

## ARTIKELEN

# Verplichte anticonceptie op basis van de Wvggz en de juridische status van het toekomstige kind

Mr. L. ten Haaf\*

### 1. Inleiding

Binnen het Nederlandse recht zijn de afgelopen jaren verschillende stappen ondernomen om al voor de geboorte het kind te beschermen tegen mogelijke schade, met name schade toegebracht door diens ouders. In de jurisprudentie zijn verschillende maatregelen ontwikkeld om het ongeboren kind te beschermen tegen schadelijk gedrag van de moeder via een prenatale ondertoezichtstelling<sup>1</sup> of een gedwongen opname in een ggz-instelling.<sup>2</sup> In het publieke debat speelt ook de vraag of ingrijpen voor de zwangerschap mogelijk is. Zo gaf in 2002 de Gezondheidsraad al aan dat onderzoek nodig was naar het voorkomen van onverantwoord ouderschap en de juridische mogelijkheden van gedwongen anticonceptie, omwille van het belang van het eventuele toekomstige kind.<sup>3</sup> Sindsdien hebben verschillende partijen gepleit voor een anticonceptiemaatregel in het geval van onverantwoord ouderschap, om te voorkomen dat er een (nieuw) kind geboren wordt bij ouders die niet in staat zijn om voor het kind te zorgen.<sup>4</sup> Ter rechtvaardiging van deze maatregel wordt een beroep gedaan op de belangen van het kind, of soms zelfs diens rechten. De initiatiefnota van oud-Kamerlid Van Dijken verwijst bijvoorbeeld naar verschillende rechten uit het IVRK, waarbij zij ervan uit lijkt te gaan dat deze rechten niet alleen een prenatale, maar ook preconceptionele werking hebben.<sup>5</sup> Daarnaast wordt in de publieke discussie soms geopperd dat sommige kinderen ‘een recht hebben om niet

\* Lisette ten Haaf is universitair docent rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht.

1 Rb. Dordrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV6246; Rb. Zeeland-West-Brabant 22 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:2587; 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.

2 *Kamerstukken II* 2009/10, 32399, nr. 3, p. 56. Dit betreft een codificatie van een jurisprudentieelijn op grond van de Wet Bopz. Rb. Amsterdam 25 april 2000, *kBJ* 2000/47, m.nt. H.J.J. Leenen; Rb. Amsterdam 21 februari 2006, *Bj* 2007/6, m.nt. J.K.M. Gevers.

3 *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*. Den Haag: Gezondheidsraad, 2002; publicatie nr. 2002/14, p. 132.

4 Zie bijvoorbeeld de initiatiefnota van oud-Kamerlid Van Dijken: *Kamerstukken II* 2009/10, 32405, nr. 2; Gemeente Rotterdam, college van burgemeester en wethouders, brief: Zorg voor kwetsbaar ouderschap: maatregel anticonceptie en project Anticonceptie kwetsbare ouders, 20 september 2016. Daarnaast heeft ook de Beraadgroep ‘Rechten voor het kind, ook voor de geboorte’ in 2017 een wetsvoorstel voor verplichte anticonceptie aangeboden aan de toenmalige staatssecretaris. ‘Grondrecht op vrije voortplanting kan wel worden beperkt’, *NOS* 23 januari 2017.

5 *Kamerstukken II* 2009/10, 32405, nr. 2, p. 17-18.

geboren te worden'.<sup>6</sup> Dergelijke uitspraken en aannames roepen veel vragen op over de juridische status van het toekomstige, oftewel het nog niet verwekte kind. Is het mogelijk om aan een niet-bestaande entiteit belangen of rechten toe te kennen op grond waarvan diens potentiële bestaan daadwerkelijk voorkomen kan worden? Helaas gaat de discussie over verplichte anticonceptie vaak voorbij aan de rechtstheoretische reflectie op wat een dergelijke regeling en rechtvaardiging betekent voor de status van het toekomstige kind.

Vooralsnog was er nooit genoeg politiek draagvlak om de verschillende initiatieven voor een anticonceptiemaatregel om te zetten in wetgeving. Met de invoering van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (Wvggz) in 2020 zien rechters wel een mogelijkheid om verplichte anticonceptie op te leggen aan een specifieke groep. In verschillende zaken is verplichte anticonceptie opgelegd als onderdeel van een zorgmachtiging.<sup>7</sup> Echter, tussen de uitspraken van de lagere rechters bestaan veel inconsistenties. Ten eerste lijken de verschillende rechtbanken het oneens te zijn over de precieze grondslag voor verplichte anticonceptie. Belangrijker nog is de variatie in antwoorden op de vraag wiens belang de maatregel kan rechtvaardigen: het belang van de betrokken vrouw, of ook het belang van het toekomstige kind? Een beschikking van de rechtbank Noord-Nederland<sup>8</sup> is ter cassatie aan de Hoge Raad voorgelegd.

In deze bijdrage ga ik in op de vraag of de belangen van het toekomstige kind beschermd kunnen worden binnen het Nederlandse recht, en in het bijzonder in de context van de Wvggz. Hiervoor bespreek ik eerst welke rol de belangen van het toekomstige kind spelen in de verschillende vonnissen van de rechtbanken. Daarna bespreek ik de standpunten van de Hoge Raad en de advocaat-generaal (A-G) betreffende dit onderwerp, om zo de juridische positie van het toekomstige kind en diens belangen onder de Wvggz te verduidelijken. Als laatste ga ik in op de meer fundamentele, rechtstheoretische vraag of binnen het recht überhaupt gesproken kan worden van de belangen van het nog niet verwekte, toekomstige kind. Hierbij moet worden opgemerkt dat het toekomstige kind, dat nog niet verwekt is, onderscheiden moet worden van het ongeborn kind.<sup>9</sup> Het toekomstige kind verschilt van het ongeborn kind in twee aspecten, die beide van belang zijn voor hoe het recht het toekomstige kind kan duiden. Ten eerste is er, omdat het toekomstige kind nog niet verwekt is, (nog) geen vorm van menselijk leven die een eigen be-

6 P. de Graaf, 'Verplicht kwetsbare ouder tot tijdelijke anticonceptie', *Volkskrant* 1 oktober 2016; M. Schipper, 'Pleidooi voor gedwongen anticonceptie', *Telegraaf* 22 januari 2015.

7 In een zaak is de verplichte anticonceptie juist afgewezen: Rb. Zeeland-West-Brabant 12 oktober 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:5539.

8 Rb. Noord-Nederland 10 februari 2022, niet gepubliceerd.

9 Dondorp en De Wert bijvoorbeeld gebruiken de term 'toekomstig kind' bijvoorbeeld ook voor het ongeborn kind. W.J. Dondorp & G.M.W.R. de Wert, 'De foetus of het toekomstige kind? De rechtvaardiging van prenatale kindbeschermingsmaatregelen vraagt om conceptuele helderheid', *TvGR* 2022, p. 114-128.

Mr. L. ten Haaf

schermwaardigheid heeft.<sup>10</sup> Ten tweede resulteert het beschermen van de belangen van het toekomstige kind in de meeste gevallen, waaronder bij de anticonceptie-maatregel, in het voorkomen van diens bestaan.

## 2. Uitspraken in eerste aanleg

Voor de invoering van de Wvvgz bestond er geen rechtsgrond voor het opleggen van verplichte anticonceptie. De voorloper van de Wvvgz, de Wet Bopz, werd meer gezien als een 'opnamewet'<sup>11</sup> en ook de Wet op de geneeskundige behandelings-overeenkomst (WGBO) biedt geen mogelijkheden. De WGBO laat een behandeling waartegen de patiënt zich verzet enkel toe bij wilsonbekwame personen. Bovendien dient de behandeling noodzakelijk te zijn ter afwending van ernstig nadeel voor de patiënt zelf.<sup>12</sup> Daarom kan op grond van de WGBO geen anticonceptie opgelegd worden ter bescherming van het toekomstige kind.<sup>13</sup> De Wvvgz lijkt in dat opzicht meer ruimte te bieden. Ten eerste kan een dwangbehandeling ook opgelegd worden bij personen die wilsbekwaam zijn. Ten tweede is een dwangbehandeling ook mogelijk ter voorkoming van ernstig nadeel voor een ander (en dus niet enkel voor de betrokken persoon zelf).<sup>14</sup> De vraag is echter of het toekomstige kind als een ander kan worden aangemerkt en dus door de Wvvgz beschermd wordt.

Ondanks dat de Wvvgz ingrijpen mogelijk maakt omwille van een ander, wordt in de gepubliceerde rechtszaken anticonceptie in eerste instantie noodzakelijk geacht ter voorkoming van ernstig nadeel voor de betrokken vrouw zelf. Er worden verschillende soorten nadeel genoemd. Zo wordt bijvoorbeeld aangegeven dat als het kind wordt weggehaald door jeugdzorg, omdat de betrokken vrouw niet in staat is voor het kind te zorgen, dit voor een groot verdriet zorgt en ernstige psychische en immateriële schade oplevert.<sup>15</sup> Ook kan de zwangerschap zelf door hormonale schommelingen<sup>16</sup> of stress<sup>17</sup> een negatief effect hebben op het ziektebeeld. In een

10 Dondorp en De Wert geven terecht aan dat bij het ongeborn kind hierdoor soms onduidelijk is welke entiteit beschermd wordt: draait het om de belangen van het embryo of de foetus die op dat moment bestaat, of wordt er geanticipeerd op het eventuele kind dat later geboren wordt. W.J. Dondorp & G.M.W.R. de Wert, 'De foetus of het toekomstige kind? De rechtvaardiging van prenatale kinderbeschermingsmaatregelen vraagt om conceptuele helderheid', *TvGR* 2022, p. 114-128, op p. 118. Bij het toekomstige kind, dat enkel bestaat als een juridische constructie, maar niet in de biologische zin, speelt dit probleem niet. Het toekomstige kind is dus een anticipatie op het eventuele kind dat zou kunnen bestaan na diens geboorte.

11 *Aanhangsel Handelingen II*, 2022/23, nr. 198, p. 4.

12 Art. 7:465 lid 6 BW. Zie ook de conclusies van de Gezondheidsraad en de KNMG: *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*. Den Haag: Gezondheidsraad 2002; publicatie nr. 2002/14, p. 52; *Ouderschap van mensen met een verstandelijke handicap*, Utrecht: KNMG 2006, p. 7.

13 Zie ook *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*. Den Haag: Gezondheidsraad, 2002; publicatie nr. 2002/14, p. 52; *Ouderschap van mensen met een verstandelijke handicap*, Utrecht: KNMG 2006, p. 7.

14 Art. 1:1 lid 2 onder a Wvvgz.

15 Rb. Rotterdam 12 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2489, *JGz* 2020/38, m.nt. B.J.M. Frederiks.

16 Rb. Rotterdam 16 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3948.

17 Rb. Rotterdam 8 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9178, *JGz* 2021/16, m.nt. A.J.K. Hondius.

## Verplichte anticonceptie op basis van de Wvggz en de juridische status van het toekomstige kind

ander geval bestaat er door een harddrugsverslaving een verhoogd risico dat de placenta loslaat, wat een levensbedreigende situatie kan opleveren.<sup>18</sup>

Desondanks worden in verschillende zaken, naast de belangen van de betrokken vrouw zelf, ook de belangen van het toekomstige kind aangehaald. In twee zaken worden de belangen van het toekomstige kind terloops genoemd. Zo spreekt de rechtbank Amsterdam van ‘ernstig nadeel voor verzoekster alsook haar (ongeboren) kind’<sup>19</sup> en de rechtbank Den Haag van ‘ingrijpende consequenties voor haar eigen gezondheid en veiligheid en voor haar (ongeboren) kind’.<sup>20</sup> De rechtbank Noord-Nederland gaat een stap verder en maakt concreet op welke manier het toekomstige kind gevaar loopt door specifiek te wijzen op de schade die het kind kan oplopen door het gebruik van (de huidige dosering) antipsychotica tijdens de zwangerschap.<sup>21</sup> Echter, ondanks dat de rechter in deze zaken expliciet wijst op de belangen van het toekomstige kind (of in zijn woorden, het ongeboren kind) wordt niet ingegaan op de vraag wat de juridische status is van het toekomstige kind en of diens belangen wel een legitieme reden zijn om anticonceptie op te leggen.

In andere zaken wordt wel wat meer stilgestaan bij de positie van het toekomstige kind. Zo stelt de rechtbank Zeeland-West-Brabant dat onder ‘een ander’ ex artikel 1:1 lid 2 Wvggz ook het ongeboren kind moet worden verstaan.<sup>22</sup> Dit is op zichzelf genomen correct. In de memorie van toelichting heeft de wetgever expliciet aangegeven dat een ongeboren kind ook als ‘een ander’ kan gelden.<sup>23</sup> Echter, hierbij betreft het een andere situatie dan verplichte anticonceptie. De wetgever doelt hier op zogenoemde *maternal harm*-zaken, waarbij al sprake is van een zwangerschap en het handelen van een zwangere vrouw, bijvoorbeeld alcohol- of middelenmisbruik, schadelijk is voor de foetus / het ongeboren kind. Als dit schadelijke gedrag voortkomt uit een psychologische aandoening, kan de zwangere vrouw gedwongen opgenomen worden om zo het ongeboren kind te beschermen. In het geval van verplichte anticonceptie daarentegen is er nog geen sprake van een zwangerschap. Daarom is er ook geen sprake van een ongeboren kind, maar van een nog niet verwekt, toekomstig kind. De rechtbank Zeeland-West-Brabant gaat aan dit onderscheid voorbij, evenals aan het feit dat de wetsgeschiedenis niet ingaat op het toekomstige kind. Kortom, er is hier sprake van gebrekkige argumentatie.

Het onderscheid tussen het toekomstige kind en het ongeboren kind wordt wel opgemerkt in het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland. In dit arrest is door

18 Rb. Midden-Nederland 7 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1744.

19 Rb. Amsterdam 2 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6383, r.o. 6.6 (cursivering door LtH). In feite wordt in het betoog van de kliniek die de zorgmachtiging heeft aangevraagd naar het toekomstige kind verwezen, maar de rechtbank lijkt deze argumentatie over te nemen.

20 Rb. Den Haag 14 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11864 (cursivering door LtH).

21 Rb. Noord-Nederland 20 oktober 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3684, r.o. 2.9, JGz 2021/15, m.nt. A.J.K. Hondius.

22 Rb. Zeeland-West-Brabant 12 oktober 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:5539, r.o. 4.5.3. Rechtbank Noord-Nederland lijkt indirect het toekomstige kind als een ander aan te merken. In haar argumentatie wijst zij op mogelijke schade voor het toekomstige kind en concludeert vervolgens dat een eventuele zwangerschap zal leiden tot ernstig nadeel voor de betrokkene en een ander.

23 *Kamerstukken II* 2009/10, 32399, nr. 3, p. 56.

Mr. L. ten Haaf

de geneesheer-directeur gesteld dat anticonceptie noodzakelijk is om ‘het nog te verwekken kind te beschermen’.<sup>24</sup> De rechtbank vervolgt dat uit de tekst van de Wvzggz blijkt dat, in de voorgelegde situatie, een dwangbehandeling toeziet op ‘het bestrijden van ernstig nadeel van de betrokkene zelf en haar ongeborn kind’. Maar, zo benadrukt de rechtbank terecht, noch uit de wettekst zelf, noch uit de wetsgeschiedenis, blijkt dat de wetgever de bedoeling heeft gehad om dit uit te breiden tot ‘het nog te verwekken kind’.<sup>25</sup> De rechtbank maakt niet expliciet of dit nu betekent dat de belangen van het toekomstige kind geen rechtvaardiging kunnen vormen voor verplichte anticonceptie. De rest van de motivering is gericht op de belangen van de betrokken vrouw. De rechtbank stelt dat met verplichte anticonceptie ernstig nadeel ‘voor de betrokkene’ kan worden voorkomen, en dat anticonceptie noodzakelijk en proportioneel is ‘om het leven van de betrokkene te beschermen’. Wel benoemt de rechtbank dat het bestaande risico op het loslaten van de placenta het gevaar meebrengt dat de betrokkene ‘en haar kindje, komen te overlijden’. Maar gezien de gekozen woorden van de rechtbank, lijkt zij het mogelijke overlijden van het kind te beschouwen als ernstig nadeel voor de betrokken vrouw zelf, en niet voor het toekomstige kind.

Samenvattend, in alle op rechtspraak.nl gepubliceerde zaken wordt verplichte anticonceptie in eerste instantie nodig geacht ter voorkoming van ernstig nadeel voor de betrokken vrouw zelf. In enkele gevallen wordt de maatregel mede ondersteund door verwijzing naar de belangen van het ongeborn kind. Volgens Dondorp en De Wert probeert de rechter op deze manier aan te sluiten bij de terminologie van de memorie van toelichting. Echter, zo stellen zij, door te verwijzen naar het ongeborn kind is het onduidelijk om wiens belangen het gaat: gaat het om de belangen van een eventueel kind dat geboren wordt in onveilige omstandigheden, of om het leven van de foetus dat in gevaar komt door het gedrag van de moeder tijdens de zwangerschap?<sup>26</sup> Dit wijst erop dat, hoewel de rechter het ongeborn leven probeert te adresseren, hij lijkt te worstelen met de vraag welke entiteit hier bedoeld wordt. Alleen de rechtbank Midden-Nederland lijkt zich ervan bewust dat er onderscheid gemaakt moet worden tussen het ongeborn kind en het toekomstige kind, nu die laatste niet nadrukkelijk in de wetsgeschiedenis genoemd wordt. Daarmee lijkt de rechtbank, in tegenstelling tot eerdere uitspraken, ervan uit te gaan dat de belangen van het toekomstige kind geen rechtvaardiging voor de maatregel kunnen bieden. Echter, deze conclusie wordt niet expliciet gemaakt.

24 Rb. Midden-Nederland 7 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1744, r.o. 2.3.

25 Rb. Midden-Nederland 7 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1744, r.o. 2.3.

26 W.J. Dondorp & G.M.W.R. de Wert, ‘De foetus of het toekomstige kind? De rechtvaardiging van prenatale kinderbeschermingsmaatregelen vraagt om conceptuele helderheid’, *TvGR* 2022, p. 114-128, op p. 125.

### 3. De Hoge Raad

In de zaak voorgelegd aan de Hoge Raad<sup>27</sup> is de aanleiding vergelijkbaar met de eerder genoemde zaken. De betrokkene lijdt aan een psychische stoornis en een middelenverslaving. Hoewel ze nu in een relatief rustige fase zit, wordt een zorgmachtiging noodzakelijk geacht in het geval van een eventuele terugval om ernstig nadeel te voorkomen. Bij beschikking verleent de rechtbank de zorgmachtiging voor een duur van zes maanden, waarbij op grond van artikel 3:2 lid 2 onder h Wvggz ook het accepteren van een implanonstaafje of andere langdurige anticonceptie als verplichte zorg is opgenomen.

Namens de betrokken vrouw is cassatie ingesteld. Het middel kent drie onderdelen. In het eerste onderdeel wordt geklaagd dat de rechtbank het wilsbekwaam verzet niet heeft gehonoreerd en het tweede onderdeel betreft de vraag of het (te laat) ingediende plan van aanpak van de betrokkene buiten beschouwing gelaten had mogen worden. Van bijzonder belang voor deze bijdrage is de klacht in het derde onderdeel van het middel, waarin de fundamentele vraag wordt gesteld of de Wvggz een grondslag biedt voor het opleggen van gedwongen anticonceptie. De uitspraak van de Hoge Raad richt zich voornamelijk op dit onderdeel.<sup>28</sup> Het onderdeel klaagt dat met het toekennen van de zorgmachtiging voor verplichte anticonceptie, de rechtbank een ongeoorloofde inbreuk heeft gemaakt op verschillende fundamentele rechten, nu de Wvggz geen wettelijke grondslag biedt voor een dergelijke inbreuk. Zo wordt onder andere verwezen naar artikel 10 en 11 Grondwet, artikel 8 en 12 EVRM, artikel 23 VN-gehandicaptenverdrag en artikel 12 en 16 VN-vrouwenverdrag. Uit deze bepalingen volgt het recht om zelf over het lichaam te beschikken en het recht om zelf keuzes te maken met betrekking tot voortplanting. Met betrekking tot de vraag of sprake is van een wettelijke grondslag voor gedwongen anticonceptie, kunnen er twee vragen onderscheiden worden. Ten eerste de vraag of artikel 3:2 Wvggz, waarin de mogelijkheden van verplichte zorg geregeld worden, inderdaad een grondslag biedt voor verplichte anticonceptie. Daarnaast speelt de vraag of verplichte anticonceptie opgelegd kan worden omwille van het toekomstige kind.

De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G:<sup>29</sup> gedwongen anticonceptie kan, onder strikte omstandigheden, worden opgelegd op grond van artikel 3:2 lid 2 onder a Wvggz.<sup>30</sup> Volgens de Hoge Raad is verplichte anticonceptie mogelijk als de zwangerschap of de bevalling zelf 'een aanzienlijk risico op levensgevaar of op ern-

27 HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1850.

28 De overige klachten van het middel kunnen volgens de Hoge Raad ook niet tot cassatie leiden: HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1850, r.o. 3.4.

29 Concl. A-G Lückers 2 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:786, punt 3.53.

30 In de zaken in eerste aanleg was het onduidelijk of onder a of onder h een mogelijke rechtsgrond bood voor verplichte anticonceptie. In verschillende zaken zijn zowel onder a als onder h erkend als afgewezen. Zie Rb. Amsterdam 2 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2020:6383, r.o. 6.2 en 6.5; Rb. Rotterdam 12 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2489, r.o. 2.2.2. Voor een uitgebreidere analyse met betrekking tot deze vraag, zie C. van Vleuten & H. van Kolschooten, 'Van verplichte geestelijke gezondheidszorg naar verplichte anticonceptie', *NJB* 2022/620, p. 742-743.

Mr. L. ten Haaf

stig lichamenlijk letsel of ernstige psychische schade voor de betrokkene meebrengt'.<sup>31</sup> Op het kritiekpunt dat een zwangerschap niet als een somatische aandoening kan worden beschouwd, reageert de Hoge Raad impliciet als volgt: 'Een medische behandeling van een psychische stoornis of lichamenlijke aandoening kan immers ook gericht zijn op voorkoming van gezondheidsschade als gevolg van die stoornis of aandoening'.<sup>32</sup>

Verplichte anticonceptie is dus volgens de Hoge Raad op grond van de Wvvgz mogelijk, maar enkel als het de belangen van de betrokken vrouw betreft. De wet biedt geen rechtsgrond voor gedwongen anticonceptie ter voorkoming van onverantwoord ouderschap of ter voorkoming van ernstig nadeel voor het toekomstige kind.<sup>33</sup> De Hoge Raad benadrukt dat de parlementaire geschiedenis niet ingaat op het toekomstige kind. Daardoor is het niet duidelijk en voorzienbaar dat de Wvvgz een grondslag biedt voor anticonceptie omwille van het toekomstige kind. Ook de A-G merkt op dat de wetsgeschiedenis zich enkel beperkt tot het ongeboren kind en dat een nog niet verwekt, toekomstig kind niet als 'een ander' in de zin van artikel 1:1 lid 2 Wvvgz kan worden aangemerkt.<sup>34</sup> Daaraan voegt de A-G toe dat het toekomstige kind ook niet valt onder de nasciturus-fictie zoals deze is neergelegd in artikel 1:2 BW.<sup>35</sup> Dit artikel verwijst enkel naar het ongeboren kind, aangezien het spreekt van 'het kind waarvan een vrouw zwanger is'. Het is dus niet mogelijk om met behulp van dit artikel een toekomstig kind als geboren aan te merken en het daarmee (een beperkte mate van) rechtssubjectiviteit toe te kennen. De A-G concludeert daarmee dat verplichte anticonceptie niet kan worden opgelegd wanneer er alleen sprake is van ernstig nadeel voor het toekomstige kind.<sup>36</sup> Zowel de Hoge Raad als de A-G concluderen dat het toekomstige kind geen bescherming geniet onder de Wvvgz.

#### 4. Het toekomstige kind en diens belangen

Hoewel de conclusies van de Hoge Raad en de A-G dicht tegen elkaar aan liggen, is er een nuanceverschil te ontwaren met betrekking tot de status van het toekomstige kind. Waar volgens de Hoge Raad de belangen van het kind nooit anticonceptie kunnen rechtvaardigen, stelt de A-G dat gedwongen anticonceptie niet kan worden

31 HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1850, r.o. 3.2.5.

32 HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1850, r.o. 3.2.5.

33 HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1850, r.o. 3.2.2.

34 R.P. de Roode, 'Meer ruimte voor verplichte anticonceptie?', *TvGR* 2021, p. 567-569, op p. 569. Ook Van Vleuten en Van Kolfshootten geven aan dat de wetgever zich moet beraden op een zelfstandige wettelijke basis. C. van Vleuten & H. van Kolfshootten, 'Van verplichte geestelijke gezondheidszorg naar verplichte anticonceptie', *NJB* 2022/620, p. 745.

35 Volgens Hendriks, Sombroek-van Doorm en De Vries zou art. 1:2 BW geen grondslag bieden om toekomstige kinderen van ongeboren kinderen te onderscheiden. Echter, het artikel spreekt duidelijk van 'het kind waarvan de vrouw zwanger is' en maakt dus wel degelijk onderscheid tussen het ongeboren en het toekomstige kind. A. Hendriks, M. Sombroek-van Doorm & M. de Vries, 'Geen verplichte anticonceptie meer aan personen met een ernstige psychische aandoening?', *NJB* 2022/2176, p. 2511.

36 Concl. A-G Lückers 2 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:786, punt 3.43.

## Verplichte anticonceptie op basis van de Wvggz en de juridische status van het toekomstige kind

opgelegd ‘wanneer *alleen* sprake is van ernstig nadeel voor het toekomstige kind’.<sup>37</sup> Dit laatste punt is slechts gedeeltelijk juist. Als enkel de belangen van het toekomstige kind op het spel staan, dan kan verplichte anticonceptie inderdaad niet gerechtvaardigd worden. Het toekomstige kind geldt immers niet als ‘een ander’ en wordt dus niet beschermd door de Wvggz. Maar als het toekomstige kind niet als een ander kan worden aangemerkt, dan kunnen de belangen van het toekomstige kind überhaupt geen rol spelen in de motivering, ook niet als additioneel argument. Voor de besproken rechtszaken zal dit niet tot een verschil in uitkomst leiden, omdat daarin anticonceptie in eerste instantie wordt opgelegd om ernstig nadeel bij de betrokken vrouw zelf te voorkomen (de vraag blijft wel of in alle zaken voldaan is aan de strikte voorwaarden die de Hoge Raad stelt). Maar in de motivering kan de rechter geen beroep doen op de belangen van het kind om zijn oordeel extra kracht bij te zetten.

Nu het toekomstige, nog niet verwekte kind niet beschermd wordt onder de Wvggz, kan verplichte anticonceptie in het belang van het toekomstige kind alleen mogelijk gemaakt worden via aparte wetgeving.<sup>38</sup> Mocht het zover komen, dan dient eerst een fundamentele vraag beantwoord te worden: kan binnen het recht überhaupt wel gesproken worden van de belangen van het toekomstige kind, zeker in die gevallen waarin het bestaan van het kind voorkomen wordt? Feit is dat de noodzaak om het toekomstige kind juridisch gestalte te geven urgenter is geworden door ontwikkelingen onder meer op het gebied van voortplantingsgeneeskunde. Naast de discussie rondom verplichte anticonceptie is ook het NVOG Modelprotocol ‘Mogelijke morele contra-indicaties bij vruchtbaarheidsbehandelingen’ een kenmerkend voorbeeld. Volgens het modelprotocol dragen medische professionals zowel een verantwoordelijkheid voor hun patiënt(en), als voor het welzijn en de belangen van kind dat uit een vruchtbaarheidsbehandeling voortkomt. Indien naar verwachting het kind een hoog risico loopt op ernstige schade, moeten artsen afzien van hulp bij de voortplanting.<sup>39</sup>

Het beroep op de belangen van het toekomstige kind draait dus om de belangen die het kind zou hebben na diens geboorte en die als het ware hun schaduw vooruitwerpen. Het nog niet verwekte kind zelf kan immers geen belangen hebben, aangezien het niet bestaat. In die zin is het toekomstige kind slechts een juridische constructie, die dient om te anticiperen op de belangen die het kind zou hebben na zijn geboorte.<sup>40</sup> Echter, die geboorte wordt juist voorkomen. Hierdoor gaat het toekennen van belangen aan het toekomstige kind gepaard met een complexiteit waaraan niet voorbijgegaan kan worden.

37 Concl. A-G Lückers 2 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:786, punt 3.43 (cursivering door LtH).

38 Zie ook R.P. de Roode, ‘Meer ruimte voor verplichte anticonceptie?’, *TvGR* 2021, p. 567-569, op p. 569.

39 Nederlandse Vereniging voor Obstetrie & Gynaecologie, *NVOG Modelprotocol ‘Mogelijke morele contra-indicaties bij vruchtbaarheidsbehandelingen’*, 2010.

40 De onduidelijkheid waar Dondorp en De Wert op wijzen met betrekking tot het ongeboren kind speelt dus niet bij het toekomstige kind, omdat bij het toekomstige kind niet tegelijkertijd nog een andere entiteit of vorm van menselijk leven bestaat.



Mr. L. ten Haaf

Ten eerste ligt er een mogelijk conflict met artikel 1:2 BW op de loer. Met behulp van dit artikel kan een ongeboren kind als geboren, en daarmee als rechtssubject, aangemerkt worden 'zo dikwijls zijn belang dit vordert'. Maar zoals hierboven al besproken, richt deze bepaling zich op het kind waarvan de vrouw zwanger is, en niet op het toekomstige kind. Daarbij komt dat het toekomstige kind in de context van anticonceptie nooit geboren wordt en nooit als rechtssubject kan worden aangemerkt op grond van de tweede volzin van het artikel: 'komt het [kind] dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan'. Met andere woorden, voor de toepassing van de nasciturus-fictie is vereist dat het kind geboren wordt, wat verplichte anticonceptie juist beoogt te voorkomen. Technisch gezien komt het kind door anticonceptie niet dood ter wereld, maar wordt het überhaupt niet geconcipieerd. Desondanks eist de ratio van het artikel dat het kind bestaan moet hebben voordat er een juridisch bestaan toegekend kan worden. Een beroep doen op de belangen van het toekomstige kind om anticonceptie te rechtvaardigen impliceert daarmee een erkenning van een vorm van rechtssubjectiviteit die tegelijkertijd door de nasciturus-fictie ontkend wordt. Dus voordat het toekomstige kind een juridische status kan worden toegeschreven, is allereerst nadere reflectie op de verhouding van die status met artikel 1:2 BW vereist.

Daarnaast dient de vraag gesteld te worden of iets dat niet fysiek bestaat, en nooit zal bestaan, überhaupt belangen kan hebben die het ingrijpen kunnen rechtvaardigen. De Nederlandse rechtsdoctrine is niet expliciet over de vraag wie er juridisch relevante belangen kan hebben, maar in de literatuur lijkt te worden aangenomen dat iets ook zonder juridische persoonlijkheid belangen kan hebben.<sup>41</sup> Dit biedt een mogelijkheid om entiteiten zonder rechtssubjectiviteit toch een plek te geven in het recht, zoals dieren, toekomstige generaties en het milieu. Maar niet alles kan belangen hebben. Zowel rechtsgeleerden als bio-ethici stellen dat om belangen te kunnen hebben, sprake moet zijn van een bewustzijn, of op zijn minst een toekomstig bewustzijn.<sup>42</sup> Enkel iets met een bewustzijn kan zelf belang bij iets hebben. Met betrekking tot toekomstige individuen wordt er onderscheid gemaakt tussen *actual future persons*, zij die in de toekomst daadwerkelijk zullen bestaan en op wiens belangen we kunnen anticiperen, en *potential future persons*: zij die geboren hadden kunnen worden, ware het niet dat hun ouders op een ander tijdstip of met een andere persoon zich hebben voortgeplant, of helemaal geen kind hebben ge-

41 Zie bijvoorbeeld L.F. Wiggers-Rust, *Belang, belanghebbende en relativiteit in bestuursrecht en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 21, 46; J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 1992; p. 134.

42 Zie bijvoorbeeld M.A. Warren, 'Do potential people have moral rights?', *Canadian Journal of Philosophy* (7) 1977, p. 283; B. Steinbock, *Life before birth. The moral and legal status of embryos and fetuses*, New York: Oxford University Press 2011, p. 6; R. Dworkin, *Life's dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*, New York: Alfred A. Knopf 1993, p. 16; J. Feinberg, 'The rights of animals and unborn generations', in: W.T. Blackstone (red.), *Philosophy & Environmental Crisis*, Athens, GA: The University of Georgia Press 1974, p. 49.

kregen.<sup>43</sup> Van potentieel toekomstige personen, van wie er in theorie oneindig veel zijn, wordt gesteld dat zij in moreel opzicht niet relevant zijn, omdat ze nooit zullen bestaan en daarom nooit belangen kunnen hebben. Iemand die nooit bestaat, kun je immers geen schade toebrengen of bevoordelen.<sup>44</sup> De crux van het toekomstige kind is juist dat het niet goed te plaatsen is in dit onderscheid. Aanvankelijk is het een daadwerkelijke toekomstige persoon, maar door ons ingrijpen om zijn belangen te behartigen, met andere woorden, door het opleggen van verplichte anticonceptie, zal het nooit geboren worden en dus nooit een bewustzijn hebben. Als gevolg hiervan wordt het een potentiële toekomstige persoon zonder de mogelijkheid om belangen te hebben.<sup>45</sup> Door deze verschuiving treedt er een paradoxale situatie op: de wens om de belangen van het toekomstige kind te erkennen en te beschermen resulteert juist in een situatie waarin niet gesproken kan worden van de belangen van het toekomstige kind.<sup>46</sup> Deze paradox maakt het toekomstige kind een haast ongrijpbare entiteit en enorm lastig te duiden voor juristen. Dus hoewel het doel om het toekomstige kind te beschermen mij niet meer dan gerechtvaardigd lijkt, acht ik de weg van het erkennen van belangen contradictoir.<sup>47</sup>

## 5. Conclusie

Uit de uitspraak van de Hoge Raad volgt dat op grond van de Wvvgz geen verplichte anticonceptie opgelegd kan worden omwille van het kind. Waar de vonnissen van enkele lagere rechters impliceerden dat ook het toekomstige kind door de Wvvgz beschermd wordt, concludeert de Hoge Raad dat gedwongen anticonceptie enkel opgelegd kan worden als de zwangerschap of de bevalling zelf een aanzienlijk risico op ernstig nadeel voor de betrokken vrouw zelf met zich meebrengen. De Wvvgz biedt echter geen grondslag voor verplichte anticonceptie ter voorkoming van onverantwoord ouderschap of ernstig nadeel voor het toekomstige kind.

- 43 C. Hare, 'Voices from another world: must we respect the interests of people who do not, and will never, exist?', *Ethics*, Vol. 117, No. 2007, p. 498. Dworkin, 1993, p. 19; A.J. Karnein, *A theory of unborn life. From abortion to genetic manipulation*, New York: Oxford University Press 2012, p. 28; M.A. Warren, 'Do potential people have moral rights?', *Canadian Journal of Philosophy* (7) 1977, p. 288-289; J. Feinberg, 'The rights of animals and unborn generations', in: W.T. Blackstone (red.), *Philosophy & Environmental Crisis*, Athens, GA: The University of Georgia Press 1974, p. 63.
- 44 G. den Harthogh, 'In het belang van het kind', in: G. den Harthogh & I. de Beaufort (red.), *Een hoge prijs voor een kind*, Assen: Van Gorcum 2006, p. 183.
- 45 Zie ook W.J. Dondorp & G.M.W.R. de Wert, 'De foetus of het toekomstige kind? De rechtvaardiging van prenatale kinderbeschermingsmaatregelen vraagt om conceptuele helderheid', *TvGR* 2022, p. 114-128, op p. 126.
- 46 Voor een uitgebreidere bespreking van dit punt, zie 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* (18) 2017, p. 1114-1117.
- 47 In mijn proefschrift werk ik een alternatieve benadering uit om het toekomstige kind wiens bestaan bewust wordt voorkomen te duiden. Deze alternatieve benadering is gestoeld op de verantwoordelijkheidsethiek van de Duitse techniekfilosoof Hans Jonas, waarbij het toekomstige kind niet als een subject wordt gepresenteerd, maar als het object van onze verantwoordelijkheid. L. ten Haaf, *Regulating non-existence. The legal conceptualisation of the future child in the regulation of reproduction* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Eleven 2023.

Mr. L. ten Haaf

Nu het toekomstige kind niet onder de reikwijdte van de Wvggz valt, en de WGBO ook geen mogelijkheid biedt, kan anticonceptie omwille van het toekomstige kind alleen juridisch mogelijk zijn als daar een aparte rechtsgrond voor komt. Maar voordat de wetgever een dergelijke wettelijke basis kan creëren, moet eerst een fundamentele vraag beantwoord worden: hoe moeten we het toekomstige kind juridisch duiden? De Hoge Raad zelf gaat nauwelijks in op deze vraag, wat gezien de ethische complexiteit van het vraagstuk begrijpelijk is. Daarom juist zou deze materie via de wetgever geregeld moeten worden, in plaats van via de rechter met een snel noodverband.<sup>48</sup> De vraag is echter of de wetgever zelf hiertoe stappen zal ondernemen. Er is een tendens te bespeuren waarbij de wetgever lastige juridische vragen omtrent ongeboren en toekomstig leven graag van zich afschuift. Het ongeboren kind is dan wel in de Wvggz opgenomen, maar was in de Bopz-jurisprudentie al als een ander aangemerkt.<sup>49</sup> De wetgever heeft niet meer gedaan dan een bestaande jurisprudentie-lijn overgenomen. Ook de prenatale ondertoezichtstelling is als maatregel in de jurisprudentie ontwikkeld. Geconfronteerd met de vraag of deze maatregel ook voor de levensvatbaarheidsgrens kan worden toegepast,<sup>50</sup> legde toenmalig Staatssecretaris van Justitie Fred Teeven de verantwoordelijkheid volledig bij 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>51</sup> Zoals hierboven al aangegeven, is ondanks verschillende pogingen het onderwerp van gedwongen anticonceptie, en daarmee verwant het toekomstige kind, nooit door de wetgever opgepikt. Ook in het antwoord op de gestelde Kamervragen over de conclusie van de A-G stelt staatssecretaris Van Ooijen zich afwachtend op. De staatssecretaris neemt zelf geen positie in, maar wil eerst de uitspraak van de Hoge Raad afwachten. Op de vraag *waarom* de beschermwaardigheid van het toekomstige kind niet besproken is tijdens de parlementaire behandeling, komt geen inhoudelijke reactie.<sup>52</sup> De beslissing van de Hoge Raad dat de Wvggz geen bescherming biedt aan de belangen van het toekomstige kind, kan wellicht de wetgever aanzetten tot de nodige reflectie op het ongeboren leven. Door technologische ontwikkelingen is het aantal verschijningsvormen van het ongeboren leven toegenomen: naast het toekomstige kind kan men ook denken aan het embryo, cybriden, het levensvatbare en niet-levensvatbare ongeboren kind, de patiënt van foetale chirurgie en binnenkort wellicht ook het subject van de kunstmatige baarmoeder. Bovendien lijken sommige van deze entiteiten elkaar ook te overlappen en is het niet altijd duidelijk wie er beschermd wordt. Zo wijzen

48 Hendriks, Sombroek-van Doorm en De Vries verkiezen de laatste route omdat aparte wetgeving te veel tijd zou kosten. A. Hendriks, M. Sombroek-van Doorm & M. de Vries, 'Geen verplichte anticonceptie meer aan personen met een ernstige psychische aandoening?', *NJB* 2022/2176, p. 2511.

49 Rb. Amsterdam 25 april 2000, *kBJ* 2000/47, m.nt. H.J.J. Leenen; Rb. Amsterdam 21 februari 2006, *Bj* 2007/6, m.nt. J.K.M. Gevers; Zie ook J. Dorscheidt, 'Developments in Legal and Medical Practice Regarding the Unborn Child and the Need to Expand Prenatal Legal Protection', *European Journal of Health Law* 2010 (17), p. 442-445.

50 Zie hierover ook L. ten Haaf, 'De ondertoezichtstelling van een nog niet-levensvatbare foetus. Het kan, maar hoe?', *NJB* 2021/1716, p. 1968-1971.

51 *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, nr. 2257.

52 *Aanhangsel Handelingen II* 2022/23, nr. 198.

Verplichte anticonceptie op basis van de Wvggz en de juridische status van het toekomstige kind

Dondorp en De Wert erop dat het niet duidelijk is wie er bedoeld wordt met de term ‘ongeboren kind’: gaat het om de foetus, of wordt er geanticipeerd op het kind dat later geboren wordt?<sup>53</sup> Voor deze nieuwe entiteiten volstaan de oude juridische kaders niet meer. Dus mocht de wetgever ooit zelf het initiatief nemen om een wettelijke grondslag te creëren voor de bescherming van het toekomstige kind, dan zal hij er niet aan ontkomen om de juridische status van het toekomstige kind, en van het ongeboren menselijk leven in het algemeen, te expliciteren.

53 W.J. Dondorp & G.M.W.R. de Wert, ‘De foetus of het toekomstige kind? De rechtvaardiging van prenatale kinderbeschermingsmaatregelen vraagt om conceptuele helderheid’, *TvGR* 2022, p. 114-128, op p. 118.