

De prenatale ondertoezichtstelling: de beperking en uitbreiding van de nasciturus fictie

Lisette ten Haaf

1 Inleiding

De afgelopen jaren heeft de kinderrechter, naast bescherming van het kind, ook een cruciale bijdrage geleverd aan de bescherming van ongeboren leven. In het bijzonder is in de rechtspraak groeiende aandacht voor het ongeboren kind dat mogelijk schade leidt door zogenaamd *maternal harm*. Dit concept doelt op gezondheidsschade die door de zwangere vrouw zelf toegebracht wordt aan de ongeboren vrucht door risicovol gedrag. Hierbij kan men denken aan alcohol- en middelenmisbruik, of psychische problemen waardoor de vrouw (medische) hulp weigert of zelfs de zwangerschap ontkent. In andere landen heeft dit zelfs tot de vraag geleid of drank- en middelengebruik tijdens de zwangerschap gezien kan worden als een strafbaar delict.¹

In Nederland wordt niet gekozen voor een strafrechtelijke route om het ongeboren kind te beschermen. In de Nederlandse jurisprudentie zijn twee maatregelen ontwikkeld die het mogelijk maken om in te grijpen tijdens de zwangerschap om zo de schade te beperken.² De eerste mogelijkheid is via een gedwongen opname van de zwangere vrouw in een ggz-instelling. Op grond van de voormalige wet bijzondere opneming in psychiatrische ziekenhuizen (wet bopz) was een dwangopname onder meer mogelijk als de persoon in kwestie een gevaar vormde voor een ander. In verschillende zaken heeft de rechter besloten dat ook het ongeboren kind waarvan de vrouw zwanger is als een ander kan gelden.³ In de nieuwe wet verplichte ggz (Wvggz), welke de wet bopz sinds 1 januari 2020 heeft vervangen,⁴ heeft de wetgever deze opvatting van de rechter overgenomen: de Memorie van Toelichting benadrukt dat ook het ongeboren kind als een ander kan worden

1 Zo heeft de Amerikaanse staat Tennessee drugsgebruik tijdens de zwangerschap strafbaar gesteld met de controversiële *fetal assault law*. Deze wet is enige jaren terug weer ingetrokken, omdat het ertoe leidde dat zwangere vrouwen geen medische hulp meer zochten tijdens hun zwangerschap uit angst voor vervolging. In een Britse zaak is betoogd dat alcoholgebruik tijdens de zwangerschap strafbaar zou zijn, zodat het kind, geboren met foetaal alcoholyndroom, recht had op een schadevergoeding van de Criminal Injuries Compensation Authorisation. CP (a Child) v. First-tier Tribunal (Criminal Injuries Compensation) (2014) EWCA Civ 1554.

2 Zie ook A.C. Enkelaar & A.M.I. Van der Does, 'Ouderlijke (on)verantwoordelijkheid, al voor de geboorte', *FJR* 2009/3; J.H.H.M. Dorscheidt, 'Developments in legal and medical practice regarding the unborn child and the need to expand prenatal legal protection', *EJHL* (17) 2010, p. 433-454.

3 Rechtbank Amsterdam 25 april 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:132606, *kBJ* 2000/47; Rechtbank Amsterdam 21 februari 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:64126, *Bj* 2007/6; Rechtbank Amsterdam 6 april 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:135583, *Bj* 2005/19.

4 De Wvggz heeft samen met de wet zorg en dwang (Wzd) de wet bopz vervangen.

aangemerkt, en dat schadelijk gedrag van de zwangere vrouw dat voortkomt uit een psychische aandoening reden kan zijn voor een opname.⁵

De tweede maatregel is de prenatale ondertoezichtstelling (OTS). Op grond van art 1:255 BW is het mogelijk om een geboren kind (een ‘minderjarige’) onder toezicht te stellen, als het kind ‘zodanig opgroeit dat hij in zijn ontwikkeling ernstig wordt bedreigd’. Deze bepaling ziet in principe enkel toe op geboren kinderen, maar wordt met behulp van de nasciturus fictie uit art. 1:2 BW ook toegepast op het ongebornen kind. Dit artikel bepaalt dat het kind waarvan de vrouw zwanger is als reeds geboren kan worden aangemerkt, als zijn belang dit vereist. Door het ongebornen kind als geboren aan te merken, kan art. 1:255 BW dus ook tijdens de zwangerschap worden toegepast.⁶

In deze bijdrage wil ik me richten op de tweede maatregel, de prenatale ondertoezichtstelling. Het is te prijzen dat de rechter verantwoordelijkheid neemt door te reageren op nieuwe ontwikkelingen, zeker nu de wetgever zich terughoudend opstelt als het aankomt op reflectie op de juridische status van ongebornen leven.⁷ Echter, de door de kinderrechter ingezette jurisprudentielijn roept ook verschillende vragen op. Zoals hierboven uitgelegd, is de nasciturus fictie een cruciale schakel voor de prenatale OTS. Maar met betrekking tot deze maatregel lijkt de kinderrechter een geheel eigen interpretatie van deze fictie te hanteren. In deze bijdrage bespreek ik in welke twee opzichten de door de kinderrechter gehanteerde interpretatie van de fictie vernieuwend is, alsmede hoe deze interpretatie de juridische status van het ongebornen leven en de grenzen van juridische persoonlijkheid ter discussie stelt.

2 De nasciturus fictie

Zoals hierboven al vermeld, wordt de OTS van de ongebornen vrucht volgens de kinderrechter mogelijk door art. 1:2 BW. Dit artikel, ook bekend als de nasciturus fictie, bepaalt dat een kind waarvan de vrouw zwanger is als geboren wordt aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert. Het voordeel dat het kind verkrijgt met het als geboren aangemerkt worden, is de toekenning van juridische persoonlijkheid.⁸ De juridische persoon ontstaat op het moment van de geboorte, maar met behulp van art. 1:2 BW kan het begin van de juridische persoonlijkheid vervroegd worden. Deze fictie stamt al uit het Romeinse erfrecht. Indien de vader van het kind stierf voordat het geboren was, maakte de nasciturus fictie het mo-

5 Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 42, 56.

6 In de Memorie van Toelichting van de Wet Herziening Kinderbeschermingsmaatregelen wordt ook door de wetgever expliciet erkend dat met behulp van art. 1:2 BW de ondertoezichtstelling op het ongebornen kind kan worden toegepast. Kamerstukken II 2008/09, 32015, nr. 3, p. 9.

7 Beide maatregelen zijn ontwikkeld in de jurisprudentie. Hoewel de wetgever beide ontwikkelingen in Memories van Toelichting heeft erkend, heeft hij zelf geen initiatief getoond om de juridische positie en de beschermwaardigheid van ongebornen leven in deze context te verduidelijken. Sterker nog, toenmalig Staatssecretaris Teeven wilde in zijn reactie op kamervragen geen standpunt innemen over de vraag of de prenatale ondertoezichtstelling beperkt moest worden tot een levensvatbare vrucht, en schoof de kwestie af als verantwoordelijkheid van de rechter. Kamerstukken II 2011/12, Aanhangsel Handelingen nr. 2257 en nr. 2258.

8 B.C. van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*, Hoofddorp: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 231.

gelijk om voor het recht te doen alsof het kind al geboren was voor zijn vaders overlijden, waardoor het nog altijd van zijn vader kon erven en diens familienaam kon krijgen. In de moderne tijd wordt de nasciturus fictie niet alleen ingezet in het erfrecht,⁹ maar ook in het aansprakelijkheidsrecht. Met behulp van de fictie kan een kind na de geboorte bijvoorbeeld een schadevergoeding claimen voor schade ontstaan uit een onrechtmatige daad die is begaan voor zijn geboorte.¹⁰ Door de groeiende aandacht voor *maternal harm* wordt in het Nederlandse recht inmiddels aangenomen dat ‘het belang van het kind’ niet enkel financiële belangen betreft, maar tevens gezondheidsbelangen.¹¹ Onder meer bij de prenatale OTS zijn het de gezondheidsbelangen van het kind die de toepassing van de fictie rechtvaardigen en zo de kinderbeschermingsmaatregel mogelijk maken.

3 Het eerste aspect: de levensvatbaarheidsgrens

Hoewel de prenatale OTS geen uitzonderlijk verschijnsel meer is in de rechtspraak, dienen er twee kanttekeningen te worden geplaatst bij de wijze waarop de kinderrechtster de nasciturus fictie interpreteert en toepast. Het eerste punt waarop de door de kinderrechtster gehanteerde interpretatie van de fictie vragen oproept, is de reikwijdte. Vooralsnog lijkt de vuistregel in de OTS-jurisprudentie te zijn dat de maatregel pas na 24 weken zwangerschap, als de ongeboren vrucht levensvatbaar is,¹² kan worden toegepast.

In 2012 werd de kinderrechtster geconfronteerd met de vraag of ook een foetus van zeventien weken onder toezicht gesteld kon worden. Omdat in dit geval het ongeboren kind nog niet de levensvatbaarheidsgrens van 24 weken had bereikt, beantwoordde de rechter deze vraag ontkennend: ‘Nu de moeder zeventien weken zwanger is, komt de ongeboren vrucht geen bescherming toe en kan een maatregel van voorlopige ondertoezichtstelling niet worden uitgesproken. Toewijzing van het onderhavige verzoek zou thans impliceren – nu de ongeboren vrucht de levensvatbaarheidsgrens nog niet gepasseerd heeft – een voorlopige ondertoezichtstelling van de meerderjarige moeder, welke maatregel geen steun vindt in het recht’.¹³ Ondanks dat deze uitspraak tot veel kritiek in het academi-

9 Zie bijvoorbeeld art. 1923 lid 2 van het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch.

10 Zie bijvoorbeeld HR 18 maart 2005, NJ 2006/606 en de Britse Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976.

11 Zie bijvoorbeeld V.M. Smits, in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.) *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:2 BW (Bijgewerkt op 16 januari 2021), aant. 3; P. Vlaardingerbroek, in: S.F.M. Wortmann (red.), *Groene Serie Personen- en familierecht*, Deventer: Wolters Kluwer, art. 1:2 BW (Bijgewerkt op 1 maart 2021), aant. 7; W.D. Kolkman & F.R. Salomons, in: J. de Boer, W.D. Kolkman & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht. Deel I. De persoon, afstamming en adoptie, gezag en omgang, levensonderhoud, bescherming van meerderjarigen*, Deventer: Wolters Kluwer 2020/2.1 (Bijgewerkt op 3 maart 2021)/36.

12 Naar de huidige stand van de wetenschap wordt de ongeboren vrucht vanaf de 24^e week van de zwangerschap geacht de levensvatbaarheidsgrens te hebben gepasseerd en in staat te zijn om buiten het moederlichaam te overleven. De levensvatbaarheidsgrens is in het bijzonder relevant voor de abortuswetgeving. Een zwangere vrouw kan enkel besluiten de zwangerschap af te breken zolang de ongeboren vrucht niet levensvatbaar is (medische uitzonderingen daargelaten).

13 Rechtbank Dordrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV6246, r.o. 5.4.

sche debat heeft geleid,¹⁴ is deze 24-wekenregel doorgezet tot een jurisprudentielijn. In 2017 werd de OTS van een nog niet-levensvatbare foetus nogmaals afgevoerd¹⁵ en ook in andere prenatale OTS-zaken is verschillende keren expliciet vermeld dat enkel de levensvatbare foetus door deze maatregel beschermd kan worden: ‘Een ongeboren 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 kinderrechtster af dat een ongeboren vrucht de bescherming van het Nederlandse recht toekomt vanaf het moment dat redelijkerwijs moet worden geoordeeld dat de ongeboren vrucht de, overeenkomstig de laatste stand van de medische wetenschap te bepalen, levensvatbaarheidsgrens is gepasseerd’.¹⁶

Deze aanname is mijns inziens gebaseerd op een incorrecte interpretatie van de nasciturus fictie. Ten eerste is de toepassing van de fictie op enkel de levensvatbare grens niet in lijn met de ratio van het artikel. In het meest prille stadium van de zwangerschap kan alcohol- en drugsmisbruik door de zwangere vrouw de meeste schade aanrichten, waardoor juist ook de niet-levensvatbare foetus vanuit dat oogpunt behoefte heeft aan bescherming. Maar belangrijker is dat noch uit de bewoordingen van het artikel, wat spreekt over het kind waarvan de vrouw zwanger is, noch uit de rechtsdoctrine blijkt dat art 1:2 BW enkel de belangen van het levensvatbare ongeboren kind beschermt.¹⁷ Volgens Leenen zou de fictie in ieder geval toegepast kunnen worden na veertien dagen,¹⁸ als de innesteling heeft plaatsgevonden en sprake is van een zwangerschap. Van der Burg heeft betoogd dat ook voor de innesteling het ongeboren kind onder de fictie zou moeten vallen wanneer zijn belang dit vereist.¹⁹ Bovendien is de stelling dat de niet-levensvatbare foetus volgens het Nederlandse recht niet beschermwaardig is, incorrect. Het klopt dat in het kader van de abortuswetgeving, de niet-levensvatbare foetus een minder sterke positie heeft dan de levensvatbare foetus, aangezien na 24 weken zwangerschap abortus in principe niet meer mogelijk is, maar daarmee is de ongeboren vrucht nog niet vogelvrij verklaard. In het bijzonder de embryowet stelt beperkingen aan handelen met betrekking tot het embryo en de foetus, omwille van de waardigheid van menselijk leven. Kortom, de beperkende interpre-

14 Zie bijvoorbeeld I. Weijers, ‘Prenatale kinderbescherming. Nuttig maar ook dubieus advies RSJ’, *FJR* 2015/56, p. 234; K. Blankman, ‘Reactie op FJR 2009/3’, *FJR* 2009/5; L. ten Haaf, ‘De ondertoezichtstelling van een nog niet-levensvatbare foetus. Het kan, maar hoe?’, *NJB* 2021/1716, p. 1969-1970. Ook de Raad voor Strafrechttoepassing en Jeugdbescherming heeft geadviseerd om indien nodig de prenatale OTS ook toe te passen op ongeboren vruchten die de levensvatbaarheidsgrens nog niet zijn gepasseerd. Raad voor Strafrechttoepassing en Jeugdbescherming, *Prenatale kinderbescherming en de rol van de overheid*, advies d.d. 15 juni 2015, p. 47.

15 Rechtbank Zeeland-West-Brabant 22 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:2587.

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

17 Zoals zowel uit de Asser-serie als Tekst & Commentaar volgt dat er sprake moet zijn van een zwangerschap, maar niet per se van een minimale duur van de zwangerschap. W.D. Kolkman & F.R. Salomons, in: J. de Boer, W.D. Kolkman & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht. Deel I. De persoon, afstamming en adoptie, gezag en omgang, levensonderhoud, bescherming van meerderjarigen*, Dventer: Wolters Kluwer 2020/2.1 (Bijgewerkt op 3 maart 2021), 2020/35; V.M. Smits, in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.) *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:2 BW (Bijgewerkt op 16 januari 2021), aant. 3.

18 H.J.J. Leenen e.a., *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014, p. 348.

19 W. van der Burg, ‘De juridische ‘status’ van het embryo: een op drift geraakte fictie’, *TvGR* 1994, p. 386-401.

tatie van art. 1:2 BW volgt in ieder geval niet uit de nasciturus fictie zelf, en dus wordt onterecht geconcludeerd dat enkel de levensvatbare vrucht bescherming toekomt volgens het Nederlandse recht.

4 Het tweede aspect: de anticiperende toepassing

Een tweede aspect van discussie met betrekking tot de interpretatie van de fictie zoals deze door de kinderrechter wordt gehanteerd, is het moment waarop de fictie wordt toegepast. Om dit aspect en met name de implicaties daarvan beter te begrijpen, moeten we eerst dieper ingaan op de nasciturus fictie en de betekenis daarvan voor de juridische persoonlijkheid van het kind.

Zoals hierboven al kort is aangegeven, wordt in de rechtsdoctrine aangenomen dat de juridische persoonlijkheid ontstaat bij de geboorte. De nasciturus fictie maakt het mogelijk om voor het recht het tijdstip van de geboorte te vervroegen, en daarmee ook het begin van de juridische persoon te verleggen. Dit betekent niet dat hiermee juridische persoonlijkheid aan het embryo of de foetus zelf wordt toegekend.²⁰ Dit volgt uit de tweede volzin van de fictie: ‘als het kind dood ter wereld komt, het geacht wordt nooit te hebben bestaan’. Met andere woorden, in het geval van een doodgeboorte is er nooit een juridische persoon geweest. Om er zeker van te zijn dat de fictie überhaupt kan worden toegepast, dient men dus te wachten totdat het kind levend geboren is, om vervolgens met terugwerkende kracht te doen alsof het kind al eerder geboren is.²¹ De structuur van de fictie is, zoals Nieuwenhuis het noemt, ‘retrospectief’.²² Immers, komt het kind dood ter wereld, dan is er nooit een ongeborn kind geweest om als geboren aan te merken; het heeft, voor het recht althans, simpelweg nooit bestaan. Hieruit volgt dat de geboorte of het bestaan zelf nog altijd een voorwaarde is voor de toekenning van juridische persoonlijkheid: het kind moet immers eerst geboren zijn om de fictie retrospectief toe te passen.

In het geval van vermogensrechtelijke belangen is deze retrospectieve toepassing van de fictie geen enkel probleem. Het indienen van een schadeclaim namens het kind kan worden uitgesteld tot na de geboorte. Bij gezondheidsbelangen ligt dit anders; als men pas na de geboorte ingrijpt, is het leed al geschied. De gezondheidsbelangen van het kind vragen juist om interventie tijdens de zwangerschap, om zo snel mogelijk een einde te maken aan het schadelijke gedrag van de moe-

20 B.C. van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*, Hoofddorp: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 232; E.C.C. van Os & A.C. Hendriks, ‘Wie is de baas over de baarmoeder? Mensenrechtelijke aspecten van de bescherming aan ongeborenen’, *FJR* 2010/70; W.D. Kolkman & F.R. Salomons, in: J. de Boer, W.D. Kolkman & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht. Deel I. De persoon, afstamming en adoptie, gezag en omgang, levensonderhoud, bescherming van meerderjarigen*, Deventer: Wolters Kluwer 2020/2.1 (Bijgewerkt op 3 maart 2021), 2020/34.

21 P. Vlaardingerbroek, in: S.F.M. Wortmann (red.), *Groene Serie Personen- en familierecht*, Deventer: Wolters Kluwer, art. 1:2 BW (Bijgewerkt op 1 maart 2021), aant. 7; B.C. van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*, Hoofddorp: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 232.

22 J.H. Nieuwenhuis, ‘Personen en hun rechten’, in: J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en Compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 1992, p. 59.

der. Hierom hanteert de kinderrechter een anticiperende interpretatie van de fictie in het kader van prenatale OTS-zaken: al tijdens de zwangerschap wordt art. 1:2 BW toegepast. Echter, juist omdat de gezondheid van het kind op het spel staat, is er een groter risico dat het kind komt te overlijden voor de geboorte. In dat geval bepaalt de tweede zin van de fictie dat het kind nooit heeft bestaan. Dit betekent dat er maatregelen zijn opgelegd die ook de zwangere vrouw raakten, ter bescherming van niemand. De inzet van art. 1:2 BW bij de prenatale OTS zorgt dus voor een spanningsveld: de gezondheid van het kind vraagt enerzijds om een anticiperende toepassing van de fictie, maar tegelijkertijd kent deze situatie een groter risico dat het kind voor het recht nooit heeft bestaan omdat het voor de geboorte al is overleden, waardoor de fictie nooit toegepast had kunnen worden.

Aan de mogelijkheid dat het kind niet ter wereld komt, wordt in jurisprudentie vooralsnog voorbijgegaan. In plaats daarvan lijkt de rechter ervan uit te gaan dat het *mogelijke* toekomstige bestaan van het kind al voldoende is voor de attributie van juridische persoonlijkheid. Wellicht speelt de beperking van de prenatale OTS tot de levensvatbare vrucht hier een rol. Als het ongeboren kind eenmaal de levensvatbaarheidsgrens heeft bereikt, is abortus in principe niet meer mogelijk. Hieruit wordt de intentie van de moeder om het kind ter wereld te brengen gereconstrueerd en op basis van die intentie wordt er juridische persoonlijkheid geattributioneerd.²³ Zo interpreteert bijvoorbeeld ook Flinterman de nasciturus fictie: ‘na de wettelijk toegestane periode voor abortus kan mijns inziens op grond van voorgenoemde bepaling in het BW de vrucht als persoon worden aangemerkt, zo dikwijls als zijn belang dat vordert’.²⁴ Deze anticiperende benadering impliceert echter een radicale uitbreiding van juridische persoonlijkheid. Het is immers niet meer het bestaan zelf, maar de belofte van een mogelijk bestaan dat voldoende is voor de toekenning van juridische persoonlijkheid met behulp van de nasciturus fictie. Deze uitbreiding is mijns inziens problematisch. Niet zozeer vanwege de juridisch-ethische overweging of het ongeboren leven wel juridische persoonlijkheid zou moeten verdienen, maar vanwege de juridisch-technische complexiteit die ontstaat als het ongeboren kind onverhoopt voor de geboorte sterft. Mocht de foetus ondanks de inspanningen en extra maatregelen toch overlijden, wat een reëel risico is in het geval van gezondheidsschade, dan ontstaat de paradoxale situatie van een entiteit die (gedeeltelijke) juridische persoonlijkheid had – door de anticiperende toepassing van de eerste volzin van art. 1:2 BW – en tegelijkertijd nooit heeft bestaan door de tweede volzin van de fictie.

5 Conclusie

Zoals betoogd, kan de door de kinderrechter gehanteerde interpretatie van art. 1:2 BW in prenatale OTS-zaken op twee punten ter discussie gesteld worden. Ten eerste wordt de nasciturus fictie onterecht enkel toegepast op de levensvatbare

23 R.J.P. Kottenhagen, ‘Botsende rechten van moeder en ongeboren kind’, *TvGR* 2008, p. 499.

24 D. Flinterman, ‘Het ongeboren recht op ongeschonden bestaan. Jeugdbescherming en jeugdstrafrecht nader bekeken’, in: A.P. van der Linden (red.), *Honderd jaar zorg om het kind: jeugdbescherming en jeugdstrafrecht nader bekeken*, Deventer: Kluwer 2006, p. 75.

foetus. Daarmee wordt de onjuiste indruk gewekt dat nog niet-levensvatbaar ongeboren leven geen bescherming verdient in het Nederlandse recht. Daarnaast hanteert de kinderrechter een anticiperende interpretatie: de fictie wordt al toegepast voordat het kind überhaupt geboren is, wat een radicale uitbreiding van juridische persoonlijkheid inhoudt.

Deze theoretische overdenking maakt duidelijk dat de juridische status van ongeboren leven complexe materie is. Deze complexiteit zal alleen maar toenemen dankzij de ontwikkelingen op het gebied van technologisch geassisteerde voortplanting, stamcelonderzoek en preconceptiezorg. Tegelijkertijd maken deze ontwikkelingen het ongeboren leven een steeds belangrijker speler op het juridische toneel. Het is dus hoogst nodig om de juridische status van ongeboren (en toekomstig) leven te heroverwegen. Hoewel het bewonderenswaardig is dat de kinderrechter hieraan een bijdrage tracht te leveren, juist nu de wetgever op dit punt afwachtend blijft, is het de vraag of de kinderrechter deze taak aan kan. De kinderrechter wordt immers geconfronteerd met individuele zaken waarin concrete belangen op het spel staan, en waarin vaak weinig ruimte is voor diepere reflectie op de onderliggende rechtsfilosofische vragen. Daarbij levert de focus op individuele zaken ook inconsistenties op. Voor de gedwongen opname op basis van de Wvvgz (en daarvoor de wet bopz) wordt immers geen beroep gedaan op art. 1:2 BW om het ongeboren kind aan te merken als ‘een ander’. Ook wordt de nasciturus fictie incidenteel achterwege gelaten in prenatale OTS-zaken.²⁵ Wanneer deze afzonderlijke beslissingen worden samengenomen, dan lijkt er nog altijd weinig duidelijkheid te bestaan over de juridische status en de grondslag van de beschermwaardigheid van ongeboren leven. Gezien de ethische en juridische complexiteit van het onderwerp, zou het mijns inziens de wetgever moeten zijn die een leidende rol zou moeten nemen in de discussie over de juridische status van het ongeboren leven in dit technologische tijdperk. Daarbij zal de wetgever oog moeten hebben voor de verschillende verschijningsvormen van het ongeboren leven, zoals de (niet-)levensvatbare foetus, het ongeboren kind en ook subject van prenatale chirurgie en (op termijn) kunstmatige baarmoeders.²⁶ Tot het zover is, zou de kinderrechter zelf ook kunnen bijdragen aan het creëren van meer duidelijkheid rondom de status en bescherming van het ongeboren leven. Bij volgende prenatale OTS-zaken kan de kinderrechter nog eens kritisch kijken naar de (zwakke) argumenten die ten grondslag liggen aan de huidige jurisprudentielijn. Mocht men willen vasthouden aan de 24-wekengrens bij prenatale OTS-zaken, dan moet dat beter worden beargumenteerd. De rechter zal moeten uitleggen waarom levensvatbaarheid wel een rol speelt bij de prenatale OTS en niet bij de gedwongen opname op grond van de Wvvgz en expliciet maken welke juridische of maatschappelijke overwegingen het onderscheid op basis van levensvatbaarheid rechtvaardigen. Hierbij kan de rechter niet terugvallen op de incorrecte bewering dat ongeboren leven voor de levensvatbaarheidsgrens geen bescherming verdient of dat de 24-wekengrens volgt uit de nasciturus fictie zelf.

25 Zie Rechtbank Den Haag 17 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:12532. Voor een uitgebreide analyse van deze zaak, zie L. ten Haaf, ‘De ondertoezichtstelling van een nog niet-levensvatbare foetus. Het kan, maar hoe?’, *NJB* 2021/1716.

26 Voor de laatste twee entiteiten, zie E.C. Romanis, ‘Challenging the ‘born alive’ threshold: fetal surgery, artificial wombs, and the English approach to legal personhood’, *Medical law review* 2019, afl. 1, p. 99-123.

