

Verstandelijk gehandicapten met een kinderwens

De afweging tussen zelfbeschikking, maatregelen en preventie



Willemijn Davids
S 0408743
Masterscriptie Civiel Recht
Universiteit Leiden
Begeleiders Prof. mr. A.C.
Hendriks en Prof. mr. drs. M.R.
Bruning
Juni 2009

Inhoudsopgave		1
Inleiding		2
Hoofdstuk 1	Grondrechten en Kinderwens	2
	§1.1 Grondrechten en mensenrechten	5
	§ 1.2 Recht op een gezin?	7
	§ 1.3 Recht op zelfbeschikking?	11
	§ 1.4 Recht op 'family life'?	16
	§ 1.5 Belang van het kind	20
Hoofdstuk 2	Kinderbeschermingsmaatregelen	25
	§ 2.1 Ouderlijk gezag	25
	§ 2.2 Ondertoezichtstelling	31
	§ 2.3 Uithuisplaatsing	35
	§ 2.4 Ontheffing en ontzetting	38
Hoofdstuk 3	Preventie?	44
	§ 3.1 Preventieve kindbeschermingsmaatregelen?	44
	§ 3.2 Ouderschapscompetentie	48
	§ 3.3 Wilsonbekwaamheid	52
	§ 3.4 Subsidiariteit, proportionaliteit en effectiviteit	57
Hoofdstuk 4	Gedwongen sterilisatie bij verstandelijk gehandicapten?	61
	§ 4.1 Medische noodzaak	61
	§ 4.2 Belang van het kind als zelfstandige grond?	63
	§ 4.3 Wens vs Dwang	65
	§ 4.4 De praktische problemen en het beginsel van goed hulpverlenerschap	69
Hoofdstuk 5	Conclusie	75
	§ 5.1 In het algemeen	75
	§ 5.2 Tot slot: Baby Hendrikus	81
Literatuurlijst		83

Inleiding

Baby Hendrikus is een doodnormale baby. Hendrikus heeft alleen twee verstandelijk gehandicapte ouders. In oktober 2008 werd beslist op een verzoek van de Raad voor de Kinderbescherming tot voorlopige ondertoezichtstelling. De Raad voor de Kinderbescherming bepleitte: 'Baby Hendrikus wordt ernstig in zijn ontwikkeling bedreigd, omdat door de cognitieve beperkingen van beide ouders de verwachting bestaat dat de veiligheid van de minderjarige in het gedrang komt. Naar verwachting beschikken de ouders over onvoldoende (pedagogische) vaardigheden en zijn zij vermoedelijk onmachtig om de veiligheid van de minderjarige voldoende te kunnen garanderen.'¹ Hendrikus werd dan ook in oktober 2008 voorlopig onder toezicht gesteld en uit huis geplaatst. Hendrikus verbleef vanaf dat moment bij een pleeggezin. Sinds april 2009 verblijft Hendrikus weer, onder streng toezicht, bij zijn ouders. De definitieve uitspraak moet nog komen. De zaak Baby Hendrikus heeft veel publiciteit gekregen, de discussie omtrent verstandelijk gehandicapte ouders is opgelaaid en heeft ook aanleiding gegeven tot de probleemstelling van deze scriptie die luidt: 'Moeten er grenzen gesteld kunnen worden aan het krijgen van kinderen door mensen met een verstandelijke handicap? Zo ja, welke maatregelen zijn er dan mogelijk?'

Voor de beantwoording van deze hoofdvraag verdienen een aantal juridische kwesties de aandacht die worden besproken in deelvragen. De antwoorden op deze deelvragen leiden stapsgewijs steeds verder naar de conclusie. Zo zal eerst de deelvraag gesteld worden welke fundamentele rechten er zijn met betrekking tot het krijgen van kinderen. Artikel 12 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM), dat een zeer belangrijke waarborg geeft voor mannen en vrouwen om te huwen en een gezin te stichten², wordt bij deze beantwoording betrokken en ook het daarmee samenhangende artikel 8 EVRM, dat het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven en waarin inmenging in de uitvoering van dit recht wordt uitgesloten door

¹ Rechtbank Arnhem 10 november 2008, *LJN: BG3849*, (Baby Hendrikus).

² Artikel 12 EVRM luidt: Mannen en vrouwen van huwbare leeftijd hebben het recht te huwen en een gezin te stichten volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen.

enig openbaar gezag³, maakt deel uit van de beantwoording. Een van de vragen die hieruit voortvloeit is of iedereen het recht heeft om kinderen te krijgen. In beginsel gelden deze rechten immers voor een ieder, maar hoe zit het in situaties met verstandelijk gehandicapte ouders? Behoren zij ook tot 'een ieder'? Net als bij elk fundamenteel recht is het waarborgen van het recht van de een vaak de beperking van een fundamenteel recht van de ander.⁴ In dit geval spelen niet alleen de belangen van de (toekomstige) ouders mee, maar ook de belangen van het (toekomstige) kind verdienen behandeling. Een vraag die dan speelt is of op grond van het belang van dit kind überhaupt een inbreuk gemaakt kan worden op de rechten van de ouders om datzelfde kind op de wereld te zetten?

Vervolgens zal de deelvraag worden gesteld en beantwoord of de staat een plicht heeft om in te grijpen in bepaalde situaties en hoe dit zou moeten gebeuren. Immers een kind krijgen is nog iets anders dan het kind opvoeden. Kinderbeschermingsmaatregelen trachten dat laatste te beschermen door bescherming te bieden aan het kind wanneer er sprake is van een verstoorde opvoeding. Artikel 1:254 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) stelt dat het mogelijk is om in te grijpen in een bedreigende situatie wanneer de lichamelijke of geestelijke ontwikkeling van de jeugdige wordt bedreigd.⁵ De Raad voor de Kinderbescherming meent dat enkel door de verstandelijke beperkingen van de ouders al zo'n bedreigende situatie is ontstaan. Maar is dit ook zo? Is er vanaf de geboorte onmiddellijk een bedreigende situatie ontstaan door deze handicaps? Is een mogelijk toekomstige situatie een geldige grond voor deze, diep in het leven van ouders en kind ingrijpende, maatregelen?

³ Artikel 12 EVRM luidt: Mannen en vrouwen van huwbare leeftijd hebben het recht te huwen en een gezin te stichten volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen.

⁴ Grondrechten kunnen botsen, zo kan de bescherming van family life van de ene persoon in strijd komen met de bescherming van de persoonlijk integriteit van de ander. Een afweging dient dan gemaakt te worden welk grondrecht moet prevaleren.

⁵ Artikel 1:254 lid 1 BW 'Indien een minderjarige zodanig opgroeit, dat zijn zedelijke of geestelijke belangen of zijn gezondheid ernstig worden bedreigd, en andere middelen ter afwendig van deze bedreiging hebben gefaald of, naar is te voorzien, zullen falen, kan de kinderrechtter hem onder toezicht stellen van een stichting als bedoeld in artikel 1, onder f, van de Wet op de jeugdzorg.'

Na beantwoording van bovenstaande vragen doemt een nieuwe deelvraag op. Want is het ook mogelijk preventief maatregelen te nemen om problemen later te voorkomen? Zijn preventieve kinderbeschermingsmaatregelen of preventieve anticonceptie een oplossing voor het voorkomen dat een kind opgroeit bij verstandelijk gehandicapte ouders? Ook de vraag waar de grens ligt dat ouders niet meer competent zouden zijn om hun kind op te voeden komt hier aan het licht. Nog een stap verder gaat de laatste deelvraag of gedwongen sterilisatie bij verstandelijk gehandicapten een uitkomst kan bieden als onderdeel van preventie.

Tenslotte wordt, naar aanleiding van de conclusies die getrokken zijn op bovenstaande vragen, een algemene conclusie getrokken over de grenzen van het krijgen van kinderen door mensen met een verstandelijke handicap en de maatregelen die mogelijk zijn. Bij deze conclusie zal bovendien ook aandacht worden besteedt aan de zaak van Baby Hendrikus die aanleiding heeft gegeven tot al deze vragen.

Tenslotte wordt, naar aanleiding van de antwoorden op de deelvragen, tot een algemene conclusie gekomen over de vraag naar grenzen, mogelijkheden en eventuele maatregelen met betrekking tot het krijgen van kinderen door verstandelijk gehandicapten. Bij deze conclusie zal bovendien ook aandacht worden besteedt aan de zaak van Baby Hendrikus die aanleiding heeft gegeven tot al deze vragen.

Hoofdstuk 1 Grondrechten en Kinderwens

§ 1.1 Grondrechten en Mensenrechten

Aan het einde van de vorige eeuw doet het burgerschapsparadigma zijn intrede in de verstandelijk gehandicaptenzorg. Dit burgerschapsparadigma heeft als achterliggende gedachte dat mensen met een verstandelijke handicap gelijkwaardig zijn aan mensen zonder een verstandelijke handicap en dezelfde rechten en plichten hebben als ieder ander burger in de samenleving. Dit burgerschapsparadigma geldt voor iedereen, ongeacht hij⁶ een lichte danwel (zeer) ernstige handicap heeft. De essentie van het burgerschapsparadigma is ondersteuning en niet-beperking van de verstandelijk gehandicapte.⁷ In lijn met dit burgerschapsparadigma merkt Vlaardingerbroek op: 'Net als bij iedereen, zullen bij ernstig verstandelijk gehandicapte ouders, de grondrechten in acht moeten worden genomen.'⁸

Nederland is partij bij diverse internationale verdragen, zoals het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (hierna: IVRK). Deze verdragen bevatten verschillende mensenrechten en rechtsbeginselen die van belang zijn voor de zaak van Baby Hendrikus.⁹ In het recht zijn rechtsbeginselen van groot belang omdat zij het rechtvaardigheidsgehalte kunnen toetsen. Bovendien kunnen zij aanwijzingen geven voor toekomstig recht.¹⁰ Het doel

⁶ In deze scriptie zal steeds over 'hij' en 'zijn' worden gesproken. Hierbij dient wel bedacht te worden dat dit steeds gelezen moeten worden als 'hij of zij' en 'zijn of haar'.

⁷ Dit paradigma is ook te onderscheiden in de Kamerstukken over gehandicaptenbeleid waarin voorop is gesteld dat gehandicapten meer vrijheid moeten hebben om zelf keuzes te maken over hun eigen bestaan. Het streven is om gehandicapten minder afhankelijk te laten zijn van dienstverleners, zo luiden de stukken. Het overheidsbeleid is erop gericht dat verstandelijk gehandicapten zoveel mogelijk moeten wonen, werken en recreëren in de gewone samenleving en alleen in bijzondere gevallen steun moet krijgen; B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijke handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 73; Kamerstukken, Gehandicaptenbeleid, (1994-1995), 24 170 nr. 2, p. 19; Rapport van de Raad voor de Kinderbescherming opgesteld door het Verwey-Jonker Instituut te Utrecht, *Kinderen van ouders met een verstandelijke beperking*, februari 2005, p. 13.

⁸ Paul Vlaardingerbroek, 'Kinderbescherming vóór de conceptie?!', in A.P. van der Linden (red.), *Honderd jaar zorg om het kind*, Deventer, Kluwer 2006, p. 90.

⁹ Het EVRM werkt op basis van artikel 93 Gw. rechtstreeks door. Het IVRK heeft deze rechtstreekse werking niet, maar kan wel een hulp zijn bij de inkleuring van begrippen uit bijvoorbeeld het EVRM.

¹⁰ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 31.

van de mensenrechten is de menselijke waardigheid te verzekeren.¹¹ Het is dan ook te zien als een juridische vormgeving van de fundamentele plaats van de mens in de samenleving en zijn regels van positief recht.¹² Menselijke waardigheid wordt geacht een menselijke eigenschap te zijn¹³, maar het is moeilijk te definiëren. Dat menselijke waardigheid een begrip is dat ingekleurd wordt door de omstandigheden van het geval blijkt uit het feit dat ook het Europees Hof van de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) dit begrip niet heeft willen definiëren. Volgens het Hof is menselijke waardigheid 'a particularly vague concept, and one subject to random interpretation'.¹⁴

Mensenrechten kunnen met elkaar botsten. Er zal dan een afweging gemaakt moeten worden welk recht moet prevaleren. Ook in een situatie waar verstandelijke gehandicapten een kinderwens hebben, zullen er verschillende fundamentele rechten spelen en moeten deze worden afgewogen. In de volgende paragrafen van dit hoofdstuk zullen de belangrijkste mensenrechten en rechtsbeginselen worden behandeld die aangeven welke rechten een verstandelijk gehandicapte met een kinderwens heeft en welke inbreuken hierop mogelijk kunnen zijn.

¹¹ A.C. Hendriks, B.J.M. Frederiks, M.A. Verkerk, 'Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien', TvGR nr. 1/2008, p. 10.

¹² H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007 p. 32; De verdragen hebben directe werking, artikel 93 Gw bepaalt dat een ieder verbindende bepaling rechtstreeks werkt. (B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijke handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 110.

¹³ A.C. Hendriks, *In beginsel; de gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept*, Leiden, Stichting NJCM-Boekerij 43 2006, p. 14.

¹⁴ ECRM 26 juli 2005, *Siliadin v. France*; Appl. No. 73316/01; § 101; A.C. Hendriks, *In beginsel; de gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept*, Leiden, Stichting NJCM-Boekerij 43 2006, p. 15.

§ 1.2 Recht op een gezin?

Artikel 12 EVRM garandeert mannen en vrouwen van huwbare leeftijd het recht te huwen en een gezin te stichten volgens de nationale wetten. Ouders hebben dus in beginsel het recht om hun kind te verzorgen en op te voeden, maar houdt dit ook in dat ouders, en in het bijzonder verstandelijk gehandicapte ouders, ook het recht hebben om een kind te *krijgen*? In dit artikel zijn twee componenten te vinden, huwen en een gezin stichten. In Nederland is huwen niet uitgesloten voor een bepaalde groep mensen, ook niet voor mensen die onder curatele staan. Er dient wel toestemming van de curator of vervangend van de kantonrechter te zijn in zo'n geval.¹⁵ Bijkomend wordt ook de eis van wilsbekwaamheid gesteld aangezien artikel 1:32 BW bepaalt dat een huwelijk niet mag worden aangegaan, wanneer de geestesvermogens van een partij zodanig zijn gestoord, dat deze niet in staat is zijn wil te bepalen of de betekenis van zijn verklaring te begrijpen.¹⁶ Hoewel deze eisen wel voorkomen dat mensen kunnen huwen, wordt het stichten van een gezin hiermee niet verhinderd. Hier zijn immers geen formele procedures voor nodig.¹⁷

Artikel 12 EVRM geeft wèl ruimte om, net als voor het huwelijk, regels te stellen aangaande het gezin en de daaruitvloeiende rechtsbetrekkingen. De zinsnede 'volgens de nationale wetten' geeft immers een bevoegdheid voor de nationale wetgevers om eigen regels op te stellen.¹⁸ Toch mag dit niet zo ver gaan dat dit recht voor bepaalde

¹⁵ Op basis van artikel 1:37 en 1:38 BW.

¹⁶ Kees Blankman, 'Juridische vragen rond de kinderwens en het ouderlijk gezag van verstandelijk gehandicapte ouders', in K. Blankman e.a., *'Meesterlijk groot voor de kleintjes'*; opstellen aangeboden aan professor mr. J. E. Doek ter gelegenheid van zijn emeritaat', Alphen a/d Rijn, Kluwer 2006, p. 245; immers voor elke rechtshandeling is het noodzakelijk dat men wilsbekwaam is.

¹⁷ Tot ver in de jaren zestig was het huwelijk van fundamenteel belang voor de voortplanting en gezinsvorming. Het huwelijk was het instituut waarbinnen kinderen werden verwekt, geboren, verzorgd en opgevoed. Ook toen gebeurde dit natuurlijk niet altijd, maar zo hoorde het wel te gaan. Tegenwoordig is deze opvatting geheel verloren; A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht*, (diss Utrecht 2002), Boom Juridische Uitgevers 2002.

¹⁸ M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag; 'a whole code of juvenile law'*, (diss Leiden 1994) p. 323.

bevolkingsgroepen onbereikbaar wordt, meent Blankman.¹⁹ Artikel 12 EVRM is een vrijheidsrecht dus, zo stelt de Bruijn-Luckers, de overheid dient zich te onthouden van een verplichting tot anticonceptie of sterilisatie om het stichten van een gezin te verhinderen.²⁰ Welk recht voor mensen met een verstandelijke handicap zelfs expliciet is vastgelegd in artikel 23 van 'The Convention on the Rights of Persons with Disabilities' van de Verenigde Naties welke door Nederland in 2007 is geratificeerd.²¹ In dit artikel is een recht op respect voor 'home and family' opgenomen. Mensen met een handicap moeten volgens dit artikel op dezelfde wijze de mogelijkheid hebben op een huwelijk en het stichten van een gezin als ieder ander.²²

Artikel 12 is een fundamenteel mensenrecht uit het EVRM. Dit recht zou dus voor een ieder moeten gelden. Impliceert dit recht een *absoluut* recht op een gezin? Met andere woorden: zijn er beperkingen mogelijk op dit recht? Artikel 12 EVRM heeft geen absolute werking. De overheid mag beperkingen aanbrengen op dit recht door voorwaarden te stellen aan voorzieningen die gericht zijn op het verkrijgen van kinderen.²³ In een aantal zaken is de werking van het recht van artikel 12 EVRM duidelijk ingekleurd. Zo is in de zaak *X tegen België en Nederland* door de Europese Commissie van de Rechten van de Mens (hierna: ECRM) het recht afgewezen op een kind 'out of wedlock', want zo zegt de Commissie : 'The existence of a couple is a fundamental to

¹⁹ Kees Blankman, 'Juridische vragen rond de kinderwens en het ouderlijk gezag van verstandelijk gehandicapte ouders', in K. Blankman e.a., *'Meesterlijk groot voor de kleintjes'*; opstellen aangeboden aan professor mr. J. E. Doek ter gelegenheid van zijn emeritaat', Alphen a/d Rijn, Kluwer 2006, p. 246.

²⁰ M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag; 'a whole code of juvenile law'*, (diss Leiden 1994) p. 327.

²¹ *Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol*, United Nations; Nederland heft op 30 maart 2007 de Convention geratificeerd; <http://www.un.org/disabilities/countries.asp?id=166>; Philip Romer, Lennie Haarsma en Carla van Os, 'De belangenafweging in de zaak van baby Hendrikus; Hoeveel risico is aanvaardbaar?', *Tijdschrift voor de rechten van het kind* (juni 2009), p. 15.

²² *Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol*, United Nations, p. 15-16

²³ Kees Blankman, 'Juridische vragen rond de kinderwens en het ouderlijk gezag van verstandelijk gehandicapte ouders', in K. Blankman e.a., *'Meesterlijk groot voor de kleintjes'*; opstellen aangeboden aan professor mr. J. E. Doek ter gelegenheid van zijn emeritaat', Alphen a/d Rijn, Kluwer 2006, p. 247; zoals wederom IVF-behandelingen en adoptie.

found a family and does not include adoption by an unmarried person'.²⁴ In een latere zaak wordt ook het absolute recht op een kind door adoptie²⁵ uitgesloten.²⁶ In een beschikking van het EHRM wordt in 2003 expliciet en onomwonden gesteld dat artikel 12 EVRM geen recht op kleinkinderen of voortplanting omvat.²⁷ In het arrest *Dickson*²⁸, blijkt voorts dat er geen absoluut recht is op het krijgen van kinderen, dit mag er volgens de Grote Kamer echter niet toe leiden dat de feitelijke mogelijkheid wordt ontnomen om zich voort te planten.²⁹ In het recente arrest *Evans*³⁰ wordt nogmaals gesteld dat er geen absoluut recht bestaat op een kind. Volgens de Grote Kamer moet een wens op het wel krijgen van een eigen³¹ kind niet zwaarder wegen dan de wens om dit niet te krijgen.³²

Artikel 12 EVRM³³ behelst geen absoluut recht op het krijgen van een kind; beperking is moeilijk, maar niet uitgesloten. Ook Blankman meent dat er uit bovengenoemde arresten geen absoluut recht op het krijgen van kinderen volgt. Volgens hem kan uit het

²⁴ M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag; 'a whole code of juvenile law'*, (diss Leiden 1994) p. 328; ECRM 10 juli 1975, *X v. Belgium and The Netherlands*, Appl. No. 6482/74, p. 75.

²⁵ In ieder geval het krijgen van kinderen anders dan op natuurlijke wijze.

²⁶ ECRM 15 december 1977, *X and Y v. United Kingdom*; Appl. No. 7229/75, p. 32; Article 12 does not guarantee a right to adopt or otherwise integrate into a family a child which is not the natural child of the couple concerned.

²⁷ ECHR 3 maart 2003, *Margarita Šijakova and Others v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Appl. No. 67914/01, § 3; The Court notes that the right to have grandchildren or the right to procreation is not covered by Article 12 or any other Article of the Convention.

²⁸ ECHR 4 december 2007, *Dickson v. The United Kingdom*, Appl. No. 44362/04.

²⁹ ECHR 4 december 2007, *Dickson v. The United Kingdom*, Appl. No. 44362/04, § 76; In deze zaak ging het om de vraag of een stel waarvan de man gedetineerd is het recht had om een kind te krijgen medewerking op voorplanten was hier nodig omdat onder medewerking van de gevangenis (kunstmatige inseminatie) was het zwanger worden immers niet mogelijk, op het moment dat zij op vrije voeten gesteld zou worden zou zij niet meer vruchtbaar zijn. De Grote Kamer zei dat het verlies van vrijheidsrechten nog niet het verlies van andere verdragsrechten met zich meebrengt en dat hoewel de Grote Kamer bereid was om bescherming van het belang van het kind aan te merken als legitiem doel van het gevangenisbeleid om medewerking te weigeren, dit er echter niet toe leiden dat de wensouders feitelijk de mogelijkheid werd ontnomen zich voort te planten. Doordat artikel 8 EVRM al een schending met zich meebracht is niet meer getoetst aan artikel 12 EVRM.

³⁰ ECHR 10 april 2007, *Evans v. The United Kingdom*, Appl. No. 6339/05.

³¹ Met 'eigen' wordt in deze formulering bedoeld een genetisch verwant kind.

³² ECHR 10 april 2007, *Evans v. The United Kingdom*, Appl. No. 6339/05, § 90; it does not consider that the applicant's right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense should be accorded greater weight than J's right to respect for his decision not to have a genetically-related child with her.

³³ In de zaken ECHR 4 december 2007, *Dickson v. The United Kingdom*, Appl. No. 44362/04 en ECHR 10 april 2007, *Evans v. The United Kingdom*, Appl. No. 6339/05 via artikel 8 EVRM.

geheel van rechtsregels dat in Nederland van kracht is (nationaal en internationaal), niet worden afgeleid dat ouders het recht hebben op een kind.³⁴ Wel valt wel af te leiden dat mensen niet mogen worden gehinderd om kinderen te krijgen.³⁵ Mijns inziens is er dus, ook voor gehandicapte ouders, in beginsel geen beperking op het hebben van een kind mogelijk wanneer ouders samen beslissen dit op natuurlijke wijze te krijgen.³⁶

³⁴ Kees Blankman, 'Juridische vragen rond de kinderwens en het ouderlijk gezag van verstandelijk gehandicapte ouders', in K. Blankman e.a., *'Meesterlijk groot voor de kleintjes'*; opstellen aangeboden aan professor mr. J. E. Doek ter gelegenheid van zijn emeritaat', Alphen a/d Rijn, Kluwer 2006, p. 247.

³⁵ A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht*, (diss Utrecht 2002), Boom Juridische Uitgevers 2002.

³⁶ Mits dit gebeurt op natuurlijke wijze en niet door bijzondere methoden als ivf of adoptie.

§ 1.3 Recht op zelfbeschikking?

Het EHRM heeft in *Tysiact t. Polen*³⁷ het recht op persoonlijke autonomie onomwonden erkend.³⁸ Dit arrest was een doorbraak omdat het Hof eerder³⁹ dit recht nog expliciet had afgewezen.⁴⁰ De definitie die in de literatuur voor zelfbeschikking wordt gegeven is: 'eenieder moet de ruimte krijgen om, op zijn eigen manier, richting te geven aan zijn leven en hierover beslissingen te nemen.' Het beginsel is voor elk individu, dus ook voor verstandelijk gehandicapten een wezenlijk onderdeel van de menselijke waardigheid.⁴¹ De achterliggende gedachte van het zelfbeschikkingsrecht is dat mensen vrij zijn om te beslissen hoe zij hun leven willen inrichten.⁴² Personen hoeven zich niet te conformeren aan opvattingen van de meerderheid⁴³ en moeten worden beschermd tegen overheersing.⁴⁴

Het zelfbeschikkingsrecht vloeit voort uit het principe van de menselijke waardigheid die ten grondslag ligt aan alle mensenrechten.⁴⁵ Het zelfbeschikkingsrecht komt de mens als zodanig toe, het vangt aan bij diens geboorte en eindigt met de dood.⁴⁶ Het

³⁷ ECHR 20 maart 2007, *Tysiact v. Poland*, Appl. No. 5410/03, § 107; The Court also reiterates that 'private life' is a broad term, encompassing, inter alia, aspects of an individual's physical and social identity including the right to personal autonomy, personal development and to establish and develop relationships with other human beings and the outside world.

³⁸ Met nt. Aart Hendriks, 'Straatsburg vermijdt principiële uitspraak abortus; EHRM 20 maart 2007 *Tysiact t. Polen*', *NJCM-bulletin jrg. 32 (2007) nr. 4*, p. 497.

³⁹ ECHR 29 april 2002, *Pretty v. The United Kingdom*, Appl. No. 2346/02, § 61; Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees.

⁴⁰ A.C. Hendriks, B.J.M. Frederiks, M.A. Verkerk, 'Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien', *TvGR nr. 1/2008*, p. 2.

⁴¹ L.A.P. Arends en B.J.M. Frederiks, 'Vrijheidsbeperking in de psychogeriatric en verstandelijke gehandicaptenzorg: de contouren van een nieuwe regeling', *TvGR nr. 2/2006*, p. 99.

⁴² B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijke handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 87.

⁴³ A.C. Hendriks, *In beginsel; de gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept*, Leiden, Stichting NJCM-Boekerij 43 2006, p. 5.

⁴⁴ A.C. Hendriks, B.J.M. Frederiks, M.A. Verkerk, 'Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien', *TvGR nr. 1/2008*, p. 17.

⁴⁵ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 38.

⁴⁶ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 37.

zelfbeschikkingsrecht wordt in de regel dan ook verondersteld.⁴⁷ Het is hierbij volgens Frederiks wel van belang dat de persoon in staat is zijn wil te bepalen.⁴⁸ Hoewel mensen met een verstandelijke beperking hier niet altijd toe in staat zullen zijn, moeten mensen met een verstandelijke handicap toch zoveel mogelijk behandeld worden als ieder ander, zo luidt ook het burgerschapsparadigma.⁴⁹ Leenen deelt dit idee, hij zegt: ‘Omdat de mens het zelfbeschikkingsrecht als mens heeft, is het niet belangrijk in welke mate hij het zelfbeschikkingsrecht feitelijk kan uitoefenen. Ook bijvoorbeeld minderjarigen en verstandelijk gehandicapten hebben het zelfbeschikkingsrecht, ook al kunnen zij in de feitelijke uitoefening ervan zijn beperkt. Ook hun zelfbeschikking moet worden gerespecteerd en alles dient in het werk te worden gesteld, zodat het zich naar de mate van het mogelijke kan verwezenlijken.’⁵⁰ Om van volledige zelfbeschikking te kunnen spreken moeten een aantal randvoorwaarden zijn voldaan. Ten eerste moet men het vermogen hebben te kunnen beschikken. Daarnaast moet er de financiële mogelijkheid zijn om richting te geven aan het eigen leven en als derde voorwaarde moet men over een visie op het leven beschikken waarin bijzondere betekenis toekomt aan het kunnen beslissen voor jezelf.⁵¹ Wanneer aan deze voorwaarden (niet geheel) is voldaan zoals bij verstandelijk gehandicapten, gaat het, zo stelt de Gezondheidsraad in haar advies⁵², niet zozeer om zelf keuzes maken, maar om ondersteuning bij de ontwikkeling en realisering van hun autonomie. Hierbij beschouwt de commissie begeleiding als een belangrijke implicatie van het beginsel van gelijkwaardig burgerschap.⁵³ Een persoon met een verstandelijke handicap zal immers nooit volledig gelijkgesteld kunnen worden met

⁴⁷ A.C. Hendriks, *In beginsel; de gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept*, Leiden, Stichting NJCM-Boekerij 43 2006, p. 32.

⁴⁸ B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijke handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 90.

⁴⁹ M.I.M. Schuurman, ‘Zelfbeschikking en eigen verantwoordelijkheid van mensen met een verstandelijke handicap’, Rapport Signalering Ethiek en Gezondheid 2003, p. 1-13 (hoofdstuk 5).

⁵⁰ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 38.

⁵¹ A.C. Hendriks, *In beginsel; de gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept*, Leiden, Stichting NJCM-Boekerij 43 2006, p. 37.

⁵² Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002.

⁵³ Dat onderdeel is van het burgerschapsparadigma. Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 61.

andere burgers en heeft nu eenmaal op bepaalde momenten meer behoefte aan ondersteuning dan de gemiddelde burger.⁵⁴

Hoewel het lijkt dat zelfbeschikking onlosmakelijk verbonden is met ontplooiing en het gevoel van eigenwaarde, kan het ook een gevaar opleveren voor verstandelijk gehandicapten. De visie op autonomie kan namelijk een bedreiging vormen voor de waardigheid van de meest kwetsbaren in onze samenleving waaronder mensen met een verstandelijke beperking.⁵⁵ Een teveel aan aandacht voor zelfbeschikking zou kunnen leiden tot onvoldoende bescherming omdat de gehandicapte soms onvoldoende duidelijk kan maken wat hij beoogd en hij onvoldoende wordt beschermd.⁵⁶ Een goede balans tussen bescherming en zelfbeschikking moet dus gevonden worden in dergelijke situaties.

Het zelfbeschikkingsrecht is zodanig ingeburgerd in onze maatschappij dat mensen vrij zijn om te doen en laten wat ze willen. Ook als dit betekent dat mensen zichzelf in een gevaarlijke situatie brengen, kunnen er geen beperkingen worden opgelegd, mits andere mensen daarbij geen gevaar lopen. Bovendien is hierbij van belang dat mensen willens en wetens handelen.⁵⁷ In beginsel moeten ook verstandelijk gehandicapten zich willens en wetens kunnen blootstellen aan bepaalde gevaren.⁵⁸ Ook in de al eerder genoemde 'Convention on the Rights of Persons with Disabilities' van de Verenigde

⁵⁴ B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijke handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 74.

⁵⁵ A.C. Hendriks, B.J.M. Frederiks, M.A. Verkerk, 'Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien', *TvGR nr. 1/2008*, p. 3.

⁵⁶ B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijke handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 76.

⁵⁷ B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijke handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 91.

⁵⁸ B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijke handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 92, de vraag blijft natuurlijk wel in hoeverre een verstandelijk gehandicapte in staat zal zijn om willens en wetens dit te kunnen beslissen.

Naties is in de preambule opgenomen dat het belangrijk is dat mensen met een verstandelijke handicap hun eigen keuzes maken.⁵⁹

Zelfbeschikkingsrecht is echter voor niemand absoluut, de mens maakt deel uit van een samenleving en zal steeds rekening moeten houden met de vrijheden en rechten van anderen. Een beperking van het zelfbeschikkingsrecht is daarom gelegen in het zelfbeschikkingsrecht van anderen. Een andere begrenzing ligt in het feit dat de uitoefening van het zelfbeschikkingsrecht niet tot schade bij anderen mag leiden. Daarin wordt begrepen schade aan een persoon, maar ook schade aan de collectiviteit.⁶⁰ Een beperking van het zelfbeschikkingsrecht is slechts bij hoge uitzondering toelaatbaar.⁶¹ Aan de vraag of eventuele schade aan een toekomstig kind ook kan leiden tot een inperking van het zelfbeschikkingsrecht om kinderen te krijgen zal later aandacht worden besteedt.⁶²

Behalve het voorkomen van schade aan anderen moet ook personen, die hun eigen belangen niet kunnen behartigen⁶³ worden beschermd wanneer zij schade aan zichzelf berokkenen.⁶⁴ Van belang is hierbij dat deze mensen tegen zichzelf worden beschermd omdat zij op dat moment geen juiste inschatting kunnen maken van de risico's die aan hun handelen zijn verbonden.⁶⁵

⁵⁹ *Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol*, United Nations, p. 2 bij (n) 'Recognizing the importance for persons with disabilities of their individual autonomy and independence, including the freedom to make their own choices.

⁶⁰ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 40.

⁶¹ A.C. Hendriks, *In beginsel; de gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept*, Leiden, Stichting NJCM-Boekerij 43 2006, p. 7.

⁶² Zie voor een nadere behandeling hiervan bij §1.5; het belang van het kind en hoofdstuk 3; Preventie?

⁶³ zoals kinderen, wilsonbekwamen of personen met een geestelijke stoornis.

⁶⁴ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 41; de rechtvaardiging van de inperking ligt dan niet in het schade toe brengende deel, maar aan het feit dat men zich niet willens en wetens schade berokkent.

⁶⁵ B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijke handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 78.

Het zelfbeschikkingsrecht komt allen in gelijke mate toe, ongeacht hun maatschappelijke positie of andere verschillen. De nadruk wordt gelegd op het recht van de mens om naar zijn eigen levensconcept te leven, ook al kan dat een afwijking betekenen van in de samenleving van de op gangbare normen en waarden.⁶⁶ Het recht dient daarom mogelijkheden te creëren om mensen met een verstandelijke handicap ook de gelegenheid te bieden hun capaciteiten, ten volste, te kunnen benutten. Wanneer een inbreuk nodig is voor de bescherming van een anders belang, moet deze inbreuk zo veel mogelijk gericht zijn op herstel van het zelfbeschikkingsrecht⁶⁷ en bijdragen aan de mogelijkheden van de gehandicapte.⁶⁸ Gezien de kwetsbare positie waarin mensen met een verstandelijk handicap zich bevinden is het een taak van het recht om een bijdrage te leveren aan het vinden van de optimale balans tussen zelfbeschikking en bescherming.⁶⁹ In deze balans moet ook worden opgenomen dat de keuze voor een gezin (als onderdeel van zelfbeschikking) in beginsel, ook voor gehandicapten, een eigen keuze is waarop inbreuk in principe niet mogelijk is. Inbreuken op dit recht zullen, net als bij ieder ander, moeten voldoen aan strikte eisen.

⁶⁶ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 38.

⁶⁷ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 40.

⁶⁸ B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijke handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 78.

⁶⁹ B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijke handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 75-77.

§ 1.4 Recht op 'family life'?

Artikel 8 EVRM geeft een recht op eerbiediging van het privé, familie- en gezinsleven. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan. De wet kan hierop alleen inbreuk maken in bepaalde gevallen, bijvoorbeeld ter bescherming van de goede zeden of bescherming van de gezondheid.⁷⁰ Ook in artikel 17 (bescherming tegen willekeurige en onwettige inmenging in het gezinsleven) en artikel 23 (bescherming van het gezin en het huwelijk) van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (hierna: IVBPR) wordt dit gezinsleven beschermd.⁷¹

De eisen die aan family life gesteld worden zijn afhankelijk van de context waarin op artikel 8 EVRM een beroep wordt gedaan en afhankelijk van degene die het beroep doet, zo blijkt uit een arrest van de Hoge Raad.⁷² Een eis die gesteld wordt om van family life, en dus van de bescherming daarvan, te kunnen spreken is die van bestendigheid. Bestendigheid volgt uit een huwelijk, samenwoning of een relatie met het kenmerk bestendigheid (voor de vader).⁷³ Voor de moeder volgt family life direct uit de

⁷⁰ Artikel 8 EVRM; Recht op eerbiediging van privéleven, familie- en gezinsleven

1 Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2 Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen; P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 394.

⁷¹ C.J. Forder, 'Het gezin in internationale verdragen', *Rm Themis* 1997/4, p. 130; Op veel gebieden zal het EVRM dezelfde of zelfs ruimere bescherming bieden dan het IVBPR. Het EVRM werkt op basis van artikel 93 Gw. rechtstreeks door. Het IVBPR is een verdrag van de Verenigde Naties en heeft deze rechtstreekse werking niet. Wel kan het IVBPR van belang zijn voor de uitleg van het EVRM.

⁷² HR 22 december 1995, *NJ* 1996/419; ro 3.3; C.J. Forder, 'Overzicht van de ontwikkelingen 1995-2002' (deel 1), *NJCM-bulletin jrg. 27 (2002) nr. 8*, p. 996; 'de eisen die aan het bestaan van family life gesteld moeten worden, afhankelijk zijn van de context waarin op artikel 8 EVRM een beroep wordt gedaan, dat daarbij mede van belang is wie het beroep doet, en dat, indien een kind de bescherming van artikel 8 EVRM inroept teneinde enige vorm van contact met zijn biologische vader te realiseren, niet dezelfde voorwaarden behoeven te worden gesteld als wanneer de biologische vader op enige vorm van contact met een door hem verwekt maar niet erkend kind aanspraak maakt.'

⁷³ C.J. Forder, 'Het gezin in internationale verdragen', *Rm Themis* 1997/4, p. 133.

geboorte.⁷⁴ Een andere eis die door de literatuur gesteld wordt om van family life te spreken is uiterlijk gezinsleven.⁷⁵

Een vervolgvraag is welke inbreuken op het familieleven mogelijk zijn en wanneer? Aan artikel 8 EVRM kleven positieve maar ook negatieve verplichtingen voor de overheid. De positieve verplichtingen van dit artikel zorgen ervoor dat de staat actief het recht op gezinsleven mogelijk moet maken en een ongestoorde ontwikkeling van het gezinsleven moet waarborgen; zoals gesteld in een arrest van het EHRM⁷⁶. Door de verdragsrechterlijke verplichtingen is het duidelijk geworden dat de staat niet alleen het recht, maar ook de plicht heeft om in te grijpen in situaties die bedreigend zijn voor het kind, zo meent ook De Bruijn-Lückers.⁷⁷ De vraag is niet langer of, maar in hoeverre de overheid mag ingrijpen in situaties.⁷⁸ De overheid moet dus enerzijds het particuliere familieleven respecteren, maar anderzijds ook ingrijpen om datzelfde familieleven te kunnen garanderen. De spagaat waarin de overheid verkeert is opgelost doordat een

⁷⁴ C.J. Forder, 'Het gezin in internationale verdragen', *Rm Themis* 1997/4, p. 134.

⁷⁵ C.J. Forder, 'Het gezin in internationale verdragen', *Rm Themis* 1997/4, p. 134; het gezinsleven moet naar buiten ook zichtbaar zijn als een familie. Hoewel het Hof van begin af aan heeft overwogen dat dit recht primair beoogt bescherming te bieden tegen willekeurige inmenging met het privé, familie- en gezinsleven, heeft het Hof eveneens erkend dat ook individuen aan dit recht aanspraken kunnen ontleen om op effectieve wijze gebruik te kunnen maken van dit recht. In het verlengde hiervan rusten er positieve verplichtingen op de overheid om de privacy en persoonlijke integriteit van individuen te beschermen; A.C. Hendriks, B.J.M. Frederiks, prof. dr. M.A. Verkerk, 'Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien', *TvGR nr. 1/2008*, p. 11.

⁷⁶ In een van de belangrijkste uitspraken van het EHRM hieromtrent interpreteert het Hof dat de overheid niet alleen verplicht is tot terughoudendheid tegenover de individuele burger in zaken van family life, maar onder omstandigheden, ook tot een actief beleid.; G.J. van Wijk, *Hoezo noodzakelijk? Rechtsgronden voor kinderbeschermingsmaatregelen*, (diss Amsterdam 1999), Thela Thesis 1999, p. 77; ECHR 13 juni 1979, *Marckx v. Belgium*, Appl. No. 6833/74, § 31; 'Nevertheless it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective 'respect' for family life.' Bovendien is in artikel 18 lid 2 IVRK een plicht voor de overheid te vinden die secundaire opvoedingsverantwoordelijkheid van de staat stelt 'Om de toepassing van de in dit Verdrag genoemde rechten te waarborgen en te bevorderen, verlenen de Staten die partij zijn passende bijstand aan ouders en wettige voogden bij de uitoefening van hun verantwoordelijkheden die de opvoeding van het kind betreffen, en waarborgen zij de ontwikkeling van instellingen, voorzieningen en diensten voor kinderopvoeding'; J.C.M. Willems, *Wie zal de opvoeders opvoeden?*, Den Haag, T.M.C. Asser Press 1999, p. 877.

⁷⁷ M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, 'Het EVRM en het Nederlandse civielrechtelijke jeugdbeschermingsrecht', *FJR-5 (1987-5)*, p. 455; M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, 'Kinderbescherming, ultimum remedium of bittere noodzaak?', *FJR-1 (januari 2002)*, p. 2.

⁷⁸ Ad van der Linden, 'Over de civielrechtelijke kinderopvoeding: met récht voor galg en rad', *FJR-12 (december 2001)*, p. 316.

aantal wettelijke gevallen zijn gesteld waarin inbreuk door de overheid toelaatbaar én gewenst zijn.⁷⁹ Inbreuken zijn gewenst als het gaat om één van de in artikel 8 EVRM limitatief opgesomde redenen, zoals de openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen of het economisch welzijn van een land.⁸⁰ Een inbreuk op artikel 8 EVRM op basis van deze gronden is mogelijk wanneer er sprake is van een ‘pressing social need’ zo volgt uit een arrest van het EHRM.⁸¹ Bij de Europeesrechtelijke bepaling of een inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving moet wel een ‘margin of appreciation’ aan de staten worden gelaten.⁸² In datzelfde arrest is ook gesteld: ‘However, it is an interference of a very serious order to split up a family. Such a step must be supported by sufficiently sound en weighty considerations in the interests of the child; as the commission rightly observed, it is not enough that the child would “be better off” if placed in care. In order to determine whether the foregoing reasons can be considered “sufficient” for the purposes of article 8 the Court must have regard to the case as a whole.’⁸³ Ook in deze zaak was er sprake van een (tijdelijk) verstandelijk beperkte moeder. De kinderen waren hier echter niet weggehaald vanwege de verstandelijke beperking, maar vanwege de onmogelijkheid tot verzorging. Dit laatste is volgens het Hof ‘sufficient’ mede omdat andere maatregelen hadden gefaald.⁸⁴ Een beperking *enkel* op het feit dat de ouders gehandicapt zijn, is dus niet voldoende om een inbreuk op family life te maken, blijkt uit de redenering van het Hof.⁸⁵ Deze redenering ziet dan ook op de tweede taak van de

⁷⁹ A.C. Hendriks en F. Koenraads, ‘Kroniek rechtspraak rechten van de mens’, *TvGR nr. 7/2007*, p. 533.

⁸⁰ C. van Os, ‘Family life in het vreemdelingenrecht’, *FJR 2007-85*, p.203.

⁸¹ ECHR 24 maart 1988, *Olsson v. Sweden (1)*, Series a, vol 130, § 67.

⁸² ECHR 24 maart 1988, *Olsson v. Sweden (1)*, Series a, vol 130, § 67. Opgemerkt moet hier wel worden dat deze ‘margin of appreciation’ Europees recht is. Voor nationaal recht geldt dit niet omdat elk geval concreet getoetst moet worden.

⁸³ ECHR 24 maart 1988, *Olsson v. Sweden (1)*, Series a, vol 130, § 72; hier waren de kinderen in ‘seperate fosterhomes’ geplaatst omdat: ‘The children had for several years been living in an unsatisfactory home environment as a result of the parents’ inability to satisfy the children’s need of care, stimulation and supervision; These reasons are clearly ‘relevant’ to a decision to take a child into public care.’

⁸⁴ Walter Pintens en Koen Vanwinckelen, *Casebook European Family Law*, Leuven, University Press 2001, p. 277-278.

⁸⁵ Wanneer er sprake is van bijkomende rechtvaardigingen voor een inbreuk, wordt dit natuurlijk anders. De rechtvaardigingsgrond ligt dan niet in de handicap maar in een andere rechtsgrond.

overheid tot respect van het familieleven; de negatieve verplichtingen. Bemoeienissen vormen immers naast de voldoening van de plicht tot ingrijpen óók een inbreuk op artikel 8 EVRM.⁸⁶ Om deze reden bepaalt lid 2 van het artikel dat inmenging van openbaar gezag in het familie- en gezinsleven alleen is gerechtvaardigd voor zover bij de wet is voorzien⁸⁷ en in een democratische samenleving nodig is voor onder andere de bescherming van de gezondheid en de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.⁸⁸ Dit vereiste houdt meer in dan het enkele feit dat er een wetsbepaling is op grond waarvan de overheid kan ingrijpen in het gezinsleven.⁸⁹ Voorzienbaarheid heeft de betekenis dat de grond voor inbreuk voldoende duidelijk moet zijn geformuleerd voor de burger.⁹⁰ Daarnaast moet de kwaliteit van de wet voldoende zijn, de regeling dient voor betrokkenen toegankelijk te zijn en de burger dient voldoende beschermd te worden tegen willekeurig overheidsingrijpen.⁹¹

⁸⁶ A.C. Hendriks en F. Koenraads, 'Kroniek rechtspraak rechten van de mens', *TvGR nr. 7/2007*, p. 533.

⁸⁷ De limitatief opgesomde omstandigheden die hierboven zijn genoemd.

⁸⁸ M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, 'Het EVRM en het Nederlandse civielrechtelijke jeugdbeschermingsrecht', *FJR-5 (1987-5)*, p. 454; C. van Os, 'Family life in het vreemdelingenrecht', *FJR 2007-85*, p.203.

⁸⁹ M.R. Bruning, *Rechtvaardiging van kindbescherming*, (diss Amsterdam 2001), Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties 2001, p. 195.

⁹⁰ Dit volgt uit ECHR 24 maart 1988, *Olsson v. Sweden (1)*, Series a, vol 130, § 61a .

⁹¹ M.R. Bruning, *Rechtvaardiging van kindbescherming*, (diss Amsterdam 2001), Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties 2001, p. 196; Deze aanvullende eisen volgen uit ECHR 25 februari 1992, *Andersson v. Sweden*, Series A, vol 226-A, § 75; Bovendien mag niet alleen de staat geen inbreuk maken op het privéleven van minderjarigen. Minderjarigen hebben ook in de verhouding tot hun ouders recht op bescherming van hun privéleven op basis van artikel 8 lid 2 EVRM; G.J. van Wijk, *Hoezo noodzakelijk? Rechtsgronden voor kindbeschermingsmaatregelen*, (diss Amsterdam 1999), Thela Thesis 1999, p. 77.

§ 1.5 Belang van het kind

Het recht op het stichten van een gezin, het zelfbeschikkingsrecht en het recht op ongestoord gezinsleven zijn niet zomaar te beperken; ook niet in een geval waarin ouders verstandelijk beperkt zijn. Is het belang van het kind groot genoeg om een inbreuk te maken op de rechten van de ouders? Het kind heeft immers belangen die niet altijd samenlopen met de rechten van het gezin of met die van de afzonderlijke ouders.

Voor de rechten van het kind is een zekere plaats toegekend in het EVRM en het IVBPR. Daarnaast heeft het belang van het kind daadwerkelijk juridische erkenning gevonden in het Kinderverdrag (hierna: IVRK).⁹² Artikel 3 IVRK stelt dat het belang van het kind de eerste overweging moet zijn bij maatregelen.⁹³ De staat moet voorzien in passende zorg wanneer ouders, of anderen die verantwoordelijk zijn, tekort schieten.⁹⁴ Het belang van het kind is dan ook verworpen tot het centrale begrip van ons jeugdrecht.⁹⁵

Een beginsel als het belang van het kind is nodig als uitgangspunt en richtsnoer van de long-term planning binnen de gehele jeugdzorg, maar ook als toets voor de beslissingen en handelingen van de verschillende beleids- en uitvoeringsorganen. Verder kan dit beginsel dienen als basis voor overleg tussen deze verschillende beleids- en uitvoeringsorganen.⁹⁶ Het belang van het kind is de belangrijkste open norm van het

⁹² C.J. Forder, 'Het gezin in internationale verdragen', *Rm Themis* 1997/4, p. 137.

⁹³ Artikel 3 IVRK 'Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging'.

⁹⁴ Verdrag inzake de rechten van het kind, aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties op 20 november 1989, *Officiële tekst en samenvatting, inclusief twee Facultatieve Protocollen*, artikel 3 inclusief commentaar, p.3; J. Jonkers en C. van Nijnatten, 'Ondertoezichtstelling of ontheffing?', *FJR-4 (april 1997)*, p. 74.

⁹⁵ G.J. van Wijk, *Hoezo noodzakelijk? Rechtsgronden voor kindbeschermingsmaatregelen*, (diss Amsterdam 1999), Thela Thesis 1999, p. 185.

⁹⁶ Miek de Langen, *Recht voor jeugdigen*, (diss Utrecht 1973), Alphen aan de Rijn, Samson Uitgeverij 1973, p. 21; De functie van het belang van het kind is niet uitsluitend van belang in situaties waar het personen- en familierecht speelt, maar in deze scriptie zal ik mij beperken tot de werking van het belang van kind in situaties van ouders die wellicht onmachtig zijn.

familierecht. Met open normen wordt een zo groot mogelijk beschermingsniveau beoogd, maar anderzijds moet de kans op valse positieven vermeden worden.⁹⁷ De doorwerking van het EVRM in de Nederlandse rechtsorde heeft ertoe geleid dat artikel 8 EVRM een steeds belangrijkere rol is gaan spelen bij de invulling van de open normen in het familierecht en dus geldt dit ook voor 'het belang van het kind'. Ook het IVRK kan hulp bij invulling hiervan bieden.⁹⁸ Inhoudelijk wordt het belang van het kind in het wettelijk systeem gezocht in de waarborg van een aan redelijke eisen voldoende verzorging en opvoeding. In dit nog oeverloze belang heeft de wetgever bovendien een grens ingebouwd door uit te gaan van het veronderstelde belang van het kind bij opvoeding door eigen ouders. Ook wel gezegd kan worden dat het belang van het kind primair is verbonden met de ouders.⁹⁹

De wetgever heeft zo geformuleerd dat het belang van het kind voorop staat, zijn zorg voor geestelijk en lichamelijk welzijn wordt bevorderd en het verbeteren van de ontplooiing van de persoonlijkheid van hun kind zo goed mogelijk beschermd wordt. Savornin Lohman merkt echter op dat een sluitstuk alsnog ontbreekt, want wat gebeurt er als ouders te kort schieten, vraagt hij zich af. Volgens hem wegen de belangen van de ouders over de gehele linie van het personen- en familierecht zwaarder dan die van het kind.¹⁰⁰ Weterings is het hier niet mee eens. Hij zegt: 'De ouder ontleent zijn recht als ouder aan het feit dat hij een kind heeft. De ouderrechten hebben als functie de opvoeding en verzorging van het kind mogelijk te maken en om hem te beschermen. Als de belangen van het kind worden bedreigd door de onmacht van zijn ouders hun ouderrechten adequaat vorm te geven dan verliezen deze rechten hun grond. Anders

⁹⁷ M.R. Bruning, *Rechtvaardiging van kindbescherming*, (diss Amsterdam 2001), Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties 2001, p. 194; het gevaar op valse positieven wil zeggen dat een maatregel wordt opgelegd in gevallen waarin dat niet strikt noodzakelijk is omdat ze door de ruime norm ook onder de regel vallen; M.R. Bruning, *Rechtvaardiging van kindbescherming*, (diss Amsterdam 2001), Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties 2001, p. 188.

⁹⁸ M.R. Bruning, *Rechtvaardiging van kindbescherming*, (diss Amsterdam 2001), Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties 2001, p. 195.

⁹⁹ G.J. van Wijk, *Hoezo noodzakelijk? Rechtsgronden voor kindbeschermingsmaatregelen*, (diss Amsterdam 1999), Thela Thesis 1999, p. 202.

¹⁰⁰ J. de Savornin Lohman, 'De nieuwe OTS-wetgeving; bezien vanuit de overheidstaak bescherming te bieden aan kinderen, wier ouders onvoldoende veiligheid bieden', *FJR-4 (april 1997)*, p. 90.

gezegd: rechten van ouders zijn ondergeschikt aan het recht van het kind zich adequaat te kunnen ontwikkelen en uit te groeien tot een goed functionerende volwassene'.¹⁰¹

Volgens Van Wijk zijn er uit de jurisprudentie, wetgeving en doctrine een aantal facetten van het belang van het kind te noemen. Zo moet in het belang van het kind worden geacht: een verbondenheid met de juridische en biologische ouders; de opvoeding door de eigen ouders; continuïteit op de lange termijn; stabiliteit op korte termijn en condities voor morele ontwikkeling en verbondenheid met maatschappelijke normen.¹⁰² Deze belangen van het kind worden verdeeld in drie groepen; allereerst de basic interests welke toezien op het algemeen belang van het kind bij de lichamelijke emotionele en geestelijk zorg van degene die de onmiddellijke verantwoordelijkheid heeft voor zijn verzorging en opvoeding. Ten tweede de development interests welke toezien op het recht van het kind om zijn capaciteiten optimaal te kunnen ontwikkelen, en tenslotte de autonomy interests welke toezien op het recht van het kind om zijn eigen levenswijze te kiezen en om zijn eigen niet door de wereld van volwassenen opgelegde sociale relaties te ontwikkelen, zo noemt Eekelaar.¹⁰³ Ouders dienen dan ook voortdurend rekening te houden met de drie soorten belangen die het kind heeft. Zij zijn dus niet geheel vrij in de eigen invulling van de opvoeding en verzorging van het kind.¹⁰⁴ Alhoewel in het EVRM met gezinsleven niet perse het gezin van de biologische ouders wordt aangeduid, is het streven algemeen het kind te laten in het gezin, waaruit het oorspronkelijk afkomstig is.¹⁰⁵ Echter zolang als dat in hun belang is.¹⁰⁶ Ingrijpen in deze relatie is in strijd met de rechten van de ouders. De belangen moeten worden afgewogen waarin het belang van het kind de doorslag moet geven omdat deze positie bijzondere rechtsbescherming nodig heeft en er een duidelijke rechtspositie nodig is.

¹⁰¹ A.M. Weterings, 'De OTS als koning der kindbeschermingsmaatregelen met zijn grens in de ontheffing', *FJR-4 (april 1997)*, p. 79.

¹⁰² G.J. van Wijk, *Hoezo noodzakelijk? Rechtsgronden voor kindbeschermingsmaatregelen*, (diss Amsterdam 1999), Thela Thesis 1999, p. 208-209.

¹⁰³ J. Eekelaar, 'The emerge of children's rights', *Oxford Journal of Legal Studies (1986) Vol. 6 No. 2*, p 170-171.

¹⁰⁴ C.J. Forder, 'Het gezin in internationale verdragen', *Rm Themis 1997/4*, p. 138 .

¹⁰⁵ J. Jonkers en C. van Nijnatten, 'Ondertoezichtstelling of ontheffing?', *FJR-4 (april 1997)*, p. 74.

¹⁰⁶ C. van Os, 'Family life in het vreemdelingenrecht', *FJR 2007-85*, p.201.

Toch is deze afweging makkelijker besproken dan gedaan.¹⁰⁷ Ingrepen zijn alleen mogelijk wanneer het doel is het belang van het kind te beschermen. De beperking moet noodzakelijk zijn om de bedreigende situatie waarin het kind of jongere zich bevindt weg te nemen of te verminderen.¹⁰⁸ Er is dus een bijzonder gewicht voor het belang van het kind in verhouding tot de rechten van de ouders. Dit blijkt ook uit de visie van het EHRM dat nadrukkelijk erkent dat de belangen van de ouders en van het kind kunnen botsen. In het algemeen geldt dan, aldus het Hof, dat ‘the best interests of the child may override those of the parent’.¹⁰⁹

Het is echter goed zich hierbij te realiseren dat prioritering van de zorg voor veiligheid van een kind boven die voor bestending van de ouder-kind-verhouding niet gelijkgesteld moet worden met een algemene prioritering van het belang van het kind boven dat van de ouder.¹¹⁰ Hoewel het belang van het kind dus een bijzonder gewicht krijgt, moeten ook de belangen van de ouders meegewogen blijven worden. Een andere relativering is dat het belang van het kind niet als rechtsgrond gezien moet worden. De rechtsgrond zal altijd een andere zijn dan het belang van het kind en ligt in het overige deel van de wettekst, zoals bijvoorbeeld bedreiging van zijn geestelijk en lichamelijk welzijn.¹¹¹ Het belang van het kind is slechts een aanvullende norm die aangeeft wat rechtvaardig zou zijn en heeft uitsluitend betekenis gekregen als doelmatigheidscriterium.¹¹² Baartman bepleit in aanvulling hierop dat het belang van

¹⁰⁷ P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 395.

¹⁰⁸ P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 399.

¹⁰⁹ ECHR 23 oktober 2007, *Kajari v. Finland*, Appl. No. 65040/01, § 42; A.C. Hendriks en F. Koenraads, ‘Kroniek rechtspraak rechten van de mens’, *TvGR nr. 8/2008*, p. 611.

¹¹⁰ H. Baartman, ‘Kinderen eerst; enkele kanttekeningen’, *FJR 2007-16*, p. 44.

¹¹¹ Zoals bijvoorbeeld de ondertoezichtstelling uit artikel 1:254 BW.

¹¹² G.J. van Wijk, *Hoezo noodzakelijk? Rechtsgronden voor kindbeschermingsmaatregelen*, (diss Amsterdam 1999), Thela Thesis 1999, p. 194; H. Baartman, ‘Kinderen eerst; enkele kanttekeningen’, *FJR 2007-16*, p. 45; ook uit ECHR 24 maart 1988, *Olsson v. Sweden (1)*, Series a, vol 130, § 72; as the commission rightly observes, it is not enough that the child would be better off if placed in care; hiermee lijkt het Hof een einde te maken aan elke mogelijke gedachte dat het belang van het kind bepalend hoort te zijn bij rechterlijke beslissingen over kindbeschermingsmaatregelen.; G.J. van Wijk, *Hoezo*

het kind niet alleen moet worden gezien, maar in samenhang met het belang van de ouder om hun kind te verzorgen en het daaruit voortvloeiende recht op ondersteuning wanneer die zorg tekort schiet. Dit zou volgens hem eveneens als grond voor kindbeschermingsmaatregelen gezien dienen te worden; een kindbeschermingsmaatregel voor hulp aan de ouders.¹¹³

Dat er, onder omstandigheden, kan worden ingegrepen op basis van het belang van het reeds geboren kind is hierboven beschreven. Een vraag die de literatuur echter ook bezig houdt, is of een ongeborn kind op basis van zijn of haar belang dezelfde rechten kan laten gelden, waardoor onmiddellijk na de geboorte, of zelfs al voor de geboorte, kan worden ingegrepen. Verschillende auteurs hebben hier hun licht over laten schijnen.¹¹⁴ Een uitgebreide behandeling hiervan gaat echter te ver. Wel een punt om op te merken is dat het Burgerlijk Wetboek in artikel 1:2 BW stelt: 'Het kind waarvan een vrouw zwanger is, wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert.'¹¹⁵ Hoewel bij deze bepaling vooral wordt gedacht aan een financieel belang zoals een erfenis, is het de vraag of dit belang niet breder moet worden geïnterpreteerd.¹¹⁶

noodzakelijk? Rechtsgronden voor kindbeschermingsmaatregelen, (diss Amsterdam 1999), Thela Thesis 1999, p. 198.

¹¹³ H. Baartman, 'Kinderen eerst; enkele kanttekeningen', *FJR 2007-16*, p. 44.

¹¹⁴ Zie bijvoorbeeld A.C. Enkelaar en A.M.I. van der Does, 'Ouderlijke (on)verantwoordelijkheid, al voor de geboorte', *FJR 2009,3*, p. 4 en M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag; 'a whole code of juvenile law'*, (diss Leiden 1994), p. 141 ev.

¹¹⁵ Artikel 1:2 BW.

¹¹⁶ Dia Flinterman, 'Het ongeborn recht op ongeschonden bestaan', in Huub van 't Rek (red.), *Kinderen eerst... kijken zien en waarnemen in de wereld van kindermishandeling, jeugdzorg en kindbescherming*, Assen, Van Gorcum 2006, p. 14.

Hoofdstuk 2 Kinderbeschermingsmaatregelen

§ 2.1 Ouderlijk gezag

In hoofdstuk één is al uiteengezet dat de staat soms het recht en zelfs de plicht heeft om een inbreuk te maken op de rechten van de ouders in zelfbeschikking over het familieleven wanneer de geestelijke en zedelijke belangen van het kind dit verlangen. De legitimering van dit overheidsingrijpen is te vinden in het schaden van het belang van het kind door de volwassene, ongeacht of dit komt door onmacht, ongeschiktheid of opzet.¹¹⁷ Een goede opvoeding is niet alleen essentieel voor de ontwikkeling van het kind, maar ook voor de samenleving als geheel. Het garandeert de continuïteit van de samenleving en het is een bepalende factor voor het ontwikkelingsniveau ervan.¹¹⁸

De continuïteit van de opvoeding wordt in het algemeen gediend door de bescherming van het ouderlijk gezag.¹¹⁹ Door de geboorte ontstaat van rechtswege een familierechtelijke betrekking tussen de moeder en haar kind ongeacht of de moeder minderjarig is of verstandelijk gehandicapt. Het belang van het kind verzet zich hier niet tegen.¹²⁰ Ouderlijk gezag vereist echter meer dan een familierechterlijke betrekking. Het uitgangspunt van het ouderlijk gezag is vastgelegd in artikel 1:245 en 1:247 BW en beoogd de ontwikkeling van de persoonlijkheid van het kind.¹²¹ Ouders zijn verplicht hun minderjarige kinderen op te voeden en te verzorgen en gezamenlijk het bewind over het vermogen van de minderjarige te voeren en te vertegenwoordigen in burgerlijke en handelszaken¹²² en wordt uitgeoefend door twee ouders gezamenlijk of

¹¹⁷ Ad van der Linden, 'Over de civielrechtelijke kinderwet: met recht voor galg en rad', *FJR-12 (december 2001)*, p. 317.

¹¹⁸ A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht*, (diss Utrecht 2002), Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 91.

¹¹⁹ G.J. van Wijk, *Hoezo noodzakelijk? Rechtsgronden voor kindbeschermingsmaatregelen*, (diss Amsterdam 1999), Thela Thesis 1999, p. 161.

¹²⁰ Kees Blankman, 'Juridische vragen rond de kindervens en het ouderlijk gezag van verstandelijk gehandicapte ouders', in K. Blankman e.a., 'Meesterlijk groot voor de kleintjes; opstellen aangeboden aan professor mr. J. E. Doek ter gelegenheid van zijn emeritaat', Alphen a/d Rijn, Kluwer 2006, p. 255.

¹²¹ P. Vlaardingebroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familerecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 341.

¹²² M. de Langen, 'Overheidsbemoeyenis met familie zaken', *WPNR nr 6184 1995*, p. 373.

een ouder alleen.¹²³ Dit alles ten behoeve van het kind.¹²⁴ De inhoud van het gezag en de daarbij behorende taak van de opvoeder wordt door de wet slechts minimaal ingevuld.¹²⁵ De wet stelt slechts dat het de plicht en het recht van de ouders is zelf hun minderjarige kinderen te verzorgen op te voeden.¹²⁶ Deze plicht omvat behalve kleding, voeding en onderdak ook de zorg voor onderwijs en medische behandeling. Tevens omvat het de zorg en de verantwoordelijkheid voor de veiligheid van het kind¹²⁷, de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn van het kind en het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid.¹²⁸ Het welzijn van het kind, zowel materieel als immaterieel, moet behartigd worden door het ouderlijk gezag, zo stelt de Recommendation on Parental Responsibilities.¹²⁹

Uitgangspunt voor het gezag is dat ouders in principe vrij zijn om te bepalen op welke manier ze het gezag over de kinderen voeren en dat de overheid zich onthoudt van bemoeienis. Toch is de vrijheid niet onbeperkt, de wettelijke regels moeten wel worden nageleefd.¹³⁰ Bemoeienis van de overheid moet in de ouder-kind-relatie voldoen aan zware eisen, waaronder een verband met het ouderlijk gedrag. In de eerste plaats moet het gaan om situaties waarbij het kind in de thuissituatie onvoldoende beschermd is tegen acuut en ernstig risico, inclusief risico van de gezondheid. Ten tweede moet het kind chronisch onvoldoende zorg krijgen.¹³¹ Onverantwoord gedrag in

¹²³ J.E. Doek en P. Vlaardingerbroek, *Jeugdrecht en jeugdzorg*, 's-Gravenhage, Elsevier bedrijfsinformatie bv 2006, p. 123.

¹²⁴ Ad van der Linden, 'Over de civielrechtelijke kinderwet: met recht voor galg en rad', *FJR-12 (december 2001)*, p. 318.

¹²⁵ P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 347.

¹²⁶ Artikel 247 lid 1 BW luidt: 'Het ouderlijk gezag omvat de plicht en het recht van de ouder zijn minderjarig kind te verzorgen en op te voeden.'

¹²⁷ M.J.C. Koens, A.P.M.J. Vonken (red.), *Personen- en Familierecht; tekst en commentaar*; Deventer, Kluwer 2008, p. 326-327.

¹²⁸ N.H.G. de Vries, 'Het verbod op het gebruik van geestelijk en lichamelijk geweld in de opvoeding van kinderen: een 'geslaagde' wijziging?', *FJR 2008-47*, p. 91.

¹²⁹ C.G.M. van Wamelen, *Ouderschap en ouderlijk gezag na scheiding*, (diss Rotterdam 1987), Zwolle, Tjeenk Willink 1987, p. 330.

¹³⁰ Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 99.

¹³¹ G.J. van Wijk, *Hoezo noodzakelijk? Rechtsgronden voor kindbeschermingsmaatregelen*, (diss Amsterdam 1999), Thela Thesis 1999, p. 182.

de context van ouderschap bestaat niet alleen uit een schadetoebrengend handelen, zoals mishandeling, maar ook uit een niet-handelen, waardoor de wezenlijke behoeftes van het kind worden genegeerd.¹³²

Een verstandelijk beperkt persoon is waarschijnlijk niet de meest aangewezen opvoeder van kinderen.¹³³ De wet heeft in 1:246 BW¹³⁴ voorzien in een aantal gevallen waarin ouders vanaf het begin af aan de bevoegdheid tot ouderlijk gezag missen. Dit geldt voor minderjarige personen, onder curatele gestelde personen en als laatste groep voor hen waarvan de geestesvermogens zodanig gestoord zijn dat zij niet in staat zijn het gezag uit te oefenen, tenzij de stoornis van tijdelijke aard is.¹³⁵ In een geval van verstandelijk gehandicapte ouders kan er sprake zijn van de derde onbevoegdheidsgrond en kunnen de ouders onbevoegd zijn.¹³⁶ In een geval van onbevoegdheid wordt er door de rechter een voogd benoemd, zo volgt uit artikel 1:253q BW.¹³⁷

Sinds 1947 is voor verlies van het gezag op grond van onbevoegdheid een rechterlijke uitspraak nodig.¹³⁸ De wet vereist hiervoor wel een zeer ernstige stoornis omdat vereist is dat de ouder echt volstrekt niet bij machte is voor het kind te zorgen.¹³⁹ Ingrijpen in het ouderlijk gezag gebeurt niet omdat kind tekort komt, maar omdat de ouder tekort

¹³² A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht*, (diss Utrecht 2002), Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 157.

¹³³ G.J. van Wijk, *Hoezo noodzakelijk? Rechtsgronden voor kindbeschermingsmaatregelen*, (diss Amsterdam 1999), Thela Thesis 1999, p. 162.

¹³⁴ Artikel 1:246 BW onbevoegd tot gezag is zij, waarvan de geestvermogen zodanig zijn gestoord dat zij in de onmogelijkheid verkeert het gezag uit te oefenen en deze stoornis niet van tijdelijke aard is.

¹³⁵ Gr. Van der Burght en J.E. Doek (red.), *Pitlo; het Nederlands, Burgerlijk Wetboek; deel 1, Personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2002, p. 515.

¹³⁶ Wanneer beide ouders onder deze grond vallen, zijn zij beiden onbevoegd, in het andere geval is een ouder alleen bevoegd. P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 346; Hoewel geestelijke stoornis vaak ook een grond zal zijn voor curatele is dit toch zelfstandig opgenomen omdat dit niet altijd het geval is.

¹³⁷ M.J.C. Koens, A.P.M.J. Vonken (red.), *Personen- en Familierecht; tekst en commentaar*; Deventer, Kluwer 2008, p. 326; P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 346..

¹³⁸ G.J. van Wijk, *Hoezo noodzakelijk? Rechtsgronden voor kindbeschermingsmaatregelen*, (diss Amsterdam 1999), Thela Thesis 1999, p. 163.

¹³⁹ P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 346.

schiet.¹⁴⁰ De vraag blijft dus wat de mogelijkheden zijn bij een minder ernstige geestelijke stoornis. Is overheidsbemoediging dan ook te rechtvaardigen zodat de belangen van de ouders aan de kant worden gezet?¹⁴¹

Wanneer de ouder langdurig tekortschiet in zijn zorg en langdurig niet sensitief ingaat op de signalen van het kind om liefde, stimulans en leiding dan is sprake van bedreiging van het belang van het kind omdat de ontwikkeling van het kind bij onvoldoende affectieve en/of pedagogische zorg stagneert.¹⁴² Wanneer de ouders echt falen in hun gezag¹⁴³ is het nodig dat het belang van het kind bewaakt wordt door instanties van de samenleving.¹⁴⁴ De vrijheid van ouders om naar eigen inzicht op te voeden stopt op het moment dat deze vrijheid leidt tot ernstig gevaar voor de minderjarige en schade wordt toegebracht aan geestelijke en of lichamelijke ontwikkeling. Er moet echter wel heel wat aan de hand zijn; het gezag moet overduidelijk niet in het belang van het kind zijn.¹⁴⁵ Het belang van het kind moet méér gediend zijn met ingrijpen dan wanneer dit achterwege zou blijven; wanneer dit het geval is, is ingrijpen vereist¹⁴⁶ en zal er dan ook niet moeten worden geaarzeld met ingrijpen.¹⁴⁷

¹⁴⁰ Herman Baartman, 'Kinderen eerst; en ouders dan?!', in M.R. Bruning en J. Kok, *Herziening kinderbeschermingsmaatregelen; commentaren op het voorontwerp van wet; FJR-congresbundel*, Deventer, Kluwer 2008, p. 102; Dit is in tegenstelling tot de kinderbeschermingsmaatregelen die wel op grond van tekortkomen van het kind worden uitgesproken. Dit komt ook tot uiting in de taak van de kinderbescherming wat in ieder geval beoogt het kind te helpen of zijn rechten te beschermen, Miek de Langen, 'Het functioneren van de raden voor de kinderbescherming', *NJB 8 september 1990 afl. 30*, p. 1205.

¹⁴¹ G.J. van Wijk, *Hoezo noodzakelijk? Rechtsgronden voor kinderbeschermingsmaatregelen*, (diss Amsterdam 1999), Thela Thesis 1999, p. 163.

¹⁴² A.M. Weterings, 'De OTS als koning der kinderbeschermingsmaatregelen met zijn grens in de ontheffing', *FJR-4 (april 1997)*, p. 80-81.

¹⁴³ Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 99.

¹⁴⁴ A.M. Weterings, 'De OTS als koning der kinderbeschermingsmaatregelen met zijn grens in de ontheffing', *FJR-4 (april 1997)*, p. 80-81.

¹⁴⁵ A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht*, (diss Utrecht 2002), Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 98.

¹⁴⁶ J.E. Doek en P. Vlaardingerbroek, *Jeugdrecht en jeugdzorg*, 's-Gravenhage, Elsevier bedrijfsinformatie bv 2006, p. 133.

¹⁴⁷ Ad van der Linden, 'Over de civielrechtelijke kindwet: met recht voor galg en rad', *FJR-12 (december 2001)*, p. 320.

In een aantal arresten van het EHRM zijn de voorwaarden duidelijker ingekleurd. In *Johanssen*¹⁴⁸ is expliciet gesteld dat het niet alleen gaat om belangen van het kind, maar dat er toch ook een afweging gemaakt moet worden met de belangen van ouders.¹⁴⁹ Wel zullen de belangen van het kind soms de belangen van ouders kunnen ‘overriden’ en zo een inbreuk rechtvaardigen.¹⁵⁰ In *Kützner*¹⁵¹ is echter gesteld dat ‘legitimate concerns for the developing of the child’ door de verstandelijke beperking van de ouders niet zelfstandig een gerechtvaardigde grond kan zijn om een kind weg te halen en zo een inbreuk te maken op artikel 8 EVRM.¹⁵² Er moet dus, naast de verstandelijke beperking ook een andere grond zijn om een gerechtvaardigde inbreuk te maken.

De belangrijkste maatregelen tegen falende opvoeding zijn de kindbeschermingsmaatregelen.¹⁵³ De wet kent drie mogelijkheden om ouders te beperking in hun gezag. De ondertoezichtstelling (met of zonder uithuisplaatsing), de ontheffing en de ontzetting. Daarnaast zijn er ook nog twee tijdelijke maatregelen voor crisissituaties: de voorlopige ondertoezichtstelling en de voorlopige voogdij.¹⁵⁴ Maatregelen van kindbescherming zijn nationale maatregelen die diep ingrijpen in het leven van het kind en dat van de ouders. Bij toepassing van de maatregelen moet echter natuurlijk ook de bescherming uit het EVRM niet verloren gaan. Er moet dan ook goed onderzocht worden of kindbeschermingsmaatregelen wel degelijk gerechtvaardigd

¹⁴⁸ ECHR 7 augustus 1996, *Johansen v. Norway*, Appl. No. 17383/90.

¹⁴⁹ C.J. Forder, ‘Overzicht van de ontwikkelingen 1995-2002’ (deel 2), *NJCM-bulletin jrg. 28 (2003) nr.1*, p. 24.

¹⁵⁰ ECHR 7 augustus 1996, *Johansen v. Norway*, Appl. No. 17383/90, §78.

¹⁵¹ ECHR 26 februari 2002, *Kützner v. Germany*, Appl. No. 46544/99.

¹⁵² ECHR 26 februari 2002, *Kützner v. Germany*, Appl. No. 46544/99, §69-70; want zo blijkt uit ECHR 12 juli 2001. *K. and T. v. Finland*, Appl. No. 25702/94, §173. ‘The fact that a child could be placed in a more beneficial environment for his or her upbringing will not on its own justify a compulsory measure of removal from the care of the biological parents; there must exist other circumstances pointing to the “necessity” for such an interference with the parents’ right under Article 8 of the Convention to enjoy a family life with their child. The mother of the children was seriously mentally ill, there were social problems in the family and the prospects for the healthy development of the children in foster care appeared far more positive than the expected development in the care of their biological parents’; C.J. Forder, ‘Overzicht van de ontwikkelingen 1995-2002’ (deel 2), *NJCM-bulletin jrg. 28 (2003) nr.1*, p. 22-23.

¹⁵³ Of justitiële jeugdhulpverleningsmaatregelen; P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 392; Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 99

¹⁵⁴ Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 99.

zijn; zij maken immers inbreuk op artikel 8 EVRM.¹⁵⁵ Deze rechtvaardiging zal aan de eisen van inbreuken op EVRM-rechten moeten voldoen. Zo zal de inbreuk noodzakelijk moeten zijn in een democratische samenleving en de motivering 'sufficient' om het beoogde doel te bereiken.¹⁵⁶ In de navolgende paragrafen zullen we de verschillende kindbeschermingsmaatregelen bespreken en zien wanneer deze gerechtvaardigd zijn. Hierbij moet wel opgemerkt worden dat kindbeschermingsmaatregelen als *ultimum remedium* moeten worden gebruikt. Alleen als minder zware mogelijkheden hebben gefaald komen kindbeschermingsmaatregelen in zicht.¹⁵⁷ Dit *ultimum remedium* karakter is een gevolg van de noodzakelijkheidseis die aan artikel 8 lid 2 EVRM ten grondslag ligt; namelijk de eis dat een inbreuk 'necessary in a democratic society' moet zijn.¹⁵⁸ Wanneer als uiterste redmiddel naar kindbeschermingsmaatregelen wordt gegrepen zal aan deze noodzakelijkheidseis uit het EVRM immers meestal zijn voldaan.

¹⁵⁵ Bij het afwegen van de belangen moet het belang van de jeugdige de doorslag geven, immers zijn positie is een bijzondere, zolang het proces tot grootgroeien nog niet is afgerond.; M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag; 'a whole code of juvenile law'*, (diss Leiden 1994), p. 293; Ad van der Linden, 'Over de civielrechtelijke kindwet: met recht voor galg en rad', *FJR-12 (december 2001)*, p. 321.

¹⁵⁶ ECHR 24 maart 1988, *Olsson v. Sweden (1)*, Series a, vol 130, § 67.

¹⁵⁷ Er zijn vier uitgangspunten voor 'echt niet anders kunnen' omdat zo'n ingreep ingrijpend is voor alle partijen. 1) de kindbeschermingsmaatregel is een allerlaatste redmiddel 2) die zo min mogelijk moet ingrijpen in de gezinsverhoudingen 3) het belang van de jeugdige maakt de maatregel noodzakelijk en een vierde processueel uitgangspunt 4) de uitvoering moet zoveel mogelijk in handen zijn van particulieren, de overheid heeft slechts voorwaardenscheppende en controlerende taak in verband met voorkoming staatsopvoeding; G.J. van Wijk, *Hoezo noodzakelijk? Rechtsgronden voor kindbeschermingsmaatregelen*, (diss Amsterdam 1999), Thela Thesis 1999, p. 220; Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 100.

¹⁵⁸ G.J. van Wijk, *Hoezo noodzakelijk? Rechtsgronden voor kindbeschermingsmaatregelen*, (diss Amsterdam 1999), Thela Thesis 1999, p. 217.

§ 2.2 Ondertoezichtstelling

De ondertoezichtstelling is een kindbeschermingsmaatregel die kan worden uitgesproken wanneer de zedelijke of geestelijke belangen of de gezondheid van een minderjarige ernstig worden bedreigd.¹⁵⁹ De ondertoezichtstelling is de jongste maatregel en is in 1922 ingevoerd. Het heeft weliswaar enige wijzigingen ondergaan, maar een ingrijpende modernisering heeft pas in 1995 plaatsgevonden.¹⁶⁰ Sinds de herziening van de ondertoezichtstelling in 1995 is de ondertoezichtstelling uitgegroeid tot een van de belangrijkste instrumenten in handen van de kindbescherming.¹⁶¹ De ondertoezichtstelling is, hoewel de maatregel diep ingrijpt in de levens van ouder en kind, de lichtste van de drie.¹⁶² Het is namelijk kenmerkend voor de ondertoezichtstelling dat de maatregel het gezag niet ontnemt, maar beperkt. Het beoogt de bedreiging op te heffen door, met behoud van het gezinsverband, het kind en de ouders steun te bieden.¹⁶³ Doordat het gezag bij de ouder blijft is deze maatregel, in het kader van de bescherming die het EVRM biedt, dan ook goed te verenigen met dit verdrag omdat de rechten, zo veel als mogelijk is, intact worden gehouden. Enkel voor het deel waarvoor een inbreuk noodzakelijk is, moet een inbreuk gemaakt worden.¹⁶⁴

Naast de bedreiging van de zedelijke en/of geestelijke belangen of de gezondheid van de minderjarige is er de bijkomende voorwaarde dat andere middelen ter afwendings

¹⁵⁹ Artikel 1:254 BW; J.C.J. Dute, 'De OTS en de gezondheidszorg', *FJR-11 (november 1999)*, p. 218.

¹⁶⁰ P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 399; sinds 1 november 1995.

¹⁶¹ J. de Savornin Lohman, 'De nieuwe OTS-wetgeving; gezien vanuit de overheidstaak bescherming te bieden aan kinderen, wier ouders onvoldoende veiligheid bieden', *FJR-4 (april 1997)*, p. 86; De herziening was bedoeld om de bealngen van kinderen in nood beter te behartigen.

¹⁶² Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 102.

¹⁶³ J. de Savornin Lohman, 'De nieuwe OTS-wetgeving; gezien vanuit de overheidstaak bescherming te bieden aan kinderen, wier ouders onvoldoende veiligheid bieden', *FJR-4 (april 1997)*, p. 91.

¹⁶⁴ Wel valt te bedenken dat ook andere mensenrechten een rol kunnen spelen wanneer er een inbreuk gemaakt wordt op de rechten door middel van kindbeschermingsmaatregelen. Zo zal bijvoorbeeld ook artikel 5 EVRM (het recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid) een rol kunnen spelen; -M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, 'Het EVRM en het Nederlandse civielrechtelijke jeugdbeschermingsrecht', *FJR-5 (1987-5)*, p. 448.

van deze bedreiging reeds hebben gefaald, of te voorzien is dat deze zullen falen.¹⁶⁵ Dit criterium is toegevoegd bij de wijziging van de wet in 1995 en geldt als subsidiariteitstoets.¹⁶⁶ Alhoewel het niet expliciet in de wet is opgenomen, kan een maatregel enkel worden opgelegd in het belang van het kind.¹⁶⁷ Met andere woorden: de ondertoezichtstelling is mogelijk in alle voor de jeugdige zeer bedreigende opvoedingssituaties waarin vrijwillige hulp niet voldoende (meer) helpt.¹⁶⁸ Bovendien moet het in alle gevallen gaan om bijsturing.¹⁶⁹ De nadruk bij de ondertoezichtstelling ligt op hulp aan het gezin en beoogt het ouderlijk gezag te versterken;¹⁷⁰ het is dan ook in beginsel een tijdelijke maatregel.¹⁷¹

Een ondertoezichtstellingprocedure wordt in gang gezet door een verzoekschrift van een juridische ouder, pleegouder of andere feitelijk opvoeder, de Raad voor de kindbescherming of het Openbaar Ministerie. Wanneer een ondertoezichtstelling door de kinderrechter is uitgesproken, wordt een gezinsvoogdijinstelling ingesteld en een gezinsvoogd aangewezen.¹⁷² Deze gezinsvoogd heeft de taak om de ouders en de minderjarige van hulp en steun in de opvoeding te voorzien. De gezinsvoogd houdt hierbij de regie over de opvoeding.¹⁷³

¹⁶⁵ Grond ondertoezichtstelling artikel 1:254 BW luidt: 'Indien een minderjarige zodanig opgroeit, dat zijn zedelijke of geestelijke belangen of zijn gezondheid ernstig worden bedreigd, en andere middelen ter afwending van deze bedreiging hebben gefaald of, naar is te voorzien, zullen falen, kan de kinderrechter hem onder toezicht stellen van een stichting als bedoeld in artikel 1, onder f, van de Wet op de jeugdzorg.'

¹⁶⁶ M.R. Bruning, *Rechtvaardiging van kindbescherming*, (diss Amsterdam 2001), Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties 2001, p. 177-179.

¹⁶⁷ En dus niet is strijd met het belang van het kind, maar in het belang van de ouders; P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 402.

¹⁶⁸ Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 102.

¹⁶⁹ J.A.C. Bartels, 'Het einde van de ondertoezichtstelling', *FJR-4 (juni 1982)*, p. 96.

¹⁷⁰ Artikel 1:257 BW; M.R. Bruning, *Rechtvaardiging van kindbescherming*, (diss Amsterdam 2001), Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties 2001, p. 180.

¹⁷¹ Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 105.

¹⁷² P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 402; als in art 1 onder f van de wet op de jeugdzorg.

¹⁷³ Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 103-104.

De rechter spreekt een ondertoezichtstelling uit voor maximaal een jaar. Verlenging is wel mogelijk op verzoek van bureau jeugdzorg, ouders of anderen, de Raad voor de Kinderbescherming of het Openbaar Ministerie.¹⁷⁴ In crisissituaties kan de rechter een jeugdige ook voorlopig onder toezicht stellen in afwachting van de beslissing over de definitieve ondertoezichtstelling.¹⁷⁵ Het dient dan wel te gaan om acute crisissituaties waarin een dringend en werkelijk onverwijld moet worden ingegrepen, omdat het voor een kind zo bedreigend is dat rechterlijk ingrijpen niet langer kan worden uitgesteld.¹⁷⁶

De formulering van de ondertoezichtstelling is ruim genomen zodat dit in een veelheid van bedreigende situaties een uitkomst kan bieden.¹⁷⁷ De open rechtsgronden zijn bewust opgenomen ondanks de kritiek die hierop door de jaren heen is geleverd, zodat de rechter ze in verschillende niet gelimiteerde situaties kan toepassen.¹⁷⁸ Het probleem met open normen is echter dat valse positieven mogelijk zijn, dat wil zeggen dat een maatregel wordt opgelegd in gevallen waarin dat niet strikt noodzakelijk is. Wanneer dit voorkomen wordt en de wet concreter wordt geformuleerd bestaat de kans weer dat bepaalde situaties, niet meer onder de noemer vallen terwijl dit niet de bedoeling is. Welke benaderingswijze moet prevaleren is aan discussie onderhevig, nu zijn de open normen in ieder geval nog in gebruik.¹⁷⁹

¹⁷⁴ P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 409.

¹⁷⁵ Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 113.

¹⁷⁶ H. Krooi, 'De voorlopige ondertoezichtstelling over wanorde van de orde-maatregel', *FJR 7-6 (september 1985)*, p. 176; P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 433.

¹⁷⁷ P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 403.

¹⁷⁸ M.R. Bruning, *Rechtvaardiging van kindbescherming*, (diss Amsterdam 2001), Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties 2001, p. 177-178; zo meent bijvoorbeeld de commissie Wiarda dat 'zwaar is geformuleerd maar toch zo vaag is dat hij ruimte biedt voor uiteenlopende interpretaties van wat dreigende ondergang inhoudt, en ook voor oneigenlijk gebruik.' Zij pleit dan ook voor concretisering van de rechtsgrond voor ondertoezichtstelling om een grotere duidelijkheid te scheppen en zo misbruik of oneigenlijk gebruik te voorkomen.

¹⁷⁹ M.R. Bruning, *Rechtvaardiging van kindbescherming*, (diss Amsterdam 2001), Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties 2001, p. 188-189.

De gezinsvoogd kan aanwijzingen¹⁸⁰ betreffende opvoeding en verzorging geven aan het gezin.¹⁸¹ Een gezinsvoogd heeft een bijzondere positie als hulpverlener en moet serieus genomen worden.¹⁸² Om de kracht van de voogd en daarmee de ondertoezichtstelling te vergroten is er een waarborg ingebouwd en zijn de aanwijzingen geen vrijblijvende tips.¹⁸³ Ouders en kinderen zijn verplicht deze aanwijzingen op te volgen.¹⁸⁴ Wanneer dit niet gebeurt, geeft de wet de mogelijkheid van verdergaande maatregelen als de uithuisplaatsing of de ontneming van het gezag.¹⁸⁵ Hieruit blijkt wel dat de ondertoezichtstelling, hoewel de lichtste van de drie, best intensief kan zijn. In het kader van de aanwijzingen kan het immers zo zijn dat de ouders verplicht hun gedragspatroon zullen moeten veranderen van processen die zich de gehele dag afspelen. Wanneer dit niet goed gaat is intensievere hulp geboden.¹⁸⁶ Zwaardere mogelijkheden als uithuisplaatsing en ontzetting of ontheffing is dan wellicht mogelijk.

¹⁸⁰ Aanwijzingen worden in samenwerking met de gezinsvoogdinstelling gegeven. Het moet dan ook gezien worden als aanwijzingen van de instelling en niet persoonlijk van de voogd.

¹⁸¹ Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 107; 1:258 BW.

¹⁸² Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 105.

¹⁸³ P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 410.

¹⁸⁴ P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 400.

¹⁸⁵ Artikel 1:269 lid 3 BW; Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 105; J.C.J. Dute, 'De OTS en de gezondheidszorg', *FJR-11 (november 1999)*, p. 218.

¹⁸⁶ A.M. Weterings, 'De OTS als koning der kinderbeschermingsmaatregelen met zijn grens in de ontheffing', *FJR-4 (april 1997)*, p. 81.

§ 2.3 Uithuisplaatsing

Het kan nodig zijn om meer maatregelen te nemen dan een ondertoezichtstelling om de bedreigende situatie op te heffen.¹⁸⁷ In de doelstelling van de ondertoezichtstelling kan een uithuisplaatsing van de minderjarige van belang zijn. Dit is het geval als de ondertoezichtstelling zelfstandig de bedreigende situatie niet wegneemt.¹⁸⁸

Uithuisplaatsing moet dan ook gezien worden als een versterking van de ondertoezichtstelling zegt Dute.¹⁸⁹ Deze versterking volgt uit een grotere beperking van het gezag van de ouders. Het gezag van de ouders wordt door de uithuisplaatsing, net als bij de ondertoezichtstelling, niet geheel ontnomen. Naast versterking van de ondertoezichtstelling kan een uithuisplaatsing ook nodig zijn om een specifieke behandeling te kunnen ondergaan die nodig is om de problematiek tegen te gaan.¹⁹⁰

Bij een uithuisplaatsing kan er sprake zijn van een vrijwillige en een gedwongen uithuisplaatsing. Wanneer de ouders instemmen met de uithuisplaatsing is er sprake van een vrijwillige uithuisplaatsing. Er zijn dan verder geen vereisten.¹⁹¹ Wanneer er echter geen toestemming van de ouders is om de minderjarige uit huis te plaatsen bestaan er wel vereisten. De gezinsvoogdiinstelling moet dan een verzoek tot machtiging uithuisplaatsing aanvragen bij de rechter.¹⁹² Wanneer de ouders toestemming geven voor de uithuisplaatsing is het niet nodig zo'n machtiging aan de rechter te verzoeken. Wel wordt dit vaak toch gedaan omdat de toestemming van de ouders in praktijk een wankel basis blijkt te zijn. Ouders kunnen dan immers hun toestemming intrekken waardoor de basis van de uithuisplaatsing vervalft.¹⁹³

¹⁸⁷ P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 411.

¹⁸⁸ H. Krooi, 'De voorlopige ondertoezichtstelling over wanorde van de orde-maatregel', *FJR 7-6 (september 1985)*, p. 174-175.

¹⁸⁹ J.C.J. Dute, 'De OTS en de gezondheidszorg', *FJR-11 (november 1999)*, p. 218.

¹⁹⁰ Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 107.

¹⁹¹ P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 411.

¹⁹² Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 107.

¹⁹³ Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 108.

Zodra de machtiging uithuisplaatsing is gegeven, beslist de gezinsvoogdijinstelling hoe en wanneer de uithuisplaatsing plaatsvindt. De machtiging dient echter wel te worden gebruikt binnen drie maanden, omdat deze anders vervalt.¹⁹⁴ Net als de duur van de ondertoezichtstelling kan de kinderrechter de duur van de uithuisplaatsing op ten hoogste een jaar bepalen.¹⁹⁵ Ook de uithuisplaatsing is dus een tijdelijke maatregel. Bureau Jeugdzorg en de Raad voor de Kinderbescherming kunnen dan om verlenging vragen.¹⁹⁶ Bij verlenging dient, voordat de termijn van de machtiging afloopt, in het verzoekschrift tot verlenging worden gesteld dat de gronden voor de uithuisplaatsing nog steeds bestaan en dat terugkeer naar huis nog niet mogelijk is.¹⁹⁷ De uithuisplaatsing kan wel tussentijds beëindigd worden. De gezinsvoogdijinstelling neemt hierover de beslissing.¹⁹⁸

Hoewel uithuisplaatsing soms een goede mogelijkheid lijkt, moet het belang van het kind daarmee wel gediend zijn. Dit is het geval als het kind in staat wordt gesteld een hechtingsrelatie met een volwassene aan te gaan. Een duurzame emotionele binding van het kind met een volwassene is immers een voorwaarde voor een opvoeding.¹⁹⁹ Een machtiging dient dan ook slechts te worden afgegeven als er geen minder ingrijpende oplossing is om de problematiek omtrent de minderjarige af te weren (subsidiariteittoets).²⁰⁰ Daarbij moet ook naar de hechtingsproblematiek worden

¹⁹⁴ Het zou ook vreemd zijn wanneer dit langer zou kunnen, uithuisplaatsing is immers voor een bedreigende situatie, als men een half jaar zou kunnen wachten met werkelijk uithuisplaatsen is het blijkbaar geen bedreigende situatie; Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 108.

¹⁹⁵ 1:262 lid 1 BW; De duur van de machtiging is met de wijziging van de wet teruggebracht van twee naar een jaar; J. de Savornin Lohman, 'De nieuwe OTS-wetgeving; bezien vanuit de overheidstaak bescherming te bieden aan kinderen, wier ouders onvoldoende veiligheid bieden', *FJR-4 (april 1997)*, p. 91.

¹⁹⁶ P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 416.

¹⁹⁷ Artikel 1:262 BW; Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 107.

¹⁹⁸ Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 107.

¹⁹⁹ A.M. Weterings, 'De OTS als koning der kinderbeschermingsmaatregelen met zijn grens in de ontheffing', *FJR-4 (april 1997)*, p. 82; Hiervoor is het nodig dat een duurzaam beschikbare volwassene zich ontfermt over het kind en een positief emotionele relatie met het kind opbouwt, waardoor er kansen voor de ontwikkeling van het kind worden gegeven.

²⁰⁰ M.R. Bruning, *Rechtvaardiging van kinderbescherming*, (diss Amsterdam 2001), Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties 2001, p. 182.

gekeken. Uithuisplaatsing is volgens de Hoge Raad²⁰¹ namelijk een ingrijpende gebeurtenis die ook in verhouding tot de hechtingsproblematiek moet worden gezien. Dat wil zeggen: ook de hechting tussen het kind en de pleegouders en het aan artikel 8 EVRM ontleende recht van ongestoord familieleven spelen hierin mee.²⁰² Hieruit blijkt dat wanneer een kind eenmaal uit huis is geplaatst, terugplaatsing niet vanzelfsprekend is (terwijl het toch een tijdelijke maatregel is). Mijns inziens legt dit een extra druk op de motivering die in eerste instantie aan uithuisplaatsing gesteld moeten worden, omdat een terugplaatsing naar de ouders niet altijd even gemakkelijk is, en zeker niet altijd in het belang van het kind is.

In een geval van verstandelijk gehandicapte ouders is het mogelijk dat een ondertoezichtstelling met uithuisplaatsing wordt opgesteld. In bovengenoemd arrest²⁰³ is ook overwogen dat een verstandelijke beperking niet onmiddellijk een bedreigende situatie met zich meebrengt waarin uithuisplaatsing van belang is. Zeker niet wanneer de ouders een positieve ontwikkeling doormaken en hulp aanvaarden zo zegt het Hof.²⁰⁴ In combinatie met de hierboven beschreven hechtingsproblematiek moet uithuisplaatsing, ook in een geval van gehandicapte ouders, de strenge nationale en Europeesrechtelijke eisen doorstaan.

²⁰¹ HR 27 juni 2008, *NJ 2008/372*.

²⁰² I.J. Pieters, P. Dorhout en C. van Rooijen, 'Jurisprudentie', *FJR 2008-117*, p. 310.

²⁰³ HR 27 juni 2008, *NJ 2008/372*.

²⁰⁴ I.J. Pieters, P. Dorhout en C. van Rooijen, 'Jurisprudentie', *FJR 2008-117*, p. 310.

§ 2.4 Ontheffing en ontzetting

De ondertoezichtstelling is een uitstekend instrument om het tij in een gezin te keren, maar soms worden de mogelijkheden ervan overschat.²⁰⁵ Wanneer de ondertoezichtstelling (met of zonder uithuisplaatsing) onvoldoende is om de bedreigende situatie weg te nemen dan kan aan zwaardere maatregelen worden gedacht. In verhouding tot de ondertoezichtstelling zijn ontheffing en ontzetting uit het ouderlijk gezag de meest verstrekkende justitiële jeugdhulpverleningmaatregelen. Het gezag kan op deze manier niet alleen beperkt, maar zelfs ontnomen worden.²⁰⁶

Een ouder die ongeschikt of onmachtig is om zijn plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen, kan door de rechtbank worden ontheven uit het gezag op grond van artikel 1:266 BW.²⁰⁷ In tegenstelling tot de ondertoezichtstelling waar de grondslag van de maatregel de bedreigende situatie van het kind is, vindt ontheffing respectievelijk ontzetting de grond in de onmacht of ongeschiktheid van de ouders om opvoedingsverantwoordelijkheid te dragen.²⁰⁸

Bij de ontheffing gaat het vooral om situaties van onmacht, de ouders willen wel, maar zijn door bepaalde omstandigheden zoals psychiatrische omstandigheden, ziekte, verslaving of geestelijke handicap niet in staat om gezag uit te oefenen.²⁰⁹ Ontheffing van het ouderlijk gezag geeft zo'n kind, dat reeds een verstoorde ontwikkeling heeft, kans op een opvoedingssituatie waarvan de continuïteit kan worden gewaarborgd.²¹⁰ De

²⁰⁵ J. Jonkers en C. van Nijnatten, 'Ondertoezichtstelling of ontheffing?', *FJR-4 (april 1997)*, p. 76.

²⁰⁶ P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 421.

²⁰⁷ Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 117; 1:266 BW; Ook bij de ontheffing is er, net als bij de ondertoezichtstelling, een open norm gebruikt. de open norm in de rechtsgrond voor ontheffing is dat 'de ouder ongeschikt of onmachtig is om zijn plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen. Wat hier precies onder moet worden verstaan hangt af van de omstandigheden van het geval.; M.R. Bruning, *Rechtvaardiging van kindbescherming*, (diss Amsterdam 2001), Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties 2001, p. 183.

²⁰⁸ J. Jonkers en C. van Nijnatten, 'Ondertoezichtstelling of ontheffing?', *FJR-4 (april 1997)*, p. 74

²⁰⁹ Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 118.

²¹⁰ A.M. Weterings, 'De OTS als koning der kindbeschermingsmaatregelen met zijn grens in de ontheffing', *FJR-4 (april 1997)*, p. 85.

onthefing van de 'onmachtige en ongeschikte' ouder kan worden uitgesproken als hij hiermee zelf instemt.²¹¹ De grond voor een onthefing is een eerdere maatregel die de bedreiging van de zedelijke of geestelijke belangen of de gezondheid van de minderjarig niet heeft weggenomen. Hierbij moet het ontbreken van de resultaten van de lichtere maatregelen wel zijn oorzaak vinden in de onmacht of ongeschiktheid van de ouders.²¹² De bescherming van het EVRM wordt op deze manier goed gewaarborgd. De onthefing kan uitsluitend worden verzocht door de Raad voor de Kinderbescherming of worden gevorderd door het Openbaar Ministerie; ouders kunnen dit zelf dus niet.²¹³ Wanneer de onthefing wordt uitgesproken benoemt de rechter een voogd die de verantwoordelijkheid overneemt van de ontheven ouders.²¹⁴

Ontzetting is de meest verstrekkende maatregel.²¹⁵ Het verschil met onthefing is dat de ontzetting zonder toestemming van de ouders kan worden uitgesproken.²¹⁶ Een ontzetting kan worden uitgesproken op grond van misbruik van ouderlijke macht of grove verwaarlozing van de verplichting tot onderhoud en opvoeding van het kind; slecht levensgedrag; een onherroepelijke veroordeling van twee jaar of langer of een onherroepelijke veroordeling wegens een misdrijf gepleegd tegen of met de

²¹¹ M.R. Bruning, *Rechtvaardiging van kindbescherming*, (diss Amsterdam 2001), Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties 2001, p. 61, waarbij het voldoende is dat de ouder zich niet verzet; P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 423.

²¹² P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 425.

²¹³ Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 117; Pleegouders kunnen wel door middel van het opwerpen van het blokkaderecht om deze maatregel verzoeken; P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 423.

²¹⁴ P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 370.

²¹⁵ alleen adoptie heeft nog verderstrekkende gevolgen omdat ook de familierechtelijke banden dan vervallen; P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 421.

²¹⁶ In tegenstelling tot de onthefing waar wel toestemming nodig is van de ouders.; P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 421.

minderjarige²¹⁷ en het bestaan van gegronde vrees voor verwaarlozing van de belangen van het kind.²¹⁸ Bij de ontzetting gaat het dus om verwijtbaar gedrag van de ouders; dit is het meest wezenlijke verschil met de ontheffing, omdat het bij ontheffing om onmacht draait.²¹⁹ Niet alleen de gronden die hiervoor zijn opgesomd geven grond voor een ontzetting. Ook het niet opvolgen van aanwijzingen van een ondertoezichtstelling kan grond opleveren voor de ontzetting uit het ouderlijk gezag op basis van artikel 1:269 lid1 sub d BW.²²⁰

Hierboven is beschreven dat de ontheffing uitgesproken wordt met toestemming van de ouders. Wanneer echter ontzetting een te hevige maatregel zou zijn omdat het in dat specifieke geval niet gaat om onwil, maar slechts om onmacht en ontheffing alleen met toestemming mogelijk is en als die niet wordt gegeven, is er een probleem. Een tussenweg is gevonden in de gedwongen ontheffing²²¹ die wordt uitgesproken door de rechter. Gedwongen ontheffing is in vier gevallen mogelijk: als de ondertoezichtstelling is mislukt vanwege de onmacht of ongeschiktheid van de ouders (dus niet vanwege onwil)²²²; als een van de ouders al uit het gezag is ontzet en dit de enige manier is om deze eerder ontzette ouder bij het kind weg te houden; de geestesvermogens van de ouder zodanig zijn gestoord dat hij niet in staat is zijn wil te bepalen of de betekenis van

²¹⁷ M.R. Bruning, *Rechtvaardiging van kindbescherming*, (diss Amsterdam 2001), Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties 2001, p. 61-62.

²¹⁸ Voldoende is hier dus alleen de vrees; P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 428.

²¹⁹ Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 120.

²²⁰ J.C.J. Dute, 'De OTS en de gezondheidszorg', *FJR-11 (november 1999)*, p. 218; 1:269 lid1 sub d BW luidt: 'Indien de rechtbank dit in het belang van de kinderen noodzakelijk oordeelt, kan zij een ouder van het gezag over een of meer van zijn kinderen ontzetten, op grond van: d) het in ernstige mate veronachtzamen van de aanwijzingen van de stichting, bedoeld in artikel 1, onder f, van de Wet op de jeugdzorg of belemmering van een uithuisplaatsing krachtens het bepaalde in artikel 261'.

²²¹ 1:268 lid 2 onder a BW; in de praktijk was namelijk gebleken dat er in situaties waar sprake was van een ouder met een geestelijke stoornis behoefte was aan een mogelijkheid om deze ouder zonder zijn toestemming te ontheffen uit de ouderlijke macht; M.R. Bruning, *Rechtvaardiging van kindbescherming*, (diss Amsterdam 2001), Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties 2001, p. 134.

²²² Gedwongen ontheffing kan ondanks het verzet van de ouders worden uitgesproken als blijkt dat de ondertoezichtstelling na 6 maanden cq een uithuisplaatsing van anderhalf jaar niet meer als toereikend gezien kon worden om de bedreiging te voorkomen; Jaap E. Doek, 'De ontheffing van het ouderlijk gezag', *FJR-5 (mei 1997)*, p. 107.

zijn verklaring te begrijpen of de ouders hun kind vrijwillig in een pleeggezin hebben geplaatst en het daar inmiddels een jaar verblijft zodat, door de ontzetting, het kind in het pleeggezin kan blijven in verband met de continuïteit in de opvoeding.²²³

Gedwongen ontheffing is dus mogelijk bij een zeer ernstige stoornis van de ouder. Het gaat hier om de gevallen waarin de verstandelijke gehandicapte ouders niet al onbevoegd tot gezag zijn op basis van artikel 1:246 BW. Wanneer de verstandelijk gehandicapte wel in staat is, zijn wil te bepalen en de betekenis van zijn verklaringen te begrijpen, kan deze desondanks gedwongen worden ontheven uit het ouderlijk gezag als het om een ernstige mate van gestoordheid gaat.²²⁴ Hoewel dit een iets minder strenge eis is als de algemene onbevoegdheid tot gezag, mag deze ernstige mate van gestoordheid niet snel worden aangenomen. Dit blijkt ook een arrest van het Hof en later in een soortgelijk arrest waarin wordt gesteld dat ongeschiktheid en onmacht niet altijd leidt tot gegronde vrees als bedoeld in artikel 1:268 lid 2 onder a.²²⁵

Een voorlopige maatregel is mogelijk, maar moet voldoen aan zeer zware eisen. Om voorlopige voogdij uit te kunnen spreken is het vereist dat het op basis van feiten gebeurt die grond kunnen zijn voor een gedwongen ontheffing of een ontzetting.²²⁶

Ontheffing en ontzetting zijn in tegenstelling tot de ondertoezichtstelling en de uithuisplaatsing definitieve maatregelen.²²⁷ Bij de besluitvorming is het dan ook strikt noodzakelijk dat de ouders worden betrokken bij de besluitvorming, zodat zij hun

²²³ Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 119.

²²⁴ G.J. van Wijk, *Hoezo noodzakelijk? Rechtsgronden voor kindbeschermingsmaatregelen*, (diss Amsterdam 1999), Thela Thesis 1999, p. 163.

²²⁵ HR 15 juni 1990, *NJ 1990/632*, ro. 3.3; M.L.C.C. de Bruijn- Lückers, 'Ouderlijke macht (titel 14)' in E.A.M. Scheij en V.M. Smits (red.) *Kroniek van het personen-, familie- en jeugdrecht 1989 en 1990*, Deventer, Kluwer 1991, p. 65-66.

²²⁶ M.R. Bruning, *Rechtvaardiging van kindbescherming*, (diss Amsterdam 2001), Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties 2001, p. 185.

²²⁷ Er is slechts in hele bijzondere omstandigheden mogelijkheid tot herstel van het gezag. De gronden die tot de maatregel hebben geleid moeten dan zijn verdwenen. Er dient dus weer een veilige opvoedsituatie aanwezig te zijn; Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 121.

belangen kunnen verdedigen en dat hier rekening mee gehouden kan worden.²²⁸ De maatregel maakt immers een grote inbreuk op de rechten van de ouders. De ouders blijven nog wel juridisch ouder, maar hebben geen gezag meer omdat iemand anders dit gezag uitoefent.²²⁹

Een van de uitgangspunten van de ontzetting of ontheffing van de ouderlijke macht is dat de natuurlijke gezinsband niet verloren dient te gaan, dit is immers in strijd met artikel 8 EVRM. Hoewel dit een fundamenteel recht is, moet niet uit het oog worden verloren dat het belang van het kind bij de toekenning van de maatregel de primaire is.²³⁰ Voor de 'secundaire' omstandigheden²³¹ moet er echter wel zoveel mogelijk rekening worden gehouden met de belangen van de ouders.

De voorlopige maatregelen die gebruikt zijn in de zaak Baby Hendrikus zouden moeten voldoen aan de strenge eisen van voorlopige voogdij.²³² In beginsel is preventief optreden mogelijk bij de bescherming van een ernstig in zijn ontwikkeling bedreigd kind.²³³ Toch blijft het de vraag of een verstandelijke handicap deze ernstige vrees op kan wekken en of dit voldoet aan de Europeesrechtelijke noodzakelijkheidseis. Met

²²⁸ M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag; 'a whole code of juvenile law'*, (diss Leiden 1994), p. 295 en 303; E.C.C. Punselie, *Voor een pleegkind met recht een toekomst*, Deventer, Kluwer 2006, p. 170; Bij de toepassing van kinderbeschermingsmaatregelen moet natuurlijk niet worden vergeten dat dit alleen mogelijk is wanneer het een gerechtvaardigde inbreuk op artikel 8 EVRM oplevert. Dat ook bij kinderbescherming aan de belangen van de ouders gedacht moet worden blijkt uit een aantal zaken van het EHRM; ECHR 22 juni 1989, ECHR 24 maart 1988, *Olsson v. Sweden (1)*, Series a, vol 130; *Eriksson v. Sweden*, Series a, vol 175; ECHR 25 februari 1992, *Andersson v. Sweden*, Series A, vol 226-A; Zo is in *EHRM Eriksson* en in *EHRM Olsson* gesteld dat ouders recht hebben op maatregelen die de hereniging met hun kinderen tot doel hebben. In *Anderson* is gesteld dat ook al is er een gerechtvaardigde inbreuk voor een kinderbeschermingsmaatregel, dit nog niet betekent dat ook andere inbreuken op artikel 8 EVRM mogelijk zijn en er geen goede omgangsregeling afgesproken hoeft te worden.

²²⁹ Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002, p. 121.

²³⁰ Het gaat hierbij ook niet om de keuze voor of tegen, maar om continuïteit in de opvoeding; J. Jonkers en C. van Nijnatten, 'Ondertoezichtstelling of ontheffing?', *FJR-4 (april 1997)*, p. 78.

²³¹ Zoals omgang en bezoeken.

²³² Vereist is dat het op basis van feiten gebeurt die grond kunnen zijn voor een gedwongen ontheffing of een ontzetting.

²³³ P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 408; M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag; 'a whole code of juvenile law'*, (diss Leiden 1994), p. 295-296; E.C.C. Punselie, *Voor een pleegkind met recht een toekomst*, Deventer, Kluwer 2006, p. 157.

betrekking tot deze vraag heeft het EHRM gesteld dat de beslissing om het kind onmiddellijk na de geboorte van de moeder te ontnemen in strijd was met artikel 8 EVRM, ondanks de ruime 'margin of appreciation' van staten die het EHRM hanteert met betrekking tot beslissingen om een kind uit het gezin te halen. Hoewel de moeder een lange geschiedenis had van geestesziekte, was de verwijdering van een kind onmiddellijk na de geboorte, zonder dat de ouders in dit besluit waren betrokken, een wrange maatregel. Het EHRM merkte op dat de autoriteiten in het geheel niet hadden onderzocht over welke mogelijkheden zij beschikten om het kind te beschermen zonder het van de moeder te scheiden. De beweegreden voor de voorlopige maatregel was weliswaar relevant, maar niet voldoende en dus disproportioneel.²³⁴ De positie van de ouders van baby Hendrikus lijkt vergelijkbaar en dus ook disproportioneel, want alhoewel een verstandelijke handicap wellicht een vrees voor de toekomst van het kind kan opleveren is het te ruim om te denken dat dan ook is voldaan aan het noodzakelijkheidsvereiste voor een inbreuk op het EVRM.

²³⁴ ECHR 12 juli 2001. *K. and T. v. Finland*, Appl. No. 25702/94, §168; C.J. Forder, 'Overzicht van de ontwikkelingen 1995-2002' (deel 2), *NJCM-bulletin jrg. 28 (2003) nr.1*, p. 26.

Hoofdstuk 3 Preventie?

§ 3.1 Preventieve kindbeschermingsmaatregelen?

Maatregelen van kindbescherming hebben tot doel om de bedreiging van het belang van het kind op te heffen; de stagnatie in de ontwikkeling van het kind wordt daarmee opgeheven.²³⁵ Voor een aantal kinderen en ouders is het echter duidelijk dat het verhaal nooit zal eindigen met 'en zij leefden nog lang en gelukkig'.²³⁶ Het kan daarom onwenselijk zijn dat ouders kinderen opvoeden wanneer zij incompetent zijn om dit verantwoord uit te voeren. Zo kan dit onwenselijk zijn als er een grote kans bestaat dat het kind ten gevolge van tekortschietende opvoedingsvaardigheden ernstige schade zal ondervinden. Daarnaast kan ouderschap ook onwenselijk zijn omdat het een te zware last op het functioneren van de ouder legt.²³⁷ Verstandelijk gehandicapten behoren wellicht tot deze groep mensen.

Vroegtijdig ingrijpen kan de grootste schade beperken.²³⁸ Weterings stelt dat dit belangrijk is omdat gedragspatronen met name ontstaan in de eerste vijf levensjaren. Deze patronen hebben de neiging te blijven bestaan, omdat het kind in die jaren het meest afhankelijk en dus het meest beïnvloedbaar is.²³⁹ Flinterman stelt hierbij de vraag waarom er zoveel kindertijd verspild moet worden als wij eigenlijk al weten dat het nooit helemaal goed komt met het kind. Zij stelt voor sneller een verderstreckende maatregel te nemen in het belang van het kind.²⁴⁰ In het navolgende hoofdstuk zal gekeken worden naar de mogelijkheden en voorwaarden van preventie door middel van vroegtijdig ingrijpen met kindbeschermingsmaatregelen of anticonceptie.

²³⁵ A.M. Weterings, 'De OTS als koning der kindbeschermingsmaatregelen met zijn grens in de ontheffing', *FJR-4 (april 1997)*, p. 81.

²³⁶ Ellen Siegert, 'Preventie van kindermishandeling als realistische optie: niet aankijken, maar aanpakken!', in Huub van 't Hek (red.), 'Kinderen eerst...', Assen, Van Gorcum 2006, p. 21.

²³⁷ Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 14.

²³⁸ Ellen Siegert, 'Preventie van kindermishandeling als realistische optie: niet aankijken, maar aanpakken!', in Huub van 't Hek (red.), 'Kinderen eerst...', Assen, Van Gorcum 2006, p. 21.

²³⁹ A.M. Weterings, 'De OTS als koning der kindbeschermingsmaatregelen met zijn grens in de ontheffing', *FJR-4 (april 1997)*, p. 81.

²⁴⁰ Dia Flinterman, 'Het ongeboren recht op ongeschonden bestaan', in Huub van 't Hek (red.), 'Kinderen eerst...', Assen, Van Gorcum 2006, p. 16.

Kinderbeschermingsmaatregelen kunnen niet te snel worden genomen en er moet een bedreigende situatie voor het kind zijn om inbreuk te maken op de individuele rechten van de ouders. In het kader van een kinderwens van onkundige ouders zijn er een aantal aangrijpingspunten om, in plaats van maatregelen achteraf, in een situatie te kiezen voor preventie. Zo is er het ontbreken van een kinderwens als reden voor preventie. Als reden zijn ook genetische en teratogene factoren²⁴¹ te noemen; kunnen de risico's van zwangerschap voor de moeder zoals bijvoorbeeld een te hoge emotionele belasting een reden zijn voor preventie ter voorkoming van zwangerschap en als vierde is een verminderde ouderschapscompetentie een reden voor preventie.²⁴² Vooral deze laatste reden is bij mensen met een verstandelijke handicap belangrijk. De handicap zelf vormt geen bijzonder beletsel om kinderen te krijgen, maar verantwoord ouderschap lijkt voor deze groep ouders in een aantal gevallen onmogelijk.²⁴³ Het recht van de jeugdige op verzorging en opvoeding in een sfeer van veiligheid en geborgenheid, van respect voor zijn eigen zijn, van aandacht voor zijn ontwikkelingsmogelijkheden en begrip voor zijn speciale behoeften zijn dan niet gewaarborgd.²⁴⁴ Omdat de toekomst in het geding is, is het van belang een inschatting te maken van de mogelijkheden van nationale instanties om de factoren die de ontwikkeling van het kind bedreigen in de toekomst te kunnen beheren.²⁴⁵ Wanneer deze instanties onvoldoende waarborgen kunnen bieden, moet preventie door vroegtijdig ingrijpen dan een mogelijkheid zijn?

²⁴¹ Door medicatie of omgevingsfactoren kan het een ondoenlijk milieu voor een kind zijn, te denken valt aan een drugsverslaafde moeder die geen vaste woon of verblijfplaats heeft en 's nachts in kraakpanden of op straat slaapt en weigert af te kicken.

²⁴² Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 76.

²⁴³ Kees Blankman, *Juridische vragen rond de kinderwens en het ouderlijk gezag van verstandelijk gehandicapte ouders*, in K. Blankman e.a., *'Meesterlijk groot voor de kleintjes; opstellen aangeboden aan professor mr. J. E. Doek ter gelegenheid van zijn emeritaat'*, Alphen a/d Rijn, Kluwer 2006, p. 243.

²⁴⁴ Miek de Langen, *Recht voor jeugdigen*, (diss Utrecht 1973), Alphen aan de Rijn, Samson Uitgeverij 1973, p. 23-24.

²⁴⁵ C.J. Forder, 'Overzicht van de ontwikkelingen 1995-2002' (deel 2), *NJCM-bulletin jrg. 28 (2003) nr.1*, p. 22.

De fundamentele vraag in dit hoofdstuk is waar de delicate grens tussen zelfbeschikking en bescherming ligt. Ongerechtvaardigd paternalisme, dat wil zeggen te weinig respect voor de eigen keuzes waar die wel kunnen worden gemaakt, ligt op de loer. In de literatuur zijn daarom criteria gemaakt voor toepassing van bescherming die de zelfbeschikking beperkt, zo moet zulk handelen bij verstandelijk gehandicapten alleen mogelijk zijn wanneer zij hun handelen niet kunnen overzien; handelen schadelijk is voor henzelf; de bescherming voldoet aan subsidiariteit, proportionaliteit en effectiviteit²⁴⁶; zij zorgvuldig worden uitgeoefend en zij bijdragen aan de zelfbeschikking of ontplooiing van de gehandicapte.²⁴⁷ Ook in de gehandicaptenzorg moet paternalistisch handelen beperkt blijven tot zwak paternalistisch handelen, zo zegt Frederiks.²⁴⁸ Bovendien moet in het oog worden gehouden dat de overheid geen vrijheidsbeperkende maatregelen mag nemen door voorafgaande toestemming voor het krijgen van kinderen te eisen of door selectiecriteria op de aanstaande ouders los te laten. Dit zou immers in strijd zijn met artikel 12 EVRM²⁴⁹ en diep ingrijpen in het zelfbeschikkingsrecht. Er moet uiterst zorgvuldig worden omgesprongen met beperkt functionerende ouders, zeker als deze hulp accepteren aangezien kinderen vaak beter floreren in het eigen gezin dan in een pleeggezin of residentiële voorziening.²⁵⁰ Wanneer ouderschap echter apert onverantwoord is en de maatregel voldoet aan bovenstaande eisen²⁵¹ moet preventie door vroegtijdig ingrijpen mogelijk zijn. Wanneer gehandicapte

²⁴⁶ Zie verder §3.4.

²⁴⁷ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 41; B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijk handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004.

²⁴⁸ Onder sterk paternalistisch handelen wordt verstaan het beperken van het zelfbeschikkingsrecht van een wilsbekwaam persoon, van zwak paternalistisch handelen als er geen rekening wordt gehouden met keuzen, wensen en acties van de cliënt omdat deze vanwege problemen in zijn functioneren de gevolgen van zijn handelen niet kan overzien; B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijk handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 92.

²⁴⁹ En daarmee samenhangend artikel 14 EVRM, A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht*, (diss Utrecht 2002), Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 96.

²⁵⁰ P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 395.

²⁵¹ Handelen in strijd met het zelfbeschikkingsrecht bij verstandelijk gehandicapten is alleen mogelijk wanneer zij hun handelen niet kunnen overzien; handelen schadelijk is voor henzelf; de bescherming voldoet aan subsidiariteit, proportionaliteit en effectiviteit; zij zorgvuldig worden uitgeoefend en zij bijdragen aan de zelfbeschikking of ontplooiing van de gehandicapte.

ouders echter uitdrukkelijk de keuze hebben gemaakt voor een kind, wordt preventief ingrijpen al erg lastig aangezien moeilijk is te beargumenteren hoe deze ingreep dan bijdraagt aan hun ontplooiing en ontwikkeling en waarom niet-ingrijpen schadelijk is voor henzelf.

§ 3.2 Ouderschapscompetentie

Verminderde ouderschapscompetentie is een aangrijpingspunt voor preventie. Toch is nog niet alles dan duidelijk, want over welke pedagogische kwaliteiten moeten ouders beschikken om geschikte opvoeders te zijn? De wet bepaalt hier niets over.²⁵² Wanneer is iemand niet competent om een kind op te voeden? Is dat afhankelijk van de mate van de verstandelijke handicap? Of zijn er meer voorwaarden? De gangbare indeling voor een verstandelijke handicap is als volgt: iemand is zeer ernstig gehandicapt wanneer het IQ minder is dan 25; ernstig gehandicapt als het IQ tussen 20-25 en 35-40 ligt; matig gehandicapt als het IQ tussen 35-40 en 50-55 ligt en licht gehandicapt als het IQ tussen de 50-55 en ca. 70 ligt.²⁵³

Opvoeden vraagt twee kwaliteiten van een ouder. Ouders moeten in staat zijn liefde voor het kind aan hem te laten blijken zodanig dat het kind een positief zelfbeeld kan ontwikkelen; hierbij is hechting van groot belang. Daarnaast moeten ouders in staat zijn het kind die vaardigheden bij te brengen die nodig zijn om adequaat te kunnen functioneren in de samenleving. Zij moeten de capaciteiten van het kind stimuleren en begrenzing aanbrengen van impulsen op een voor het kind voorspelbare manier, hierdoor kan het kind zelfvertrouwen en vertrouwen in anderen opbouwen.²⁵⁴ Van verstandelijk gehandicapten kan gevreesd worden dat zij deze kwaliteiten niet (allemaal) hebben. De Gezondheidsraad noemt in zijn advies verantwoord ouderschap het IQ als graadmeter voor preventie.²⁵⁵ Volgens de Gezondheidsraad ligt het min of meer vast dat mensen met een IQ dat lager is dan 60 niet in staat zijn een kind op te voeden.²⁵⁶ De

²⁵² J.C.M. Willems, *Wie zal de opvoeders opvoeden?*, Den Haag, T.M.C. Asser Press 1999, p. 194.

²⁵³ M.C.I.H. Biesart en J.H. Hubben, *Beoordeling van wilsonbekwaamheid bij mensen met een verstandelijke handicap*, 1997, p. 60.

²⁵⁴ A.M. Weterings, 'De OTS als koning der kindbeschermingsmaatregelen met zijn grens in de ontheffing', *FJR-4 (april 1997)*, p. 79.

²⁵⁵ Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 77.

²⁵⁶ Kees Blankman, 'Juridische vragen rond de kindervens en het ouderlijk gezag van verstandelijk gehandicapte ouders', in K. Blankman e.a., 'Meesterlijk groot voor de kleintjes; opstellen aangeboden aan professor mr. J. E. Doek ter gelegenheid van zijn emeritaat', Alphen a/d Rijn, Kluwer 2006, p. 244; Paul Vlaardingerbroek, 'Kinderbescherming vóór de conceptie?!', in Mr. A.P. van der Linden (red.), *Honderd*

groep verstandelijk gehandicapten is echter zeer heterogeen. Zo zijn mensen met een lichte verstandelijke handicap meer te vergelijken met zwakbegaafden dan met mensen met een zware handicap en is de mate van functioneren ook afhankelijk van bijvoorbeeld emotioneel en adaptief vermogen.²⁵⁷

IQ is mijns inziens dus geen adequaat gegeven om ouderschapscompetentie op te baseren. Dezelfde Gezondheidsraad meldt namelijk ook dat ouderschapscompetentie, net als de handicap zelf, sterk afhankelijk is van sociale- en praktische intelligentie.²⁵⁸ Daarnaast zijn er een aantal compensatiemogelijkheden waardoor ouderschapsincompetentie wordt aangevuld tot een voldoende ouderschapscompetentie. Allereerst acht de Gezondheidsraad het geen vereiste voor preventie dat de ouder zelfstandig in staat is het kind op te voeden. Ouderschapscompetentie moet bekeken worden vanuit beide ouders samen, waarbij aanvulling op elkaar mogelijk is.²⁵⁹ Het is voldoende als hij samen met een partner en ondersteund door een welwillend sociaal netwerk en zo nodig professionele hulpverlening tot verantwoord ouderschap in staat is.²⁶⁰ Vervolgens kan ouderschapscompetentie in sommige gevallen worden gecorrigeerd of aangeleerd door training met een oefenpop. Op deze manier kan daadwerkelijk bekeken worden of

jaar zorg om het kind, Deventer, Kluwer 2006, p. 90; Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 81.

²⁵⁷ Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 34-35.

²⁵⁸ Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 82.

²⁵⁹ Paul Vlaardingerbroek, 'Kinderbescherming vóór de conceptie?!', in Mr. A.P. van der Linden (red.), *Honderd jaar zorg om het kind*, Deventer, Kluwer 2006, p. 90.

²⁶⁰ Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 14; Zo kan de competentie afhankelijk zijn van een sociaal netwerk. Voor verantwoord ouderschap is het niet vereist dat ouders zelfstandig een kind kunnen opvoeden. Een sociaal netwerk dat bereid is ondersteuning te bieden voor een volwaardige opvoeding van het kind kan maken dat er voldoende ouderschapscompetentie is, ook de aanwezigheid van hulpverleners sorteren dit effect; Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 79.

ouders een realistisch beeld hebben wat betreft ouderschap en of zij competent zijn om kinderen op te voeden.²⁶¹

De beoordeling van verantwoord ouderschap bevat feitelijke en normatieve elementen.²⁶² Deze toets is niet voorbehouden aan het recht. Bovendien kan het recht niet bewerkstelligen dat een kind daadwerkelijk verantwoorde ouders krijgt. Wel zou het recht aan de notie verantwoord ouderschap richtlijnen kunnen ontleen voor het scheppen van juridische kaders die goede randvoorwaarden bieden voor een gunstige ontwikkeling van de ouder-kind-relatie²⁶³ waarvan preventie een onderdeel zou kunnen zijn. De eisen die aan verantwoord ouderschap gesteld worden, moeten door deskundigen vastgelegd en getoetst worden. Het recht dient dan de objectieve voorwaarden, waarin preventie van ouderschapsincompetentie mogelijk is, vast te leggen. Vereist is dan echter wel dat er een gedegen toets voor verantwoord ouderschap is. Momenteel is deze toets nog te afhankelijk van omstandigheden die niet worden meegewogen om als objectieve waarde te kunnen gelden als grondslag voor (diepingrijpende) preventie.²⁶⁴ Aangemerkt moet wel worden dat er wel een vorm van preventieve kinderbescherming bestaat. Zo is in een geval van pure onwil, wanneer de moeder bijvoorbeeld weigert mee te werken aan een afkickprogramma voor drugsverslaving, het wel mogelijk om een prenatale ondertoezichtstelling uit te spreken eventueel met een voorlopige voogdij onmiddellijk na de geboorte. Hierdoor staat het kind al voor de geboorte onder toezicht en wordt getracht de schade door het

²⁶¹ Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 74.

²⁶² Normatief is het formuleren van de doelen van een opvoeding, het inschatten van de vaardigheden is een feitelijk element. Daarna komt weer een normatief element terug in welke maatstaf moet worden aangelegd om te toetsen of de betreffende vaardigheden wel of niet in voldoende mate aanwezig zijn. Deze maatstaf is gerelateerd aan de belangen van het eventueel op te voeden kind; Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 77.

²⁶³ A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht*, (diss Utrecht 2002), Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 160.

²⁶⁴ Hierbij laat ik nog de vraag buiten beschouwing, of het wel verstandig is om zo'n toets objectief vast te leggen. Hierdoor is er namelijk geen ruimte meer voor bijzondere omstandigheden die preventie niet zouden rechtvaardigen.

drugsgebruik van de moeder voor het kind zo klein mogelijk te houden.²⁶⁵ Deze constructie zal echter bij verstandelijk gehandicapten niet altijd een uitkomst bieden. Tijdens de zwangerschap hoeft er immers nog geen bedreigende situatie te ontstaan waardoor het noodzakelijk is om al vroegtijdig in te grijpen in het belang van het kind zoals bij verslaafde moeders. Zeker omdat verantwoord ouderschap een nog onduidelijke voorwaarde is, zal dit moeilijk te rechtvaardigen zijn. Totdat er een gedegen toets is voor toekomstig verantwoord ouderschap zullen we het moeten doen met de gestelde eisen voor kindbeschermingsmaatregelen en met name de eis van de bedreigende situatie. Preventief gebruik van kindbeschermingsmaatregelen op basis van ouderschapscompetentie zou nu anders een te grote willekeurige inbreuk zijn op het gezinsleven en het zelfbeschikkingsrecht van de verstandelijk gehandicapte.

²⁶⁵ A.C. Enkelaar en A.M.I. van der Does, 'Ouderlijke (on)verantwoordelijkheid, al voor de geboorte', *FJR* 2009-3, p. 6-7; voor de discussie omtrent verslaafde moeders zie ook onder andere M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, 'Baas in eigen buik en de grondrechten', *NJCM-Bulletin jrg. 11 (1986) nr. 7*, p. 599-612. Overigens is ook via de wet Bopz te proberen om ter bescherming van de ongeboren vrucht een machtiging te geven om de zwangere vrouw op grond van de Wet Bopz te laten opnemen in een psychiatrisch ziekenhuis. Er moet dan natuurlijk wel aan de strenge eisen die aan opnemng gesteld worden zijn voldaan.

§ 3.3 Wilsonbekwaamheid?

Preventief gebruik van kinderbeschermingsmaatregelen is dus gebonden aan het schadebeginsel²⁶⁶ en weinig bruikbaar, omdat in situaties eerst afgewacht moet worden of de ouders al dan niet in staat zijn het kind op te voeden en de schade min of meer afgewacht moet worden. Blankman en Vlaardingerbroek stellen dan ook de vraag of het niet beter helemaal kan worden voorkomen dat verstandelijk gehandicapten kinderen krijgen.²⁶⁷ Op deze manier kan stagnatie van de ontwikkeling van het kind in de toekomst worden vermeden. De vraag of preventieve anticonceptie²⁶⁸ mogelijk is wordt voor een groot gedeelte ingekleurd door gezondheidsrechterlijke bepalingen, met name de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (hierna: Wgbo).²⁶⁹ In de Wgbo is het toestemmingsvereiste een van de belangrijkste beginselen, toestemming is nodig voor elke medische ingreep.²⁷⁰

Hoewel dit niet expliciet in de wet is te vinden, is het nodig dat degene die toestemming geeft wilsbekwaam is.²⁷¹ De wet spreekt niet van wilsbekwamen of wilsonbekwamen, maar van personen die (niet) in staat zijn tot een redelijke waardering van hun belangen.²⁷² Wilsbekwaamheid is afgeleid uit het zelfbeschikkingsrecht²⁷³ en heeft

²⁶⁶ Dat wil zeggen dat de schade al moet zijn ontstaan.

²⁶⁷ Paul Vlaardingerbroek, 'Gedwongen anticonceptie bij verstandelijk gehandicapten. Een nieuwe maatregel van kinderbescherming?', *AA 56 (2007) 7/8*, p. 589-590; Kees Blankman, 'Juridische vragen rond de kinderswens en het ouderlijk gezag van verstandelijk gehandicapte ouders', in K. Blankman e.a., 'Meesterlijk groot voor de kleintjes; opstellen aangeboden aan professor mr. J. E. Doek ter gelegenheid van zijn emeritaat', Alphen a/d Rijn, Kluwer 2006, p. 256.

²⁶⁸ Anticonceptie is immers een behandeling door middel van geneeskundige maatregelen.

²⁶⁹ In deze wet is een aantal rechten van de patiënt en plichten van de arts neergelegd. Kees Blankman, 'Juridische vragen rond de kinderswens en het ouderlijk gezag van verstandelijk gehandicapte ouders', in K. Blankman e.a., 'Meesterlijk groot voor de kleintjes; opstellen aangeboden aan professor mr. J. E. Doek ter gelegenheid van zijn emeritaat', Alphen a/d Rijn, Kluwer 2006, p. 247.

²⁷⁰ Artikel 7:450 BW, L.E. Kalkman-Bogerd, 'Toestemming en informatie bij sterilisatie', *FJR 1992-3*, p. 50; en dus ook voor anticonceptie.

²⁷¹ M.C.I.H. Biesart en J.H. Hubben, *Beoordeling van wilsonbekwaamheid bij mensen met een verstandelijke handicap*, 1997, p. 19.

²⁷² M.C.I.H. Biesart en J.H. Hubben, *Beoordeling van wilsonbekwaamheid bij mensen met een verstandelijke handicap*, 1997, p. 13.

²⁷³ H.E.G.M. Hermans en M.A.J.M. Buijsen, *Recht en gezondheidszorg*, Maarssen, Elsevier Gezondheidszorg 2006, p. 146-147; Het verschil tussen wilsbekwaamheid en handelingsonbekwaamheid is dat handelingsbekwaamheid een op grond van wettelijke bepalingen onbevoegd is rechtshandelingen te verrichten.

daarom een belangrijke rol. Wilsonbekwaamheid betreft een niet kunnen: het niet in staat zijn tot een redelijke afweging van eigen belangen; het niet overzien van de gevolgen van een bepaalde beslissing of het niet in staat zijn de wil te uiten.²⁷⁴

Handelingsonbekwaamheid betekent niet altijd wilsonbekwaamheid. Hoewel iemand onder curatele kan staan, wil dat niet zeggen dat hij alle inzicht in zijn eigen situatie mist.²⁷⁵ Een goede beoordeling van wilsbekwaamheid is belangrijk, want wanneer de hulpverlener iemand te snel wilsonbekwaam acht doet hij tekort aan diens vermogen om naar eigen inzicht besluiten te nemen. Acht hij echter een patiënt wilsbekwaam die dat niet is dan moet deze besluiten nemen die hij niet kan overzien met alle nare gevolgen van dien.²⁷⁶

De vaststelling van wilsbekwaamheid is een complex besluit.²⁷⁷ In principe wordt iedereen die 12 jaar of ouder is, geacht wilsbekwaam te zijn. Deze veronderstelling mag pas worden verlaten als bewezen is dat iemand niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake van een bepaalde beslissing²⁷⁸; is dit het geval dan is iemand wilsonbekwaam.²⁷⁹ Een patiënt is wilsbekwaam als hij er blijk van geeft de

²⁷⁴ Kees Blankman, 'Vertegenwoordiging van wilsonbekwamen, de Wet BOPZ en het EVRM', *FJR-5 (mei 2001)*, p. 127.

²⁷⁵ M.C.I.H. Biesart en J.H. Hubben, *Beoordeling van wilsonbekwaamheid bij mensen met een verstandelijke handicap*, 1997, p. 19.

²⁷⁶ M.C.I.H. Biesart en J.H. Hubben, *Beoordeling van wilsonbekwaamheid bij mensen met een verstandelijke handicap*, 1997, p. 23.

²⁷⁷ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 218

²⁷⁸ Het gaat hier om het bepalen van de wil met betrekking tot het onderwerp; dus niet de wil in het algemeen; B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijk handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 90.

²⁷⁹ Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 11; J.C.J. Dute, 'De OTS en de gezondheidszorg', *FJR-11 (november 1999)*, p. 219; iemand is wilsbekwaam als hij tot een redelijke waardering van zijn belangen in staat is. Is dat niet het geval dan is hij wilsonbekwaam; artikel 7:465 BW geeft aan dat iemand wilsonbekwaam is als hij 'niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake'.

op zijn bevattingsvermogen afgestemde informatie te begrijpen naar de mate die voor de aard en reikwijdte van de te nemen beslissing noodzakelijk is.²⁸⁰

Door ziekte verandert de juridische status van de mens niet, in de samenleving wordt ervan uitgegaan dat mensen hun wil kunnen bepalen, tenzij het tegendeel blijkt.²⁸¹

Hoewel de veronderstelling is dat mensen met een verstandelijke handicap altijd wilsonbekwaam zijn, is dat onjuist, zij zijn dat zelfs relatief vaak wel, zo stelt de Gezondheidsraad. In datzelfde rapport geeft de Gezondheidsraad aan dat pas tot een onderzoek naar wilsbekwaamheid mag worden overgegaan als daar duidelijke aanleiding voor is.²⁸² Een duidelijke aanleiding betekent dat een vermoeden van wilsonbekwaamheid niet voldoende is. De patiënt is wilsbekwaam, tenzij dit anders blijkt te zijn. In beginsel is de arts verantwoordelijk tegenover de patiënt en niet tegenover een ander zoals een vertegenwoordiger.²⁸³ Slechts als de patiënt wilsonbekwaam is, mag de toestemming blijken van de vertegenwoordiger.²⁸⁴ De vertegenwoordiger moet dan bepalen wat in de actuele situatie in het belang van de patiënt moet worden geacht. Hierbij moeten de (eerdere) wilsuitingen van de patiënt

²⁸⁰ Ministerie van Justitie, *Handreiking voor de beoordeling van wilsbekwaamheid (voor de hulpverlener)*, januari 2007, p. 11; volgens Legemaate gaat het erom of een patiënt de consequentie van een besluit kan overzien; J. Legemaate, 'De rechtspositie van wilsonbekwame patiënten: stand van zaken', *TvGR nr. 6/1994*, p. 330; M.C.I.H. Biesart en J.H. Hubben, *Beoordeling van wilsonbekwaamheid bij mensen met een verstandelijke handicap*, 1997, p. 24; De Gezondheidsraad stelt dat iemand is in staat tot een redelijke waardering als hij het vermogen heeft een keuze te maken; het vermogen heeft om relevante informatie te begrijpen; hij zicht heeft in de aard van de voorliggende situatie en het vermogen op basis van dat inzicht tot een besluit kan komen; hij het vermogen heeft de aard van de voorliggende situatie en de mogelijke gevolgen van het (niet) nemen van een bepaald besluit te waarderen en op grond van deze waardering een beslissing te nemen en hij het vermogen heeft de relevante informatie rationeel te hanteren en op basis van een daaruit volgende redenering tot een beslissing kan komen; Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 43-44.

²⁸¹ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 38.

²⁸² Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 41-42.

²⁸³ J. de Boer, 'Vermoeden van wilsonbekwaamheid?', *NJB 27 oktober 1995 afl. 38*, p. 1406.

²⁸⁴ Deze toestemming is zelfs een vereiste, omdat, hoewel een patiënt wilsonbekwaam is, dit het toestemmingsvereiste niet doet vervallen. Dit is geformuleerd in artikel 450 lid 1 Wgbo en dit betekent dat een vertegenwoordiger de toestemming moet geven; D.P. Engberts, 'Relatie arts-patiënt', in D.P. Engberts en L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2006, p. 37.

uitgangspunt zijn bij de bepaling van het te voeren beleid.²⁸⁵ Ook al heeft een patiënt een vertegenwoordiger, maar is de patiënt toch bekwaam toestemming te geven, dan moet de hulpverlener de toestemming van de patiënt zelf hebben verkregen en is er voor vertegenwoordiging op voet van artikel 7:465 lid 2 BW geen plaats.²⁸⁶

Bij de toestemming voor preventieve anticonceptie is het van belang dat de patiënt er weet van heeft dat het niet gebruiken van anticonceptie mogelijk met zich brengt dat hij de verantwoordelijkheid voor het opvoeden van een kind op zich zal moeten nemen. Een goede methode om wilsbekwaamheid hieromtrent te constateren ontbreekt echter, zo zegt de Gezondheidsraad.²⁸⁷ Wie de bekwaamheid van een patiënt moet beoordelen, is afhankelijk van de situatie. Bij behandelingsbeslissingen wordt de medische of andere indicatie altijd door de hulpverlener gesteld. Of de patiënt al dan niet bekwaam is om zo'n beslissing te nemen, zal ook door de hulpverlener, eventueel na overleg met (andere leden van) het behandelteam, worden beoordeeld.²⁸⁸ Wilsonbekwaamheid is echter onvoldoende geoperationaliseerd waardoor hulpverleners geneigd zijn om wellicht onterecht zwak paternalistisch op te treden.²⁸⁹ Bij het beoordelen van bekwaamheid kan de neiging bestaan zich te veel te richten op de uitkomst van de door de patiënt genomen beslissing. De beoordeling van wilsbekwaamheid dient zich echter primair te richten op het besluitvormingsvermogen van de patiënt.²⁹⁰ De vaststelling van wilsbekwaamheid is van cruciale betekenis, maar dus niet eenvoudig. Er ontbreekt tot nu een objectieve beoordelingsmethode, bovendien is het zoals in de vorige paragraaf is beschreven niet zonder meer duidelijk aan de hand van welke criteria kan worden

²⁸⁵ D.P. Engberts, 'Relatie arts-patiënt', in D.P. Engberts en L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2006, p. 41; J. Legemaate, 'De rechtspositie van wilsonbekwame patiënten: stand van zaken', *TvGR nr. 6/1994*, p. 337.

²⁸⁶ I. Jansen, 'Vermoeden van wilsonbekwaamheid?', *NJB 1 maart 1996 afl. 9*, p. 320.

²⁸⁷ Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 46.

²⁸⁸ Ministerie van Justitie, *Handreiking voor de beoordeling van wilsbekwaamheid (voor de hulpverlener)*, januari 2007, p.14.

²⁸⁹ B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijk handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 93.

²⁹⁰ J. Legemaate, 'De rechtspositie van wilsonbekwame patiënten: stand van zaken', *TvGR nr. 6/1994*, p. 330.

vastgesteld of iemand al dan niet in staat is kinderen op te voeden en te verzorgen waardoor preventieve anticonceptie wenselijk is.²⁹¹ Wilsbekwaamheid moet beter toetsbaar worden, de verschillen tussen hulpverleners zijn onverklaarbaar groot²⁹², terwijl de gevolgen daarvan zeer ingrijpend en zelfs onomkeerbaar kunnen zijn.²⁹³ Een aanbeveling van Biesart en Hubben is dan ook om bij mensen met een lichte of matige verstandelijke handicap uit te gaan van optimale participatie, waarbij moet worden uitgegaan van mogelijkheden en niet van beperkingen.²⁹⁴

Toestemming is de belangrijkste voorwaarde voor het toepassen van anticonceptie. Zonder toestemming kan de medische behandeling in beginsel niet wordt gestart.²⁹⁵ Wanneer verstandelijk gehandicapten, die wel wilsbekwaam kunnen worden geacht, de toestemming tot anticonceptie niet verlenen²⁹⁶, is dus preventieve anticonceptie in principe niet mogelijk. Toch speelt bij deze groep de kwestie het meest; juist lichtere verstandelijk gehandicapten zijn wel wilsbekwaam en weigeren toestemming voor anticonceptie, terwijl zij misschien niet geheel in staat zijn tot verantwoord ouderschap.

²⁹¹ Kees Blankman, *Juridische vragen rond de kinderwens en het ouderlijk gezag van verstandelijk gehandicapte ouders*, in K. Blankman e.a., *'Meesterlijk groot voor de kleintjes; opstellen aangeboden aan professor mr. J. E. Doek ter gelegenheid van zijn emeritaat'*, Alphen a/d Rijn, Kluwer 2006, p. 247; zie § 3.2.

²⁹² M.C.I.H. Biesart en J.H. Hubben, *Beoordeling van wilsonbekwaamheid bij mensen met een verstandelijke handicap*, 1997, p. 92.

²⁹³ In het geval van sterilisatie; J.H. Hubben, *'Gedwongen sterilisatie, 'versterving' en wilsonbekwaamheid'*, *NJB* 14 november 1997 afl. 41, p. 1889.

²⁹⁴ M.C.I.H. Biesart en J.H. Hubben, *Beoordeling van wilsonbekwaamheid bij mensen met een verstandelijke handicap*, 1997, p. 104; aanbeveling 3.8, zij stellen voor door middel van een scorelijst objectief te scoren of er sprake is van wilsbekwaamheid.

²⁹⁵ In hoofdstuk 4 worden uitzonderingen hierop besproken.

²⁹⁶ Dit is zeer waarschijnlijk wanneer het gaat om verstandelijk gehandicapten met een kinderwens.

§ 3.4 Subsidiariteit, proportionaliteit en effectiviteit

Bij de vraag of beschermende maatregelen ter preventie van het krijgen van kinderen door verstandelijk gehandicapten mogelijk is, moet, naast onverantwoord ouderschap en toestemming bij medische maatregelen, elke beschermende maatregel ook voldoen aan het proportionaliteits-, het subsidiariteits- en het effectiviteitsbeginsel, zo stelt Leenen.²⁹⁷ Het beginsel van subsidiariteit en effectiviteit is dat van de methoden die in voldoende mate effectief zijn in het realiseren van het doel, de minst belastende moet worden verkozen.²⁹⁸ Het beginsel van proportionaliteit houdt in dat de belasting die de minst ingrijpende methode voor de persoon meebrengt, moet worden gerechtvaardigd door het voordeel dat van het gebruik van die methode mag worden verwacht.²⁹⁹

Of anticonceptie voldoet aan de eisen van subsidiariteit, effectiviteit en proportionaliteit komt hier niet aan de orde. We hebben hierboven immers gezien dat anticonceptie slechts mogelijk is met toestemming van de patiënt of diens vertegenwoordiger die handelt naar de wil van de patiënt.³⁰⁰ De beginselen doen dan niet meer ter zake omdat de patiënt hierover zelf heeft beschikt. Wel kunnen de beginselen een rol spelen bij de vorm van anticonceptie, omdat de lichtste vorm zal moeten prevaleren.³⁰¹

Houdt preventief ingrijpen door middel van kinderbeschermingsmaatregelen stand bij de toetsing van de beginselen?³⁰² Van belang bij maatregelen is dat deze evenredig zijn. Ze moeten in een redelijke verhouding staan tot het geoorloofde doel en een dringende

²⁹⁷ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 41.

²⁹⁸ Paul Vlaardingerbroek, 'Kinderbescherming vóór de conceptie?!', in Mr. A.P. van der Linden (red.), *Honderd jaar zorg om het kind*, Deventer, Kluwer 2006, p. 90.

²⁹⁹ Paul Vlaardingerbroek, 'Kinderbescherming vóór de conceptie?!', in Mr. A.P. van der Linden (red.), *Honderd jaar zorg om het kind*, Deventer, Kluwer 2006, p. 91; Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 97.

³⁰⁰ Zie paragraaf 3.3.

³⁰¹ Kees Blankman, 'Juridische vragen rond de kindervens en het ouderlijk gezag van verstandelijk gehandicapte ouders', in K. Blankman e.a., 'Meesterlijk groot voor de kleintjes; opstellen aangeboden aan professor mr. J. E. Doek ter gelegenheid van zijn emeritaat', Alphen a/d Rijn, Kluwer 2006, p. 254.

³⁰² Paul Vlaardingerbroek, 'Kinderbescherming vóór de conceptie?!', in Mr. A.P. van der Linden (red.), *Honderd jaar zorg om het kind*, Deventer, Kluwer 2006, p. 90.

maatschappelijke behoefte dienen. Daarbij is niet voldoende om te toetsen of de staat redelijk, te goeder trouw en zorgvuldig te werk is gegaan. Van belang is of de redenen voor de inmenging zowel relevant als voldoende zijn in het licht van de omstandigheden van het geval.³⁰³

Hoewel de overheid op grond van het recht van de jeugdige op verzorging en opvoeding de plicht heeft te zorgen dat een vervangend opvoedingsmilieu geboden wordt³⁰⁴, is de vraag of dit ook preventief geldt bij verstandelijk gehandicapte ouders nog onbeantwoord. Of preventief ingrijpen met vroegtijdige kinderbeschermingsmaatregelen deze subsidiariteit- en proportionaliteitstoetsen zal doorstaan is mij twijfelachtig. Voor een kinderbeschermingsmaatregel is het nodig dat het kind ernstig wordt bedreigd in zijn geestelijke en lichamelijke ontwikkeling.³⁰⁵ Bij preventieve maatregelen is deze situatie nog niet ontstaan, ze zijn immers preventief. De grond voor de maatregelen is dus nog afwezig, bovendien hebben de ouders ook niet kunnen bewijzen of zij in staat zijn om het kind op te voeden en eventueel met hulp van anderen of instanties tot verantwoord ouderschap in staat zijn. Maatregelen zoals het ontnemen van het gezag enkel door de vrees dat het misschien fout gaat is onvoldoende grond en een te grote inbreuk op de rechten van de ouders; een lichtere bescherming is wellicht mogelijk en voldoende.

Wanneer ouders echter zo evident onmachtig zijn hun kind op te voeden en echt nooit in staat zullen zijn tot enigszins verantwoord ouderschap moet preventie mogelijk zijn. Deze voorwaarden moeten echter zeer streng zijn en bovendien blijft de vraag bestaan hoe moet worden bepaald dat deze situatie bestaat? Willems geeft hiervoor mogelijkheden. Zo noemt hij de mogelijkheid van het vooraf screenen van alle ouders.

³⁰³ M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag; 'a whole code of juvenile law'*, (diss Leiden 1994), p. 303.

³⁰⁴ Miek de Langen, *Recht voor jeugdigen*, (diss Utrecht 1973), Alphen aan de Rijn, Samson Uitgeverij 1973, p. 23-24.

³⁰⁵ Artikel 1:254 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek stelt dat het mogelijk is om in te grijpen in een bedreigende situatie wanneer de lichamelijke of geestelijke ontwikkeling van de jeugdige wordt bedreigd.

Echter naast praktische bezwaren zou dit ook een te vergaande vorm van overheidsingrijpen betekenen. Volgens Willems dient de overheid de ouders ook niet a priori te wantrouwen.³⁰⁶ Onderscheid kan immers niet gemaakt worden op grond van het non-discriminatiebeginsel van artikel 14 EVRM.

Het beginsel van subsidiariteit en effectiviteit eist dat de minst ingrijpende maatregel moet worden gekozen. Preventieve kinderbeschermingsmaatregelen of preventieve anticonceptie zijn zware maatregelen die moeten voldoen aan zware eisen. Lichtere maatregelen zijn echter vaak mogelijk. Het blijft natuurlijk altijd moeilijk te zeggen welke maatregelen voldoende zullen zijn om het tij te keren. Toch zal niet te snel naar de zwaarste methode moeten worden gegrepen.³⁰⁷ Er zal goed moeten worden gekeken door professionals of het verantwoord is om het aan te kijken. Aankijken kan een legitieme en terechte keuze zijn, maar kan ook een risico inhouden.³⁰⁸ Hierbij gaat het om de vraag of het een aanvaardbaar risico is om nog even aan te kijken.³⁰⁹

Overigens geeft Flinterman als aanbeveling dat preventie ook kan liggen in een bijzondere vorm van bijstand. Zij geeft aan dat, mochten zwakbegaafde ouders kinderen kunnen krijgen, de overheid ervoor dient te zorgen dat er voldoende huizen zijn waar deze ouders 24 uur per dag, beschermd worden door hulpverleners zodat deze voor de kinderen kunnen zorgen.³¹⁰ De overheid kan dan de ontwikkeling van een voldoende

³⁰⁶ A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht*, (diss Utrecht 2002), Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 165, J.C.M. Willems, *Wie zal de opvoeders opvoeden?*, Den Haag, T.M.C. Asser Press 1999, p. 356.

³⁰⁷ In dit geval spreek ik van preventieve kinderbeschermingsmaatregelen of preventieve anticonceptie als zwaarste maatregelen.

³⁰⁸ Ellen Siegert, *Preventie van kindermishandeling als realistische optie: niet aankijken, maar aanpakken!*, in Huub van 't Hek (red.), *'Kinderen eerst...'*, Assen, Van Gorcum 2006, p. 25.

³⁰⁹ Ellen Siegert, *Preventie van kindermishandeling als realistische optie: niet aankijken, maar aanpakken!*, in Huub van 't Hek (red.), *'Kinderen eerst...'*, Assen, Van Gorcum 2006, p. 25.

5; De vraag is echter of professionals de grens kunnen en durven trekken om het zekere voor het onzekere te nemen om het belang van het kind te garanderen.; zoalng het een aanvaardbaar risico is, is er blijkbaar nog niets gebeurd en is er dus ook geen bedreigende situatie.

³¹⁰ Dia Flinterman, *'Het ongeboren recht op ongeschonden bestaan'*, in Huub van 't Hek (red.), *'Kinderen eerst...'*, Assen, Van Gorcum 2006, p. 17.

mate pedagogisch besef bij alle soorten ouders trachten te bevorderen.³¹¹ In het kader van de proportionaliteits-, effectiviteits- en de subsidiariteitstoets is dit mijns inziens een betere manier om de problemen van ouders met een verminderde ouderschapscompetentie op te lossen, omdat op deze manier de minste inbreuk wordt gemaakt op de rechten van de ouders en toch het belang van het kind niet wordt vergeten.

³¹¹ A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht*, (diss Utrecht 2002), Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 165; De ouders wier pedagogische mogelijkheden te kort schieten hebben principieel het recht op bijstand vanuit de samenleving. En de samenleving heeft de plicht die voorzieningen te scheppen die de noodzakelijke opvoedkundige hulp voor hen beschikbaar te stellen.

Hoofdstuk 4 **Gedwongen sterilisatie bij verstandelijk gehandicapten?**

§ 4.1 Medische noodzaak

Preventieve kindbeschermingsmaatregelen zijn dus moeilijk te rechtvaardigen. Ook preventieve anticonceptie is niet snel mogelijk; hiervoor is immers toestemming nodig op grond van de Wgbo. Dat verstandelijk gehandicapte ouders met een kinderwens deze toestemming zullen geven lijkt een fictie. In zo'n geval blijft de situatie bestaan dat gevreesd kan worden of het kind er wel baat bij heeft om geboren te worden. Een stap verder gaat dan ook de vraag of sterilisatie als uiterste middel kan worden toegepast als de verstandelijk gehandicapte absoluut niet in staat zou zijn om een kind op te voeden.³¹² Op deze manier kan worden voorkomen dat men later moet ingrijpen.³¹³

Sterilisatie is een operatieve ingreep waarbij de zaadleiters dan wel eileiders ondoorgankelijk worden gemaakt met de bedoeling een definitieve onvruchtbaarheid te bewerkstelligen bij de betreffende man of vrouw. De man of vrouw bij wie de sterilisatie zal worden uitgevoerd zal in beginsel voor de ingreep, na daarover te zijn geïnformeerd, toestemming moeten geven.³¹⁴ Op de sterilisatie en de uitvoering daarvan is de Wgbo namelijk van toepassing.³¹⁵ Zoals we hebben gezien is het hierbij van belang of de verzoeker wilsbekwaam is de toestemming te geven.³¹⁶ Zeker als het om mensen gaat die onvoldoende in staat zijn om de gevolgen te overzien, zoals het geval kan zijn bij mensen met een verstandelijke handicap, is uiterste zorgvuldigheid bij indicatiestelling

³¹² L.E. Kalkman-Bogerd, 'Juridische vraagstukken rond het begin van het leven', in D.P. Engberts en L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2006, p. 72.

³¹³ Al dan niet preventief door middel van kindbeschermingsmaatregelen.

³¹⁴ Soms geschiedt het uitvoeren van de ingreep op medische indicatie, maar meestal wordt om niet medische redenen om sterilisatie verzocht; L.E. Kalkman-Bogerd, 'Toestemming en informatie bij sterilisatie', *FJR 1992-3*, p. 50.

³¹⁵ Ook als het gaat om een niet medisch geïndiceerde ingreep is er toch sprake van een medische behandeling die volgt uit artikel 7.446 lid 2 sub b BW.

³¹⁶ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 106; voor een onomkeerbare ingreep is dit helemaal van groot belang; M.C.I.H. Biesart, 'Sterilisatie van mensen met een verstandelijke handicap: herzien Advies van de Inspectie voor de Gezondheidszorg', *TvGR nr. 5/2000*, p. 280.

en besluitvorming geboden.³¹⁷ Bij een medisch niet-geïndiceerde ingreep is de informatieplicht van de arts zeer zwaar gesteld, omdat toestemming afhankelijk zal zijn van de informatie die de arts zal geven.³¹⁸

Wanneer er sprake is van een medische noodzaak kan gerechtvaardigd een inbreuk op artikel 12 EVRM en het zelfbeschikkingsrecht gemaakt worden.³¹⁹ In zo'n situatie kan sterilisatie ook zonder de vereiste toestemming plaatsvinden. Het achterwege laten van het vragen van toestemming is slechts gerechtvaardigd indien er sprake is van een noodtoestand. Het uitvoeren van de ingreep moet onverwijld noodzakelijk zijn en de betrokkene moet op dat moment niet in staat zijn toestemming te geven. Een dergelijke noodsituatie wordt echter niet snel aangenomen; slechts het voorkomen van een zwangerschap wordt dan ook niet geacht te vallen onder deze 'noodzaak'.³²⁰ Soms geschiedt het uitvoeren van de ingreep op medische indicatie, maar meestal wordt om niet medische redenen om sterilisatie verzocht.³²¹ Zijn er dan ook omstandigheden waarbij toestemming niet is vereist voor de ingreep en dat gedwongen kan worden gesteriliseerd? En hoe zit dat in het geval van verstandelijk gehandicapten? In de volgende paragrafen zullen deze vragen worden beantwoord.

³¹⁷ M.C.I.H. Biesart, 'Sterilisatie van mensen met een verstandelijke handicap: herzien Advies van de Inspectie voor de Gezondheidszorg', *TvGR nr. 5/2000*, p. 280; De beoordeling van de wilsbekwaamheid dient te zijn toegesneden op het vermogen tot begrip van de aanleiding tot anticonceptie, en van de gevolgen van het niet gebruiken daarvan, namelijk zwangerschap en alle plichten die dat met zich meebrengt; Kees Blankman, 'Juridische vragen rond de kindwens en het ouderlijk gezag van verstandelijk gehandicapte ouders', in K. Blankman e.a., 'Meesterlijk groot voor de kleintjes; opstellen aangeboden aan professor mr. J. E. Doek ter gelegenheid van zijn emeritaat', Alphen a/d Rijn, Kluwer 2006, p. 252-253; de arts zal moeten nagaan of het wel echt de wens is om een kind tot diens volwassenheid op te voeden; of de betrokkene een realistisch beeld heeft van ouderschap en zich bewust is van de daarmee gepaard gaande last; ook dient de ouderschapscompetentie (verantwoord ouderschap) beoordeeld te worden; en het sociale netwerk ter ondersteuning van de betrokkene bij het opvoedproces in kaart te worden gebracht; Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 46, 74, 79.

³¹⁸ M.C.I.H. Biesart, 'Sterilisatie van mensen met een verstandelijke handicap: herzien Advies van de Inspectie voor de Gezondheidszorg', *TvGR nr. 5/2000*, p. 281.

³¹⁹ M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag; 'a whole code of juvenile law'*, (diss Leiden 1994), p. 326.

³²⁰ L.E. Kalkman-Bogerd, 'Toestemming en informatie bij sterilisatie', *FJR 1992-3*, p. 50.

³²¹ L.E. Kalkman-Bogerd, 'Toestemming en informatie bij sterilisatie', *FJR 1992-3*, p. 50.

§ 4.2 Belang van het kind als zelfstandige grond?

Sterilisatie wordt vaak op niet medisch geïndiceerde gronden verzocht.

Vertegenwoordigers (vaak ouders) verzoeken om sterilisatie van de gehandicapte omdat er een aanmerkelijke kans is op gehandicapte kinderen; een andere reden kan zijn omdat deze gehandicapten niet zelfstandig kinderen zullen kunnen verzorgen en opvoeden.³²² Het belang van het toekomstig kind speelt hierin een belangrijke rol. Kan dit belang voldoende zijn om gedwongen anticonceptie van de gehandicapte te rechtvaardigen?

In een antwoord op deze vraag kunnen we kort zijn. De vraag of gedwongen anticonceptie louter op basis van het belang van het toekomstig kind kan worden toegepast moet ontkennend worden beantwoord. Zo meent ook de Gezondheidsraad, waarbij deze wel aanmerkt grote waarde te hechten aan de preventie van onverantwoord ouderschap.³²³ Het belang van het toekomstig kind als zelfstandige grond is onvoldoende om gedwongen sterilisatie mogelijk te maken. Sterilisatie moet ook (en vooral) in het belang van de verstandelijk gehandicapte zijn, zo niet, dan is er sprake van een ongerechtvaardigde inbreuk op artikel 12 EVRM.³²⁴

Of er naast het belang van het toekomstig kind ook een belang voor de gehandicapte is, blijkt niet altijd een makkelijke toets. Kalkman-Bogerd geeft een indicatie om vast te stellen of sterilisatie in het belang van de gehandicapte is. Zij stelt dat dit het geval is als de verstandelijk gehandicapte seksueel actief is; er geen reële alternatieven zijn om zwangerschap te voorkomen; er geen uitzicht is op verbetering van de situatie van de verstandelijk gehandicapte; zij geen verband ziet tussen seksuele handelingen en

³²² M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag; 'a whole code of juvenile law'*, (diss Leiden 1994), p. 326.

³²³ Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 13.

³²⁴ M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag; 'a whole code of juvenile law'*, (diss Leiden 1994), p. 326.

zwangerschap; en waarschijnlijk het kind niet zelf zal kunnen opvoeden.³²⁵ De Bruijn-Lückers stelt voor die toetsing aan de rechter voor te leggen als extra objectieve waarborg.³²⁶ Duidelijk moet dus in ieder geval zijn dat het belang van het kind als zelfstandige grond onvoldoende is om een gehandicapte gedwongen te steriliseren.

Voorts is nog aan te merken dat, ook wanneer de gehandicapte nog minderjarig is, toestemming niet kan komen van een ouder. De ouderlijke macht reikt niet zover dat ouders toestemming mogen geven voor een sterilisatie van een gehandicapt kind.³²⁷ In een handreiking aan artsen inzake toepassing van de Wgbo wordt gesteld dat een verzoek tot toepassing van de sterilisatie op jonge leeftijd uitgesteld zou moeten worden totdat de minderjarige een leeftijd heeft bereikt waarop hij of zij wilsbekwaam geacht zou kunnen worden.³²⁸ Ook het advies van de Gezondheidsraad geeft aan dat sterilisatie op jonge leeftijd niet wenselijk is.³²⁹

³²⁵ L.E. Kalkman-Bogerd, 'Toestemming en informatie bij sterilisatie', *FJR* 1992-3, p. 52-53.

³²⁶ M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag; 'a whole code of juvenile law'*, (diss Leiden 1994), p. 326.

³²⁷ M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag; 'a whole code of juvenile law'*, (diss Leiden 1994), p. 326; H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 105.

³²⁸ Handreiking aan artsen inzake toepassing van de Wgbo. Van wet naar praktijk, implementatie Wgbo deel 2 informatie en toestemming, juni 2004; Kees Blankman, 'Juridische vragen rond de kindwens en het ouderlijk gezag van verstandelijk gehandicapte ouders', in K. Blankman e.a., 'Meesterlijk groot voor de kleintjes; opstellen aangeboden aan professor mr. J. E. Doek ter gelegenheid van zijn emeritaat', Alphen a/d Rijn, Kluwer 2006, p. 248.

³²⁹ Kees Blankman, 'Juridische vragen rond de kindwens en het ouderlijk gezag van verstandelijk gehandicapte ouders', in K. Blankman e.a., 'Meesterlijk groot voor de kleintjes; opstellen aangeboden aan professor mr. J. E. Doek ter gelegenheid van zijn emeritaat', Alphen a/d Rijn, Kluwer 2006, p. 248; Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 21; M.C.I.H. Biesart, 'Sterilisatie van mensen met een verstandelijke handicap: herzien Advies van de Inspectie voor de Gezondheidszorg', *TvGR* nr. 5/2000, p. 291.

§ 4.3 Wens vs Dwang

De botsende belangen van ouder en kind geven aanleiding voor vele moeilijke vraagstukken. Ook hier is het van groot belang, want welk recht moet prevaleren? Het belang van het kind kan geen zelfstandige grond zijn om gedwongen sterilisatie toe te passen. Inbreuken op de fundamentele rechten³³⁰ zijn aan strikte eisen verbonden. Onvrijwillige sterilisatie is in beginsel mishandeling³³¹; het zou immers een grote inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht, de lichamelijke integriteit³³² en een schending van artikel 12 EVRM betekenen.³³³ Ook gedwongen sterilisatie zal aan deze eisen moeten voldoen. Voor een medische behandeling is toestemming nodig van de patiënt mits deze wilsbekwaam te achten is.³³⁴ In beginsel is het toepassen van dwang bij een wilsonbekwame patiënt die zich fysiek of verbaal verzet tegen behandeling niet toegestaan. Slechts als behandeling nodig is om ernstig nadeel te voorkomen verandert de situatie, zo volgt uit artikel 7:465 lid 6 BW.³³⁵

Artikel 11 Grondwet³³⁶ beschermt dan ook tegen dwang, omdat het bij dwang en drang gaat om een inbreuk op de lichamelijke integriteit. Bij wettelijke beperking daarvan dient de grootst mogelijke terughoudendheid in acht te worden genomen.³³⁷ Sterilisatie is een ingrijpende verrichting die inbreuk maakt op de lichamelijke integriteit en in principe onomkeerbaar is en diep ingrijpt in de persoonlijke levenssfeer en het recht op

³³⁰ Hiermee doel ik op het zelfbeschikkingsrecht, artikel 12 EVRM en artikel 8 EVRM zoals besproken in hoofdstuk 1.

³³¹ Op basis van artikel 300 en 302 Wetboek van Strafrecht.

³³² H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 104.

³³³ M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag; 'a whole code of juvenile law'*, (diss Leiden 1994), p. 325.

³³⁴ En anders van de vertegenwoordiger die in het belang van de patiënt besluit.

³³⁵ Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 51.

³³⁶ Artikel 11 Gw luidt: Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam.

³³⁷ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 220-221.

zelfbeschikking.³³⁸ Wanneer de patiënt geen toestemming heeft gegeven voor de behandeling, zal deze zich hoogstwaarschijnlijk verzetten tegen een behandeling. Toch zijn er omstandigheden dat aan deze weigering van toestemming en verzet voorbij gegaan kan worden. Dwang en drang zijn gebonden aan een aantal criteria. Zo moeten zij noodzakelijk zijn voor de bereiking van het doel; betrekkelijk gevaarloos en betrekkelijk pijnloos zijn; de kwantiteit van de handeling moet binnen redelijke grenzen blijven; de sociale gevolgen moeten redelijk aanvaardbaar zijn; en de patiënt moet een redelijk beraden beslissing kunnen nemen.³³⁹

De toestemming van de vertegenwoordiger van een wilsonbekwame patiënt verliest zijn rechtskracht wanneer de patiënt zich verzet.³⁴⁰ De Wgbo maakt dwangbehandeling mogelijk, maar bepaalt dat verzet van een ter zake wilsonbekwame verstandelijk gehandicapte, fysiek of verbaal, tegen een ingrijpende verrichting, hetgeen sterilisatie ongetwijfeld is, alleen kan worden gepasseerd bij de volstreekte noodzakelijkheid om ernstig nadeel voor de gehandicapte te voorkomen.³⁴¹ Het belang van het kind komt in deze regeling niet als zelfstandig belang voor.³⁴² Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat ernstig nadeel stringent moet worden ingevuld. Intens verdriet door afstand te moeten doen van het kind, valt hier niet onder; ook een beperking in sociale vrijheid door de

³³⁸ L.E. Kalkman-Bogerd, 'Toestemming en informatie bij sterilisatie', *FJR 1992-3*, p. 51; De onaantastbaarheid van het menselijk lichaam heeft twee aspecten: het recht te worden gevrijwaard van schendingen van en inbreken op het lichaam door anderen; en het recht om zelf over het lichaam te beschikken; zie ook hoofdstuk 1; H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 49.

³³⁹ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 221.

³⁴⁰ H.E.G.M. Hermans en M.A.J.M. Buijsen, *Recht en gezondheidszorg*, Maarssen, Elsevier Gezondheidszorg 2006, p.148.

³⁴¹ M.C.I.H. Biesart, 'Sterilisatie van mensen met een verstandelijke handicap: herzien Advies van de Inspectie voor de Gezondheidszorg', *TvGR nr. 5/2000*, p. 284; ook in de wet BOPZ kan door verzet van de wilsonbekwame patiënt voorbijgegaan worden aan de toestemming van de vertegenwoordiger, in de wet BOPZ wordt onder verzet verstaand elke gedraging waaruit blijkt dat de patiënt zich verzet of geen bereidheid vertoont, zoals actief verzet, (willen) wegelopen, niet willen praten, in bed blijven liggen en weigeren.

³⁴² Kees Blankman, 'Juridische vragen rond de kindervens en het ouderlijk gezag van verstandelijk gehandicapte ouders', in K. Blankman e.a., 'Meesterlijk groot voor de kleintjes; opstellen aangeboden aan professor mr. J. E. Doek ter gelegenheid van zijn emeritaat', Alphen a/d Rijn, Kluwer 2006, p. 254-255; L.E. Kalkman-Bogerd, 'Juridische vraagstukken rond het begin van het leven', in D.P. Engberts en L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2006, p. 72.

zwangerschap valt hier niet onder.³⁴³ In situaties waarin het ernstig nadeel geen betrekking heeft op de verstandelijk gehandicapte maar op het kind dat zonder de ingreep mogelijk wordt geboren biedt de Wgbo-regeling geen ruimte voor sterilisatie als de verstandelijk gehandicapte zich verzet.³⁴⁴ Zelfs de kans op een ernstige handicap van het toekomstige kind kan geen grond vormen om, ondanks verzet, te steriliseren.³⁴⁵ Deze kans wordt slechts meegewogen voor zover dit met zich meebrengt dat een zwaardere opvoedingstaak voor de toekomstige moeder wordt geschapen.³⁴⁶

Een enkele opmerking nog over wilsonbekwame patiënten. In geval er sprake is van een wilsonbekwame patiënt en de vertegenwoordiger toestemming heeft gegeven, ligt het namelijk iets moeilijker. Verzet is soms lastig te herkennen, veel mensen met een verstandelijke handicap kunnen zich niet verzetten, ook gebeurt het nogal eens dat hun gedrag niet wordt erkend als verzet.³⁴⁷ Hier speelt onderzoek van de hulpverlener een grote rol.³⁴⁸ Wilsonbekwaamheid op zich is onvoldoende grond om inbreuk te maken op de persoonlijke integriteit van de patiënt en dwang toe te passen.³⁴⁹

³⁴³ Schade door zwangerschap en bevalling, of emotionele schok door het weghalen van het kind vlak na de geboorte kunnen hier wel onder vallen; L.E. Kalkman-Bogerd, 'Juridische vraagstukken rond het begin van het leven', in D.P. Engberts en L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2006, p. 72; artikel 7:465 lid 6 BW.

³⁴⁴ L.E. Kalkman-Bogerd, 'Juridische vraagstukken rond het begin van het leven', in D.P. Engberts en L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2006, p. 72.

³⁴⁵ M.C.I.H. Biesart, 'Sterilisatie van mensen met een verstandelijke handicap: herzien Advies van de Inspectie voor de Gezondheidszorg', *TvGR nr. 5/2000*, p. 285.

³⁴⁶ M.C.I.H. Biesart, 'Sterilisatie van mensen met een verstandelijke handicap: herzien Advies van de Inspectie voor de Gezondheidszorg', *TvGR nr. 5/2000*, p. 291; deze zware opvoedingstaak moet, om gedwongen te steriliseren, een ernstig nadeel voor de moeder met zich mee brengen waardoor op deze grond gedwongen kan worden gesteriliseerd. Niet zozeer het belang van het kind telt hier dus, maar het belang van de moeder telt hier.

³⁴⁷ L.A.P. Arends en B.J.M. Frederiks, 'Vrijheidsbeperking in de psychogeriatric en verstandelijke gehandicaptenzorg: de contouren van een nieuwe regeling', *TvGR nr. 2/2006*, p. 103

³⁴⁸ Meer over dit onderzoek in §4.4.

³⁴⁹ Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 51.

Al met al moet de conclusie zijn dat, in beginsel, degene bij wie sterilisatie verzocht wordt beschikking heeft over het eigen lichaam³⁵⁰ en dat men moet uitgaan van toestemming van de patiënt als voorwaarde voor sterilisatie ondanks een verstandelijke beperking. Daarnaast kan er alleen worden voorbijgegaan aan verzet als er ernstig medisch of psychosociaal nadeel voor de betrokkene zelf op zal volgen.³⁵¹ Dwang is in principe niet mogelijk als er geen noodsituatie is. Drang is echter een minder vergaande figuur, omdat de keuze uiteindelijk nog steeds bij de patiënt blijft. Vlaardingerbroek acht deze drang dan ook wel een toelaatbare methode.³⁵² Drang is bijvoorbeeld gelegen in aandringen op een keuze of het ontmoedigen van de kinderwens bij verstandelijk gehandicapten. Ook de Nederlandse Vereniging van Artsen voor Verstandelijk Gehandicapten meent dat ontmoedigingsbeleid de beste en meest effectieve vorm van preventie is die op nummer één zou moeten staan.³⁵³

³⁵⁰ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 105.

³⁵¹ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 107.

³⁵² Paul Vlaardingerbroek, 'Kinderbescherming vóór de conceptie?!', in Mr. A.P. van der Linden (red.), *Honderd jaar zorg om het kind*, Deventer, Kluwer 2006, p. 92.

³⁵³ Nederlandse Vereniging van Artsen voor Verstandelijk Gehandicapten, *NVAVG-Standaard 1; Omgaan met vragen omtrent kinderwens en anticonceptie bij mensen met een verstandelijke handicap*, oktober 2005, p. 4.

§ 4.4 De praktische problemen en het beginsel van goed hulpverlenerschap

Behalve het feit dat gedwongen sterilisatie alleen in zeer bijzondere situaties mogelijk is, is er nog een drempel uit de Wgbo te nemen om daadwerkelijk tot sterilisatie over te gaan. Niet alleen toestemming is een vereiste ook het beginsel van goed hulpverlenerschap en goede zorg ligt als medisch beginsel ten grondslag aan de Wgbo.³⁵⁴ In artikel 453 van de Wgbo is de norm van goed hulpverlenerschap geformuleerd.³⁵⁵ De hulpverlener is gehouden als goed hulpverlener te handelen met inachtneming van hun professionele standaard.³⁵⁶

De norm van goed hulpverlenerschap ligt dichtbij het beginsel van zelfbeschikking dat uitgaat van de menselijke waardigheid.³⁵⁷ Hulpverlening in de gezondheidszorg behoort de zelfbeschikking van mensen niet te beperken maar juist te bevorderen, ook al kan dit betekenen dat de rechten tijdelijk worden ingeperkt.³⁵⁸ De beperkingen dienen echter niet verder te gaan dan in verband met de aard van de hulp noodzakelijk is, ook heeft de hulpverlener niet het recht zijn morele opvattingen, bijvoorbeeld over abortus en euthanasie aan de patiënt op te leggen.³⁵⁹ Dit zou mijns inziens bij gedwongen sterilisatie niet anders moeten zijn.

Op basis van de norm van goed hulpverlenerschap is een arts niet verplicht op een verzoek tot sterilisatie in te gaan. Hij maakt professioneel autonoom zijn eigen afweging

³⁵⁴ Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 10.

³⁵⁵ Artikel 7:453 BW luidt: De hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen en handelt daarbij in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard; D.P. Engberts, 'Relatie arts-patiënt', in D.P. Engberts en L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2006, p. 36.

³⁵⁶ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 106.

³⁵⁷ A.C. Hendriks, B.J.M. Frederiks, M.A. Verkerk, 'Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien', *TvGR nr. 1/2008*, p. 3.

³⁵⁸ Hierbij is te denken aan narcose, bedrust en ingrepen in het lichaam.

³⁵⁹ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 38-39.

of hij sterilisatie in het concrete geval nodig acht.³⁶⁰ Hierbij dient het belang van de gehandicapte centraal te staan en zullen zij moeten onderzoeken of het doel niet ook op minder ingrijpende wijze kan worden bereikt.³⁶¹ Goede zorg is zorg die individueel gericht is, in de zin dat het aansluit bij de wensen en behoeften van de patiënt, en bijdraagt aan de ontplooiing in de zin van zelfverwerkelijking en authenticiteit van de betrokkenen.³⁶² Het zelf is een dynamisch zelf dat steeds in ontwikkeling blijft, wat ook met zich brengt dat telkens moet worden gevraagd of deze beslissing of die keuze er een is die (nog) bij het zelf past. Goede zorg en goed hulpverlenerschap staan als het ware in dienst om die vrijheid teweeg te brengen.³⁶³

Goede zorg veronderstelt een actieve zorgplicht van de hulpverlener. De hulpverlener moet inspelen op de situatie en rekening houden met de mogelijkheden van de patiënt.³⁶⁴ De weg van goed hulpverlenerschap zal de arts hierin de weg moeten leiden.³⁶⁵ De hulpverlener heeft hier wel ondersteuning voor nodig; pas wanneer er voldoende ondersteuning³⁶⁶, is van patiënten en hulpverleners in de afwegingen rond

³⁶⁰ M.C.I.H. Biesart, 'Sterilisatie van mensen met een verstandelijke handicap: herzien Advies van de Inspectie voor de Gezondheidszorg', *TvGR nr. 5/2000*, p. 285-286; L.E. Kalkman-Bogerd, 'Toestemming en informatie bij sterilisatie', *FJR 1992-3*, p. 51.

³⁶¹ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 107; Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 56.

³⁶² B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijk handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 101-103 en 81; A.C. Hendriks, B.J.M. Frederiks, M.A. Verkerk, 'Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien', *TvGR nr. 1/2008*, p. 17; de intentie van het recht op goede zorg is ook om de mogelijkheden van mensen met een verstandelijke handicap zoveel mogelijk tot ontplooiing te brengen; B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijk handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 75.

³⁶³ A.C. Hendriks, B.J.M. Frederiks, M.A. Verkerk, 'Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien', *TvGR nr. 1/2008*, p. 6.

³⁶⁴ B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijk handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 102.

³⁶⁵ M.C.I.H. Biesart, 'Sterilisatie van mensen met een verstandelijke handicap: herzien Advies van de Inspectie voor de Gezondheidszorg', *TvGR nr. 5/2000*, p. 291.

³⁶⁶ Ondersteuning kan bijvoorbeeld door, netwerkontwikkeling en ondersteuning van het sociale netwerk van de verstandelijk gehandicapte of door professionele hulp bij de beoordeling; Nederlandse Vereniging van Artsen voor Verstandelijk Gehandicapten, *NVAVG-Standaard 1; Omgaan met vragen omtrent kindwens en anticonceptie bij mensen met een verstandelijke handicap*, oktober 2005, p. 4.

ouderschap en anticonceptie, kan het principe van gelijkwaardig burgerschap voor mensen met een verstandelijke handicap ook in de praktijk betekenis krijgen.³⁶⁷

Een arts die wordt geconfronteerd met een verzoek om anticonceptie moet zich met behulp van het goed hulpverlenerschap een oordeel vormen over de mogelijkheden van de patiënt, de wenselijkheid van anticonceptie en eventueel de vorm hiervan.³⁶⁸ Ook in een geval van IVF is een hulpverlener moreel verplicht zijn medewerking voor sterilisatie te weigeren wanneer hij van mening is dat het kind terecht zal komen in een situatie waar het met zware risico's voor zijn psychologisch sociale ontwikkeling zal worden belast.³⁶⁹ Omgedraaid betekent dit voor sterilisatie mijns inziens dat een hulpverlener ook zijn medewerking moet weigeren als hij verwacht dat het kind niet wordt belast met zware risico's voor zijn psychologisch sociale ontwikkeling of als er andere mogelijkheden zijn om deze belasting te voorkomen dan wel te verminderen.

Het uiteindelijke doel bij behandelingen van verstandelijk gehandicapten moet gericht zijn op het doormaken van een ontwikkeling. Goed hulpverlenerschap betekent dat elke beslissing over anticonceptie wordt getoetst aan de vraag of de anticonceptie bijdraagt aan de kwaliteit van bestaan van de patiënt. De arts zal hiervoor moeten kijken naar het zelfbeschikkingsrecht en dus naar het standpunt van de patiënt.³⁷⁰ Bij verstandelijk gehandicapten met een kinderwens zal anticonceptie, en zeker gedwongen sterilisatie, niet wenselijk zijn en indruisen tegen het beginsel van goed hulpverlenerschap. Dit brengt de vraag met zich mee wie een gedwongen sterilisatie gaat uitvoeren? Goed hulpverlenerschap zal zich hier, zeker bij gedwongen sterilisatie, immers tegen verzetten. Benadrukt moet worden dat de hulpverlener een eigen verantwoordelijkheid heeft, in

³⁶⁷ Persbericht gezondheidsraad, 'Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap', 23 oktober 2002.

³⁶⁸ Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 60.

³⁶⁹ M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag; 'a whole code of juvenile law'*, (diss Leiden 1994) p. 327.

³⁷⁰ Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 12 en 60.

verband met de zorg die een goed hulpverlener bij zijn werkzaamheden in acht behoort te nemen; dit betekent onder meer dat een hulpverlener niet gedwongen kan worden overeenkomstig de wens van de vertegenwoordiger een behandeling te verrichten, wanneer hij deze niet verenigbaar acht met de zorg van een goed hulpverlener.³⁷¹

Gedwongen sterilisatie is, aan de hand van goed hulpverlenerschap, enkel mogelijk wanneer het *niet*-handelen onverenigbaar is met de zorg van een goed hulpverlener³⁷² zoals in een noodsituatie. Waaronder overigens de enkele preventie van het krijgen van kinderen niet valt.³⁷³

Het recht op goede zorg is een goede balans tussen bescherming en zelfbeschikking, beiden zijn nodig om uiteindelijk een bijdrage te leveren aan het recht op ontplooiing van de gehandicapte. Het uiteindelijke doel van bescherming is dat deze functioneel bijdraagt aan de ontwikkeling van mensen met een verstandelijke handicap. Met andere woorden; bescherming wordt ingezet om de zelfstandigheid van patiënten te bevorderen.³⁷⁴ Hoe een gedwongen onomkeerbare methode hieraan zou kunnen bijdragen is in de situatie van het merendeel van de verstandelijk gehandicapten dan ook onbegrijpelijk.

³⁷¹ Ministerie van Justitie, *Handreiking voor de beoordeling van wilsbekwaamheid (voor de hulpverlener)*, januari 2007, p. 15; In buitenlandse literatuur zijn randvoorwaarden te vinden waaraan in elk geval zal moeten worden voldaan om gedwongen te kunnen steriliseren. Het moet gaan om een seksueel actieve verstandelijk gehandicapte die niet in staat is het verband tussen en de gevolgen van handicaptengemeenschap, zwangerschap en bevalling te begrijpen waardoor dit zeer traumatische ervaringen kunnen zijn. Het moet gaan om een verstandelijk gehandicapte, die als ouder niet in staat zal zijn tot verzorging en opvoeding van het kind. De kans op ernstig gehandicapte kinderen wordt slechts meegewogen voor zover dat een zwaardere opvoedingstaak met zich meebrengt; M.C.I.H. Biesart, 'Sterilisatie van mensen met een verstandelijke handicap: herzien Advies van de Inspectie voor de Gezondheidszorg', *TvGR nr. 5/2000*, p. 291; L.E. Kalkman-Bogerd, 'Toestemming en informatie bij sterilisatie', *FJR 1992-3*, p. 52.

³⁷² Kees Blankman, *Juridische vragen rond de kinderwens en het ouderlijk gezag van verstandelijk gehandicapte ouders*, in K. Blankman e.a., 'Meesterlijk groot voor de kleintjes; opstellen aangeboden aan professor mr. J. E. Doek ter gelegenheid van zijn emeritaat', Alphen a/d Rijn, Kluwer 2006, p. 250.

³⁷³ Zie voetnoot 324.

³⁷⁴ B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijk handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 75; De menselijke waardigheid is de meest fundamentele waarde van ons recht en ligt daarmee ten grondslag aan de inkleuring van de begrippen autonomie en goede zorg; A.C. Hendriks, B.J.M. Frederiks, M.A. Verkerk, 'Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien', *TvGR nr. 1/2008*, p. 9

Gedwongen anticonceptie die omkeerbaar is kan te allen tijde worden ingetrokken en is in verhouding met het EVRM verenigbaar als de kinderrechter de maatregel enkel voor bepaalde tijd kan opleggen op basis van een goed onderbouwd onderzoek; de maatregel omkeerbaar is en deze maatregel ook kan worden ingetrokken, zo stelt Kok.³⁷⁵ Zowel uit de hulpverlenerspraktijk als de ethiek wordt de verdergaande mogelijkheid van gedwongen sterilisatie bij gehandicapten vaak besproken. Echter de Wgbo lijkt hier weinig ruimte voor te bieden. Hoewel door de Wgbo het belang van het toekomstig kind niet nadrukkelijk kan worden meegewogen als voorwaarde voor een medische behandeling, kan een verminderde ouderschapscompetentie van de ouders wel een aanvullende grondslag zijn om toch tot sterilisatie over te gaan.³⁷⁶ De conclusie op de vraag of gedwongen anticonceptie mogelijk zou moeten zijn luidt volgens Vlaardingerbroek, steeds vaker met: ja mits, ...³⁷⁷ Van belang is wel dat er een noodzaak moet zijn voor de patiënt. In beginsel kan de kinderwens van verstandelijk gehandicapten niet uitgesloten worden door middel van gedwongen sterilisatie. Wel zegt de Gezondheidsraad dat als verantwoord ouderschap niet tot de mogelijkheden behoort het gerechtvaardigd is te proberen dat ouderschap te voorkomen. Zij merkt echter wel op dat niet alle middelen hiervoor altijd verantwoord zijn.³⁷⁸

Concluderend moet de verstandelijk gehandicapte dus, wanneer hij wilsbekwaam is geacht, zelf de toestemming geven. Wanneer er geen toestemming is gegeven, dan is gedwongen sterilisatie niet mogelijk op grond van de huidige wetgeving.³⁷⁹ Verzet van

³⁷⁵ J. Kok, 'Gedwongen anticonceptie', *FJR 2006-48*, p. 125.

³⁷⁶ Kees Blankman, 'Juridische vragen rond de kinderwens en het ouderlijk gezag van verstandelijk gehandicapte ouders', in K. Blankman e.a., 'Meesterlijk groot voor de kleintjes; opstellen aangeboden aan professor mr. J. E. Doek ter gelegenheid van zijn emeritaat', Alphen a/d Rijn, Kluwer 2006, p. 259.

³⁷⁷ Paul Vlaardingerbroek, 'Kinderbescherming vóór de conceptie?!', in Mr. A.P. van der Linden (red.), *Honderd jaar zorg om het kind*, Deventer, Kluwer 2006, p. 91; Paul Vlaardingerbroek, 'Gedwongen anticonceptie bij verstandelijk gehandicapten. Een nieuwe maatregel van kinderbescherming?', *AA 56 (2007) 7/8*, p. 597

³⁷⁸ Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 64; waarbij zij doelt op de gedwongen sterilisatie.

³⁷⁹ L.E. Kalkman-Bogerd, 'Juridische vraagstukken rond het begin van het leven', in D.P. Engberts en L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2006, p. 72.

een wilsonbekwame patiënt kan in beginsel niet voorbij worden gegaan als er geen sprake is van een noodsituatie. Gedwongen sterilisatie is in Nederland dan ook nog niet mogelijk, zeker niet ter preventie van een belang dat buiten dat van de patiënt ligt. Met name de fundamentele belangen van de gehandicapte worden hiermee zo optimaal mogelijk beschermd.

Hoofdstuk 5 **Conclusie**

§ 5.1 In het algemeen

Naar aanleiding van de deelvragen zal stapsgewijs een antwoord gevonden moeten worden op de hoofdvraag of er grenzen gesteld moeten worden aan het krijgen van kinderen door mensen met een verstandelijke handicap en welke maatregelen mogelijk zijn in zo'n situatie. Om te beginnen zijn de rechten van zelfbeschikking, gezinsleven en het recht op een gezin zeer fundamenteel. Hoewel er geen algemeen recht op het krijgen van een kind is af te leiden uit deze rechten is een beperking op de vrijheid hiervan zeer moeilijk te rechtvaardigen. Verstandelijk gehandicapten moeten evenals ieder ander aanspraak kunnen maken op de fundamentele rechten, want mensen met een verstandelijke handicap maken deel uit van onze samenleving. Zij zijn medeburgers. Dit betekent dat zij, net als alle andere burgers, zoveel mogelijk hun eigen leven moeten kunnen invullen. Tegelijkertijd zijn zij mensen met een beperking, hetgeen hen tot bijzondere burgers maakt. De aanwezigheid van die beperking brengt op het terrein van zelfstandigheid en zelfbeschikking dilemma's met zich mee, zowel voor henzelf als voor hun omgeving.³⁸⁰ De kinderwens van verstandelijk gehandicapten is zo'n dilemma. Welke belang moet prevaleren en welke grens moet er getrokken worden?

Aan de ene kant staan de fundamentele rechten van de verstandelijk gehandicapte. Het vermogen om in onafhankelijkheid eigen keuzes te maken en controle uit te oefenen op het eigen leven, is een belangrijk aspect van welbevinden en daarmee van de kwaliteit van bestaan. Het kunnen leven volgens eigen overtuigingen en voorkeuren is de kern van het hebben van een eigen leven en daarmee onlosmakelijk verbonden met (ontwikkeling van) een gevoel van eigenwaarde.³⁸¹ Volgens het burgerschapsparadigma moeten verstandelijk gehandicapten op gelijke wijze behandeld worden als ieder ander. Deze beginselen zijn zelfs juist voor verstandelijk gehandicapten erg belangrijk omdat zij

³⁸⁰ M.I.M. Schuurman, 'Zelfbeschikking en eigen verantwoordelijkheid van mensen met een verstandelijke handicap', *Rapport Signalering Ethiek en Gezondheid 2003* (hoofdstuk 5), p. 13.

³⁸¹ Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 61.

niet altijd in staat zijn helder hun wil duidelijk te maken. Zelfbeschikking en bescherming dragen bij aan de rechtspositie van de verstandelijk gehandicapte.³⁸² Inbreuken op deze fundamentele rechten zijn dan ook uiterst moeilijk en aan vele voorwaarden verbonden.

De andere kant van het dilemma is het (toekomstig) kind. Een kind waarvan gevreesd wordt dat het zich niet optimaal kan ontwikkelen. Kinderbeschermingsmaatregelen zijn vaak al te laat; preventieve kinderbeschermingsmaatregelen lijken daarom een oplossing, maar zijn dit niet. De grond waarop kinderbeschermingsmaatregelen zijn gerechtvaardigd, wordt niet zo snel aangenomen. Wanneer immers te snel ingegrepen kan worden in het gezinsleven zal een inbreuk gemaakt worden op de rechten van de ouders op ongestoord 'family life' en de wijze waarop zij dit vormgeven wat samenhangt met het zelfbeschikkingsrecht. Het belang van het kind is belangrijk en zwaarwegend, maar niet zo zwaarwegend dat zonder een concrete bedreiging kan worden ingegrepen; het *ultimum remedium* karakter van de kinderbeschermingsmaatregelen moet niet uit het oog worden verloren.³⁸³ Dit wordt bovendien onderstreept door het artikel van de VN-verklaring dat stelt dat 'families will not be separated from their parents against their will. Except when this separation is necessary for the best interest of the child. In no case shall a child be separated from parents on the basis of a disability of either the child or one or both of the parents.'³⁸⁴ In een geval van verstandelijk gehandicapte ouders zijn preventieve kinderbeschermingsmaatregelen dan ook niet mogelijk op basis van *enkel* de verstandelijke handicap. Dit blijkt ook uit het eerder beschreven arrest *Kützner*³⁸⁵. Een ander probleem bij preventieve maatregelen is waar de grens gelegd zou moeten worden. Deze is absoluut niet duidelijk. Verantwoord ouderschap lijkt een goede norm, maar ook verantwoord ouderschap, en zeker op basis van louter het IQ, is onvoldoende

³⁸² B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijk handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 95.

³⁸³ Th. Th. M.L. Boersema e.a., 'Open brief van bezorgde jeugdrechtsadvocaten', *Proces 2009 (88)* 1, p. 28-29.

³⁸⁴ Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol, United Nations; article 23, p. 16.

³⁸⁵ ECHR 26 februari 2002, *Kützner v. Germany*, Appl. No. 46544/99.

en te weinig toegespitst op het concrete geval. Een verstandelijke handicap heeft vele facetten en geen enkele verstandelijke handicap is hetzelfde. Wat verantwoord ouderschap precies inhoudt is bovendien niet geheel duidelijk. Al met al hoeft een verstandelijke handicap, zeker met een goed sociaal netwerk dat hulp kan bieden, nog niet automatisch te betekenen dat de ouders geheel niet tot (verantwoord) ouderschap in staat zijn.

De laatste stap in de beantwoording was de mogelijkheid van gedwongen sterilisatie. Dit is in Nederland in beginsel niet mogelijk. Van belang hierbij is te beseffen dat sterilisatie pas in beeld kan komen als andere vormen van anticonceptie niet mogelijk of niet wenselijk zijn.³⁸⁶ Dit heeft alles te maken met het beginsel van subsidiariteit en proportionaliteit. Sterilisatie is in beginsel onmogelijk zonder de toestemming van de patiënt zelf. Zeker omdat door sterilisatie een onomkeerbare maatregel wordt genomen. Gedwongen sterilisatie is, ook bij wilsonbekwame patiënten zeer moeilijk te verdedigen, vooral omdat ook verstandelijk gehandicapten in staat zijn om een ontwikkeling door te maken. Herstel van de volledige zelfbeschikking van een verstandelijk gehandicapte is een illusie, maar een ontwikkeling doormaken is zeker mogelijk. Deze mogelijkheden mogen niet worden overschat, maar zijn wel degelijk aanwezig.³⁸⁷ Mensen met een verstandelijk handicap zijn in staat om, ondanks hun handicap, bepaalde vaardigheden en attitudes te leren en kennis op te doen waardoor ze beter kunnen functioneren in de maatschappij.³⁸⁸ Henstra meent zelfs dat door de geboorte automatisch een moederinstinct ontstaat.³⁸⁹ Met name zwangerschap en ouderschap zijn ingrijpende gebeurtenissen, die iemands kwaliteit van bestaan radicaal kunnen veranderen. Ook voor mensen met een verstandelijke handicap geldt dat

³⁸⁶ M.C.I.H. Biesaart, 'Sterilisatie van mensen met een verstandelijke handicap: herzien Advies van de Inspectie voor de Gezondheidszorg', *TvGR nr. 5/2000*, p. 280.

³⁸⁷ B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijk handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 90.

³⁸⁸ B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijk handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 108.

³⁸⁹ Dit betekent echter niet dat er automatisch sprake is van onvoorwaardelijke liefde en zorg. Wel meent Henstra dat dit kan worden aangeleerd; A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht*, (diss Utrecht 2002), Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 117-118.

ouderschap een belangrijk bestanddeel van het levensgeluk kan uitmaken.³⁹⁰

Onomkeerbare gedwongen sterilisatie lijkt dan ook absoluut niet te rechtvaardigen.

In deze scriptie is aan het licht gekomen dat, hoewel de fundamentele rechten van de ouders bijzonder zwaar wegen, vanuit het jeugdrecht het belang van het kind als bijzonder zwaarwegende factor wordt gezien. De conclusie dat preventieve maatregelen lastig zijn en gedwongen sterilisatie zelfs praktisch onmogelijk is op basis van de huidige Nederlandse wetgeving, ondermijnt wellicht het belang van het kind op een optimale ontwikkeling en opvoeding. Volgens Legemaate is dit onvermijdelijk, want wanneer vanuit het ene rechtsgebied maatregelen worden getroffen, kunnen die binnen het andere rechtsgebied tot problemen aanleiding geven. Interactie tussen rechtsgebieden is zinvol en onvermijdelijk, maar de medaille heeft een keerzijde. Waar maatregelen uit het ene rechtsgebied de ontwikkelingen op het andere rechtsgebied dreigen te frustreren, zijn onderzoek, afstemming en zo nodig het ontwikkelen van alternatieven geboden.³⁹¹ Door in een geval van verstandelijk gehandicapte ouders met een kinderwens niet over te gaan tot preventieve anticonceptie of zelfs tot sterilisatie op basis van gezondheidsrechterlijke beginselen wordt het jeugdrecht gehinderd in een optimale bescherming voor het kind.

Na deze antwoorden kan worden overgegaan tot de beantwoording van de hoofdvraag.

Een alternatief is nodig om de situatie in beide rechtsgebieden te rechtvaardigen.

Intensieve ondersteuning is door een klein aantal auteurs als oplossing genoemd.³⁹²

³⁹⁰ Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 59.

³⁹¹ J. Legemaate, *Recht en realiteit*, (diss Rotterdam 1994), Houten/Zaventem, Bohn Stafleu Van Loghum 1994, p. 15.

³⁹² Dia Flinterman, *'Het ongeboren recht op ongeschonden bestaan'*, in Huub van 't Hek (red.), *'Kinderen eerst...'*, Assen, Van Gorcum 2006, p. 17; J.C.M. Willems, *Wie zal de opvoeders opvoeden?*, Den Haag, T.M.C. Asser Press 1999, p. 629; A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht*, (diss Utrecht 2002), Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 14, H. Baartman, *'Kinderen eerst; enkele kanttekeningen'*, *FJR* 2007-16, p. 44.

Intensieve thuisbegeleiding zou eventuele problematiek beter kunnen oplossen³⁹³ en relatief kleine inbreuk maken op de fundamentele rechten van de ouders, het kind optimaal beschermen, en voldoen aan de subsidiariteits- en proportionaliteitstoets. Dit moet niet gezien worden als opoffering van het kind aan de ouders voor een kans, maar door intensieve begeleiding zou eventuele problematiek op deze manier eerder kunnen worden onderkend en onmiddellijk de hand worden geboden in samenwerking met de ouders. Door deze probeerruimte worden mensen ondersteunt waar nodig en de ontwikkeling gestimuleerd. In deze aanpak wordt de wenselijke balans gevonden tussen zelfbeschikking en bescherming³⁹⁴ en uitgegaan van de restcapaciteit van de verstandelijk gehandicapte.³⁹⁵ De oplossing van Flinterman is dan ook zeker geen slechte. Zij geeft aan dat, mochten zwakbegaafde ouders kinderen kunnen baren, de overheid ervoor dient te zorgen dat er voldoende huizen zijn waar deze ouders 24 uur per dag, beschermd door hulpverleners, voor deze kinderen kunnen zorgen.³⁹⁶ Een extra waarborg lijkt mij om bij deze intensieve begeleiding tegelijkertijd een ondertoezichtstelling uit te spreken. Als ingreep past de ondertoezichtstelling immers in de adagia 'het belang van het kind' en 'het recht op gezinsleven', bovendien is in het EVRM het streven het kind te laten in het gezin waaruit het oorspronkelijk afkomstig is, ook al is met gezinsleven niet perse het gezin van de biologische ouders aangeduid.³⁹⁷ De ondertoezichtstelling is daar een geëigend middel voor.³⁹⁸ Een aandachtspunt is dat de kans nog steeds bestaat dat de ouders het, ondanks de intensieve begeleiding, niet

³⁹³ Herman Baartman, 'Kinderen eerst; en ouders dan?!', in M.R. Bruning en J. Kok, *Herziening kindbeschermingsmaatregelen; commentaren op het voorontwerp van wet; FJR-congresbundel*, Deventer, Kluwer 2008, p. 99.

³⁹⁴ M.I.M. Schuurman, 'Zelfbeschikking en eigen verantwoordelijkheid van mensen met een verstandelijke handicap', *Rapport Signalering Ethiek en Gezondheid 2003* (hoofdstuk 5), p. 11.

³⁹⁵ B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijk handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004, p. 97; Aandachtspunt bij deze aanpak is dat er moet worden gelet op het gevaar dat door de vele hulpinstanties de hulp niet meer op elkaar wordt afgestemd en er zo een vacuüm ontstaat terwijl de mensen wel hulp nodig hebben; Dia Flinterman, '*Het ongeboren recht op ongeschonden bestaan*', in Huub van 't Hek (red.), 'Kinderen eerst...', Assen, Van Gorcum 2006, p. 20.

³⁹⁶ Dia Flinterman, '*Het ongeboren recht op ongeschonden bestaan*', in Huub van 't Hek (red.), 'Kinderen eerst...', Assen, Van Gorcum 2006, p. 17.

³⁹⁷ J. Jonkers en C. van Nijnatten, 'Ondertoezichtstelling of ontheffing?', *FJR-4 (april 1997)*

³⁹⁸ A.M. Weterings, 'De OTS als koning der kindbeschermingsmaatregelen met zijn grens in de ontheffing', *FJR-4 (april 1997)*, p. 81.

redden. Om deze kans zoveel mogelijk te verminderen moet de hulpverlening continu accuraat en intensief blijven. Of dit op de lange termijn reëel is, zal de toekomst moeten uitwijzen.³⁹⁹

De volgende vraag is waar de grens voor intensieve ondersteuning dan dient te liggen. Dit blijft een lastig punt dat bekeken zal moeten worden van geval tot geval. Wanneer een goede objectieve toets voor verantwoord ouderschap is ontstaan zou dit wellicht een grens kunnen zijn om intensieve begeleiding op te baseren. Hoewel ondersteuning een goede oplossing lijkt, moet niet uit het oog worden verloren dat ontmoediging in de kinderwens ook altijd mogelijk blijft en een nog lichtere inbreuk maakt. Wanneer de ouders echter beslissen toch een kind te willen, zal intensieve ondersteuning de minste inbreuken maken op de rechten van beide kanten.

Een kleine kanttekening tot slot. Het is vreemd dat er bij adoptief ouders zoveel tijd en zorg wordt besteedt aan voorlichting terwijl voorlichting en ondersteuning in de discussie omtrent verstandelijk gehandicapte ouders zo'n kleine plaats inneemt als oplossing voor het probleem.⁴⁰⁰ Terwijl toch op deze manier, en zo beaamt ook de Gezondheidsraad, het beginsel van gelijkwaardig burgerschap het meest wordt beschermd⁴⁰¹ zonder afbreuk te doen aan de rechten of de belangen van het kind.

³⁹⁹ Philip Romer, Lennie Haarsma en Carla van Os, 'De belangenafweging in de zaak van baby Hendrikus; hoeveel risico is aanvaardbaar?', *Tijdschrift voor de rechten van het kind (juni 2009)*, p. 15.

⁴⁰⁰ Paul Vlaardingerbroek, 'Gedwongen anticonceptie bij verstandelijk gehandicapten. Een nieuwe maatregel van kindbescherming?', *AA 56 (2007) 7/8*, p. 593.

⁴⁰¹ Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002, p. 61.

§ 5.2 Tot slot: Baby Hendrikus

In de zaak Baby Hendrikus zal ik, na het schrijven van deze scriptie, kort mijn conclusie trekken over de mogelijkheden voor baby Hendrikus en vooral voor zijn ouders. Baby Hendrikus is enkele dagen na zijn geboorte op 14 oktober 2008 onder toezicht gesteld en daarbij is ook gelijk de machtiging uithuisplaatsing verstrekt. De beweegreden voor dit verzoek van de Raad voor de Kinderbescherming was dat Hendrikus ernstig werd bedreigd in zijn ontwikkeling omdat de ouders cognitief beperkt zijn en daardoor de verwachting bestond dat de veiligheid van Hendrikus in het gedrang kwam.⁴⁰²

Naar aanleiding van mijn onderzoek voor deze scriptie kan ik tot de conclusie komen dat er een bijzonder grote inbreuk is gemaakt op de rechten van de ouders, omdat zij, net als ieder ander zelf moeten kunnen beschikken over de mogelijke komst van een baby, de wijze van inrichting van hun opvoeding en het respect van dit gezinsleven. Kinderbeschermingsmaatregelen zoals in deze zaak gebruikt, kunnen worden uitgesproken bij een ernstige bedreiging van de geestelijke en lichamelijke ontwikkeling en opvoeding van het kind. In deze zaak hebben de ouders, die overigens een IQ hebben dat maar net ligt onder de grens die de Gezondheidsraad stelt voor verantwoord ouderschap⁴⁰³, zich echter nog niet kunnen bewijzen, een bedreigende situatie was bovendien ook nog niet ontstaan. Mijns inziens ontbreekt de grond voor een gerechtvaardigde inbreuk op het gezinsleven hier dus. Een verstandelijke handicap kan bovendien geen zelfstandige grond zijn voor zo'n inbreuk, zo volgt ook uit *Kützner*.⁴⁰⁴ Dit lijkt hier echter wel het geval.

In de uitspraak van 29 april 2009 wordt beslist dat Hendrikus voorlopig teruggeplaatst wordt naar zijn ouders onder intensieve 24-uurs begeleiding. Op deze manier kunnen de ouders bewijzen dat zij in staat zijn Hendrikus een goede opvoeding te geven.

⁴⁰² Rechtbank Arnhem 10 november 2008, *LJN: BG3849* (Baby Hendrikus)

⁴⁰³ Het IQ van de moeder is vastgesteld op 59. Het IQ van de vader is niet bekend, maar wordt wel iets lager geschat dan dat van de moeder; Rechtbank Arnhem 10 november 2008, *LJN: BG3849* (Baby Hendrikus)

⁴⁰⁴ ECHR 26 februari 2002, *Kützner v. Germany*, Appl. No. 46544/99.

Hendrikus' veiligheid wordt 24 uur per dag gewaarborgd en hij kan zich aan zijn natuurlijke ouders hechten. Wanneer later blijkt dat de ouders niet in staat zijn tot verantwoord ouderschap zal er daadwerkelijk een grond zijn voor kindbeschermingsmaatregelen. Hendrikus is dan in ieder geval niet via verschillende 'vreemde' gezinnen opgevoed en heeft een band kunnen opbouwen met zijn eigen ouders. Is het niet voor langere tijd dan in ieder geval voor de bezoekenregeling.

De definitieve uitspraak zal moeten uitwijzen of de oplossing van intensieve ondersteuning die in deze scriptie is gegeven ook door de rechter definitief zal worden gehonoreerd en de eerste opvoedsituatie met intensieve ondersteuning voorgoed het licht zal zien. Mijns inziens zou dit echter een zeer goede ontwikkeling zijn en het burgerschapsparadigma eer aan doen.

Literatuurlijst

Boeken

- Herman Baartman, 'Kinderen eerst; en ouders dan?!', in M.R. Bruning en J. Kok, *Herziening kindbeschermingsmaatregelen; commentaren op het voorontwerp van wet; FJR-congresbundel*, Deventer, Kluwer 2008
- M.C.I.H. Biesart en J.H. Hubben, *Beoordeling van wilsonbekwaamheid bij mensen met een verstandelijke handicap*, 1997
- Kees Blankman, 'Juridische vragen rond de kindwens en het ouderlijk gezag van verstandelijk gehandicapte ouders', in K. Blankman e.a., 'Meesterlijk groot voor de kleintjes; opstellen aangeboden aan professor mr. J. E. Doek ter gelegenheid van zijn emeritaat', Alphen a/d Rijn, Kluwer 2006
- M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, 'Ouderlijke macht (titel 14)' in E.A.M. Scheij en V.M. Smits (red.) *Kroniek van het personen-, familie- en jeugdrecht 1989 en 1990*, Deventer, Kluwer 1991
- M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag; 'a whole code of juvenile law'*, (diss Leiden 1994)
- M.R. Bruning, *Rechtvaardiging van kindbescherming*, (diss Amsterdam 2001), Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties 2001
- Gr. van der Burght en J.E. Doek (red.), 'Pitlo; het Nederlands, Burgerlijk Wetboek; deel 1, Personen- en familierecht', Deventer, Kluwer 2002
- J.E. Doek en P. Vlaardingebroek, *Jeugdrecht en jeugdzorg*, 's-Gravenhage, Elsevier bedrijfsinformatie bv 2006
- D.P. Engberts, 'Relatie arts-patiënt', in D.P. Engberts en L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2006
- Dia Flinterman, 'Het ongeboren recht op ongeschonden bestaan', in Huub van 't Hek (red.), 'Kinderen eerst...', Assen, Van Gorcum 2006
- B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijk handicap*, (diss Maastricht 2004), SDU uitgevers 2004

- A.C. Hendriks, *'In beginsel; de gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept'*, Leiden, Stichting NJCM-Boekerij 43 2006
- A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht*, (diss Utrecht 2002), Boom Juridische Uitgevers 2002
- Lydia Janssen, *Jeugdrecht*, Utrecht, Uitgeverij Lemma bv 2002
- L.E. Kalkman-Bogerd, 'Juridische vraagstukken rond het begin van het leven', in D.P. Engberts en L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2006
- M.J.C. Koens, A.P.M.J. Vonken (red.), *'Personen- en Familierecht; tekst en commentaar'*; Deventer, Kluwer 2008
- Miek de Langen, *Recht voor jeugdigen*, (diss Utrecht 1973), Alphen aan de Rijn, Samson Uitgeverij 1973
- H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum 2007
- Walter Pintens en Koen Vanwinckelen, *'Casebook European Family Law'*, Leuven, University Press 2001
- E.C.C. Punselie, *Voor een pleegkind met recht een toekomst*, Deventer, Kluwer 2006
- Ellen Siegert, *'Preventie van kindermishandeling als realistische optie: niet aankijken, maar aanpakken!'*, in Huub van 't Hek (red.), *'Kinderen eerst...'*, Assen, Van Gorcum 2006
- P. Vlaardingebroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaags personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer 2008
- Paul Vlaardingebroek, 'Kinderbescherming vóór de conceptie?!', in Mr. A.P. van der Linden (red.), *Honderd jaar zorg om het kind*, Deventer, Kluwer 2006
- C.G.M. van Wamelen, *Ouderschap en ouderlijk gezag na scheiding*, (diss Rotterdam 1987), Zwolle, Tjeenk Willink 1987

- G.J. van Wijk, *Hoezo noodzakelijk? Rechtsgronden voor kindbeschermingsmaatregelen*, (diss Amsterdam 1999), Thela Thesis 1999
- J.C.M. Willems, *Wie zal de opvoeders opvoeden?*, Den Haag, T.M.C. Asser Press 1999

Artikelen

- L.A.P. Arends en B.J.M. Frederiks, 'Vrijheidsbeperking in de psychogeriatric en verstandelijke gehandicaptenzorg: de contouren van een nieuwe regeling', *TvGR nr. 2/2006*, p. 96-108
- H. Baartman, 'Kinderen eerst; enkele kanttekeningen', *FJR 2007-16*, p. 43-46
- J.A.C. Bartels, 'Het einde van de ondertoezichtstelling', *FJR-4 (juni 1982)*, p. 94-100
- M.C.I.H. Biesart, 'Sterilisatie van mensen met een verstandelijke handicap: herzien Advies van de Inspectie voor de Gezondheidszorg', *TvGR nr. 5/2000*, p. 280-291
- Kees Blankman, 'Vertegenwoordiging van wilsonbekwamen, de Wet BOPZ en het EVRM', *FJR-5 (mei 2001)*, p. 126-132
- J. de Boer, 'Vermoeden van wilsonbekwaamheid?', *NJB 27 oktober 1995 afl. 38*, p. 1406-1407
- Th. Th. M.L. Boersema e.a., 'Open brief van bezorgde jeugdrechtsadvocaten', *Proces 2009 (88) 1*, p. 28-35.
- M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, 'Het EVRM en het Nederlandse civielrechtelijke jeugdbeschermingsrecht', *FJR-5 (1987-5)*, p. 446-455
- M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, 'Kinderbescherming, ultimum remedium of bittere noodzaak?', *FJR-1 (januari 2002)*, p. 2-10
- Jaap E. Doek, 'De ontheffing van het ouderlijk gezag', *FJR-5 (mei 1997)*, p. 106-114
- J. Eekelaar, 'The emerge of children's rights', *Oxford Journal of Legal Studies (1986) Vol. 6 No. 2*

- A.C. Enkelaar en A.M.I. van der Does, 'Ouderlijke (on)verantwoordelijkheid, al voor de geboorte', *FJR* 2009-3, p. 4-9
- J.C.J. Dute, 'De OTS en de gezondheidszorg', *FJR-11* (november 1999), p. 218-223
- C.J. Forder, 'Het gezin in internationale verdragen', *Rm Themis* 1997/4, p. 130-144
- C.J. Forder, 'Overzicht van de ontwikkelingen 1995-2002' (deel 1), *NJCM-bulletin jrg. 27* (2002) nr. 8, p. 992-1011
- C.J. Forder, 'Overzicht van de ontwikkelingen 1995-2002' (deel 2), *NJCM-bulletin jrg. 28* (2003) nr.1, p. 19-36
- Met nt. Aart Hendriks, 'Straatsburg vermijdt principiële uitspraak abortus; EHRM 20 maart 2007 Tysiac t. Polen', *NJCM-bulletin jrg. 32* (2007) nr. 4, p. 497-512
- A.C. Hendriks en F. Koenraads, 'Kroniek rechtspraak rechten van de mens', *TvGR nr. 7/2007*, p. 524-537
- A.C. Hendriks, B.J.M. Frederiks, M.A. Verkerk, 'Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien', *TvGR nr. 1/2008*, p. 2-18
- A.C. Hendriks en F. Koenraads, 'Kroniek rechtspraak rechten van de mens', *TvGR nr. 8/2008*, p. 599-617
- H.E.G.M. Hermans en M.A.J.M Buijsen, *Recht en gezondheidszorg*, Maarssen, Elsevier Gezondheidszorg 2006
- J.H. Hubben, 'Gedwongen sterilisatie, 'versterving' en wilsonbekwaamheid', *NJB 14 november 1997 afl. 41*, p. 1888-1889
- I. Jansen, 'Vermoeden van wilsonbekwaamheid?', *NJB 1 maart 1996 afl. 9*, p. 319-321
- J. Jonkers en C. van Nijnatten, 'Ondertoezichtstelling of ontheffing?', *FJR-4* (april 1997), p. 74-78
- L.E. Kalkman-Bogerd, 'Toestemming en informatie bij sterilisatie', *FJR* 1992-3, p. 50-54
- J. Kok, 'Gedwongen anticonceptie', *FJR* 2006-48, p. 125

- H. Krooi, 'De voorlopige ondertoezichtstelling over wanorde van de orde-maatregel', *FJR 7-6 (september 1985)*, p. 173-180
- Miek de Langen, 'Het functioneren van de raden voor de kindbescherming', *NJB 8 september 1990 afl. 30*, p. 1205-1206
- M. de Langen, 'Overheidsbemoeienis met familiezaken', *WPNR nr 6184 1995*, p. 373-379
- J. Legemaate, 'De rechtspositie van wilsonbekwame patiënten: stand van zaken', *TvGR nr. 6/1994*, p. 330
- Ad van der Linden, 'Over de civielrechtelijke kindwet: met récht voor galg en rad', *FJR-12 (december 2001)*, p. 314-324
- C. van Os, 'Family life in het vreemdelingenrecht', *FJR 2007-85*, p. 201-207
- M.I.M. Schuurman, 'Zelfbeschikking en eigen verantwoordelijkheid van mensen met een verstandelijke handicap', *Rapport Signalering Ethiek en Gezondheid 2003*, p. 1-13 (hoofdstuk 5)
- I.J. Pieters, P. Dorhout en C. van Rooijen, 'Jurisprudentie', *FJR 2008-117*, p. 309-312
- Philip Romer, Lennie Haarsma en Carla van Os, 'De belangenafweging in de zaak van baby Hendrikus; Hoeveel risico is aanvaardbaar?', *Tijdschrift voor de rechten van het kind (juni 2009)*, p. 14-17
- J. de Savornin Lohman, 'De nieuwe OTS-wetgeving; bezien vanuit de overheidstaak bescherming te bieden aan kinderen, wier ouders onvoldoende veiligheid bieden', *FJR-4 (april 1997)*, p. 86-93
- Paul Vlaardingebroek, 'Gedwongen anticonceptie bij verstandelijk gehandicapten. Een nieuwe maatregel van kindbescherming?', *AA 56 (2007) 7/8*, p. 589-597
- N.H.G. de Vries, 'Het verbod op het gebruik van geestelijk en lichamelijk geweld in de opvoeding van kinderen: een 'geslaagde' wijziging?', *FJR 2008-47*, p. 90-97
- A.M. Weterings, 'De OTS als koning der kindbeschermingsmaatregelen met zijn grens in de ontheffing', *FJR-4 (april 1997)*, p. 79-86

Wetgeving, Verdragen en Overige bronnen

- Burgerlijk Wetboek (BW)
- Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol, United Nations, <http://www.un.org/disabilities>
- Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)
- Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag 23 oktober 2002
- Internationaal Verdrag Inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR)
- NVAVG, *NVAVG-Standaard 1; Omgaan met vragen omtrent kinderwens en anticonceptie bij mensen met een verstandelijke handicap*, oktober 2005
- Ministerie van Justitie, *Handreiking voor de beoordeling van wilsbekwaamheid (voor de hulpverlener)*, januari 2007
- Persbericht Gezondheidsraad, 'Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap', 23 oktober 2002
- Persbericht raad voor de kindbescherming, 'Reactie Raad op beschikking rechtbank in zaak Baby Hendrikus'
- Rapport van de Raad voor de Kinderbescherming opgesteld door het Verwey-Jonker Instituut te Utrecht, *Kinderen van ouders met een verstandelijke beperking*, februari 2005
- Verdrag inzake de rechten van het kind, aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties op 20 november 1989, *Officiële tekst en samenvatting, inclusief twee Facultatieve Protocollen*. Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK)

Jurisprudentie

- ECRM 10 juli 1975, *X v. Belgium and The Netherlands*, Appl. No. 6482/74
- ECRM 15 december 1977, *X and Y v. United Kingdom*; Appl. No. 7229/75
- ECHR 13 juni 1979, *Marckx v. Belgium*, Appl. No. 6833/74
- ECHR 24 maart 1988, *Olsson v. Sweden (1)*, Series a, vol 130
- ECHR 25 februari 1992, *Andersson v. Sweden*, Series A, vol 226-A

- HR 22 december 1995, NJ 1996/419
- ECHR 7 augustus 1996, *Johansen v. Norway*, Appl. No. 17383/90
- ECHR 26 februari 2002, *Kützner v. Germany*, Appl. No. 46544/99
- ECHR 3 maart 2003, *Margarita Šijakova and Others v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Appl. No. 67914/01
- ECRM 26 juli 2005, *Siliadin v. France*; Appl. No. 73316/01
- ECHR 20 maart 2007, *Tysiqc v. Poland*, Appl. No. 5410/03
- ECHR 10 april 2007, *Evans v. The United Kingdom*, Appl. No. 6339/05.
- ECHR 4 december 2007, *Dickson v. The United Kingdom*, Appl. No. 44362/04.
- HR 27 juni 2008, NJ 2008/372
- Rechtbank Arnhem 10 november 2008, LJN: BG3849 (Baby Hendrikus)
- Rechtbank Arnhem 2 februari 2009, LJN: BH1556 (Baby Hendrikus)