

# De ondertoezichtstelling van een nog niet-levensvatbare foetus

Het kan, maar hoe?

Lisette ten Haaf<sup>1</sup>

Gezien de groeiende medische kennis en technologische mogelijkheden zal de beschermwaardigheid van het ongeboren kind een belangrijk onderwerp blijven op de juridische agenda en is het van belang dat er meer helderheid komt omtrent de juridische status van deze entiteit. Een recente uitspraak over een voorlopige ondertoezichtstelling van een ongeboren en nog niet levensvatbare vrucht lijkt revolutionair maar roept vooralsnog meer vragen op dan dat deze beantwoordt.

Onlangs publiceerde rechtspraak.nl een vonnis van november 2020 waarin de rechter een ongeboren kind onder voorlopig toezicht stelt.<sup>2</sup> Ondanks dat dit vonnis onopgemerkt aan de meeste juristen voorbij zal zijn gegaan, is het revolutionair te noemen. Niet omdat een kinderbeschermingsmaatregel wordt toegepast op een kind dat nog niet eens geboren is, maar omdat de rechter deze maatregel toepast op een ongeboren vrucht die nog niet levensvatbaar is. Dit betekent een uitbreiding van de prenatale vots-maatregel (vots staat voor voorlopige ondertoezichtstelling), want in eerdere zaken heeft de rechter bepaald dat een ongeboren kind enkel onder toezicht kan worden gesteld als het de levensvatbaarheidsgrens van 24 weken is gepasseerd.<sup>3</sup> Hoewel deze 24-weeken regel op een niet-overtuigende onderbouwing berust, betekent de nieuwe uitspraak niet per se een versterking van de juridische positie en de beschermwaardigheid van het niet-levensvatbare, ongeboren kind. Het uiterst summiere, nauwelijks gemotiveerde vonnis roept meer vragen op dan het beantwoordt.

## Mogelijkheden om de ongeboren vrucht te beschermen

Al enige tijd is er vanuit het recht groeiende aandacht voor het ongeboren kind en een roep om deze entiteit te beschermen.<sup>4</sup> Juridische vraagstukken rondom ongeboren leven beperken zich niet meer tot het abortusdebat, waar de keuze enkel bestaat uit het beëindigen of voortzetten van de zwangerschap. Door biomedische ontwikkelingen is het aantal mogelijkheden tot ingrijpen in het leven voor

de geboorte toegenomen. Nieuwe technologische ontwikkelingen als foetale chirurgie<sup>5</sup> en kunstmatige baarmoeders,<sup>6</sup> alsmede voorstellen zoals de *actio caesarea*<sup>7</sup> roepen dan ook vragen op over de juridische status van het kind voor de geboorte. Hoewel het kind voor de geboorte geen rechtssubjectiviteit heeft, wordt het wel gezien als beschermwaardig en dus juridisch relevant. In het bijzonder wordt er gezocht naar mogelijkheden om het ongeboren kind te beschermen tegen schadelijk gedrag van de zwangere vrouw, zoals drugsgebruik of het weigeren van de nodige hulp. In de jurisprudentie zijn twee maatregelen voor deze specifieke problematiek ontwikkeld.

De eerste mogelijkheid was op basis van de oude Wet Bijzondere Opneming in een Psychiatrisch Ziekenhuis (Wet Bopz). Een dwangopname is, kort gezegd, mogelijk als iemand door een psychische stoornis een gevaar vormt voor zichzelf of een ander. Uit jurisprudentie blijkt dat voor de toepassing van de Wet Bopz ook het ongeboren kind beschouwd moet worden als 'een ander'.<sup>8</sup> De Wet Bopz is inmiddels vervangen door de Wet Verplichte Geestelijke Gezondheidszorg (Wvvgz), waarin deze mogelijkheid in de memorie van toelichting nogmaals nadrukkelijk wordt erkend. Een ongeboren kind wordt aangemerkt als 'een ander'<sup>9</sup> in voornoemde zin. Een psychische stoornis of een alcohol- of middelenverslaving die de ontwikkeling van het ongeboren kind in gevaar brengt, kan dus een reden zijn om een zwangere vrouw op te nemen.

De tweede mogelijkheid is via het familierecht, namelijk de voorlopige ondertoezichtstelling (vots) ex artikel 1:257 BW. Deze kan ook worden toegepast op het

# Juridische vraagstukken rondom ongebornen leven beperken zich niet meer tot het abortusdebat, waar de keuze enkel bestaat uit het beëindigen of voortzetten van de zwangerschap

ongeboren kind. Er is echter een belangrijk verschil met de Wvvgz-maatregel in de benadering van het ongebornen kind. In de MvT van de Wvvgz wordt, zoals gezegd, het ongebornen kind zonder meer als 'een ander' gezien, wat betekent dat de Wvvgz-maatregel onder handbereik is. De regeling van de vots maakt daarentegen gebruik van de *nasciturus*-fictie neergelegd in artikel 1:2 BW. Dit artikel luidt dat een kind waarvan de vrouw zwanger is als geboren kan worden aangemerkt voor zover zijn belang dit vereist. Op grond van deze redenering vereist het (gezondheids)belang van het kind dat het als geboren en dus als een rechtssubject wordt aangemerkt, om zo beschermd te worden tegen het schadelijke gedrag van zijn moeder. Via deze omweg wordt het kind behandeld alsof het geboren is, zodat het onder toezicht kan worden gesteld.

## Het belang van het criterium van levensvatbaarheid

Er is nog een tweede verschil tussen de vots-maatregel en de Wvvgz. De vots-maatregel kent namelijk een belangrijke beperking. In 2012 werd de Rechtbank Dordrecht geconfronteerd met de vraag of een niet-levensvatbare foetus van zestien weken ook onder toezicht gesteld kan worden. Hierop luidde het antwoord van de rechtbank ontkennend. Het merkwaardige aan deze uitspraak zit hem in de gegeven motivatie voor deze beslissing. De rechter redeneerde:

'Nu de moeder zeventien weken zwanger is, komt de ongebornen vrucht geen bescherming toe en kan een maatregel van voorlopige ondertoezichtstelling niet worden uitgesproken. Toewijzing van het onderhavige verzoek zou thans impliceren – nu de ongebornen vrucht de levensvatbaarheidsgrens nog niet gepasseerd heeft – een voorlopige ondertoezichtstelling van de meerderjarige moeder, welke maatregel geen steun vindt in het recht.'<sup>10</sup>

Niet alleen is de bewering dat op basis van het Nederlandse recht de niet-levensvatbare foetus niet beschermwaar-

dig is incorrect. De rechter lijkt hier bovendien het feit te zijn vergeten dat ook een levensvatbare foetus zich nog steeds in de buik van de zwangere vrouw bevindt. De ondertoezichtstelling van zowel een levensvatbare als een niet-levensvatbare foetus impliceert dus dat de zwangere vrouw ook geraakt wordt door de maatregel. Waarom zou het dan wel mogelijk zijn om de vots na 24 weken op te leggen, als ook hiermee de zwangere vrouw zelf onder toezicht wordt gesteld?

Ondanks deze onlogische argumentatie heeft de Dordtse rechtbank een trend gezet. In 2017 werd de onmogelijkheid van de vots van een niet-levensvatbare foetus nogmaals bevestigd.<sup>11</sup> Daarnaast wordt naar deze 24-wekenregel verwezen in zaken over de ondertoezichtstelling van levensvatbare ongebornen kinderen.<sup>12</sup> In verschillende vonnissen wordt steeds dezelfde passage aangehaald:

'Een ongebornen vrucht is als zodanig weliswaar geen drager van rechten en plichten, maar op grond van artikel 1:2 van het Burgerlijk Wetboek wordt het kind waarvan een vrouw zwanger is als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert. Daaruit leidt de kinderrechtter af dat een ongebornen vrucht de bescherming van het Nederlandse recht toekomt vanaf het moment dat redelijkerwijs moet worden geoordeeld dat de ongebornen vrucht de, overeenkomstig de laatste stand van de medische wetenschap te bepalen, levensvatbaarheidsgrens is gepasseerd.'

Waaruit precies wordt afgeleid dat op grond van artikel 1:2 BW een ongebornen kind bescherming toekomt nadat het de levensvatbaarheidsgrens van 24 weken is gepasseerd, blijft een raadsel. De levensvatbaarheidsgrens speelt een belangrijke rol in de regulering van abortus, maar niet in de context van de *nasciturus*-fictie en de situatie waarin het kind wel geboren wordt. Het artikel zelf spreekt immers enkel van het 'kind waarvan de vrouw zwanger' is. Hieruit volgt dus niet dat er sprake moet zijn van een ver-

### Auteur

1. L. ten Haaf LL.M. is docent Rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht en promoveert aan de Vrije Universiteit op de juridische status van toekomstig leven.

### Noten

2. Rb. Den Haag 17 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:12532.
3. Rb. Dordrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV6246.
4. Zie bijvoorbeeld RSJ 'Prenatale kinder-

bescherming en de rol van de overheid', juni 2015.

5. E.J. Oldekamp & M.C. de Vries, 'Nieuwe procreatietechnieken. Achterhaalde juridische kaders?', in: *Nieuwe technieken, nieuwe zorg. Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu 2018, p. 61-77.

6. Voor een juridische analyse, zie Elizabeth Chloe Romanis, 'Challenging the "Born Alive" Threshold: Fetal Surgery, Artificial Wombs, and the English Approach to Legal

Personhood', *Medical Law Review* 2019, <https://doi.org/10.1093/medlaw/fwz014>, <https://doi.org/10.1093/medlaw/fwz014>.

7. Cees de Groot, 'Een nieuwe procedure ontdekt: "Actio Caesarea"', <http://njb.nl/blog/een-nieuw-ontdekte-procedure-actio-caesarea.18540.lynkx>.

8. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 21 februari 2006, nr. 64126, *BJ* 2007/6, m.nt. J.K.M. Gevers.

9. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 399, nr. 3, p. 56 (*Memorie van toelichting Wvvgz*).

10. Rb. Dordrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV6246, r.o. 5.4.

11. Rb. Zeeland-West-Brabant 22 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:2587.

12. Rb. Maastricht 13 april 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BW5222; Rb. Limburg 19 januari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:2187; Rb. Amsterdam 20 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:10059; Rb. Limburg 18 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:10620.

## De levensvatbaarheidsgrens speelt een belangrijke rol in de regulering van abortus, maar niet in de context van de *nasciturus* fictie en de situatie waarin het kind wel geboren wordt

gevorderde zwangerschap. Noch volgt uit de rechtsdoctrine dat de fictie enkel kan worden toegepast op een ongeboren vrucht die de levensvatbaarheidsgrens al is gepasseerd. Zo stelt de Asser-reeks dat het kind *verwekt* moet zijn voordat de fictie kan worden toegepast, en hoeft er dus geen sprake te zijn van een minimale zwangerschapsduur.<sup>13</sup> Daarbij komt dat juist in het begin van de zwangerschap de bescherming het meest nodig is: juist in het eerste trimester kan een ongezonde levensstijl en middelenmisbruik veel gezondheidsschade opleveren voor het kind.<sup>14</sup> Om die reden is de aangenomen 24-wekenregel ook in het academisch debat bekritiseerd. Weijers noemt de regel problematisch en ongefundeerd,<sup>15</sup> Blankman noemt hem kunstmatig.<sup>16</sup> Toenmalig staatssecretaris Teeven wilde in zijn reactie op de Kamervragen van de SGP en SP geen standpunt innemen over de vraag of de prenatale vots beperkt moest worden tot een levensvatbare vrucht, en schoof de kwestie af als verantwoordelijkheid van de rechter:

'Het is aan de rechter om te beoordelen of een situatie ots-waardig is. Ook in die gevallen dat het een zwangerschap betreft met een duur korter dan 24 weken.'<sup>17</sup>

Niet alleen vanuit het licht van artikel 1:2 is de beperking van de prenatale vots-maatregel moeilijk te begrijpen. In vergelijking met de Wvggz-maatregel is het moeilijk te rechtvaardigen dat enkel de levensvatbare foetus als beschermwaardig wordt gezien. Voor deze maatregel wordt er namelijk geen minimumduur van de zwangerschap genoemd. Het klopt dat ten tijde van de Wbopz de zaken meestal een vergevorderde zwangerschap betroffen, waarbij we mogen aannemen dat er dus sprake was van een levensvatbare vrucht. Echter, de dwangopname is ook opgelegd in het geval van een zwangerschap van zestien weken.<sup>18</sup> Daarbij vermeldt de memorie van toelichting van de Wvggz expliciet dat er geen ondergrens wordt gesteld in de zin van een minimale zwangerschapsduur.<sup>19</sup> Omdat juist in het eerste trimester een groot risico op schade bestaat door risicovol gedrag is het van belang om te kunnen ingrijpen.

Wat mogelijk op de achtergrond heeft meegespeeld in de zaak over de prenatale ondertoezichtstelling, maar niet als zodanig is benoemd, is de abortuswetgeving. Tot 24 weken heeft een zwangere vrouw het recht op abortus. Wellicht vreesde de rechter dat de ondertoezichtstelling een conflict zou veroorzaken met dit recht. Onterecht,

want de Wvggz laat zien dat het wel degelijk mogelijk is om de ongeboren vrucht vanaf de conceptie bescherming te bieden en daarnaast nog steeds het recht op abortus te waarborgen. De memorie van toelichting benadrukt dat het recht op abortus 'niet terzijde kan worden gelegd door verplichte zorg'.<sup>20</sup> Wel is het denkbaar dat het onder toezicht stellen van een foetus voor een praktisch probleem zorgt, namelijk dat de zwangere vrouw eerder geneigd is om de zwangerschap af te breken om zo van de bemoeienis af te zijn. In dat geval zou de bescherming van de ongeboren vrucht een averechts effect hebben: de poging diens gezondheidsbelangen te beschermen leidt er dan toe dat het kind helemaal niet geboren wordt. Hoewel dit een terecht punt is dat moet worden meegewogen in de discussie, dient deze zorg openlijk geadresseerd te worden en niet verhuuld te gaan achter een logisch inconsistente argumentatie.

De Raad voor Strafrechttoepassing en Jeugdbescherming bracht in 2015 een rapport uit over prenatale bescherming. Daarbij deed de RSJ de aanbeveling om de 24-wekenregel niet meer te hanteren en prenatale beschermingsmaatregelen ook van toepassing te achten op het niet-levensvatbare ongeboren kind.<sup>21</sup> De RSJ constateerde dat niet alleen rechterlijke instanties maar ook zorgorganisaties naar aanleiding van het vonnis van de Rechtbank Dordrecht<sup>22</sup> ervan uit gaan dat de beschermingsmaatregelen enkel van toepassing zijn op het ongeboren kind dat de levensvatbaarheidsgrens is gepasseerd.<sup>23</sup> De Raad van de Kinderbescherming, die vaak de verzoekende partij is in prenatale vots-zaken, lijkt zich niet tegengehouden te voelen door de 24-wekenregel en de uitspraak van de Dordtse rechter. Zo is er over de prenatale ondertoezichtstelling het volgende te lezen op de website van de RvdK:

'Ook nog niet geboren kinderen kunnen al bescherming krijgen. De RvdK kan de rechter vragen om een nog niet geboren kind onder toezicht te stellen. Dit kan op ieder moment in de zwangerschap. Er geldt hiervoor geen minimale zwangerschapsduur.'<sup>24</sup>

En zoals nu is gebleken, heeft de Raad nu gelijk gekregen.

### Einde van de 24-wekenregel?

In november 2020 besloot de rechter van Rechtbank Den Haag om een ongeboren kind onder toezicht te stellen. De reden komt overeen met vergelijkbare zaken: vanwege alcoholverslaving van de moeder en bijkomende problematiek ontstaat er een groot risico op gezondheidsschade bij het kind. De rechter acht de ondertoezichtstelling noodzakelijk om 'zicht te kunnen houden op het ongeboren kind en de veiligheid en de bescherming van het ongeboren kind te waarborgen'.<sup>25</sup> De duur van de zwangerschap wordt geschat op zestien tot negentien weken en is daarmee duidelijk de levensvatbaarheidsgrens nog niet gepasseerd. Het feit dat de rechter hier de 24-wekenregel opzijzet is niet het enige wat deze zaak bijzonder maakt.<sup>26</sup> In zijn motivering wordt voornamelijk de ernst van het risicovolle gedrag van de moeder en de kans op schade voor het kind benadrukt, maar een gedegen juridische bespreking van de juridische status van het ongeboren leven ontbreekt. In tegen-

stelling tot eerdere prenatale vots-zaken maakt de Haagse rechter geen gebruik van de *nasciturus*-fictie om artikel 1:257 BW van toepassing te laten zijn op het ongeboren kind; de kinderbeschermingsmaatregel wordt zonder verdere uitleg toepasbaar geacht in deze situatie. Daarbij laat de rechter het na om verder in te gaan op de juridische status van het ongeboren kind of de hierboven genoemde 'jurisprudentielijn'. De hele niet-levensvatbaarheid van het kind blijft zelfs onbenoemd. Een mogelijke verklaring is dat de omstandigheden in deze zaak dicht tegen Wvggz-problematiek aanliggen; in het vonnis wordt ook benoemd dat er naar mogelijkheden wordt gezocht om de zwangere vrouw gedwongen op te nemen. Maar dat neemt niet weg dat het verzoek in deze zaak niet een dwangopname betreft, maar een voorlopige ondertoezichtstelling. En door deze op een niet-levensvatbare vrucht toe te passen, slaat de Haagse rechter een nieuwe weg in.

Het is lovenswaardig dat de rechter aandacht heeft voor effectieve bescherming van ongeboren leven en zich niet blind staart op een slecht onderbouwde jurisprudentielijn. Het erkennen van de mogelijkheid om ook een niet-levensvatbare vrucht onder toezicht te stellen is in mijn ogen meer in lijn met de *nasciturus*-fictie uit artikel 1:2 BW dan de 24-wekenregel die in eerdere zaken gehanteerd werd.<sup>27</sup> Maar van een versterking van de juridische positie van het niet-levensvatbare ongeboren kind is geen sprake. Door de gebrekkige argumentatie blijft de positie van het ongeboren kind in deze context onduidelijk. Is een beroep op artikel 1:2 BW niet meer noodzakelijk voor het opleggen van de ondertoezichtstelling? Doet de juridische status van het ongeboren leven er voor het gemak niet meer toe als de verwachte schade ernstig genoeg is? En betekent dit definitief dat de vots niet langer meer beperkt is tot de levensvatbare vrucht? Gezien de groeiende medische kennis en technologische mogelijkheden zal de beschermwaardigheid van het ongeboren kind een

## Door de gebrekkige argumentatie blijft de positie van het ongeboren kind in deze context onduidelijk

belangrijk onderwerp blijven op de juridische agenda en is het van belang dat er meer helderheid komt omtrent de juridische status van deze entiteit. Mogelijk zal meer duidelijkheid volgen wanneer er in de toekomst nieuwe zaken worden aangedragen met het verzoek een niet-levensvatbare vrucht onder toezicht te stellen. Dan zal blijken welke lijn de jurisprudentie voortzet: houden ze vast aan de slecht onderbouwde 24-wekenregel, of volgen ze de niet-gemotiveerde uitspraak van de Haagse rechter? In het licht van de rechtszekerheid is het mijns inziens wenselijker dat de wetgever zich hierover uitlaat en zelf een standpunt inneemt. De technologische mogelijkheden met betrekking tot het begin van leven die ik in de inleiding al noemde, vragen om een nieuwe overdenking van de status van ongeboren leven. Nu de mogelijkheden met betrekking tot het ongeboren kind toenemen, groeit ook de complexiteit van deze entiteit. Om daaraan recht te doen, volstaan *ad hoc*-oplossingen ontwikkeld in jurisprudentie niet. De wetgever heeft wel de mogelijkheden om het totaalplaatje te overzien en alle ontwikkelingen in ogenschouw te nemen. Door een expliciet standpunt in te nemen over de basis en reikwijdte van de beschermwaardigheid van ongeboren leven kan de wetgever laten zien dat deze beschermwaardigheid kan bestaan naast het recht op abortus. Zo kan ook voorkomen worden dat maatregelen ontwikkeld in de rechtspraak op ongewenste wijze doorwerken in andere rechtsgebieden. Of de wetgever zich aan dit gevoelige onderwerp durft te wagen, zal afhankelijk zijn van de nieuwe coalitie. •

13. Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-1 2020/35.

14. RSJ 'Prenatale kinderbescherming en de rol van de overheid', juni 2015, p. 16.

15. Weijers, 'Prenatale kinderbescherming. Nuttig maar ook dubieus advies RSJ', *FJR* 2015/56, p. 234.

16. K. Blankman, 'Reactie op FJR 2009/3', *FJR* 2009/5. Zie ook P. Dorhout, annotatie bij Rb. Dordrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV6246, *FJR* 2012/50, p. 137-138; S.F.M. Wortmann, annotatie bij Rb. Dordrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV6246, *NJ* 2012/442.

17. *Kamerstukken II* 2011/12, Aanhangsel

*Handelingen* nr. 2257 en nr. 2258.

18. Rb. Amsterdam 14 februari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BW7232.

19. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 399, nr. 3, p. 56 (*Memorie van toelichting Wvggz*), p. 56.

20. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 399, nr. 3, p. 56 (*Memorie van toelichting Wvggz*), p. 56.

21. RSJ 'Prenatale kinderbescherming en de rol van de overheid', juni 2015, p. 47.

22. Deze aanname wordt weerlegd door Weijers. Zie I. Weijers, 'Prenatale kinderbescherming. Nuttig maar ook dubieus advies RSJ', *FJR* 2015/56, p. 234.

23. RSJ 'Prenatale kinderbescherming en de

rol van de overheid', juni 2015, p. 38-39, p. 46.

24. [www.kinderbescherming.nl/themas/bescherming-nog-niet-geboren-kinderen/bescherming-van-nog-niet-geboren-kinderen](http://www.kinderbescherming.nl/themas/bescherming-nog-niet-geboren-kinderen/bescherming-van-nog-niet-geboren-kinderen).

25. Rb. Den Haag 17 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:12532.

26. In een enkele eerdere zaak wordt de duur van de zwangerschap niet expliciet benoemd, en kan het zijn dat er sprake was van een niet-levensvatbare vrucht (Rb. Oost-Brabant 14 december 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:6587). Deze zaak is echter de enige voor zover mij bekend waarin het zeker is dat het ongeboren kind

nog niet levensvatbaar is, maar desondanks toch onder toezicht wordt gesteld.

27. Daarbij moet gezegd worden dat een dergelijke anticiperende toepassing nog steeds problematisch kan zijn. L. ten Haaf, 'Unborn and Future Children as New Legal Subjects: An Evaluation of Two Subject-Oriented Approaches – The Subject of Rights and the Subject of Interests', *German Law Journal* 2017, 18, nr. 5, p. 1102; E.J. Oldekamp & M.C. de Vries, 'Nieuwe procreatietechnieken. Achterhaalde juridische kaders?', in: *Nieuwe technieken, nieuwe zorg. Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu, 2018, p. 67.