

Verduidelijking toestemmingsregels van ouders bij gezondheidszorg aan minderjarigen noodzakelijk

Aart Hendriks¹

De wettelijke regelgeving over de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling in Boek 7 BW gaat ervan uit dat toestemming voor een geneeskundige behandeling van een kind door beide ouders met gezag nodig is, althans totdat de minderjarige zestien jaar is. In kwesties die worden beheerst door de regelgeving van Boek 1 BW is toestemming van één ouder echter voldoende. Deze deels afwijkende regelgeving in twee boeken van het BW zorgt in de (rechts)praktijk regelmatig voor onduidelijkheden.

Het Burgerlijk Wetboek (BW) bevat de belangrijkste regels over het familierecht en het gezondheidsrecht. De regels over het familierecht, inclusief het jeugdrecht, zijn neergelegd in Boek 1. Boek 7 bevat in Afdeling 5 van Titel 7 de regels over 'De overeenkomst inzake geneeskundige behandeling', onder artsen en gezondheidsjuristen beter bekend als WGBO.² Beide Boeken, waartussen geen hiërarchie bestaat, bepalen dat ouders met gezag als wettelijk vertegenwoordigers toestemming moeten geven voor beslissingen op het terrein van de verzorging en opvoeding. Dit volgt uit de omstandigheid dat een minderjarige onder gezag staat van zijn ouders en niet geacht wordt handelingsbekwaam te zijn. Ouders geven dan als wettelijk vertegenwoordiger toestemming. Tweede uitgangspunt betreft hierbij de ouderlijke autonomie.³ Inbreuken op deze autonomie zijn alleen toegestaan in geval van een uitzondering. Dit laatste geldt evenzeer met betrekking tot de regels van de Boek 7 aangaande de gezondheidszorg aan minderjarigen. Kortom, de ouders moeten toestemming geven voor rechtshandelingen met betrekking tot hun minderjarige kinderen, tenzij de wet of gewoonte anders bepaalt.

De toestemmingsregels van Boek 1 en de Boek 7 komen niet geheel overeen. Zo is de toestemming van een ouder met gezag volgens Boek 1 feitelijk regel, terwijl Boek 7 uitgaat van toestemming door beide ouders met gezag, althans totdat de minderjarige zestien jaar is. Volgens Boek 7 moet bij een kind vanaf de leeftijd van twaalf tot aan zestien jaar steeds meer gewicht worden toege-

kend aan de mening van kinderen, ook al staat het kind dan nog onder gezag. Vanaf zestien jaar beslissen kinderen volgens Boek 7 zelfstandig; de handelingsbevoegdheid van het kind doorbreekt dan de gezagsregels. Dergelijke leeftijdsgrenzen kent Boek 1 niet; Boek 1 gaat uit van een groep minderjarigen die onder gezag staat met daarnaast meerderjarigen zonder gezag. Het hebben van deels afwijkende regels in twee boeken zorgt in de (rechts)praktijk regelmatig voor onduidelijkheden. Dit resulteert ook in de nodige (tucht)rechtelijke procedures. Ik doel dan niet alleen op procedures tussen ouders onderling of van ouder(s) tegen instanties als Veilig Thuis, maar ook tegen de artsen van kinderen. Naar mijn mening is het noodzakelijk deze regels beter op elkaar af te stemmen, waarbij meer gewicht wordt toegekend aan het belang van het kind, in aanvulling op de ouderlijke autonomie.⁴ Dit standpunt licht ik hieronder nader toe.

Toestemmingsregels Boek 1 en Boek 7

Volgens Boek 1 BW volstaat bij kinderen tot achttien jaar in de regel dus de toestemming van één ouder met gezag. Dat is alleen anders als de wet anders bepaalt (artikel 1:234 lid 1 BW). In aanvulling hierop bepaalt Boek 1 dat de toestemmingseis vervalt ingeval het gebruikelijk is dat minderjarigen de betreffende handeling zelfstandig verrichten. De instemming door een ouder wordt dan verondersteld te zijn gegeven (artikel 1:234 lid 3 BW), waardoor de minderjarige handelingsbekwaam wordt. Met betrekking tot dit laatste kan worden gedacht aan het kopen van

een bioscoopkaartje, het afrekenen van benzine voor de bromfiets en het aanschaffen van frisdrank en snoep.

De wetgever heeft in 1995, bij de totstandkoming van afdeling 7.7.5 BW, de toestemmingsregels anders geformuleerd. Dat kan ingevolge artikel 1:234 lid 1 BW. De regels van deze in Boek 7 BW opgenomen bijzondere overeenkomst bepalen dat bij geneeskundige verrichtingen bij minderjarigen tot zestien jaar de toestemming van beide gezagdragers noodzakelijk is (artikel 7:450 lid 2 BW en 7:465 lid 1 BW). Daarentegen kunnen minderjarigen vanaf zestien jaar zonder de toestemming van hun gezagdragers zelfstandig opdracht geven aan een arts om een behandelingsovereenkomst aan te gaan en om te worden behandeld. De zestien- en zeventienjarige is dan handelingsbekwaam, tenzij van het tegendeel is gebleken. Voorts bepaalt Boek 7 dat de noodzakelijke toestemming van gezagdragers geacht wordt te zijn gegeven bij geneeskundige verrichtingen die niet van ingrijpende aard zijn (artikel 7:466 lid 2 BW). Waarom heeft de wetgever gekozen voor afwijkende regels in Boek 7 in vergelijking tot Boek 1 BW? En waarom vind ik deze verschillen anno 2024 achterhaald?

De wetgever heeft volgens de wetgeschiedenis van afdeling 7.7.5 BW voor andere toestemmingsregels gekozen op basis van het eind twintigste eeuw 'geldende recht'.⁵ Wat de wetgever precies met deze term bedoelde is niet duidelijk op grond van de wetgeschiedenis. Er was immers geen eerdere wet over de rechten van de patiënt. Wel was er in die tijd sprake van erkenning van de mondigheid van minderjarigen en van het eerdergenoemde belang van het kind.⁶ 'Mondigheid' komt min of meer overeen met de in het Kinderrechtenverdrag neergelegde rechten van het kind op participatie en op informatie.⁷ De wetgever lijkt zich afgaande op de memorie van toelichting bij afdeling 7.7.5 BW bovenal te hebben gebaseerd op de regels van een bijzondere overeenkomst in het BW, op artikel 10 en 11 Grondwet (recht op persoonlijke levenssfeer respectievelijk lichamelijke integriteit) en enkele praktijkrichtlijnen. Ook anderszins heeft de wetgever de noodzaak van deze afwijkende toestemmingsregels in Boek 7 matig onderbouwd, laat staan met betrekking tot de toestemming van beide gezagdragers. Ook in op afdeling 7.7.5 BW gebaseerde latere gezondheidswetten, zoals de Wet op de orgaandonatie (Wod), de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (WMO) en de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (Wvggz), gaan uit van dubbele toestemming, in de zin van toestemming van beide gezagdragers, voor medische handelingen bij minderjarigen tot zestien jaar. Concreet betekent dit dat een arts of andere zorgverlener die geneeskundige zorg biedt aan een

De wetgever heeft de noodzaak van deze afwijkende toestemmingsregels in Boek 7 matig onderbouwd

kind tot zestien jaar alleen mag behandelen als beide gezagdragers met de behandeling instemmen, behoudens in geval van niet-ingrijpende behandelingen.

Dubbele toestemming onnodig ingewikkeld

De norm van Boek 7 van dubbele toestemming door beide gezagdragers voor een geneeskundige behandeling bij hun kind tot zestien jaar is niet alleen onpraktisch, maar ook juridisch ingewikkeld. Onpraktisch omdat een kind doorgaans met één ouder op het spreekuur komt. In hoeverre kan een arts er dan op vertrouwen dat de aanwezige gezagdrager mede namens de afwezige gezagdrager toestemming geeft voor onderzoek of behandeling? Of moet de arts dit altijd controleren door zelf contact op te nemen met de andere gezagdrager – en pas daarna te concluderen of er al dan niet toestemming van alle betrokkenen is voor een onderzoek of behandeling? Boek 7 geeft op deze vraag geen antwoord, evenmin over wat te doen als de arts de afwezige gezagdrager niet kan bereiken.

Deze situatie is ook juridisch complex. Allereerst weet een arts niet altijd of de ouders bij wie het kind woont beiden gezagdrager zijn. Immers, er kan ook een andere persoon zijn – zoals een eerdere of buitenechtelijke partner – die gezagdrager is. En dan hebben we het nog niet over een kind met twee vaders en/of twee moeders, of een kind dat op het spreekuur verschijnt met een grootouder of tante.⁸ Daarentegen kan het ook zo zijn dat een kind niet meer dan één ouder met gezag heeft. Dit terwijl de wet ervan uitgaat dat een kind twee gezagdragers heeft, ook na de ontbinding van het huwelijk tussen de ouders (artikel 1:251 lid 2 BW). Artsenorganisatie KNMG geeft in verband met deze juridische zaken aan artsen het advies om voorafgaand aan het sluiten van een behandelingsovereenkomst met een minderjarige tot zestien jaar te informeren wie de gezagdragers van het kind zijn en dit te noteren in het dossier van het kind.⁹

Het spreekt voor zich dat dergelijke dossierinformatie geen juridische zekerheid biedt voor de toekomst. En die zekerheid bestaat er evenmin met betrekking tot de eenstemmige toestemming voor behandeling van een kind na een (v)chtscheiding tussen de gezagdragers.¹⁰ Na

Auteur

1. Prof. mr. A.C. Hendriks is hoogleraar gezondheidsrecht aan de Universiteit Leiden en als medewerker gezondheidsrecht verbonden aan dit blad. Met dank aan collega Mariëlle Bruning voor haar commentaar op een eerdere versie van deze opinie.

Noten

2. *Stb.* 1994, 838.

3. M.R. Bruning, 'Zorg om het kind.

Bescherming van minderjarigen en het gezondheidsrecht', *TvGR* 2013, p. 115-135.

4. Art. 3 van het Kinderrechtenverdrag bepaalt nadrukkelijk dat het belang van het kind voorop staat bij alle maatregelen die kinderen betreffen.

5. *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 20. De oorspronkelijke aanduiding van de artikelen was overigens art. 1653d (voor patiënt van 12-15 jaar, uiteindelijk art. 7:750 lid 2 BW) en art. 1653u (voor kinderen tot

12 jaar, uiteindelijk art. 7:465 lid 1 BW).

6. M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

7. Art. 12 en 17 Kinderrechtenverdrag.

8. RTG 15 december 2023,

ECLI:NL:TGZRAMS:2023:266

9. KNMG-wegwijzer, *Toestemming en informatie bij behandeling van minderjarigen*, Utrecht: KNMG 2019, p. 12.

10. Jaarlijks worden er in Nederland rond de

25.000 huwelijken ontbonden, waarbij het aantal gehuwden minder is dan het aantal personen met een geregistreerd partnerschap of die anderszins samenwonen. Van de laatste groep is niet bekend hoeveel stellen uit elkaar gaan. Cijfers: cbs.nl/nl-nl/longread/statistische-trends/2022/trends-in--echt--scheidingen. Zie hierover o.a. Adri van Montfoort & Mariëlle Bruning, 'Minder maatregelen van kindbescherming bij scheidingszaken: waarom en hoe?', *NJB* 2023/2453, afl. 34, p. 2950-2960.



een (v)chtscheiding of andere relatieproblemen zijn gezagdragers het vaak niet langer met elkaar eens over de vraag welke zorg voor hun kind nodig is. Een behandelend arts komt dan al snel in een juridische spagaat te zitten, gesteld dat de arts weet dat de gezagdragers uit elkaar gaan of zijn gegaan. Zeker in die situaties kan de arts er niet op vertrouwen dat de ouder die het kind begeleidt mede namens de andere gezagdrager spreekt. Als gevolg van deze situatie worden artsen regelmatig door de 'overgeslagen' ouder tuchtrechtelijk aangeklaagd. Van de gemiddeld 1750 tuchtrechtelijke uitspraken in de jaren 2021, 2022 en 2023, hadden de tuchtrechtelijke uitspraken tegen artsen in ongeveer 3,4% van de gevallen (mede) betrekking op het handelen of nalaten van een arts rond een (v)chtscheiding.¹¹

Juridisering behandelingsrelatie

Deze procedures, die met grote regelmaat worden gepubliceerd in medische vakbladen, de Staatscourant en jurisprudentiebladen, leiden ertoe dat artsen steeds meer en vaker in het dossier van een kind noteren wie, conform het KNMG-advies, de gezagdragende ouders zijn – en of dat is veranderd. Dit getuigt naar mijn mening van een ongewenste vorm van juridisering van de behandelingsrelatie, die bovenal op vertrouwen dient te zijn gebaseerd. Deze juridisering is in niemands belang. Daar komt bij dat een arts volgens de regels van Boek 7 toch altijd al de zorg van een 'goed hulpverlener' moet verlenen (artikel 7:453 BW). Een goed hulpverlener geeft geen gehoor aan een wens tot onnodige of schadelijke verrichtingen bij minderjarigen. In de tweede plaats is het niet de taak van een arts om uit te zoeken of gezagdragers hetzelfde denken over de behandeling van hun kind, maar is dit een aangelegenheid van de ouders onderling. Als één ouder met gezag instemt met een behandeling van een kind moet de arts daarop kunnen vertrouwen. Dat is alleen anders als de arts bekend is met de verschillende meningen van gezagdragers – bijvoorbeeld over zaken als vaccineren of besnijden. In andere situaties zou naar mijn mening moeten gelden

Er moet vaker vanuit kunnen worden gegaan dat de toestemming van één gezagdrager volstaat

dat indien een andere gezagdrager achteraf betwist dat hij/zij het oneens is met de toestemming van de gezagdrager die het kind heeft begeleid, er dan sprake is van onenigheid tussen beide gezagdragers die in die context dient te worden beslecht, zonder dat 'de schuld' bij de arts wordt gelegd.

Conclusie

Al met al lijkt het 'geldende recht', zoals dat bij de invoering van afdeling 7.7.5 BW werd betiteld, anno 2024 steeds meer te vragen om bij geneeskundige verrichtingen de toestemmingsregels voor gezagdragers van Boek 1 BW en Boek 7 BW meer in overeenstemming met elkaar te brengen. Volgens het huidige recht zijn minderjarigen vanaf zestien jaar op veel meer maatschappelijke terreinen dan in Boek 1 genoemd handelingsbekwaam dan alleen op het gebied van de geneeskunde. Dat zou dan betekenen dat de leeftijdsgrens van achttien jaar in Boek 1 BW in veel situaties kan worden verlaagd tot zestien jaar. Daarentegen moet er vaker vanuit kunnen worden gegaan dat de toestemming van één gezagdrager volstaat (artikel 1:234 lid 3 BW), zowel in Boek 1 BW als in Boek 7 BW. Ook moet worden erkend dat het gebruikelijk is dat kinderen sommige handelingen op het terrein van de zorg zelfstandig verrichten, zoals het laten meten van de bloeddruk (vergelijk artikel 1:234 lid 3 BW). Daarentegen is het van belang te kijken of degene met wie er namens of door een kind een overeenkomst wordt gesloten, gebonden is aan een eis van 'goed hulpverlenerschap' (artikel 7:453 BW). Dat is een extra reden om de wensen van het kind zelf in ogenschouw te nemen. Bovenal wordt er thans veel meer dan dertig jaar geleden waarde toegekend aan het belang van het kind en de mogelijkheid om het kind te laten participeren in de besluitvorming. Vanuit dit perspectief is er anno 2024 alle reden om te bezien of de toestemmingsregels in Boek 1 en Boek 7 in de huidige vorm gehandhaafd moeten blijven, en of toestemmingsregels verspreid over twee boeken van het BW nodig zijn. Daarnaast is het wenselijk dat de toestemmingsregels dusdanig duidelijk zijn dat ze administratieve belasting van en procedures tegen artsen en andere hulpverleners helpen voorkomen. •

¹¹. In 2021: 19 van de 1760 gepubliceerde uitspraken (2,5%), in 2022: 19 van de 1746 uitspraken (2,5%) en 2023 (oktober): 13 van de tot dan toe 603 uitspraken (2,2%).

medisch tuchtrecht vallen is iets minder dan 70% van de klachten gericht tegen een arts. Cijfers afkomstig van tuchtrecht.Overheid.nl/nieuws.

Onder alle beroepsgenoten die onder het