gebruik van laserlicht, zijn geen grote risico's voor de zwangere vrouw te verwachten. De ingreep geschiedt onder lokale verdoving en is al duizenden malen uitgevoerd.<sup>153</sup> De meest voorkomende complicatie is het voortijdig breken van de vliezen, wat zorgt voor een verhoogde kans op vroeggeboorte. Vroeggeboorte verhoogt de kans van perinatale sterfte. Echter, zonder behandeling sterft 63 tot 80 procent van de foetussen door vroeggeboorte of hartfalen, terwijl de overlevingskans na behandeling vastgesteld is op 73 tot 90 procent.<sup>154</sup> De verwachte voordelen van de behandeling wegen dus duidelijk op tegen de risico's van de ingreep, gezien het feit de risico's gering zijn en de voordelen groot.

#### 4.6 Open ruggetje

Een open ruggetje (Spina Bifida) kan leiden tot ernstige beperkingen en verlammingen doordat de neurale buis niet goed sluit. Op deze manier ontstulpt het ruggenmerg waardoor het vocht uit de hersenen en het ruggenmerg naar buiten komt. Kinderen worden in Nederland na de geboorte geopereerd, maar de schade die in de baarmoeder ontstaan is, is onomkeerbaar.<sup>155</sup> Al jaren wordt er in de Verenigde Staten geprobeerd een open ruggetje al in de baarmoeder te behandelen, in de hoop schade aan het ruggenmerg te beperken. Hierbij moet, in tegenstelling tot de hiervoor benoemde behandelingen, de buik en de baarmoederwand van de zwangere vrouw volledig geopend worden.<sup>156</sup> In 2003 is in de Verenigde Staten een studie gestart waarbij foetale chirurgie tussen 20 en 26 weken wordt vergeleken met de traditionele behandeling na de geboorte. Een termijn van twee jaar na de geboorte moet uitsluitsel geven over de vraag of de voordelen van foetale chirurgie opwegen tegen de nadelen. Alleen bij succes van de deze studie maakt deze behandeling een kans in Europa.<sup>157</sup> Open foetale chirurgie wordt in Nederland dus nog niet verricht. De artsen maken gebruik van naalden en endoscopen, maar laten de baarmoeder dicht.<sup>158</sup>

---

<sup>152</sup> Senat 2004, p. 136-144.

<sup>153</sup> Gezondheidsraad 2008, p. 43.

<sup>154</sup> Gezondheidsraad 2008, p. 44.

<sup>155</sup> Adzick e.a. 2011, p. 993-1004

<sup>156</sup> Adzick e.a. 2011, p. 993-1004.

<sup>157</sup> Gezondheidsraad 2008, p. 53.

<sup>158</sup> Adzick e.a. 2011, p. 993-1004.

Een belangrijk verschil met de in paragraaf 4.3 tot 4.5 genoemde behandelingen is dat geen genezing, maar alleen vermindering van de symptomen kan worden bereikt. Aan de hand van de vereisten van doelmatigheid, subsidiariteit en proportionaliteit wordt onderzocht of het afdwingen van een open foetale behandeling ten behoeve van het ongeboren kind, met als uitgangspunt het behandelen van een open ruggetje, tegen de wil van de zwangere vrouw gerechtvaardigd is.

- Doelmatigheid

Het doel van de foetale behandeling van myelomeingocele (open ruggetje) is vermindering van de symptomen. Kinderen van tweeënhalf jaar die voor de geboorte behandeld zijn blijken twee keer zo vaak zonder hulpmiddelen te kunnen lopen. Ook had 82 procent van de kinderen die na de geboorte behandeld waren een 'shunt' nodig ter afvoering van hersenvocht. Bij kinderen die prenataal behandeld waren bleek dit de helft minder.<sup>159</sup> Hoewel duidelijk was dat deze aandoening niet genezen kan worden, maar het doel van de behandeling het verminderen van de symptomen is, kan betoogd worden dat de waarschijnlijkheid dat het doel wordt bereikt bij prenatale behandeling groter is dan postnatale behandeling.

- Subsidiariteit

Voor een foetale behandeling van een open ruggetje dient de buik en baarmoederwand van de zwangere vrouw te worden opengesneden. Deze operatie lijkt voor de zwangere vrouw op een keizersnede, en zij zal bij de geboorte ook door middel van een keizersnede moeten bevallen.<sup>160</sup> Wanneer de behandeling pas na de geboorte plaatsvindt, is dit minder ingrijpend voor de zwangere vrouw gezien het feit dat haar baarmoeder dan niet reeds voor haar bevalling geopend hoeft te worden. Voor de vrucht wordt zowel foetaal als na de geboorte op dezelfde manier behandeld. Voor de vrucht verschilt de mate van ingrijpendheid van foetale behandeling niet van de ingrijpendheid van de behandeling na de geboorte. Gezien het feit dat behandeling na de geboorte ook mogelijk is, kan er betoogd worden dat er sprake is van een minder ingrijpende mogelijkheid waardoor niet aan het vereiste van subsidiariteit is voldaan.

- Proportionaliteit

Hoewel er mogelijk niet aan het subsidiariteitsvereiste is voldaan omdat er een minder ingrijpende mogelijkheid voorhanden is, kan er toch betoogd worden dat de behandeling prenataal uitgevoerd dient te worden. De belangen van het ongeboren kind ten opzichte van de foetale behandeling, wegen op tegen de bezwaren en risico's voor de zwangere vrouw. De foetale behandeling wordt onder volledige narcose uitgevoerd waarbij de buik en de baarmoederwand van de moeder wordt geopend. Dit wordt vergeleken met een keizersnede.<sup>161</sup> De behandeling vergroot tevens de kans op vroeggeboorte.<sup>162</sup> Echter, wanneer de vrucht al voor de geboorte behandeld wordt, brengt dit veel voordelen met zich mee. In vergelijking met kinderen die na de geboorte behandeld zijn, kunnen dubbel zoveel kinderen lopen zonder hulpmiddelen. Ook had 82

---

<sup>159</sup> Adzick e.a. 2011, p. 993-1004.

<sup>160</sup> Gezondheidsraad 2008, p. 54.

<sup>161</sup> Gezondheidsraad 2008, p. 54.

<sup>162</sup> Adzick e.a. 2011, p. 993-1004.

procent van de kinderen die na de geboorte behandeld waren een 'shunt' nodig ter afvoering van hersenvocht. Bij kinderen die prenataal behandeld waren bleek dit de helft minder.<sup>163</sup> Uit het onderzoek is tevens gebleken dat het contact van de zenuwen met het vruchtwater de schade vergroot. Echter, wanneer de rug vóór de 26 weken gesloten wordt, blijft deze schade beperkt waardoor de kans op een waterhoofd bij de vrucht afneemt.<sup>164</sup> De vraag die hier aan de orde is, is of de kans op vroeggeboorte opweegt tegen de mogelijke voordelen die de foetale behandeling met zich meebrengt. De risico's van de ingreep kunnen dreigende vroeggeboorte of zelfs sterfte tijdens de ingreep betekenen. Zonder ingreep zou dit risico op vroeggeboorte of perinatale sterfte geen verhoogde kans hebben.<sup>165</sup>

#### 4.7 Conclusie

Non-invasieve en minimaal invasieve behandelingen zijn in Nederland geaccepteerde ingrepen waarvan de doelmatigheid vaststaat. Deze zijn weinig ingrijpend voor de moeder waardoor de voordelen ten opzichte van het ongeboren kind duidelijk opwegen tegen de nadelen die de behandeling mogelijk met zich meebrengt. Het knelpunt ligt echter bij behandelingen die ingrijpender zijn dan de reeds geaccepteerde ingrepen. Ondanks het feit dat uit onderzoek is gebleken dat bepaalde vormen van open foetale chirurgie effectiever zijn dan behandeling na de geboorte, kunnen de risico's niet zomaar weggecijferd worden tegen de voordelen voor het ongeboren kind. Wanneer er niet foetaal wordt ingegrepen, wordt ook de kans op vroeggeboorte of perinatale sterfte niet verhoogd. Daarentegen hebben de resultaten van een geslaagde foetale ingreep een duidelijke meerwaarde ten opzichte van een behandeling na de geboorte.

---

<sup>163</sup> Adzick e.a. 2011, p. 993-1004.

<sup>164</sup> Adzick e.a. 2011, p. 993-1004.

<sup>165</sup> Gezondheidsraad 2008, p. 53.



## Hoofdstuk 5 Conflictsituaties

### 5.1 Inleiding

Het uitgangspunt is dat een zwangere vrouw een behandeling in beginsel mag weigeren. De zwangere vrouw is immers de patiënt met wie de arts de behandelingsovereenkomst is aangegaan. Door toenemende mogelijkheden op het gebied van foeto-chirurgie wordt de kans op botsende belangen tussen moeder en het ongeboren kind steeds groter.<sup>166</sup> Er zijn namelijk steeds meer mogelijkheden om prenataal in te kunnen grijpen ten behoeve van het leven of de gezondheid van de vrucht. Behandelingen als wisseltransfusies, correctie van afwijkingen aan de urinewegen en het hart, behandeling van een waterhoofd en open ruggetje zijn ingrepen die met succes prenataal uitgevoerd kunnen worden. Uit studies is zelfs gebleken dat bepaalde ingrepen, zoals behandeling van een open ruggetje, prenataal betere resultaten geeft dan ingrijpen direct na de geboorte.<sup>167</sup> De vrouw kan echter haar toestemming voor de behandeling weigeren te geven. De arts wordt dan geconfronteerd met een conflict van plichten. Enerzijds kent hij een hulpverleningsplicht en de plicht de integriteit van de zwangere te respecteren door geen behandeling uit te voeren zonder haar toestemming.<sup>168</sup> Anderzijds bepaalt art. 3 IVRK dat het belang van het kind altijd de eerste overweging dient te zijn.<sup>169</sup> Deze overweging geldt volgens Enkelaar en van der Does echter niet alleen voor rechters. Het belang van het kind dient ook een eerste overweging te zijn voor ziekenhuizen en hulpverleners. De vraag of dit tevens strekt tot het belang van het ongeboren kind wordt door hen bevestigend beantwoord.<sup>170</sup> De preambule van het IVRK bepaalt immers dat het kind beschermd dient te worden, zowel voor als na zijn geboorte.<sup>171</sup> Maar wat valt er als belang van het ongeboren kind aan te merken? Willems betoogt in zijn proefschrift dat als kern van het belang wordt uitgegaan van de veiligheid en ontwikkeling van het kind. Hieronder valt de bescherming van het recht op ontwikkeling en persoonswording<sup>172</sup>, dat zich uitstrekt tot de prenatale fase.<sup>173</sup> De vraag die in het kader van dit onderzoek gesteld moet worden is in hoeverre dit belang van het ongeboren kind invloed kan hebben op de besluitvorming van de hulpverlener. Kan hij aan het toestemmingsvereiste van de zwangere vrouw voorbijgaan wanneer het belang van het ongeboren kind hierom vraagt? In dit hoofdstuk worden de mogelijkheden bekeken die de WGBO biedt om zonder toestemming van de moeder te behandelen. Tevens worden de mogelijkheden binnen de kinderschermingswetgeving uiteengezet. De Wet Bopz zal in dit onderzoek buiten beschouwing blijven omdat de onderhavige problematiek niet is gericht op psychiatrische patiënten die door hun handelen de belangen van hun ongeboren kind ernstig verwaarlozen, waardoor een gedwongen opname mogelijk aan de orde is.

---

<sup>166</sup> Kottenhagen 2008, p. 492-503.

<sup>167</sup> Adzick e.a. 2011, p. 993-1004.

<sup>168</sup> Engberts 2009, p. 72.

<sup>169</sup> Enkelaar en van der Does 2009, p. 1.

<sup>170</sup> Enkelaar en van der Does 2009, p. 1.

<sup>171</sup> Meuwese e.a. 2005, p. 46, Enkelaar en van der Does 2009, p. 1.

<sup>172</sup> Willems 1999, p. 223.

<sup>173</sup> Willems 1999, p. 391.

## 5.2 WGBO

### 5.2.1 Behandelingsovereenkomst

In de behandelingsovereenkomst tussen de hulpverlener en de patiënt staat het recht op informatie centraal.<sup>174</sup> Dit wil zeggen dat medische behandelingen slechts mogen worden uitgevoerd voor zover de patiënt op grond van goede informatie zijn toestemming daarvoor heeft gegeven. Art. 7:448 BW bepaalt dat de hulpverlener verplicht is de patiënt op een duidelijke wijze in te lichten over de voorgenomen behandeling en de mogelijke risico's ervan zodat de patiënt in staat is om een weloverwogen beslissing te nemen of hij de behandeling al dan niet wenst te ondergaan. Het beschikken over informatie is niet alleen een voorwaarde om het zelfbeschikkingsrecht te kunnen uitoefenen, maar het verkleint tevens het kennisverschil tussen arts en patiënt.<sup>175</sup> Het niet nakomen van deze verplichting kan ervoor zorgen dat de patiënt niet op de door hem gewenste manier gebruik kan maken van zijn zelfbeschikkingsrecht en daardoor een keuze maakt die hij mogelijk niet gemaakt zou hebben als hij voldoende geïnformeerd was.<sup>176</sup>

Uitgangspunt is dat de arts de informatie geeft die de patiënt redelijkerwijs dient te ontvangen.<sup>177</sup> Dit behoort op grond van art. 7:448 BW op een duidelijke wijze te gebeuren. Dit houdt in dat de arts in begrijpelijke, en Nederlandse, taal uitlegt wat er aan de hand is en wat de mogelijkheden zijn om dit op te lossen.<sup>178</sup> De arts moet zich ervan vergewissen dat de patiënt de informatie voldoende heeft begrepen.<sup>179</sup>

Art. 7:450 BW bepaalt dat voor het uitvoeren van een medische behandeling de toestemming van de patiënt noodzakelijk is. Het recht op informatie en het toestemmingsvereiste vormen samen, zoals reeds besproken in paragraaf 3.3, het vereiste van informed consent. Voor het geven van toestemming dient de patiënt adequaat te zijn geïnformeerd over de behandeling.<sup>180</sup> De patiënt kan immers geen toestemming geven over een behandeling waarover hij niet of niet voldoende is geïnformeerd. Er zijn echter ook situaties denkbaar waarin de toestemming kan worden verondersteld te zijn verleend. Met name in acute noodsituaties waarin het leven alleen kan worden gered met direct ingrijpen, geldt het beginsel van *implied consent*.<sup>181</sup> Het vereiste van informed consent weegt echter des te zwaarder wanneer er veel voor de patiënt op het spel staat. Dit kan zich voordoen wanneer de behandeling grote risico's met zich meebrengt.<sup>182</sup>

### *5.2.2 Contracteren ten behoeve van het ongeboren kind*

De behandelingsovereenkomst komt tot stand tussen de hulpverlener en de patiënt. Dit betekent dat de arts de behandeling slechts kan uitvoeren wanneer de patiënt daar

---

<sup>174</sup> Leenen 2011, p. 189.

<sup>175</sup> Leenen 2011, p. 189-190.

<sup>176</sup> HR 23 november 2001, TvGR 2002/20.

<sup>177</sup> Engberts 2009, p. 32.

<sup>178</sup> Engberts 2009, p. 27 en 32.

<sup>179</sup> Den Haag 23 oktober 1985, TvGR 1986/48.

<sup>180</sup> Ten Have 2009, p. 88.

<sup>181</sup> Ten Have 2009, p. 88.

<sup>182</sup> Ten Have 2009, p. 88.

toestemming voor heeft gegeven. De zorgplicht van de arts uit art. 7:453 BW bestaat primair jegens de zwangere vrouw, met haar is hij immers een behandelingsovereenkomst aangegaan. Wanneer een zwangere vrouw ten aanzien van haar zwangerschap een geneeskundige behandelingsovereenkomst sluit, bestaat de mogelijkheid dat zij ook ten behoeve van haar ongeborn kind contracteert.<sup>183</sup>

De vraag of een foetus partij kan zijn bij een door de moeder gesloten behandelingsovereenkomst was aan de orde in de zaak Kelly. Kelly kwam als gevolg van een beroepsfout van de verloskundige ernstig gehandicapt ter wereld en startte samen met haar ouders een vordering tot schadevergoeding in. De Hoge Raad oordeelde in deze zaak dat er in het algemeen de mogelijkheid bestaat dat de zwangere vrouw ook ten behoeve van haar ongeborn vrucht contracteert. Wanneer dit niet expliciet bij het sluiten van de overeenkomst is gebleken, moet er vanuit worden gegaan dat de vrouw de overeenkomst voor zichzelf heeft gesloten. De Gezondheidsraad is eveneens van mening dat met een beroep op art. 1:2 BW het ongeborn kind contractspartij bij de behandelingsovereenkomst kan zijn.<sup>184</sup> Ook Kortmann deelt deze mening en onderbouwt dit door te zeggen dat er een onrechtmatige daad jegens het ongeborn kind kan worden gepleegd wanneer de hulpverlener een beroepsfout maakt en hierdoor schade aan de vrucht toebrengt.<sup>185</sup> De belangen van het ongeborn kind vragen dus ook al voor de geboorte om bescherming.

Overigens heeft de Hoge Raad bepaald dat wanneer het ongeborn kind *geen* partij bij de behandelingsovereenkomst is, de hulpverlener op grond van art. 7:453 BW toch gehouden is noodzakelijke zorg aan de ongeborn vrucht te verlenen.<sup>186</sup> Schiet de behandelaar tekort in de zorgplicht jegens de vrouw, dan handelt hij tevens 'in strijd met hetgeen hem jegens de ongeborene volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'.<sup>187</sup> In deze zaak ging het om het belang van het kind om niet met ernstige handicaps door het leven te hoeven gaan. Ondanks het feit dat Kelly geen recht heeft om niet geboren te worden, blijkt hieruit volgens de Gezondheidsraad in ieder geval dat de zorgplicht van de hulpverlener ook de gezondheidsbelangen van het toekomstige kind omvat.<sup>188</sup> Echter, zolang het kind nog niet geboren is, kan het niet zelfstandig aanspraak op rechten maken. Een foetus kan immers nog geen drager van subjectieve rechten zijn.<sup>189</sup> Ondanks dat uit het voorgaande blijkt dat er ook sprake is van een zorgrelatie jegens het ongeborn kind wanneer deze geen contractspartij is, is het onduidelijk hoe de hulpverlener moet handelen. In de zaak Kelly zou de moeder tot abortus zijn overgegaan wanneer zou blijken dat de vrucht een chromosomale afwijking had. De hulpverlener heeft echter nagelaten een prenataal onderzoek hiernaar te verrichten. De hulpverlener schoot hierdoor tekort in de zorgplicht jegens de zwangere vrouw en handelde daardoor in strijd met de zorgplicht jegens het ongeborn kind.<sup>190</sup> Het is immers in het belang van het kind om zonder handicaps geboren te worden. De zaak ligt echter anders wanneer de hulpverlener *niet* tekortschiet in de zorgplicht jegens de vrouw. Van een dergelijke situatie kan sprake zijn wanneer de zwangere vrouw

---

<sup>183</sup> HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606.

<sup>184</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 22.

<sup>185</sup> Kortmann 2004, p. 14.

<sup>186</sup> HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606

<sup>187</sup> HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606

<sup>188</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 23.

<sup>189</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 23.

<sup>190</sup> HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606

uitdrukkelijk wenst een bepaald onderzoek of behandeling om schade aan het ongeboren kind te voorkomen juist niet wenst te ondergaan. Schiet de hulpverlener te kort in zijn zorgplicht jegens het ongeboren kind wanneer hij de wens van de vrouw respecteert en de behandeling of het onderzoek nalaat? In het licht van de zaak Kelly kan betoogd worden dat de hulpverlener slechts in strijd met de zorgplicht jegens het ongeboren kind kan handelen wanneer deze tekortschiet in de zorgplicht jegens de zwangere vrouw. De Hoge Raad heeft in deze zaak immers bepaald dat de hulpverlener in strijd heeft gehandeld met de zorgplicht jegens het ongeboren kind, omdat hij door het nalaten van het prenatale onderzoek tekortschoot jegens de zwangere vrouw. Het ongeboren kind kan immers niet zelfstandig aanspraak op rechten maken.<sup>191</sup> Ondanks het bestaan van een zorgplicht jegens het ongeboren kind, betekent dit dus niet dat er door de hulpverlener anders gehandeld moet worden wanneer hij niet tekortschiet in de primaire zorgplicht jegens de zwangere vrouw.

### 5.2.3 *Het ongeboren kind als patiënt?*

Vanwege toenemende mogelijkheden in de foeto-chirurgie wordt het steeds vanzelfsprekender om ook de foetus als patiënt te zien.<sup>192</sup> Het ongeboren kind is immers degene die in dergelijke gevallen medische behandeling nodig heeft. De foetus kan echter niet worden gezien als patiënt, omdat het immers nog niet kan worden aangemerkt als subject van rechten. De foetus als patiënt impliceert echter een hulpverlenersrelatie, maar of de vrucht daadwerkelijk recht heeft op een behandeling hangt af van de omstandigheden van het geval.<sup>193</sup>

Het spreekt voor zich dat de ongeboren vrucht niet in staat is om een behandelingsovereenkomst te sluiten. Voor minderjarige patienten hanteert de WGBO een specifieke regeling. Uit art. 7:447 BW volgt dat voor het aangaan van een geneeskundige behandelingsovereenkomst de patiënt de leeftijd van 16 jaar moet hebben bereikt. Dit betekent dat de hulpverlener op grond van art. 7:465 lid 1 BW zijn verplichtingen jegens een patiënt die de leeftijd van twaalf jaar nog niet bereikt heeft, jegens de ouders of voogd nakomt. De arts zal hen de nodige informatie verschaffen zodat deze een weloverwogen beslissing kunnen nemen of zij toestemming voor de behandeling zullen verlenen of niet. Art. 7:465 BW gaat echter uit van minderjarige kinderen waarover de ouders het gezag uitoefenen. De vraag die in dit onderzoek gesteld moet worden is of ook het ongeboren kind onder de reikwijdte van dit artikel valt. Uit de zaak Kelly blijkt dat de mogelijkheid bestaat dat de zwangere vrouw ook ten behoeve van het ongeboren kind een behandelingsovereenkomst kan sluiten.<sup>194</sup> Een extensieve interpretatie van art. 1:2 BW kan immers grond vormen om het ongeboren kind als reeds geboren aan te merken wanneer zijn belang dit vordert. Dit blijkt ook uit de mogelijkheid om het ongeboren kind prenataal onder toezicht te stellen wanneer dit in het belang van het toekomstige kind is.<sup>195</sup>

Gezien het feit dat art. 7:465 BW enkel een bovengrens van twaalf jaar noemt in combinatie met de ruime interpretatie van art. 1:2 BW, kan naar mijn mening betoogd

---

<sup>191</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 23.

<sup>192</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 22.

<sup>193</sup> Zie hoofdstuk 7: Conclusies en aanbevelingen.

<sup>194</sup> HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606

<sup>195</sup> Rb. Utrecht 3 juni 2004, *FJR* 2005, 98, RB Maastricht 13 april 2012, *LJN* BW5222

worden dat de foetus op grond van dit artikel als patiënt kan worden aangemerkt. Daar staat echter tegenover dat de foetus geen onvoorwaardelijk recht op een behandeling heeft, aangezien rechtspersoonlijkheid op grond van art. 1:2 BW pas bij de geboorte aanvangt en de vrucht dus niet zelf aanspraak op een behandeling kan maken. Er valt dus te beargumenteren dat het ongeboren kind als patiënt kan worden aangemerkt, maar het feit dat de vrucht niet zelfstandig aanspraak op een behandeling kan maken betekent dat er op grond van art. 7:465 BW toestemming van zijn ouders of voogd nodig is om een behandeling ten behoeve van het ongeboren kind mogelijk te maken. Het toestemmingsvereiste van de ouders is dus ook van toepassing wanneer het ongeboren kind op grond van art. 1:2 BW als patiënt kan worden aangemerkt.

#### 5.2.4 Tussenconclusie

Uit het voorgaande is gebleken dat een behandelingsovereenkomst wordt gesloten met de patiënt en de hulpverlener waardoor er tussen hen een zorgrelatie ontstaat. Een behandelingsovereenkomst met een zwangere vrouw betekent dat er tevens een zorgrelatie jegens het ongeboren kind bestaat, ook wanneer er niet expliciet namens het ongeboren kind is gecontracteerd. De hulpverlener kan echter slechts in strijd met deze zorgplicht jegens het ongeboren kind handelen wanneer hij tekortschiet in de zorgrelatie met de vrouw. Schiet hij hierin niet tekort, dan handelt hij ook niet in strijd met de zorgplicht jegens het ongeboren kind. Ook kan betoogd worden dat het ongeboren kind op grond van art. 7:465 juncto art. 1:2 BW als patiënt kan worden aangemerkt. Een vrucht kan echter niet zelfstandig aanspraak maken op een behandeling. Er zal daarom toestemming van de ouders nodig zijn om behandeling van het ongeboren kind mogelijk te maken.

### 5.3 Reikwijdte toestemmingsvereiste

De twee belangrijkste aspecten uit de WGBO zijn de informatieplicht en het toestemmingsvereiste. Het uitgangspunt van de WGBO is dat de patiënt op basis van goede informatie zelf toestemming geeft voor de behandeling. Zonder goede informatie is de patiënt immers niet in staat om tot een weloverwogen beslissing te komen omtrent het al dan niet ondergaan van de medische behandeling. De hulpverlener is dan ook verplicht om deze toestemming te vragen voorafgaand aan een medische behandeling.<sup>196</sup> Deze twee aspecten hangen dus nauw met elkaar samen. Toch zijn er situaties mogelijk waarin de informatie en de toestemming niet geheel samenvallen, bijvoorbeeld in acute situaties waarin geen tijd is om geïnformeerde toestemming te vragen. Een medische behandeling uitvoeren zonder toestemming van de patiënt is in beginsel in strijd met het vereiste van informed consent. De WGBO biedt echter mogelijkheden om tot behandeling over te gaan wanneer de vereiste toestemming *ontbreekt*. Een andere situatie ontstaat wanneer de arts van mening is dat een medische behandeling noodzakelijk is om schade te voorkomen aan het ongeboren kind, maar de vrouw expliciet *weigert* toestemming voor deze behandeling te verlenen.

---

<sup>196</sup> Leenen 2011, p. 204.

### 5.3.1 Ontbrekende toestemming wegens wilsonbekwaamheid

Vaak is het duidelijk of een patiënt al dan niet in staat is om zelf te beslissen over een medische behandeling, bijvoorbeeld bij comateuze patiënten. Een patiënt is wilsbekwaam wanneer hij zich bewust is van zijn situatie en in staat is de verschillende opties af te wegen zodat hij tot een weloverwogen besluit kan komen wat betreft zijn medische behandeling.<sup>197</sup> De WGBO gaat uit van een wilsbekwame patiënt tot het tegendeel is bewezen.<sup>198</sup> Art. 7:465 lid 2 BW bepaalt dat een patiënt wilsonbekwaam is wanneer zij niet in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen met betrekking tot de voorgestelde behandeling. De wet kent echter geen criteria voor het vaststellen van wilsonbekwaamheid. Daarom heeft het ministerie van Justitie in 1994 een handreiking uitgegeven ter beoordeling van wilsonbekwaamheid.<sup>199</sup> Volgens het ministerie van Justitie gaat het bij het vaststellen van de wilsonbekwaamheid om de vraag of de patiënt in staat is om een dusdanige mate van de informatie te begrijpen zodat hij in staat is een weloverwogen beslissing te maken.<sup>200</sup> Zodra de arts twijfelt aan de wilsbekwaamheid van de patiënt, zal hij een psychiater om een oordeel vragen.

Een wilsonbekwame patiënt is niet in staat om zelf beslissingen te nemen en dient dus vertegenwoordigd te worden. Deze vertegenwoordiger kan op grond van art. 7:465 BW de rechten van de patiënt uitoefenen en toestemming geven voor behandelingen. De rechter heeft de mogelijkheid om een curator of mentor ten behoeve van de patiënt aan te wijzen.<sup>201</sup> Daarnaast kent de WGBO de mogelijkheid dat de patiënt schriftelijk iemand heeft gemachtigd om zijn belangen te vertegenwoordigen in het geval hij wilsonbekwaam wordt. Deze constructie waarborgt het zelfbeschikkingsrecht omdat de patiënt de beslissingbevoegdheid aan een door hem gekozen persoon overdraagt voor het geval hij zijn wil niet meer zelf kan bepalen.<sup>202</sup> Ten tweede kent de WGBO ook de onbenoemde vertegenwoordiger die zijn bevoegdheid ontleent aan de wet. Dit is meestal de echtgenoot, de geregistreerde partner of een andere levensgezel van de patiënt.

De rechter zal echter niet snel een mentor of curator instellen om de zwangere vrouw te vertegenwoordigen. De grond voor het opleggen van deze maatregel zal immers gevonden worden in de wilsonbekwaamheid ten aanzien van de zorg die de hulpverlener noodzakelijk acht. De rechter zal toetsen of de zwangere vrouw in het algemeen haar zorgbelangen kan behartigen.<sup>203</sup> De zwangere vrouw wordt dus ofwel volledig wilsonbekwaam ofwel volledig wilsbekwaam geacht haar zorgbelangen te behartigen. De toestemming van een gezonde zwangere vrouw zal dus niet vervangen kunnen worden door de toestemming van een vertegenwoordiger wanneer zij niet volledig wilsonbekwaam wordt geacht.

---

<sup>197</sup> Ten Have 2009, p. 89.

<sup>198</sup> Kollen 2002, p. 746.

<sup>199</sup> Kollen 2002, p. 746-747

<sup>200</sup> Handreiking ministerie van Justitie 1994

<sup>201</sup> KNMG 2004, p. 91-92.

<sup>202</sup> Leenen 2011, p. 213.

<sup>203</sup> Frederiks 2010, p. 81.

### 5.3.2 Ontbrekende toestemming wegens noodsituatie

Er zijn echter ook situaties denkbaar waarin de toestemming voor een behandeling niet kan worden afgewacht. Op grond van art. 7:466 BW kan zonder de vereiste toestemming worden gehandeld in een spoedeisende situatie.<sup>204</sup> In dit soort situaties is een onverwijld uitvoering van de behandeling noodzakelijk om ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen.<sup>205</sup> Tevens mag de toestemming verondersteld te zijn verleend wanneer het gaat om een verrichting van niet ingrijpende aard, zoals het toedienen van een kortwerkend medicijn.<sup>206</sup>

In de verhouding tussen hulpverlener en patiënt is de hulpverlener gebonden aan de professionele standaard. Dit betekent dat de hulpverlener een eigen verantwoordelijkheid heeft die niet door de wensen van de patiënt opzij kan worden gezet.<sup>207</sup> Op basis van art. 7:453 BW heeft de patiënt een gegronde aanspraak op goed hulpverlenerschap, maar de hulpverlener is in dit kader tevens bevoegd en verplicht om onverantwoorde besluiten van een patiënt of zijn vertegenwoordiger naast zich neer te leggen wanneer de nakoming niet verenigbaar is met de zorg van een goed hulpverlener.<sup>208</sup> In het kader van het goed hulpverlenerschap is het op grond van art. 7:466 BW mogelijk om zonder de vereiste toestemming de behandeling uit te voeren wanneer het noodzakelijk is dat de behandeling onverwijld wordt uitgevoerd om ernstig nadeel aan de patiënt te voorkomen. De zwangere vrouw is in deze situatie echter de patiënt met wie de hulpverlener een behandelingsovereenkomst heeft gesloten. Wanneer de behandeling niet onverwijld noodzakelijk is om ernstig nadeel aan de zwangere vrouw, maar aan haar ongeboren vrucht te voorkomen, rijst de vraag of dit onder de reikwijdte van dit artikel valt. Kan het nadeel voor het ongeboren kind tevens als nadeel voor de zwangere vrouw worden beschouwd? Een dergelijke situatie kan zich voordoen wanneer een zwangere vrouw na een ongeluk per ambulance wordt afgevoerd. In het ziekenhuis wordt de vrouw gestabiliseerd maar is echter nog niet bij kennis. Na prenataal onderzoek blijkt dat het met de vrucht minder goed gaat en behandeling onverwijld noodzakelijk is om ernstige schade na de geboorte te voorkomen. Er is geen informatie bekend over een eventuele geloofsovertuiging van de zwangere vrouw, of andere gegevens waaruit blijkt dat zij geen behandeling wenst te ondergaan. De tijd begint echter te tikken. De arts dient een afweging te maken of ingrijpen zonder toestemming in deze situatie geoorloofd is. Betoogd kan worden dat een zwangere vrouw doorgaans al het mogelijke zou willen doen om haar kind zo gezond mogelijk ter wereld te brengen en dus bereid is om onderzoeken en behandelingen te ondergaan die in het belang van haar ongeboren kind worden geacht.<sup>209</sup> Ernstige schade aan haar toekomstige kind, of zelfs het overlijden van de vrucht, zou doorgaans ernstig nadeel voor de zwangere vrouw betekenen. Mijns inziens kan betoogd worden dat in deze noodsituatie ernstige schade aan de vrucht tevens ernstig nadeel voor de zwangere vrouw betekent. Wanneer er sprake is van een dergelijke situatie, dan zou de arts naar mijn mening op grond van zijn goed

---

<sup>204</sup> Kollen 2002, p. 747.

<sup>205</sup> Leenen 2011, p. 214.

<sup>206</sup> Kollen 2002, p. 747.

<sup>207</sup> Leenen 2011, p. 186.

<sup>208</sup> Kollen 2002, p. 747.

<sup>209</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 18.

hulpverlenerschap kunnen besluiten de medische behandeling te verrichten om daarmee ernstig nadeel van de zwangere vrouw te voorkomen. Wanneer er sprake is van een noodsituatie zal per geval door de arts beoordeeld moeten worden.

### 5.3.3 *Tussenconclusie*

Wilsonbekwaamheid, veronderstelde toestemming en noodsituaties kunnen uitzonderingen vormen op het toestemmingsvereiste uit de WGBO. Art. 7:466 BW biedt echter alleen mogelijkheden in noodsituaties waarin ingrijpen noodzakelijk is om ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen. In hoofdstuk 4 is onderzocht of er op grond van doelmatigheid, subsidiariteit en proportionaliteit een ethische rechtvaardiging bestaat om zonder toestemming een medische behandeling uit te voeren. Hieruit is gebleken dat non-invasieve en minimaal invasieve behandelingen in Nederland geaccepteerde ingrepen zijn waarvan de doelmatigheid vaststaat. Deze zijn weinig ingrijpend voor de moeder waardoor de voordelen ten opzichte van het ongeboren kind duidelijk opwegen tegen de nadelen die de behandeling mogelijk met zich meebrengt. Hieruit kan geconcludeerd worden dat deze weinig ingrijpende behandelingen zonder toestemming uitgevoerd kunnen worden in geval van nood. De zwangere vrouw loopt hier weinig tot geen risico en de voordelen voor het ongeboren kind zijn groot. Verondersteld kan worden dat de zwangere vrouw schade aan haar ongeboren kind als ernstig nadeel ervaart. Wanneer de vrouw expliciet aangeeft de behandeling niet te willen ondergaan, biedt dit artikel geen uitkomst. In dat geval zou het goed hulpverlenerschap mogelijkheden kunnen bieden. Ten slotte rest nog de problematiek ten aanzien van de situaties die niet spoedeisend zijn in de zin van art. 7:466 BW. De WGBO biedt mijns inziens geen ruimte om in te grijpen in situaties die niet spoedeisend zijn. Een mogelijkheid zou gevonden kunnen worden in het jeugdbeschermingsrecht. Ook heeft de arts de mogelijkheid om de patiënt op een vrijwillige basis proberen te overtuigen om toestemming te verlenen.

## 5.4 Overtuigen

Zoals uit het voorgaande is gebleken dient de patiënt op basis van voldoende informatie haar toestemming voor de behandeling te verlenen. Uit de voorgaande paragrafen is gebleken dat de WGBO een uitzondering op dit toestemmingsvereiste biedt wanneer er sprake is van een noodsituatie en de toestemming niet kan worden afgewacht. Wanneer de vrouw echter haar toestemming expliciet weigert te geven, biedt de WGBO mijns inziens geen mogelijkheden om in te grijpen. Voordat er gekeken wordt naar mogelijkheden om de vrouw tegen haar wil te behandelen, zal de arts de patiënt op vrijwillige basis proberen te overtuigen van de noodzaak van de behandeling.

Widdershoven en Berghmans menen dat overtuigen een rationele manier is om argumenten naar voren te brengen die de patiënt aan kunnen zetten om zijn mening te veranderen.<sup>210</sup> Deze benadering van filosoof Moody legt volgens hen de nadruk op communicatieve onderhandelingen. Hulpverleners dienen actief op te treden en naar nieuwe wegen te zoeken die de patiënt kunnen overtuigen.<sup>211</sup> Dit kan door nieuwe opties aan te bieden of andere mensen in de onderhandeling te betrekken.<sup>212</sup> In dit

---

<sup>210</sup> Widdershoven en Berghmans 2000, p. 53.

<sup>211</sup> Widdershoven en Berghmans 2000, p. 53.

<sup>212</sup> Widdershoven en Berghmans 2000, p. 54.



opzicht kan gedacht worden aan een *second opinion* waarin de patiënt door een andere arts geïnformeerd wordt over medische behandeling en de mogelijke gevolgen van niet-behandeling. Een andere mogelijkheid is '*shared decision making*' waarbij de arts en de patiënt samen tot een beleid komen dat het beste bij de patiënt past.<sup>213</sup> Op deze manier wordt de patiënt zoveel mogelijk betrokken bij de behandeling wat tot effectievere zorg leiden.<sup>214</sup> Wanneer de patiënt niet op vrijwillige basis overtuigd kan worden van de noodzaak van de behandeling dient er gekeken te worden naar de mogelijkheid haar toestemming te vervangen.

## 5.5 Kinderbeschermingswetgeving

Zoals uit de vorige paragrafen is gebleken voorziet de WGBO in situaties waarin medisch ingrijpen onverwijld noodzakelijk is. In alle andere gevallen, waarin de situatie niet dusdanig spoedeisend is en de vrouw niet op vrijwillige basis te overtuigen is van de noodzaak van de behandeling, dient de oplossing worden gezocht in het jeugdbeschermingsrecht.<sup>215</sup> De situatie wordt namelijk lastig wanneer is gebleken dat de zwangere vrouw de toestemming, bijvoorbeeld door haar geloofsovertuiging, expliciet weigert te geven. Het zonder toestemming behandelen van de vrucht kan dan niet langer worden geschaard onder het vereiste uit art. 7:466 BW om ernstig nadeel aan de patiënt te voorkomen. De patiënt heeft immers laten weten dat zij wenst om niet behandeld te worden. Zij zal daarom geen ernstig nadeel ondervinden wanneer de vrucht niet behandeld wordt waardoor ingrijpen zonder toestemming op grond van art. 7:466 BW niet mogelijk is. In deze paragraaf wordt onderzocht of het jeugdbeschermingsrecht mogelijkheden biedt om het ongeborn kind zonder toestemming van de zwangere vrouw medisch te behandelen.

### *5.5.1 Vervangende toestemming*

In de zaak *Glass t. V.K* heeft het EHRM zich gebogen over de vraag of de arts een doodziek kind diamorfine toe mag dienen wanneer dit tegen de uitdrukkelijke wens van de moeder is. In deze zaak werd een minderjarig kind met een levensbedreigende ziekte in het ziekenhuis opgenomen. De artsen stelden voor om diamorfine toe te dienen om zijn hevige pijn te verminderen. De moeder weigerde hier echter toestemming voor te geven. Het EHRM heeft in deze zaak geoordeeld dat wanneer toestemming van de ouders ontbreekt, de rechter moeten worden verzocht om vervangende toestemming. Slechts in noodsituaties mogen zij overgaan tot behandeling zonder toestemming van de ouders. In deze zaak liep het spaak op dit vereiste van een noodsituatie. Gezien het feit dat de arts en de moeder al maandenlang in gesprek waren over het al dan niet toedienen van morfine en diamorfine, kon er geen sprake meer zijn van een noodsituatie. De moeder van het kind heeft al die tijd expliciet geweigerd de toestemming te geven. Wanneer de behandeling onverwijld noodzakelijk is mag er zonder toestemming van de ouders worden gehandeld. Is er echter geen sprake van een noodsituatie dan moet er een rechterlijke toestemming worden gevraagd.<sup>216</sup>

---

<sup>213</sup> Broersen 2011, p. 1639

<sup>214</sup> Broersen 2011, p. 1640.

<sup>215</sup> EHRM 9 maart 2004, nr. 61827/00 (*Glass t. V.K*).

<sup>216</sup> EHRM 9 maart 2004, nr. 61827/00 (*Glass t. V.K*).

Art. 1:264 BW voorziet in de mogelijkheid dat de kinderrechter vervangende toestemming verleent wanneer medisch ingrijpen noodzakelijk is om ernstig gevaar voor de gezondheid van het minderjarige kind af te wenden. Op verzoek van Bureau Jeugdzorg kan de kinderrechter worden gevraagd een kinderschermingsmaatregel, zoals een ondertoezichtstelling, uit te spreken. In het kader van die maatregel voorziet de wet in de mogelijkheid dat de kinderrechter vervangende toestemming verleent wanneer het gaat om een medisch noodzakelijke behandeling ten behoeve van een minderjarige en medisch ingrijpen nodig is om gevaar voor diens gezondheid af te wenden.<sup>217</sup> Voor het ongeboren kind is in de wet niets bepaald. Echter, in het licht van art. 1:2 BW, dat bepaalt dat het kind als reeds geboren wordt aangemerkt wanneer zijn belang dit vordert, leidt de kinderrechter af dat een ongeboren vrucht de bescherming van het Nederlandse recht toekomt vanaf het moment waarop de vrucht levensvatbaar is.<sup>218</sup> Dit betekent onder andere dat de foetus al voor zijn of haar geboorte bescherming kan ontleen aan de kinderschermingswetgeving.

Toepassing van art. 1:264 BW kent echter ook nadelen. Het feit dat het verzoek om vervangende toestemming bij de rechter veel tijd kost en dat deze procedure een kinderschermingsmaatregel ten gevolg heeft, kan een argument zijn om deze ingrijpende procedure niet te volgen.<sup>219</sup>

### 5.5.2 Schade

Volgens art. 1:254 BW kan de overheid pas ingrijpen wanneer een minderjarige zodanig opgroeit dat deze in zijn zedelijke of geestelijke belangen of zijn gezondheid ernstig worden bedreigd en andere middelen ter afwending van deze bedreiging hebben gefaald of naar verwachting zullen falen. Op grond van de progressieve rechtsbeschermingstheorie<sup>220</sup> van Leenen heeft het ongeboren kind als 'mens in wording' recht op persoonsontwikkeling, welke zich uitstrekt tot de prenatale fase.<sup>221</sup> Op grond van art. 1:2 BW wordt het ongeboren kind immers als reeds geboren aangemerkt wanneer zijn belang dit vordert. Deze extensieve interpretatie van art. 1:2 BW kan er, mijns inziens, voor zorgen dat ook het ongeboren kind onder het bereik van art. 1:254 BW valt.<sup>222</sup> Zodra er sprake is van een reële bedreiging van de persoonsontwikkeling van het ongeboren kind, en er dus een reële kans op schade bestaat, is prenatiaal ingrijpen door de overheid gerechtvaardigd.<sup>223</sup> Het IVRK bepaalt dat elk kind recht heeft op welzijn, ontwikkeling en vrijwaring van mishandeling. Dit geldt zowel voor als na de geboorte van het kind.<sup>224</sup> Op grond van art. 19 IVRK is de overheid gehouden de belangen van het kind te beschermen.

---

<sup>217</sup> Leenen 2011, p. 170.

<sup>218</sup> RB Maastricht 13 april 2012, LJN BW5222, Hof 's-Gravenhage 23 juni 2010, LJN BN0691, RB Dordrecht 7 februari 2012, LJN BV6246.

<sup>219</sup> Leenen 2011, p. 171.

<sup>220</sup> Leenen 2011, p. 140.

<sup>221</sup> Jungschleger 2002, p. 339-340.

<sup>222</sup> Protocol Kindermishandeling 2010, p. 6.

<sup>223</sup> Rb. Utrecht 3 juni 2004, FJR 2005, 98, Rb. Maastricht 13 april 2012, LJN BW5222, Rb. Dordrecht 7 februari 2012, LJN BV6246.

<sup>224</sup> Meuwese e.a. 2005, p. 46.

Dat drank-, drugs- en medicijnenmisbruik schade toebrengt aan het ongeboren kind is een vaststaand feit.<sup>225</sup> Wanneer er sprake is van ernstige gezondheidsschade bij het ongeboren kind, of een dreiging hiervan, heeft de overheid mogelijkheden om in te grijpen. De vraag die in dit onderzoek aan de orde is, is of het weigeren van een medisch noodzakelijke behandeling ten behoeve van het ongeboren kind ook onder dit schadebeginsel valt waardoor ingrijpen door de overheid mogelijk wordt gemaakt.

Naast het feit dat het ongeboren kind beschadigd kan worden als gevolg van een bepaalde leefwijze van de zwangere vrouw, kan het kan ook beschadigd raken door het nalaten van een medisch noodzakelijke behandeling, zoals een intra-uteriene bloedtransfusie vanwege bloedarmoede.<sup>226</sup> Het onthouden van noodzakelijke medische zorg terwijl de situatie van het kind daar wel om vraagt kan worden aangemerkt als lichamelijke verwaarlozing zoals bedoeld in art. 19 IVRK.<sup>227</sup> Gezien het feit dat de preambule van het IVRK bescherming van kind zowel voor als na zijn geboorte wenselijk acht<sup>228</sup>, is art. 19 IVRK mijns inziens ook van toepassing op het ongeboren kind. Wanneer de zwangere vrouw door het onthouden van de noodzakelijke behandeling ernstige gezondheidsschade aan het ongeboren kind toebrengt of dreigt toe te brengen, is er sprake van een noodsituatie waarin overheidsingrijpen wenselijk is. Het moet hier echter wel gaan om een reële bedreiging en een aanzienlijke kans op daadwerkelijke schade.<sup>229</sup> Er moet dus vast komen te staan dat het nalaten van de medische behandeling het ongeboren kind dusdanig tekort doet, waardoor vermijdbare schade aan de vrucht ontstaat die door de medische behandeling had kunnen worden voorkomen.

### 5.5.3 (Voorlopige) ondertoezichtstelling

De ondertoezichtstelling is een gedragsbeperkende maatregel die is neergelegd in 1:254 e.v. BW. Dit artikel bepaalt dat wanneer de belangen of de gezondheid van de minderjarige worden bedreigd, de kinderrechter hem onder toezicht van Bureau Jeugdzorg kan stellen. Of en wanneer er sprake is van een dergelijke bedreiging, moet per geval door de kinderrechter gewaardeerd worden. Er moet echter niet alleen sprake zijn van een ernstige bedreiging, maar er moet ook aannemelijk worden gemaakt dat andere pogingen om het probleem op te lossen hebben gefaald, of naar verwachting zullen falen.<sup>230</sup> In juridische zin blijft het gezag van de ouders bestaan, maar het wordt door de ondertoezichtstelling beperkt. Het uitgangspunt is dat ouders hun rechten en plichten ten aanzien van hun kinderen zoveel mogelijk zelf uitoefenen. Dit geldt in beginsel ook voor medische behandelingen. Op grond van art. 7:465 BW worden de rechten en plichten die voortvloeien een behandelingsovereenkomst ten behoeve van de minderjarige onder de twaalf jaar jegens de ouders nagekomen. Dat geldt in beginsel ook voor ouders waarvan hun kind onder toezicht van Bureau Jeugdzorg staat. Mocht er sprake zijn van een noodzakelijke medische behandeling die de ouders weigeren te laten uitvoeren, dan kan Bureau Jeugdzorg de kinderrechter vragen het kind onder toezicht te

---

<sup>225</sup> Hendriks 2010, p. 306.

<sup>226</sup> Gezondheidsraad 2009, p. 19.

<sup>227</sup> Landelijke Huisartsen Vereniging, p. 16.

<sup>228</sup> Meuwese e.a. 2005, p. 46.

<sup>229</sup> Jungschleger 2002, p. 343.

<sup>230</sup> Doek 2009, p. 328.

stellen en op grond van 1:264 BW vervangende toestemming te verlenen.<sup>231</sup> De kinderrechter mag die toestemming dus alleen geven als de behandeling noodzakelijk is om schade aan de gezondheid van het kind te voorkomen.

Het probleem bij deze maatregel is dat het opleggen ervan veel tijd kost, terwijl daar in een acute situatie geen tijd voor is.<sup>232</sup> In dergelijke spoedeisende gevallen heeft de kinderrechter, op grond van art. 1:255 BW, de bevoegdheid om het kind voorlopig onder toezicht te stellen. Op deze manier kan er in een noodsituatie snel opgetreden worden. Deze voorlopige ondertoezichtstelling heeft een maximale termijn van 3 maanden, wat wil zeggen dat er binnen 3 maanden op het verzoek tot ondertoezichtstelling dient te zijn beslist. De daadwerkelijke ondertoezichtstelling bedraagt maximaal één jaar en kan steeds opnieuw voor de duur van een jaar worden verlengd.<sup>233</sup> De vraag of ook een ongeborn kind (voorlopig) onder toezicht kan worden gesteld is door de kinderrechter al verschillende keren bevestigend beantwoord.<sup>234</sup> De formulering van de grond voor ondertoezichtstelling is ruim. Op deze manier kan de maatregel in verschillende bedreigende situaties worden toegepast.<sup>235</sup> Zodra er sprake is van een reële bedreiging van de ontwikkeling van het kind, kan prenatale toepassing van deze kindbeschermingsmaatregel door de overheid worden gerechtvaardigd. Deze kans op schade ontstaat door het toedoen of nalaten van de zwangere vrouw tijdens haar zwangerschap, waardoor vermijdbare schade aan het kind wordt toegebracht.<sup>236</sup> Zo kan de ondertoezichtstelling prenatiaal worden opgelegd wanneer de zwangere vrouw onmachtig is haar kinderen op te voeden.<sup>237</sup> In deze zaak besloot de kinderrechter dat de zwangere vrouw een gevaar zou kunnen vormen voor haar ongeborn kind gezien het feit dat haar oudste twee kinderen slachtoffer zijn geworden van seksueel en lichamelijk geweld en haar jongste dochter meerdere malen met uitdrogingsverschijnselen in het ziekenhuis is opgenomen.<sup>238</sup> Ook kan prenatale ondertoezichtstelling worden uitgesproken wanneer een zwangere vrouw zich op basis van haar geloof onttrekt aan professionele medische begeleiding van haar zwangerschap.<sup>239</sup> In deze zaak weigerde de zwangere vrouw medische begeleiding van haar zwangerschap op basis van haar geloof. Zij meende zelf goed aan te kunnen voelen wat goed is voor haar vrucht. De kinderrechter heeft in deze zaak geoordeeld dat hulp noodzakelijk is om ervoor te zorgen dat het kind gezond ter wereld komt.

#### 5.5.4 *Bijzondere curator*

Een andere mogelijkheid om het belang van het ongeborn kind te beschermen tegen de weigering van een medische behandeling door de zwangere vrouw, is het benoemen van een bijzondere curator. Het ongeborn kind zal zijn aanspraak op een eventueel recht geldend moeten maken door een beroep te doen op art. 1:2 BW. Omdat het ongeborn kind daar zelf niet toe in staat is, zal deze vertegenwoordigd moeten worden. Op grond van art. 1:245 lid 4 BW zijn de ouders in beginsel de wettelijke vertegenwoordigers van

---

<sup>231</sup> Vlaardingerbroek 2011, p. 432,

<sup>232</sup> Leenen 2011, p. 170.

<sup>233</sup> Doek 2009, p. 336-337.

<sup>234</sup> Rb. Utrecht 3 juni 2004, FJR 2005, 98, RB Maastricht 13 april 2012, *LJN* BW5222

<sup>235</sup> Vlaardingerbroek 2011, p. 413.

<sup>236</sup> Jungschleger 2002, p. 344.

<sup>237</sup> Rb. Arnhem 19 oktober 2009, nr. BK9430.

<sup>238</sup> Rb. Arnhem 19 oktober 2009, nr. BK9430.

<sup>239</sup> Rb. Zwolle 17 mei 2010, *LJN* BM5559

het ongeboren kind, maar bij conflicterende belangen kan er op grond van art. 1:250 BW een bijzonder curator worden aangewezen. De wet spreekt in art. 1:250 BW over de belangen van de minderjarige, maar omdat het ongeboren kind op grond van art. 1:2 BW als reeds geboren aangemerkt dient te worden wanneer zijn belang dit vordert, is het niet geheel onwaarschijnlijk dat de bijzondere curator ook een rol kan spelen in de behartiging van de belangen van het ongeboren kind.<sup>240</sup> Dit blijkt ook uit de rechtspraak, waarin al eerder een bijzondere curator is aangewezen om de belangen van het ongeboren kind te behartigen.<sup>241</sup> In deze procedures ging het om de vraag of een erkenning in het belang van het ongeboren kind is. Uit het feit dat een curator het belang van het ongeboren kind bij de erkenning kan beoordelen, valt af te leiden dat deze curator dit ook over het belang van de vrucht bij een medische behandeling kan doen. Wanneer de zwangere vrouw een medische behandeling ten behoeve van de vrucht weigert te ondergaan, kan dit negatieve gevolgen voor het toekomstige kind ten gevolg hebben. De curator die de belangen van het ongeboren kind waarneemt kan de rechter vragen een afweging te maken tussen het belang van de zwangere vrouw om de behandeling *niet* te ondergaan en het belang van het ongeboren kind om de medische behandeling *wel* te ondergaan. Op grond van art. 1:2 BW dient het 'belang' van het ongeboren kind ruim opgevat te worden en dient dus meer dan alleen het vermogensrechtelijk belang te omvatten. Op deze manier kan het belang van het ongeboren in het geding komen wanneer de zwangere vrouw een medisch noodzakelijke behandeling ten behoeve van het ongeboren kind afwijst.

Iedere belanghebbende kan zich tot de rechter wenden met het verzoek een bijzondere curator te benoemen, maar de rechter kan dit ook ambtshalve doen.<sup>242</sup> De rechter toetst bij dit verzoek of benoeming van een bijzondere curator in het belang van het kind is. Alleen als dat het geval is kan hij een bijzondere curator benoemen.<sup>243</sup> De bijzondere curator dient zich in te spannen om door middel van bemiddeling het conflict op te lossen. Pas wanneer dit geen resultaat oplevert zal de bijzondere curator ten behoeve van het kind een procedure bij de rechter beginnen. Omdat alleen een advocaat in civiele zaken een procedure kan beginnen, zal in veel gevallen de bijzondere curator een advocaat zijn. Wordt een ander dan een advocaat tot bijzondere curator benoemd, dan zal deze zich via een advocaat tot de rechtbank moeten wenden.<sup>244</sup> Art. 1:250 BW kan mijns inziens door middel van een extensieve interpretatie van art. 1:2 BW zo worden uitgelegd dat ook het medische belang van het ongeboren kind door een bijzondere curator vertegenwoordigd kan worden.

#### 5.5.5 *Schorsing van het gezag*

De laatste maatregel die kan worden toegepast om een medische behandeling mogelijk te maken is het schorsen van het gezag. Op grond van art. 1:272 BW moet deze maatregel worden verzocht door de Raad voor de Kinderbescherming of door het OM. De kinderrechter zal deze maatregel uitspreken wanneer er sprake is van een grond die kan leiden tot ontzetting van het gezag zoals bedoeld in art. 1:269 BW. De gronden 'misbruik van gezag' en 'grove verwaarlozing' kunnen van belang zijn in dergelijke

---

<sup>240</sup> Linden 2006, p. 76.

<sup>241</sup> Rb. Groningen 27 april 2010, nr. 117381, Rb. Groningen 21 juni 2011, nr. 125323.

<sup>242</sup> Vlaardingerbroek 2011, p. 349.

<sup>243</sup> Vlaardingerbroek 2011, p. 358.

<sup>244</sup> Vlaardingerbroek 2011, p. 358.

situaties waarin de zwangere vrouw een medisch noodzakelijke behandeling weigert toe te staan.<sup>245</sup> Aannemelijk moet worden gemaakt dat het weigeren van de behandeling het kind ernstig in zijn gezondheid zal bedreigen.<sup>246</sup> De rechter kan een zwangere vrouw schorsen van het gezag over het ongeborn kind en de voorlopige voogdij bij Bureau Jeugdzorg leggen.<sup>247</sup> Gedurende de voogdij is Bureau Jeugdzorg de gezagsdrager en dus bevoegd om toestemming te verlenen voor een noodzakelijke medische behandeling.

#### 5.5.6 *Schuivende lijn*

Hoewel volgens het huidige (kinderbeschermings)recht de beslissingsbevoegdheid, zelfs na het opleggen van een kindbeschermingsmaatregel, in beginsel bij de ouders blijft, is er een schuivende lijn te zien op dit gebied. Deze schuivende lijn biedt mogelijk steun aan bovenstaande conclusie waarin de beslissingsbevoegdheid van de zwangere vrouw beperkt wordt wanneer haar vrucht acuut een medische behandeling dient te ondergaan.<sup>248</sup> In het wetsvoorstel herziening van de kindbeschermingsmaatregelen is namelijk voorgesteld om ten tijde van het verzoek tot een machtiging uithuisplaatsing van een minderjarige tevens een mogelijkheid gezagsoverheveling ten aanzien van medische beslissingen te verzoeken.<sup>249</sup> Op die manier kan ook de beslissingsbevoegdheid ten aanzien van medische behandelingen overgaan op Bureau Jeugdzorg wanneer de minderjarige uit huis wordt geplaatst. Het doel van deze herziening is om het recht van de minderjarigen op een gezonde ontwikkeling beter te beschermen tegen ouders die er niet in slagen dit te realiseren.<sup>250</sup> Hieruit valt af te leiden dat het niet langer ongewenst is dat dergelijke bevoegdheden aan een ander dan de ouder toekomen. De mogelijkheid om een ongeborn kind te behandelen terwijl de zwangere vrouw haar toestemming hiervoor weigert te geven is in het licht van dit wetsvoorstel niet geheel als onredelijk te noemen gezien het wetsvoorstel ook een dergelijke mogelijkheid kent

### 5.6 WGBO of vervangende toestemming

In noodsituaties waarin de tijd om vervangende toestemming ex art. 1:264 BW te vragen ontbreekt, kan art. 7:465 lid 4 BW uitkomst bieden. Afgevraagd kan worden wat de verhouding tussen art. 1:264 en 7:465 lid 4 BW is. Dient bij een conflict altijd de kinderrechter te worden ingeschakeld, of kan de hulpverlener op grond van 7:465 lid 4 BW zelf besluiten de weigering te negeren? Uit de wetsgeschiedenis van de WGBO kan niet worden afgeleid dat deze laatste mogelijkheid alleen bestemd is voor noodsituaties waarin art. 1:264 BW geen uitkomst biedt.<sup>251</sup> Leenen stelt in zijn handboek dat dit, in combinatie met de nadelen van art. 1:264 BW, argumenten zijn om art. 1:264 BW pas in te roepen wanneer de minder ingrijpende route van 7:465 lid 4 BW niet volstaat. Ook Kalkman-Bogerd stelt dat door de mogelijkheden uit de WGBO, vervangende toestemming door de kinderrechter vaak niet nodig zal zijn.<sup>252</sup> Aan de vervangende

---

<sup>245</sup> Vlaardingerbroek 2011, p. 440.

<sup>246</sup> De Bruijn-Luckers 2004, p. 583-584.

<sup>247</sup> Rb. Rotterdam 9 mei 2006, nr. 260888.

<sup>248</sup> Zie par. 2.2.2-2.2.3.

<sup>249</sup> Bruning en Kok 2008, p. 62.

<sup>250</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 33 061, nr. 3.

<sup>251</sup> Leenen 2011, p. 171.

<sup>252</sup> Kalkman-Bogerd 1998, p. 60.

toestemming uit art. 1:264 BW komt men dan niet toe omdat art. 7:465 lid 4 BW al uitkomst biedt.

Dit betoog van Kalkman-Bogerd en Leenen heeft echter betrekking op het minderjarige kind met een weigerachtige ouder. De minderjarige kan dus zowel op grond van art. 1:264 BW als art. 7:465 lid 4 BW zonder toestemming van de ouders een medische behandeling ondergaan. Leenen en Kalkman-Bogerd betogen echter dat voor de minst ingrijpende oplossing gekozen dient te worden. Mijns inziens kan betoogd worden dat zowel art. 1:264 BW als 7:465 lid 4 BW van toepassing op het ongeboren kind kunnen zijn. Zo kan, wanneer er sprake is van een noodsituatie en de vereiste toestemming kan niet worden afgewacht, het ongeboren kind toch behandeld worden. Ook is het mogelijk dat de kinderrechter in het kader van een kindbeschermingsmaatregel vervangende toestemming verleend. In zaken met betrekking tot prenatale erkenning heeft de kinderrechter al eerder de toestemming van de zwangere vrouw vervangen.<sup>253</sup> Het vervangen van de toestemming voor een medische behandeling stuit echter op problemen. Hoewel in het licht van art. 1:2 BW de kinderrechter kan afleiden dat een ongeboren vrucht de bescherming van het Nederlandse recht toekomt vanaf het moment waarop de vrucht levensvatbaar is,<sup>254</sup> en de wet voorziet in de mogelijkheid dat de kinderrechter vervangende toestemming verleent wanneer het gaat om een medisch noodzakelijke behandeling en medisch ingrijpen nodig is om gevaar voor diens gezondheid af te wenden,<sup>255</sup> is het niet altijd mogelijk de medische behandeling daadwerkelijk uit te voeren. Anders dan in situaties waarin het kind reeds geboren is, is voor een medische behandeling van het ongeboren kind tevens behandeling van de zwangere vrouw noodzakelijk. Zelfs wanneer de toestemming van de vrouw om het ongeboren kind te behandelen door de kinderrechter vervangen kan worden, kan de vraag worden gesteld of dit voldoende grond is om de medische behandeling uit te voeren. In het verlengde van deze discussie ligt dus de vraag wat de vervangende toestemming om de vrucht te behandelen inhoudt. Voor verdere discussie ligt hier dan ook een belangrijke uitdaging. Beoordeeld moet worden of toestemming om de vrucht te behandelen betekent dat de zwangere vrouw de behandeling moet gedogen en zo ja, is de kinderrechter wel de juiste persoon om vervangende toestemming te verlenen?

## 5.7 Conclusie

Een behandelingsovereenkomst wordt gesloten tussen de patiënt en de hulpverlener waardoor er tussen hen een zorgrelatie ontstaat. Een behandelingsovereenkomst met een zwangere vrouw betekent dat er tevens een zorgrelatie jegens het ongeboren kind bestaat, ook wanneer er niet expliciet namens het ongeboren kind is gecontracteerd. De hulpverlener kan echter slechts in strijd met deze zorgplicht jegens het ongeboren kind handelen wanneer hij tekortschiet in de zorgrelatie met de vrouw. Schiet hij hierin niet tekort, dan handelt hij ook niet in strijd met de zorgplicht jegens het ongeboren kind. Ook kan betoogd worden dat het ongeboren kind op grond van art. 7:465 juncto art. 1:2 BW als minderjarige patiënt kan worden aangemerkt. Een vrucht kan echter niet zelfstandig aanspraak maken op een behandeling. Er zal daarom toestemming van de ouders nodig zijn om behandeling van het ongeboren kind mogelijk te maken. Het

---

<sup>253</sup> Rb. Groningen 27 april 2010, nr. 117381, Rb. Groningen 21 juni 2011, nr. 125323.

<sup>254</sup> RB Maastricht 13 april 2012, LJN BW5222, Hof 's-Gravenhage 23 juni 2010, LJN BN0691, RB Dordrecht 7 februari 2012, LJN BV6246.

<sup>255</sup> Leenen 2011, p. 170.

toestemmingsvereiste van de ouders is dus ook van toepassing als het ongeboren kind op grond van art. 1:2 BW als patiënt kan worden aangemerkt.

Wilsonbekwaamheid, veronderstelde toestemming en noodsituaties kunnen uitzonderingen vormen op het toestemmingsvereiste. De WGBO biedt echter alleen mogelijkheden in noodsituaties waarin ingrijpen noodzakelijk is om ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen. Maar omdat de vrucht niet zelfstandig aanspraak op een behandeling kan maken, is de vrouw de patiënt in de zin van dit artikel. Ernstige schade aan de ongeboren vrucht kan echter tevens leiden tot ernstig nadeel aan de zwangere vrouw. Wanneer de vrouw expliciet aangeeft de behandeling niet te willen ondergaan, en dus geen ernstig nadeel ondervindt, biedt dit artikel geen uitkomst. In dat geval zou het goed hulpverlenerschap het mogelijk kunnen maken dat de ongeboren vrucht ook beschermd kan worden door art. 7:466 BW wanneer de moeder de toestemming weigert. De WGBO biedt echter slechts bescherming wanneer er sprake is van noodsituaties. Wanneer er geen sprake is van een noodsituatie kan de arts op basis van actief optreden de patiënt proberen te overtuigen om de behandeling te ondergaan.

Wanneer de zwangere vrouw met het weigeren van een medische behandeling het ongeboren kind dusdanig tekort doet waardoor vermijdbare schade aan de vrucht ontstaat die door de medische behandeling voorkomen kan worden, dan kan de rechter op grond van art. 1:264 BW vervangende toestemming geven. De rechter kan ook besluiten een maatregel op te leggen en een, al dan niet voorlopige, ondertoezichtstelling uitspreken of een bijzondere curator aan te wijzen om het belang van het kind te waarborgen. De wet biedt dus verschillende mogelijkheden om aan de toestemming van de zwangere vrouw te vervangen. Anders dan in situaties waarin het kind reeds geboren is, is voor een medische behandeling van het ongeboren kind tevens behandeling van de zwangere vrouw noodzakelijk. Zelfs wanneer de rechter vervangende toestemming heeft gegeven om de ongeboren vrucht te behandelen rijst de vraag of dit tevens voldoende grond is om de medische behandeling daadwerkelijk uit te voeren. De rechter heeft immers geen vervangende toestemming gegeven om de zwangere vrouw te behandelen. De kinderrechter kan vervangende toestemming geven om de ongeboren vrucht te behandelen, maar in de praktijk zal deze mogelijkheid mijns inziens geen mogelijkheid bieden om daadwerkelijk tot behandeling over te gaan wanneer de zwangere vrouw weigerachtig blijft.



## Hoofdstuk 6

### Conclusies en aanbevelingen

#### 6.1 Conclusies

De vraag die in dit onderzoek centraal stond luidt:

“Onder welke juridische voorwaarden kan er tegen de wil van de zwangere vrouw worden ingegrepen ten behoeve van haar ongeboren kind”

Doorgaans zal een zwangere vrouw al het mogelijke doen om haar kind zo gezond mogelijk op de wereld te zetten. Er zijn echter situaties denkbaar dat de zwangere vrouw, bijvoorbeeld op grond van geloofsovertuiging, een bepaalde foetale medische behandeling weigert te ondergaan. Door de toenemende mogelijkheden om de ongeboren vrucht foetaal te behandelen wordt het steeds aannemelijker om het ongeboren kind als patiënt te bekijken. De vrucht bevindt zich echter nog in het lichaam van de zwangere vrouw, en kan daarom niet als zelfstandige patiënt worden gezien. Het is van belang om te onderzoeken of de zwangere vrouw en het ongeboren kind als eenheid aangemerkt moet worden, waarbij de beschikkingsbevoegdheid zowel feitelijk als juridisch bij de zwangere vrouw ligt, of dat het ongeboren kind ook een eigen rechtsbescherming toekomt.

Wanneer art. 1:2 BW ruim wordt opgevat biedt het een mogelijkheid om het ongeboren kind als reeds geboren aan te merken wanneer zijn belang dit vordert. Algemeen wordt aangenomen dat dit artikel de vermogensrechtelijke belangen van het ongeboren kind beschermt, maar er valt echter ook te betogen dat dit artikel ruim kan worden opgevat zodat de vrucht als reeds geboren kan worden aangemerkt wanneer zijn *medisch* belang dit vordert. Als de wetgever zich strikt tot de vermogensrechtelijke belangen had willen beperken, dan had hij de wettekst immers niet voor meerdere interpretaties vatbaar gelaten. Een ruime opvatting zou dus kunnen betekenen dat het belang van het ongeboren kind een medische behandeling noodzakelijk maakt. In het licht van art. 1:2 BW zou mijns inziens ook art. 1:247 BW ruim kunnen worden opgevat. Dit zou betekenen dat er op de zwangere vrouw een prenatale zorgplicht rust, wat inhoudt dat zij de morele plicht heeft haar ongeboren kind te beschermen tegen vermijdbare schade. Op internationaal niveau is er echter weinig bekend over de bescherming van het ongeboren leven. In de zaak *Vo vs. France* kreeg het Europese Hof de mogelijkheid om duidelijkheid te scheppen over de beschermwaardigheid van het ongeboren leven, maar liet deze kans aan zich voorbij gaan. Lidstaten hebben de bevoegdheid zelf invulling te geven aan dit begrip. De Nederlandse wetgever is dus vrij om het ongeboren kind bescherming te bieden.

Mijns inziens kan worden geconcludeerd dat het ongeboren kind op grond van art 1:2 juncto 1:247 BW aanspraak kan maken op medische zorg. Dit kan echter botsen met het zelfbeschikkingsrecht van de zwangere vrouw. Uit de literatuur en jurisprudentie valt af te leiden dat dit recht vaak gelijkgesteld wordt met het vereiste van informed consent. Ondanks het feit dat het zelfbeschikkingsrecht geen expliciete wettelijke grondslag kent, kan het worden afgeleid uit het recht op privacy. Het zelfbeschikkingsrecht van de zwangere vrouw is echter geen absoluut recht, gezien het feit dat er op grond van art. 8 lid 2 EVRM, ter bescherming van de gezondheid of ter bescherming van de rechten en

vrijheden van anderen, van kan worden afgeweken. Dit kan mijns inziens betekenen dat, wanneer het belang van het ongeboren kind op grond van art. 1:2 BW een medische behandeling noodzakelijk acht, van het zelfbeschikkingsrecht van de zwangere vrouw kan worden afgeweken wanneer behandeling strekt tot de bescherming van de gezondheid van het ongeboren kind. Dit zou kunnen betekenen dat er onder omstandigheden tegen de wil van de zwangere vrouw kan worden ingegrepen ten behoeve van het ongeboren kind wanneer het belang van het kind dit op grond van art. 1:2 BW vordert.

Naast een juridische rechtvaardiging dient er echter ook een ethische rechtvaardiging te bestaan voor het ingrijpen tegen de wil van de zwangere vrouw in. Deze ethische rechtvaardiging bestaat bij non-invasieve en minimaal-invasieve behandelingen, wat in Nederland reeds geaccepteerde foetale ingrepen zijn. Deze behandelingen zijn weinig ingrijpend voor de moeder waardoor de voordelen ten opzichte van het ongeboren kind duidelijk opwegen tegen de mogelijke nadelen. Het knelpunt ligt echter bij de behandelingen die wat ingrijpender zijn dan de reeds geaccepteerde ingrepen. Hoewel de duidelijke meerwaarde van een foetale ingreep niet wordt ontkend, zijn de mogelijke risico's te groot om een dergelijke ingreep zonder toestemming van de zwangere vrouw uit te voeren.

Nu vastgesteld is dat er zowel een juridische als ethische rechtvaardiging kan bestaan voor een behandeling ten behoeve van het ongeboren kind zonder toestemming van de zwangere vrouw, moet er worden beoordeeld welke mogelijkheden de wet hiervoor biedt. Er kunnen zich situaties voordoen waarin de toestemming van de patiënt ontbreekt. Een wilsonbekwame patiënt is bijvoorbeeld niet in staat toestemming te geven voor een behandeling en heeft dus vertegenwoordiging nodig. De rechter zal wilsonbekwaamheid echter niet snel aannemen in deze situatie. Wanneer de vereiste toestemming niet kan worden afgewacht dan kan in het kader van goed hulpverlenerschap op grond van art. 7:466 BW tot behandeling worden overgegaan wanneer onverwijld ingrijpen noodzakelijk is om ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen. Schade aan de vrucht kan mijns inziens tevens als ernstig nadeel van de zwangere vrouw worden beschouwd omdat zij doorgaans het kind zo gezond mogelijk ter wereld wilt brengen. Wanneer de vrouw expliciet aangeeft de behandeling niet te willen ondergaan, en dus geen ernstig nadeel leidt, biedt dit artikel geen uitkomst. De WGBO biedt echter slechts bescherming wanneer er sprake is van een noodsituatie. Wanneer er geen sprake is van een noodsituatie biedt de WGBO mijns inziens geen bescherming.

Wanneer vastgesteld kan worden dat de vrouw met het weigeren van de behandeling het ongeboren kind dusdanig tekort doet dat er vermijdbare schade ontstaat die door de medische behandeling voorkomen kan worden, dan kan de rechter op grond van art. 1:264 BW vervangende toestemming voor de behandeling geven. De rechter kan tevens besluiten een, al dan niet voorlopige, ondertoezichtstelling uit te spreken of een bijzondere curator aan te wijzen om het belang van de vrucht te waarborgen. De wet biedt dus verschillende mogelijkheden om de toestemming van de zwangere vrouw ten behoeve van het ongeboren kind te vervangen. Echter, voor een medische behandeling van het ongeboren kind is tevens behandeling van de zwangere vrouw noodzakelijk. Zelfs wanneer de rechter vervangende toestemming heeft gegeven om de ongeboren vrucht te behandelen rijst de vraag of dit tevens voldoende grond is om de medische

behandeling daadwerkelijk uit te voeren. De rechter heeft immers geen vervangende toestemming gegeven om de zwangere vrouw te behandelen. De kinderrechter kan vervangende toestemming geven om de ongeboren vrucht te behandelen, maar in de praktijk zal deze mogelijkheid mijns inziens geen mogelijkheid bieden om daadwerkelijk tot behandeling over te gaan wanneer de zwangere vrouw weigerachtig blijft.

## 6.2 Aanbevelingen

Uit het voorgaande is gebleken dat er binnen het Nederlandse recht mogelijkheden zijn om in te grijpen tegen de wil van de zwangere vrouw. Voordat ingrijpen mogelijk is, moet er zijn voldaan aan voorwaarden waarover in de literatuur discussie bestaat. Zo dient onder andere art. 1:2 BW ruim te worden opgevat en het zelfbeschikkingsrecht van de zwangere vrouw zijn grondslag vinden in art. 8 EVRM. Om hier duidelijkheid in te scheppen volgen hier een aantal aanbevelingen:

Allereerst is het noodzakelijk dat er overeenstemming komt over de interpretatie van art. 1:2 BW. In de literatuur bestaat vooralsnog geen consensus over de interpretatie van art. 1:2 BW. Aanhangers van een ruime interpretatie menen dat dit artikel ook de medische belangen van het ongeboren kind beschermt. Tegenhangers betogen dat het artikel deze ruimte niet biedt, maar pleiten tevens voor nieuwe wetgeving die bescherming van het ongeboren kind mogelijk maakt.<sup>256</sup> Er moet dus expliciete duidelijkheid geschept worden over de reikwijdte van dit artikel of nieuwe wetgeving worden gecreëerd waarin de belangen van het ongeboren kind wordt beschermd.

Ook op internationaal niveau bestaat er geen consensus over de bescherming van het ongeboren kind. Het IVRK heeft in de preambule opgenomen dat ook het ongeboren kind bescherming verdient, maar vervolgens is er in geen enkel verdrag een bepaling opgenomen die voorziet in deze beschermwaardigheid. Het Europese Hof heeft in de zaak *Vo vs. France* bepaald dat de lidstaten ruimte hebben om de beschermwaardigheid van het ongeboren leven in te vullen. Omdat er geen consensus bestaat op dit gebied acht het Hof het niet mogelijk en onwenselijk om hier een uitspraak over te doen. Onderzocht kan worden of dit gebrek aan consensus aan in de weg staat aan een uitspraak op dit terrein. Mijns inziens kan betoogd worden dat een volledig vrije interpretatie van de lidstaten kan leiden tot onnodig grote verschillen in de wetgeving. Wanneer de beschermwaardigheid van het ongeboren leven vaststaat, worden verschillen tussen lidstaten aanzienlijk kleiner waardoor ‘achterlopende’ lidstaten zich kunnen optrekken aan de meer vooruitstrevendere lidstaten. Deze onderwerp biedt ruimte voor discussie en onderzoek. Mijns inziens kan een uitspraak over de beschermwaardigheid van het ongeboren leven zorgen voor een eenheid op internationaal niveau, tevens wanneer er nog geen consensus hierover bestaat.

Vervolgens moet ook duidelijkheid komen over het bestaan van het recht op zelfbeschikking van de zwangere vrouw. Omdat het geen expliciete grondslag heeft in het huidige recht, moet het uit andere bepalingen worden afgeleid. Wanneer het zelfbeschikkingsrecht een expliciete grondslag krijgt wordt het duidelijk wat het zelfbeschikkingsrecht exact inhoudt en in hoeverre het beperkt kan worden ten behoeve van het ongeboren kind. Het zelfbeschikkingsrecht kan ingeperkt worden door een

---

<sup>256</sup> Kottentagen 2008, p. 497.

beroep op een van de beperkingsgronden uit art. 8 lid 2 EVRM. Wat betreft het beperken van het zelfbeschikkingsrecht ten behoeve van het ongeboren kind lijken de 'bescherming van de gezondheid' en 'de rechten en vrijheden van anderen' relevante beperkingsgronden. Er is echter nog geen jurisprudentie of het beperken van het zelfbeschikkingsrecht ten behoeve van het ongeboren kind op een van deze genoemde gronden aanvaardbaar is. De rechter zal moeten toetsen of de beperking in een democratische samenleving noodzakelijk is en of het een legitiem doel dient.

Daarnaast moet er verder onderzoek worden gedaan naar de risico's van foetale chirurgie, zodat in de toekomst mogelijk ook wat ingrijpendere behandelingen tegen de wil van de zwangere vrouw in gedaan kunnen worden. Wanneer er meer bekend is over de mogelijke risico's van foetale chirurgie, wordt het duidelijk wanneer er kan worden ingegrepen zonder toestemming van de zwangere vrouw. Een behandeling die minimaal ingrijpend is en weinig risico's met zich meebrengt zal eerder morele rechtvaardiging kennen dan een behandeling die veel risico oplevert.

Art. 7:466 BW dient door de rechter nader uitgelegd te worden zodat duidelijk wordt of ook het ongeboren kind hier bescherming aan kan ontlelen omdat de vrucht als patiënt aan te merken is. Mijns inziens kan betoogd worden dat het artikel in het licht van art. 1:2 BW ruim kan worden opgevat zodat ook het ongeboren kind bescherming aan dit artikel kan ontlelen. In de jurisprudentie is echter niets te vinden over de prenatale toepassing van dit artikel. Het is dus zaak dat de rechter beoordeelt of dit artikel tevens in het licht van art. 1:2 BW een prenatale werking heeft. Tevens moet worden uitgelegd wanneer er sprake is van 'ernstig nadeel voor de patiënt' als bedoeld in art. 7:466 BW. Wanneer een medische behandeling noodzakelijk is voor de vrucht is het niet geheel duidelijk wie er als patiënt dient te worden aangemerkt. De rechter moet beoordelen of de vrucht hier als patiënt kan worden gezien, waardoor behandeling mogelijk wordt gemaakt om ernstig nadeel aan de vrucht te voorkomen. Wanneer de zwangere vrouw in deze situatie wordt aangemerkt als patiënt dient de rechter te beoordelen of schade aan het ongeboren kind tevens 'ernstig nadeel aan de patiënt' oplevert. Mijns inziens kan betoogd worden dat schade aan het toekomstige kind doorgaans ernstig nadeel voor de zwangere vrouw betekent, gezien het feit dat de meeste vrouwen al het mogelijke doen om het kind zo gezond mogelijk ter wereld te laten komen. Het knelpunt ligt echter in situaties waarin de zwangere vrouw op de hoogte is van de consequenties en toch afziet van behandeling. Kan er dan nog sprake zijn van 'ernstig nadeel'?

Tevens dient er verder onderzoek te worden gedaan naar de mogelijkheden op grond van goed hulpverlenerschap. Wanneer in de toekomst meer duidelijkheid is geschept over de beschermwaardigheid van het ongeboren kind ten opzichte van de zwangere vrouw, dienen ook de mogelijkheden van de arts verder uitgelicht te worden. Nu de beschermwaardigheid van het ongeboren kind volgens het huidige recht nog niet expliciet is geregeld, is het immers lastig om vast te stellen hoe ver de zorgplicht van de arts strekt ten opzichte van de vrucht.

Ten slotte is er nog ruimte voor onderzoek in situaties waarin de kinderrechter vervangende toestemming heeft verleend voor het behandelen van de ongeboren vrucht. Voor het behandelen van de vrucht is immers tevens behandeling van de zwangere vrouw noodzakelijk. De vraag die beantwoord moet worden is of vervangende toestemming door de kinderrechter voldoende grond is om tot behandeling van de

vrucht, en dus teven de zwangere vrouw, over te gaan. Onderzocht dient te worden of de vervangende toestemming door de kinderrechter betekent dat de zwangere vrouw de behandeling moet gedogen, en zo ja, of de kinderrechter dan wel de juiste persoon is om de vervangende toestemming te verlenen.

## Hoofdstuk 7 Literatuurlijst

### Boeken:

#### **Asser – De Boer 2006**

C. Asser, J. De Boer, *Personen en familierecht*, Hoofddorp: Kluwer 2006.

#### **Van Beers 2009**

B.C van Beers, *Persoon en lichaam in het recht* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Boom juridische uitgevers 2009.

#### **Behrman 2007**

R.E. Behrman, A.S. Butler, *Preterm Birth*, Washington: The National Academies Press 2007

#### **De Boer**

A. de Boer, *Mensen in wording. Theologische, ethische en pastorale overwegingen bij nieuwe voortplantingstechnieken en prenataal onderzoek*, Utrecht 1991.

#### **Bruning en Kok 2008B**

M.R. Bruning, J. Kok, *Herziening kindbeschermingsmaatregelen. Commentaren op het voorontwerp van wet*, Hoofddorp: Kluwer 2008.

#### **Doek en Vlaardingerbroek 2009**

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

#### **Detrick 1999**

S. Detrick, *A commentary of the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Den Haag: Kluwer 1999.

#### **Engberts 2009**

D.P. Engberts, L.E. Kalkman-Bogerd, *Gezondheidsrecht*, Houten: Bohn Stafleu van Logum 2009.

#### **Gezondheidsraad 1990**

Gezondheidsraad, *Het ongeboren kind als patiënt*, Den Haag: Gezondheidsraad 1990.

#### **Gezondheidsraad 2008**

Gezondheidsraad, *Foetale therapie*, Den Haag: Gezondheidsraad 2008.

#### **Gezondheidsraad 2009**

Gezondheidsraad, *Zorg voor het ongeboren kind. Signalering ethiek en gezondheid*, Den Haag: Centrum voor ethiek en gezondheid 2009.

#### **Ten Have 2009**

H.A.M.J. ten Have, R.H.J. ter Meulen, E. Van Leeuwen, *'Medische ethiek'*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009.

**Hendriks 2009**

A.C. Hendriks, *De betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht (Preadvies VGR)*, Den Haag: Sdu uitgevers 2009, p. 31-38.

**Korenromp 2006**

M.Korenromp, *Parental adaptation to termination of pregnancy for fetal anomalies*, Utrecht: UMC Utrecht 2006.

**Leenen 2007**

H.J.J Leenen, *Handboek gezondheidsrecht deel 1. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2011.

**Leenen 2008**

H.J.J Leenen, *Handboek gezondheidsrecht deel 2. Gezondheidszorg en recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2008.

**Linden 2006**

A.P. van der linden, *honderd jaar zorg om het kind*, Deventer: Kluwer 2006.

**Luttmer 2005**

L.C.F. Luttmer, *Nederlands leerboek jeugdgezondheidszorg*, Assen: 2005

**Meuwese e.a. 2005**

S. Meuwese, M. Blaak, M. Kaandorp, *Handboek internationaal jeugdrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005.

**Moore 2003**

M.L Moore, *Perinatalogie. Leerboek neonatologie en verloskunde voor verpleegkundigen*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2003.

**Nijs 2005**

H. Nijs, *Geneeskunde recht en medisch handelen*, Mechelen: Wolters Kluwer 2005.

**Orshoven & Englerd 2003**

A. van Orshoven, Y. Englerd, *Levenstestament en andere voorafgaande wilsverklaringen*, Apeldoorn: Garant 2003.

**Prins 2009**

M. Prins, *Praktische verloskunde*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009.

**Vermeulen 2001**

E. Vermeulen, *Een proeve van leven. Praten en beslissen over extreem te vroeg geboren kinderen*, Amsterdam: Aksant 2001

**Vlaardingerbroek 2011**

P. Vlaardingerbroek, *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Wildershoven en Berghmans 2000**

G. Wildershoven en R. Berghmans, 'autonomie in de hulpverlening' in: *Waardenvol werk. Ethiek in de geestelijke gezondheidszorg*, Assen: van Gorcum & Comp B.V. 2000.

**Willems 1999**

J.C.M. Willems, *Wie zal de opvoeders opvoeden? Kindermishandeling en het recht van het kind op persoonswording*, Den Haag: Asser Press 1999

**Tijdschriftartikelen:**

**Adzick e.a. 2011**

N.S. Adzick, e.a., 'A randomized trial of prenatal versus postnatal repair of myelomeningocele' *The New England Journal of Medicine* 2011, p. 993-1004.

**Van Beers 2005**

B.C. van Beers, 'De mysterieuze status van het embryo', *NJB* 2005.

**Berghmans e.a. 2009**

R. Berghmans, e.a., 'Dwangmogelijkheden te beperkt. Bescherm foetus tegen verslaafde moeder', *Medisch contact* 2009, p. 77-80.

**Blaak en Romer 2007**

M. Blaak en P. Romer, 'Prenatale kindermishandeling: mishandeling tijdens de zwangerschap', *Tijdschrift voor de rechten van het kind* 2007, p.14-16.

**Te Braake 1992**

A.M. Te Braake, 'Juridische mogelijkheden en grenzen van late zwangerschapsafbreking', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1992, vol. 16, p. 137-143.

**De Bruijn- Lückers 1987**

M. de Bruijn- Lückers, 'Baas in eigen buik en de grondrechten', *NJCM Bulletin* 1987.

**De Bruijn- Lückers 1988**

M. de Bruijn-Lückers, 'Medisch handelen bij het begin van leven; enkele juridische kanttekeningen', *NTVG* 1988.

**Den Hartogh 2003**

G.A. den Hartogh, 'Het Europese Hof over hulp bij suicide', *Ars Aequi* 2003.

**Enkelaar en van der Does**

A.C. Enkelaar, A.M.I. van der Does, 'Ouderlijke (on)verantwoordelijkheid, al voor de geboorte', *FJR* 2009.

**Frederiks 2010**

B.J.M. Frederiks, J. Legemaate, K. Blankman, C.M.P.M. Hertogh, 'Wetsvoorstel zorg en dwang', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2010.

**Hendriks 2008**



A.C. Hendriks, e.a., Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien, *Tijdschrift Gezondheidsrecht* 2008, p. 2-18.

**Hendriks 2010**

A.C. Hendriks, 'Voorkomen is beter dan genezen, ook tijdens de zwangerschap', *Ars Aequi* 2010, p. 304-306.

**Huber 2006**

A. Huber, e.a., 'Stage-related outcome in twin-twin transfusion syndrome treated by fetoscopic laser coagulation', *Obstet Gynecol* 2006, p. 333-337

**Kalkman-Bogerd 1990**

L. Kalkman-Bogerd, 'Dwang op zwangere vrouw ten behoeve van de ongeboren vrucht toelaatbaar?', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1990, p. 500-513.

**Kolder 1987**

V.E.B. Kolder, J. Gallagher, M.T. Parsons, 'Court-ordered obstetrical interventions', *New England Journal of Medicine* 1987, p. 1192-1196.

**Kollen 2002**

M. Kollen, A. Heida, A. Huisman, M.E.T.M. Muller, 'Gravida en wilsonbekwaam' *NTVG* 2002, p. 745-747.

**Kottenhagen 2008**

R.J.P Kottenhagen, 'Botsende rechten van moeder en ongeboren kind. Kan een vrouw tegen haar wil gedwongen worden een medische ingreep te ondergaan ten behoeve van de nasciturus?', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2008, p. 492-503.

**Lelie 2002**

A. Lelie, 'Verminderd wilsbekwaam- samen beslissen wat het beste is' *Medisch Contact* 2002, p. 1457-1459.

**Middeldorp 2004**

J.M. Middeldorp, e.a., 'Eerste resultaten in Nederland van foetoscopische laserbehandeling bij tweelingtransfusiesyndroom in het tweede trimester van de zwangerschap vergelijkbaar met internationale resultaten', *NTVG* 2004, p. 1203-1208.

**NVOG 1998**

C.A.G Holleboom, *vroegtijdige weeen en dreigende vroeggeboorte*, Utrecht: NVOG 1998

**Oepkes 2009**

D. Oepkes, *Foetale therapie in Nederland*, NTVG 2009, p. 153.

**Schoonenberg 1988**

A.M. Schoonenberg, 'De foetus, een toekomstig patient?', *NJB* 1988, p. 789-799.

**Senat 2004**

M.V. Senat, 'Endoscopic laser surgery versus serial amnioreduction for severe twin-to-twin transfusion syndrome', *The New England Journal of Medicine* 2004, p. 136-144.

**Van Os & Hendriks 2010**

E.C.C. van Os, A.C. Hendriks, 'Wie is de baas over de baarmoeder?', *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht* 2010.

**Jurisprudentie:**

ECRM 13 mei 1980, NJ 1981

HR 18 maart 2005, LJN AR5213.

ECRM 13 mei 1990, application no. 8416/78, NJ 1981, 110.

EHRM 20 maart 2007, Tysac t. Polen, nr. 5410/03. NJCM-Bulletin 2007, p. 497.

EHRM 7 februari 2002, Mikulic t. Kroatië, EHRC 2002, 25 (m.nt. H.L. Janssen), § 53.

EHRM 29 april 2002, Pretty t. het VK, nr. 2346/02, NJCM-Bulletin 2002, p. 910 (m.nt. B.E.P. Myjer), § 61.

EHRM 11 juli 2002, Christine Goodwin t. het VK, nr. 28957/95, NJCM-Bulletin 2003, p. 330 (m.nt. P. van Dijk), § 90.

EHRM 17 februari 2005, K.A. & A.D. t. België, EHRC 2005, 38, § 83.

EHRM 10 april 2007, Evans t. het VK (GC), nr. 6339/05, NJ 2007, 459 (m.nt. J. de Boer)

EHRM 16 oktober 2008, Renolde t. Frankrijk, nr. 5608/05, § 83.

EHRM 15 januari 2009, Reklos & Davourlis t. Griekenland, nr. 1234/05, NJ 2009, 524 (m.nt. E.J. Dommering).

EHRM 29 april 2002, Pretty t. het VK, nr. 2346/02, NJ 2004, 543, NJCM- Bulletin 2002, p. 910.

HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606.

HR 23 november 2001, 2002/20.

Den Haag 23 oktober 1985, TvGR 1986/48.

EHRM 8 juli 2004, Vo t. Frankrijk(GC), nr. 53924/00, EHRC 2004, 86

EHRM 9 maart 2004, nr. 61827/00 (Glass t. V.K).

RB Maastricht 13 april 2012, LJN BW5222

RB Groningen 27 april 2010, nr. 117381.

RB Groningen 21 juni 2011, nr. 125323.

RB Rotterdam 9 mei 2006, nr. 260888.

Rb. Amsterdam 21 februari 2006, nr. 64126

Rb. Amsterdam 28 november 2006, nr. 13561

Rb. Dordrecht 7 februari 2012, *LJN* BV6246

### **Kamerstukken:**

*Kamerstukken* II 1978/79, 15 463, nr. 2, p.5.

*Kamerstukken* II, 1979/80, 16 086, nr. 3, p. 7.

*Kamerstukken* II 2006/07 28 439, nr. 18.

*Kamerstukken* II 2006/07, 30 800 XVI, nr. 183, p. 2.

*Kamerstukken* II 2011/12, 33 061, nr. 3.

### **Overige publicaties:**

Landelijke huisartsen vereniging, *Gebruik meldcode kindermishandeling in de huisartsenzorg: Handreiking, samenhangende zorg in de eerste lijn*, Vereniging Huisartsenposten in Nederland 2008-2010, p. 1-114.

Bureau Jeugdzorg Amsterdam, *Protocol Kindermishandeling* 2010.

### **LUMC 2011**

Leids Universitair Medisch Centrum (LUMC), Prenatale diagnostiek tijdens de zwangerschap; vlokkentest en vruchtwaterpunctie, Leiden 2011

### **Handreiking ministerie van Justitie 1994**

Handreiking voor de beoordeling van wilsonbekwaamheid, Den Haag: Ministerie van Justitie 1994.

### **KNMG 2004**

Afdeling in- en externe communicatie KNMG. Van wet naar praktijk. Implementatie van de WGBO. Bijlage 8 : Modelrichtlijn voor hulpverleners over informatie en toestemming bij een meerderjarige wilsonbekwame patiënt, KNMG: Den Haag, 2004: 91-115

