

DE POSITIE VAN DE MINDERJARIGE IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Inleiding

Hoofdstuk I : De rechtspositie van de minderjarige in het gezondheidsrecht.

1. Situaties die zich kunnen voordoen
2. Wettelijke regelingen
3. Konflikten en mogelijke oplossingen
4. Niet opgeloste punten
5. Jurisprudentie
6. Recente literatuur

Hoofdstuk II : De rechtspositie van de minderjarige in het algemeen.

1. Als nu eens
2. Wettelijke bepalingen
3. Rechtspraak
4. Recente literatuur

Hoofdstuk III : Gezondheidszorg en minderjarige.

1. Opmerkingen vooraf
2. Concept-vuistregels met toelichting
3. Buitenlandse stemmen
4. Slotopmerkingen

Literatuurlijst

Inleiding

Het hier volgende preadvies vormt geen uitputtende behandeling van de positie van de minderjarige in het gezondheidsrecht. Om te beginnen is het onderwerp vooral benaderd vanuit de minderjarige zelf en vanuit zijn juridische relatie met de ouders of voogd. Dit heeft er toe geleid dat de aanpak van het thema een duidelijk civiel-rechtelijk karakter draagt. Het zou mogelijk zijn geweest hetzelfde onderwerp te benaderen vanuit de rechten en de plichten van de werkers in de gezondheidszorg. Daarbij zouden privaatrechtelijke, strafrechtelijke, administratiefrechtelijke en tuchtrechtelijke kanten van de gezondheidszorg, waar het minderjarigen betreft, besproken kunnen worden. Maar omdat ik de minderjarige zelf werkelijk centraal heb willen stellen en zijn positie geen moment uit het oog wilde verliezen, leek me de eerste benadering juist en minder afleidend.

Dat heeft tot resultaat gehad dat nu weliswaar de positie van de minderjarige nader belicht is, maar dat bijvoorbeeld de eventuele risico's die de werkers in de gezondheidszorg kunnen lopen door of ten gevolge van hun bemoeiingen met de minderjarige minder uit de verf zijn gekomen.

Misschien zou o.a. hierover gediscussieerd kunnen worden. Een tweede waarschuwing vooraf geldt de interpretatie van de term gezondheidszorg in het preadvies. De positie van de minderjarige is gezien in het kader van de kuratieve en de individueel preventieve zorg. De kollektieve gezondheidsbescherming - zoals bijvoorbeeld ^{na} een milieuhygiënische regeling - is in het volgende eigenlijk niet aan bod gekomen, ook omdat in dit opzicht het de vraag is of er fundamentele verschillen zijn aan te geven tussen de positie van de minderjarigen en die der volwassenen.

Over de volgorde van de drie hoofdstukken zou men van mening kunnen verschillen. Nu is in hoofdstuk I de huidige positie van de minderjarige in de gezondheidszorg gezien, enkele gevallen uit de jurisprudentie worden behandeld en mogelijkheden tot oplossen van conflicten volgens het geldend recht zijn besproken.

Pas daarna, in hoofdstuk II, wordt de rechtspositie van de minderjarige in het algemeen behandeld. In het laatste hoofdstuk zijn suggesties neergeschreven voor een soort "minderjarigen-statuu" in de gezondheidszorg.

De hoofdstukken I en II zouden ook van plaats verwisseld kunnen worden. Het was niet onlogisch geweest eerst over de algemene rechtspositie van de minderjarige te spreken (nu hoofdstuk II) en pas daarna het meer specifieke van de positie van het minderjarige kind in het gezondheidsrecht thans te bezien (nu hoofdstuk I) om vervolgens met gedachten over de toekomst te eindigen.

Het leek me echter verdedigbaar reeds in het begin van het preadvies de gezondheidszorg als kader aan te geven, en, na een algemeen deel, weer bij de gezondheidszorg terug te keren.

Een ding lijkt wel zeker: het hier behandelde thema is van ruimer strekking dan alleen de titel zou doen vermoeden. Het gaat in wezen om de positie van minderjarigen enerzijds tegenover hun ouders of andere gezagsdragers, en anderzijds om hun positie in eigenlijk alle sectoren van het maatschappelijk leven. De problematiek m.b.t. deze positie is bijzonder aktueel. Het is te hopen dat de tekst en de behandeling van het preadvies zullen mogen bijdragen tot oplossingen voor deze problematiek.

Hoofdstuk I. De rechtspositie van de minderjarige in het gezondheidsrecht.

1. Situaties, die zich kunnen voordoen.

Onder de patiënten waarmede de sektor van de gezondheidszorg te maken krijgt, bevinden zich bepaalde groepen, die uit oogpunt van de gezondheidszorg bijzondere zorg behoeven. Men kan denken aan de, overigens willekeurig achtereen genoemde groep der bejaarden of de gastarbeiders, de zwangere vrouwen en uiteraard de kinderen.

Behalve dat al deze groeperingen, door hun leeftijd of kwetsbaarheid onderwerp van bijzondere gezondheidszorg kunnen zijn, kunnen zich ook speciale juridische problemen voordoen bij de bemoeiingen met een lid van de betrokken groep. Omdat dit preadvies speciaal de positie van de minderjarige nader wil bezien, m.n. in het gezondheidsrecht, zullen we trachten na te gaan in hoeverre de arts, maar ook andere werkers in de gezondheidszorg, behalve m.b.t. het thans niet relevante gezondheidsprobleem, zich dienen af te vragen of rekening moet worden gehouden met bepaalde rechtsvragen die zich speciaal voor minderjarigen kunnen voordoen.

Wij zullen in het volgende hoofdstuk zien dat in het algemeen een minderjarige handelingsonbekwaam is volgens de artikelen 233 e.v. B.W. en dat zijn wettelijke vertegenwoordiger voor hem zal optreden in burgerlijke handelingen. Dit maakt dat de positie van de minderjarige in het gezondheidsrecht anders is dan de positie van de volwassene.

Maar laat ons eens als aanloop, een aantal situaties bezien die zich zouden kunnen voordoen in de gezondheidszorg, waarbij een minderjarige is betrokken en waarbij het vraagstuk van de bekwaamheid of onbekwaamheid mede een rol speelt.

- De ouders bellen de huisarts op met het verzoek hun zieke minderjarige kind te willen behandelen. Vraagt de dokter aan het zieke kind of het behandeld wil worden?
- Het kind komt op het spreekuur en vraagt zelf om hulp, van welke aard ook. Informeert de arts of vader en moeder wéten dat hij of zij hier zit? Als het antwoord ontkennend luidt, wat doet de dokter dan?
- De minderjarige die op straat slachtoffer is geworden van een ernstig verkeersongeval, wordt in een ziekenhuis binnen gebracht; een spoedoperatie is geboden. Wacht men met de voorbereiding tot de ingreep tot de wettelijke vertegenwoordiger is bereikt en toestemming heeft gegeven?
- Een jonge epilepticus wordt verpleegd in een inrichting. In het weekend krijgt hij een ernstige aanval. De dienstdoend arts blijkt onbereikbaar te zijn. De hoofdverpleegster wil hem een injectie geven, maar aarzelt omdat de jongen in de laatste dagen reeds vele medicijnen heeft ingenomen. Wordt aan de ouders telefonisch toestemming gevraagd? De minderjarige patiënt is buiten kennis.

- De moeder komt samen met haar minderjarige dochter op het spreekuur. Zij vraagt de arts het meisje te willen aborteren. Bij een nader gesprek blijkt dat de vader absoluut tegen een dergelijke ingreep gekant is. Hij zal geen toestemming geven, moeder wel. Het meisje zelf wenst een abortus. Wat gebeurt?

Deze summiere voorbeelden zouden eindeloos kunnen worden uitgebreid. Geheel los van het medisch handelen komen hier juridische vragen naar voren.

Bijzonder strak geredeneerd: Is men zich in de gezondheidszorg bewust

1. dat, op dit moment althans, naar het geldend Burgerlijk Wetboek de minderjarige zelf niet bevoegd is hulp te vragen, zonder daartoe de toestemming van zijn ouders te hebben verkregen?
2. Weet men, dat voor de behandeling van de minderjarige (ook als deze daar zelf niet om vraagt of om kan vragen) altijd de toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger (d.w.z. de vader, de moeder-voogdes of de voogdijvereniging) vereist is?
3. Realiseert men zich dat een "briefje van moeder" niet rechtsgeldig is? Dit laatste in gevallen dat de vader en moeder getrouwd zijn en ouderlijke macht hebben over hun minderjarig kind.
4. Weet men, dat, - wij spreken nog steeds over het geldend Burgerlijk Wetboek -, er geen rechtsgrond bestaat de minderjarige naar zijn mening te vragen (ook al gebeurt dat soms in de praktijk)?

2. Wettelijke regelingen in het gezondheidsrecht vooral m.b.t. de ouders van minderjarigen.

De inhoud van het gezondheidsrecht lijkt me daaruit te bestaan, dat in de op dat terrein bestaande wetten en uitvoeringsbesluiten voorschriften worden gegeven waardoor een optimaal gezondheids- en ontwikkelingskader wordt geschapen voor de gehele bevolking van ons land en voor de omgeving waarin men woont, leeft en werkt. In enkele wetten is aandacht geschonken aan minderjarigen in het algemeen en in andere aan bepaalde groepen van minderjarigen. Maar op dit rechtsgebied gaat het primair om de regeling van facetten van gezondheidszorg, waarbij de minderjarige evenzeer en in gelijke mate onderwerp van zorg is als bijvoorbeeld zijn ouders. In wezen is de leeftijd voor het gezondheidsrecht alleen één van de criteria waaraan eventuele voorschriften gekoppeld zouden kunnen worden. Dat er tussen minderjarige kinderen en hun ouders of voogd bepaalde juridische relaties bestaan, is voor het materiële gezondheidsrecht niet van wezenlijk belang.

Bij de tenuitvoerlegging echter van de bedoelde regelingen moet men rekening houden met rechtsverhoudingen tussen sommige groepen of personen welke een belangrijke faktor kunnen vormen bij het ontstaan van problemen. Men kan bijvoorbeeld ook aan de arbeidsverhouding tussen werknemers en werkgevers denken, die bij de toepassing van de gezondheidsregelingen een rol kan spelen.

Zo kan de gezagsverhouding tussen het minderjarige kind en zijn ouders eveneens een juridisch punt vormen, dat betekenis heeft, met name in die situaties waarin de opvattingen van de werkers in de gezondheidszorg en die van de ouders uiteenlopen. In de regelingen van het gezondheidsrecht zelf vindt men voor deze problematiek geen oplossing. Dat zou ook niet mogelijk zijn omdat zoals wij reeds zagen de functie van het gezondheidsrecht bestaat uit het scheppen van een kader, waarbinnen een toestand van lichamelijk en geestelijk welzijn, zowel in het kuratieve als in het preventieve vlak, kan bestaan. Als voorbeeld van een wet, waarin het gaat om de gezondheids-situatie van minderjarigen en hun leeromgeving, - zonder dat de ouders of de kinderen zelf verder genoemd worden -, zou ik willen aanhalen de Wet Bescherming Leerlingen tegen Besmettingsgevaar van 9/7/1953, Stb. 349 en het daarbij behorende Uitvoeringsbesluit van 7/9/1954, Stb. 400.

In sommige wetten op dit terrein is wel aandacht geschonken aan en ruimte gelaten voor eventuele verschillen van opvatting tussen ouders en gezondheidszorg, nl. daar waar het gaat om gewetensbezwaren van de ouders m.b.t. maatregelen die t.o.v. hun kinderen getroffen zouden moeten worden. Men denke aan de Inentingswet van 22/12/1939, Stb. 805, art. 1 of de Wet Immunisatie Militairen van 7/8/1953, Stb. 432, art. 5.

Het is opmerkelijk dat in die stukken wetgeving waar ruimte is gelaten voor gewetensbezwaren van de ouders, als vanzelfsprekend wordt aangenomen, dat deze bezwaren door het minderjarige kind worden gedeeld. Een eventuele onafhankelijke, eigen mening van de minderjarige is tot op heden, bij mijn weten, door de wetgever van gezondheidsvoorschriften niet aanvaard als iets waar rekening mee zou moeten worden gehouden. Of men in de praktijk van de gezondheidszorg wel of niet ruimte laat aan de oudere minderjarige met gewetensbezwaren, (of zonder gewetensbezwaren, terwijl de ouders deze wel degelijk hebben) weet ik niet. Mijn vermoeden is dat dit wel eens gebeurt. Als opmerking terzijde nog dit: het is opmerkelijk dat in ons land de gewetensbezwaren der ouders sterk gebonden geacht worden te zijn aan een levensbeschouwing. Het zou toch ook denkbaar zijn dat ouders weigeren toestemming te geven voor de behandeling van hun kind op niet primair levensbeschouwelijke gronden, maar op humanitaire overwegingen: "dit kind van ons mag niet meer lijden". Een verdere behandeling kan zijn leven misschien "wat rekken maar het is geen werkelijk leven...". De ouders kunnen de menswaardigheid aangetast menen te zijn door de verdere behandeling, zonder dat zij hiervoor een levensbeschouwelijke motivering kunnen of willen geven.

3. Konflikten en mogelijke oplossingen.

Zolang datgene wat de ouders en de gezondheidszorgverleners wensen, parallel loopt, zijn er geen problemen. Deze komen op het moment dat de ouders niet mee willen werken of wanneer tussen de ouders onderling verschil van mening bestaat over datgene wat wenselijk zou zijn.

Voor dit soort konfliktsituaties zijn, meer of minder elegante, juridische uitwegen te bedenken volgens het geldend recht. De redenering die men daarbij volgt is deze dat het ouderlijk gezag bij de ouders berust in het belang van het kind.

Zo de ouders hun gezag hanteren op een wijze die het leven of de gezondheid van het kind, objektief gezien, in gevaar zou brengen, dan is de overheidsingreep in het ouderlijk gezag een spijtige maar noodzakelijke voorwaarde om gezondheidsrecht te kunnen toepassen.

Als voorbeeld van een dergelijk ingrijpen kan de toepassing van art. 257 B.W. dienen, op grond waarvan de kinderrechtster een kind voorlopig onder toezicht kan stellen, uiteraard wanneer de voorwaarden van art. 254 B.V. aanwezig zijn, hetgeen inhoudt dat het kind met zedelijke of lichamelijke ondergang wordt bedreigd. Aangezien de ouders van het onder toezicht gestelde kind zich moeten gedragen voor wat betreft de verzorging en opvoeding van het kind, naar de aanwijzingen van de gezinsvoogd (art. 260 B.W.) zijn in de regel de moeilijkheden van gezondheidszorgstandpunt wel opgeheven, als men tenminste de kinderrechtster bereid heeft gevonden een voorlopige ondertoezichtstelling uit te spreken, op verzoek van de Raad voor de Kinderbescherming en als een vereniging voor gezinsvoogdij bereid is medewerking te verlenen door het "leveren" van een voorlopige gezinsvoogd en door het uitoefenen van de leiding van het toezicht in de geest zoals die door de instanties van gezondheidszorg dringend gewenst lijkt in het belang van het kind.

Een andere mogelijkheid is, - althans voor die gevallen dat een zekere speelruimte van enkele dagen of weken geen onherstelbare schade aan de gezondheid van het kind zou toebrengen -, dat door de Raad van de Kinderbescherming bij de Arrondissementsrechtbank een rekest wordt ingediend tot ontzetting van de weigerachtige ouder uit het ouderlijke gezag. De weigering om toestemming te verlenen bv. voor een operatie of een bloedtransfusie kan grove verwaarlozing van de verzorging van de minderjarige opleveren, de grond die krachtens art. 269,1 sub a B.W. tot ontzetting van de betrokken ouder kan leiden. De Raad voor de Kinderbescherming kan tevens aan de Rechtbank verzoeken - hangende het onderzoek - de weigerachtige ouders in de uitoefening van hun ouderlijk gezag te schorsen en het kind aan de Raad voor de Kinderbescherming toe te vertrouwen (art. 271,1 en 4 B.W.). Tijdens de toevertrouwingsperiode kan de noodzakelijke ingreep plaatsvinden.

Voor het geval slechts één der ouders zich weigerachtig opstelt t.o.v. de medische behandeling van zijn kind, zou de Raad voor de Kinderbescherming bij de Rechtbank alleen het rekest tot ontzetting van deze ene ouder kunnen indienen,

tezamen met het verzoek hem te schorsen in de uitoefening van het ouderlijk gezag. Op grond van art. 271, lid 2 B.W. kan men dan volstaan met de toestemming van de ouder die wel bereid is mee te werken aan de noodzakelijke maatregel van gezondheidszorg t.a.v. het kind. In deze situatie is geen (voorlopige) toevertrouwing aan de Raad voor de Kinderbescherming nodig. Het is overigens mogelijk dat de behandeling van het ontzettingsverzoek wordt aangehouden in afwachting van de verdere medische behandeling van de minderjarige. Het is eveneens mogelijk dat het verzoek vervolgens niet behandeld wordt, omdat de Rechtbank de beschikking waarbij de schorsing van de ouderlijke macht en de voorlopige toevertrouwing werden uitgesproken, herroept. De ouderlijke macht herleeft.

4. Niet opgeloste punten.

Het is derhalve denkbaar dat via diverse juridische wegen, zoals de voorlopige ondertoezichtstelling of via de indiening van een ontzettingsrekest met een schorsing van de ouderlijke macht eventueel met een toevertrouwing aan de Raad voor de Kinderbescherming (als de beschikking beide ouders betreft) een mogelijkheid wordt geschapen voor een medische behandeling van het minderjarige kind tegen de wil van zijn ouder(s) in. Het is echter geen kloppend systeem; de kindbeschermingsmaatregelen worden m.i. oneigenlijk gehanteerd, en men moet zich toch wel een aantal ~~wat willekeurig achtereen genoemde~~ zaken realiseren:

- 1) Deze juridische paden kunnen alleen dan bewandeld worden wanneer het inderdaad om noodsituaties gaat. Alleen als het kind in levensgevaar zou komen te verkeren zonder de voorgestelde medische behandeling, zullen de kindbeschermingsinstanties zoals de Raad voor de Kinderbescherming, de Kinderrechter (eventueel de Rechtbank en het Hof) en de Vereniging voor Gezinsvoogdij bereid zijn mee te werken aan de bovengenoemde maatregelen;
- 2) Voor het effectueren van alle gezondheidsvoorschriften, w.o. die in de preventieve sfeer, kan derhalve geen gebruik gemaakt worden van het middel van een maatregel van kindbescherming. Bovendien hebben de werkers in de gezondheidszorg zelf geen rechtsingang tot het uitlokken van dergelijke maatregelen. Men is daarvoor weer afhankelijk van anderen, zoals de Raad voor de Kinderbescherming.
- 3) Wij hebben (allemaal?) de neiging van te voren het gelijk van de gezondheidszorgmensen aan te nemen. Zij weten immers waarover zij praten, zij zijn deskundig, zij kennen nieuwe methoden, nieuwe geneesmiddelen enz. Daarentegen weten de ouders vrijwel niets, al kennen zij hun kind. Het is een haast verboden vraag van niet zozeer juridische, maar meer filosofische aard; maar wéét de gezondheidszorg inderdaad altijd wat het belang van het kind is? Spelen misschien in de gezondheidszorg soms ook andere overwegingen zoals een

ongefundeerde hoop op succes een rol? Zouden soms de ouders uiteindelijk het gelijk toch niet aan hun kant kunnen hebben, wanneer zij, - bijvoorbeeld wetend dat hun kind zal sterven -, weigeren toestemming te geven voor nóg een operatie?

4) Bij de tot nu toe gehanteerde, - m.i. gebrekkige -, juridische oplossingen liggen de conflicten tussen de ouders enerzijds en de gezondheidszorg anderzijds. Het is niet ondenkbaar dat, - het kwam al terloops ter sprake -, de ouders niet gelijk denken. Het is evenmin ondenkbaar dat men binnen de gezondheidszorg niet gelijk denkt over de behandeling van dit speciale kind. Het conflict neemt dan ingewikkelder vormen aan en uiteraard is de oplossing nog minder eenvoudig geworden.

5) Maar voor ons onderwerp van heden is het allerbelangrijkste punt dat de minderjarige zelf, welke leeftijd hij ook heeft, in dit ingewikkelde samenspel tussen gezondheidsinstellingen, ouders en kinderbeschermingsinstanties geen rechtspositie heeft. De ouders hebben in de wet vastgestelde rechten en vele plichtende minderjarige heeft niets. Zowel in het gezondheidsrecht als in het familierecht is de minderjarige een subjeet van zorg en bescherming. Hij is geen, althans nauwelijks een drager van eigen rechten en plichten.

5. Jurisprudentie.

De kantonrechter Tilburg (27-6-1963, N.J. 1963, no. 305) was van oordeel dat op de moedervoogdes een kontraktuele verplichting rustte tot betaling van de kosten voor het ondergaan van een medisch noodzakelijke ziekenhuisbehandeling van haar 19-jarige dochter. Weliswaar had de moeder, toen zij eenmaal met de opname van haar dochter bekend was geworden, bij de administratie van het ziekenhuis geprotesteerd, maar daarbij was niet duidelijk geworden of het protest bedoeld was tegen het feit dat men zonder haar uitdrukkelijke medeweten, was overgegaan tot opname, dan wel tegen de opname zelf. De kantonrechter kon zich niet aan de indruk onttrekken, dat het verweer slechts was ingegeven teneinde te ontkomen aan de betalingsverplichting van de meerbedeelde medische behandeling. Voor ons onderwerp is speciaal van belang dat de kantonrechter van oordeel was dat, als een negentienjarig meisje zich aandient bij een ziekenhuis voor het ondergaan van een medisch noodzakelijke behandeling, aanleiding bestaat aan te nemen dat de moeder zich daarmee verenigt, zodat haar toestemming mag worden verondersteld (zie ook de redenering van NOTA in 1972, in dit hoofdstuk, par. 6). Volgens de kantonrechter behoeft van de medische dienst niet verlangd te worden, dat deze zich eerst gaat overtuigen van de voorkennis en instemming van de moeder alvorens tot opname over te gaan.

Voor wat het treffen van een kinderbeschermingsmaatregel aangaat, is het arrest van het Hof Den Haag van belang (26-10-65, N.J. 1967, no. 121). Gebleken was dat bij een jong kind, -in eerste instantie nog geen drie jaar oud -, een aangeboren oogafwijking was gekonstateerd, met een gevaarlijke verhoogde druk in het oog.

Zou deze niet gekorrigeerd worden dan zou het netvlies onherstelbaar beschadigd worden. Observatie leek noodzakelijk. De ouders waren echter niet bereid de bedoelde observatie te doen plaatsvinden. De kans dat hierdoor de minderjarige blind zou worden, bracht de Raad voor de Kinderbescherming in Rotterdam ertoe een verzoek tot ondertoezichtstelling in te dienen, aangezien het meisje zodanig opgroeide dat zij met lichamelijke ondergang werd bedreigd. De kinderrechter heeft dit verzoek afgewezen, overwegend dat de ouders niet wilden medewerken en evenmin begrip hadden voor de ernst van de situatie, zodat in het kader van de ondertoezichtstelling geen hulp geloden kon worden.

Van hulpverleningsstandpunt uit gezien door de Vereniging voor Gezinsvoogdij en de te benoemen gezinsvoogd over dit zeer jonge meisje, heeft de kinderrechter juist beslist. De "gezondheidsbevorderaars" (het woord las ik bij VAN DER MIJN) zullen hier anders over denken. In elk geval is de Raad in appel gegaan. Het Hof Den Haag meende dat het verzoek wel moest worden toegewezen omdat het in het belang van de minderjarige noodzakelijk was dat een maatregel werd genomen opdat het gevaar zo mogelijk kon worden afgewend, ondanks het feit dat de ouders hadden verklaard hun medewerking te weigeren. Zeer recent heeft de Rechtbank Dordrecht (27-6-1973, N.J. 1973, no. 432) een waar Salomonsoordeel gegeven in een situatie waar de opvattingen van de ouders verschillend waren m.b.t. een op hun kind te verrichten operatie. Het kind leed aan een ernstige hartafwijking, welke een spoedige operatie noodzakelijk maakte, aldus een schrijven van een kindercardioloog. Achterwege blijven van een operatie zou de gezondheid van het kind doen achteruitgaan en op den duur hoogst ernstige en blijvende gevolgen hebben, terwijl thans nog tijdig operatief kon worden ingegrepen met een operatierisico van ongeveer 10%. Ook al stelde de vader zijn weigering te moeten baseren op de aan zijn geloof ontleende overtuiging dat het kind ook zo wel zou genezen, de rechtbank meende dat deze overtuiging ongefundeerd diende te worden geacht. Nu de moeder haar toestemming tot de operatie had gegeven, heeft de rechtbank de vader geschorst in de uitoefening van zijn gezag. De uiteindelijke beslissing op het ontzettingsrekest is aangehouden in afwachting van de verdere medische behandeling.

Tot slot nog een uitspraak van het Medisch Tuchtcollege Amsterdam (1973/1971, nr. 7119a, Stcr. 24-4-1972, no. 79) waarin een geweigerde toestemming van de voogd centraal stond. Het tuchtcollege moest uitspraak doen inzake een klacht van een voogdij-instelling tegen een vrouwenarts, die zonder toestemming van de klaagster-instelling, abortus had verricht bij een minderjarig meisje dat onder voogdij van de genoemde voogdij-instelling stond. Het betrokken, ruim 18-jarige meisje, had zich in Amsterdam vervoegd bij een hulpverleningsorganisatie, door welker bemiddeling zij een week later door de vrouwenarts geaborteerd werd. In de tussenperiode hadden terstond contacten plaatsgevonden tussen de maatschappelijk werker van de hulpverleningsinstelling en het bestuur en de directie van de voogdij-instelling.

Laatstgenoemden hadden alleen en bij herhaling aangedrongen op bekendmaking van de verblijfplaats van het meisje en op terugzending. Bovendien deelde men mede, principiëel bezwaar te hebben tegen uitvoering van een abortus.

Het Medisch Tuchtcollege stelt voorop, dat in het algemeen het aan artsen niet vrijstaat zonder toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger over te gaan tot behandeling van minderjarigen. Er kunnen zich echter omstandigheden voordoen, waarin een arts genoopt kan zijn in het belang van de patient, ook zonder toestemming, -dan wel niettegenstaande de weigering tot verlenen daarvan -, tot behandeling over te gaan. Zodanige omstandigheden waren hier aanwezig, meende het college, waarbij de tot uiting gebrachte wil van de van zelfstandigheid blijkgende 18-jarige, mede een rol speelde. Het vertrouwen in de stand der geneeskundigen was niet ondermijnd, ook al waren de belangen van de minderjarige patiente gesteld boven het wettelijk gezag van de voogdij-voerende instelling.

6. Recente literatuur.

RANG heeft er op gewezen ("Patientenrecht", 1973) dat "het toedelen van rechten en het opleggen van verplichtingen in de gezondheidswetgeving in feite minder op de voorgrond zijn getreden. Bovendien is dit stuk wetgeving fragmentarisch....". Even verder konstateert hij "Uit de door mij besproken deelgebieden van het gezondheidsrecht blijkt, dat de positie van de patient daarin óf niet óf op een negatieve óf op een indirecte wijze naar voren komt". M.i. geldt hetgeen door RANG hier in zijn algemeenheid wordt gesteld t.o.v. alle "konsumenten" van de gezondheidszorg, speciaal voor de minderjarigen. Immers niet alleen het gezondheidsrecht zwijgt over de positie van de minderjarige, ook in het familierecht (zie hoofdstuk II) zijn m.b.t. de minderjarige geen of nauwelijks artikelen opgenomen, waaraan hij een positieve rechtspositie in het gezondheidsrecht zou kunnen ontleen.

In zijn artikel "De rechter en de medische behandeling van minderjarigen" (N.J.B. 1971, afl. 18, blz. 501 e.v. en Medisch Contact 1971, afl. 22, blz. 615 e.v.) bespreekt NOTA rechterlijke uitspraken van vóór de oorlog en van meer recente datum. Hij geeft tevens de mening weer van een aantal auteurs. Belangrijk lijkt me dat NOTA de kinderrechter in het algemeen niet tot ingrijpen bevoegd acht. Hij schrijft: "Hiervoor is het kinderrecht ook niet bedoeld, het beperkt zich tot concrete noodsituaties. De rechter zal het gevaar van de ingreep, de ernst van de gewetensbezwaren, de vrijheid van opvoeding, tegen het belang van het kind moeten afwegen". Ik wil het graag met NOTA eens zijn, - wij bespraken reeds in hoofdstuk I, sub. 3, "konflikten en mogelijke oplossingen" -, dat het kinderrecht niet bedoeld is om in het algemeen het nemen van maatregelen van gezondheidszorg mogelijk te maken.

In de beschouwingen van SCHULTSZ ("Enige juridische overwegingen omtrent medische behandeling van minderjarigen", Medisch Contact 1972, afl. 2, blz. 45 e.v.) wordt nog eens het "strikt formele standpunt" weergegeven. Inderdaad levert ook m.i. de

beantwoording van "de vraag in hoeverre de toestemming van ouders van minderjarigen (steeds) vereist is bij het doen ondergaan van een medische behandeling van die minderjarigen", grote problemen op. Formeel heeft SCHULTSZ volkomen gelijk als hij schrijft: "dat naar de letter der wet, ook in ons moderne burgerlijke recht, de minderjarigen behoren tot de zgn. personae miserabiles, d.w.z. tot hen die in velerlei opzicht hun wil niet vrij kunnen bepalen, hun handelingsbekwaamheid beperkt zien". Zowel NOTA als SCHULTSZ besteden aandacht aan het toekomstige recht waarbij men attent zal moeten zijn op de positie van de minderjarige in het gezondheidsrecht. NOTA stelt in dit verband een "veronderstelde toestemming" van de wettelijke vertegenwoordiger voor, zoals thans bij het arbeidskontraakt van de minderjarige.

In dit preadvies is getracht de positie van de minderjarige in het gezondheidsrecht in z'n algemeenheid te behandelen, maar het is natuurlijk een feit dat in de praktijk van de laatste jaren de vragen zich vooral toegespitst hebben op de verstrekking van de pil aan minderjarige meisjes en op de abortus op verzoek van een minderjarige zwangere, in beide gevallen zonder toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger.

Over de anticonceptionalia voor minderjarigen schreef SCHUURMANS STEKHOVEN ("Netelige kinder-pilreceptdwangproblemen" Ned. T.v. Geneeskunde 1971, blz. 204 e.v.). Hij meende dat de arts zijn minderjarige patient geen anticonceptiva mag en kan voorschrijven zonder medewerking van de ouders en dat, - indien zulks tegen de wil van de ouders zou plaatsvinden -, dit zelfs een strafbaar feit zou kunnen opleveren, benevens een tuchtvergriep. Hij wordt in al deze opvattingen bestreden door ROSCAM ABBING ("Anticonceptie bij minderjarigen", Ned. T.v. Geneeskunde 1972, afl. 10), m.i. terecht.

In dit verband zou ik ook nog eens willen wijzen op het preadvies dat door de Nederlandse Juristen Vereniging is uitgebracht (ROOD-DE BOER, "dient de wettelijke regeling omtrent de meerderjarigheid te worden gewijzigd", 1970, blz. 16/17). Geconstateerd werd destijds dat er "een niet onaanzienlijke groep jongeren is, die helaas geen steun van thuis kan verwachten en die bij een formeel redenerende arts evenmin hulp zal krijgen.de hier geconstateerde kloof tussen wettenrecht en recht van de werkelijkheid dient te worden overbrugd". M.i. bestaat deze kloof, nu vier jaar later, nog steeds. Ook thans zou ik met klem willen pleiten voor een aangepaste regeling in het Burgerlijk Wetboek, waardoor de belangen van het minderjarige kind veilig gesteld zouden worden en waardoor o.a. bij de werkers in de gezondheidszorg, zoals de artsen, een gevoel van onzekerheid ten aanzien van hun rechten en plichten zou worden weggenomen.

VAN DER MIJN heeft in een m.i. voortreffelijke voordracht ("De wetgever en het medisch handelen", Medisch Contact 1972, afl. 44, blz. 1165 e.v.) gewezen op de schrik die men in de medische wereld ervaart, wanneer de wetgever zich met het medisch handelen gaat bezighouden. Hij geeft voor een dergelijk optreden van de wetgever een vijftal mogelijke motieven.

In zijn conclusie zegt hij overigens duidelijk "dat op dit moment geen motief bestaat om algemene regels op te stellen voor het medisch handelen.Dit neemt niet weg dat het aanbeveling kan verdienen voor bepaalde medische handelingen een specifieke wettelijke regeling te treffen, waarbij ter veiligstelling van de belangen van de patient, maar ook tot zekerheid van de arts, eisen aan het medisch handelen worden gesteld onder meer ten aanzien van de besluitvorming". In het laatste hoofdstuk zal ik een poging doen, niet zozeer tot het formuleren van een eventuele specifieke wettelijke regeling in het gezondheidsrecht noch in het burgerlijk recht, maar wel tot het opstellen van een aantal vuistregels, die onderwerp van discussie en mogelijk van een tijdelijke praktijk zouden kunnen zijn en die m.i. aansluiten bij datgene wat VAN DER MIJN stelt t.a.v. de wetgeving en het medisch handelen en speciaal de besluitvorming.

Hoofdstuk II: De rechtspositie van de minderjarige in het algemeen.

1. Als nu eens.

- Als nu eens twee dagen voor Kerstmis 1970 een 14-jarig meisje uit het Zuiden van het land zich had gemeld op het middagspreekuur van de haar tot dus ver onbekende arts X in de randstad en als zij tegen hem had gezegd dat zij reeds vier dagen geleden van huis was weggelopen en dat zij op dit moment absoluut niet naar huis terug wilde, maar dat zij dringend hulp nodig had.
- Als nu eens dr. X, na een kort gesprek, had weten in orde te maken, nog tijdens datzelfde middagspreekuur, dat het meisje opgenomen zou worden in het verpleegtehuis Y in een aangrenzende gemeente, en als hij het meisje vervolgens naar Huize Y had gebracht bij wijze van voorlopige maatregel; immers overmorgen zouden de Kerstdagen beginnen.
- Als nu eens in de namiddag van dezelfde dag twee rechercheurs van de gemeentepolitie zich hadden vervoegd bij genoemde arts, dewelke hem mededeelden dat de Officier van Justitie in H. de onmiddellijke aanhouding van het minderjarige meisje wenste en als zij hem de vraag zouden hebben gesteld of hij wist waar zij was.
- Als in die situatie dokter X de heren rechercheurs had verzocht even in de wachtkamer te willen blijven, terwijl hij vervolgens in zijn spreekkamer telefonisch de directeur van verpleegtehuis Y ervan verwittigde dat de politie onderweg was om het meisje aan te houden, om daarop de rechercheurs in de wachtkamer mede te delen dat het gezochte meisje vermoedelijk in Y verbleef.
- Als de politie in de vooravond van diezelfde dag zich begeven zou hebben naar Y en het vogeltje gevlogen vonden.
- Als dokter X s'avonds het meisje ergens in de M-sstraat met zijn auto had opgepikt en bij zuster Z had ondergebracht, alwaar haar vervolgens onderdak was verleend gedurende vier dagen.
- En als dan de arts, net op de dag voor Kerstmis, toen de recherche weer bij hem kwam, - vermeldend dat het meisje niet was aangetroffen in Y -, gezegd zou hebben:
"Ja ik wéét waar zij is, maar nee, ik wil en zal het adres niet zeggen".

Stel eens, dat dit alles op deze wijze zou zijn gebeurd, zou dokter X de recherche te woord hebben gestaan en zo ja, hoe zou het met hem verder zijn gegaan? Zou een strafvervolgung tegen hem zijn ingesteld omdat hem de overtreding van artikel 280 van het Wetboek van Strafrecht ten laste werd gelegd?

Of zou bij het Medisch Tuchtcollege een klacht tegen hem zijn ingediend?

Of zou misschien helemaal niets zijn gebeurd omdat hulpverlening door een medicus zich vrijwel altijd onttrekt aan inpassing in een juridisch kader?

Het bovenstaande geval heeft zich precies zo afgespeeld op de aangegeven data. Alles klopt, behalve de identiteit van de hulpverlener. Het minderjarig meisje dat reeds sinds enkele dagen zonder toestemming van haar ouders was wegge- lopen uit haar ouderlijk huis, heeft zich niet gemeld bij dokter X, huisarts in randstad, maar in het gebouw van de alternatieve hulpverleningsinstelling Sosjale Joenit in den Haag. Zij is daar te woord gestaan door B en aan hem heeft zij haar probleem uiteengezet.

Deze toevallige samenloop van omstandigheden heeft geleid tot een strafvervolgning tegen B, welke procedure tenslotte vijf rechterlijke uitspraken* heeft opgeleverd. De centrale rechtsvraag in dit geval is geweest in hoeverre ja dan nee aan het handelen van B de materiele wederrechterlijkheid ontbrak. Maar daarnaast hebben de rechterlijke colleges zich tevens min of meer expliciet uitgesproken over de inhoud en de grenzen van het ouderlijk gezag. Omdat naar mijn mening de juridische verhouding tussen ouders en kinderen een belangrijk onderdeel vormt van het thans aan de orde zijnde thema, lijkt het nuttig de Sosjale Joenit uitspraken straks langs te lopen.

Het is denkbaar, dat vanuit deze jurisprudentie die mede be- trekking heeft op bepaalde facetten van hulpverlening, enig licht zou schijnen op de positie van de minderjarige in het algemeen en derhalve ook in het gezondheidsrecht. Maar voor wij ons over de rechtspraak gaan buigen eerst de wettelijke bepalingen en de opvattingen van enkele auteurs.

2. Wettelijke bepalingen.**

Teneinde de positie van de minderjarige in zijn algemeenheid te behandelen volgen eerst de relevante artikelen in boek I van het Burgerlijk Wetboek in de titels 13 (minderjarigheid) en 14 (ouderlijke macht).

Art. 233:

Minderjarigen zijn zij, die de ouderdom van een en twintig jaren niet hebben bereikt en niet gehuwd zijn of niet gehuwd zijn geweest.

* Rb. Den Haag (2/11/71, N.J. 1972, no. 13)
Hof den Haag (17/3/1972, N.J. 1972, no. 262)
H.R. (3/7/72, N.J. 1973, no. 78)
Hof A'dam (28/12/73, N.J. 1973, no. 79)
H.R. (16/10/73, R.v.d.W., 1973, blz. 268, no. 61)

** Voor wat betreft de par. 2,3 en 4 van dit hoofdstuk heb ik ten dele gebruik gemaakt van een artikel van mijn hand, verschenen in N.J.B. 1974, afl. 3, blz. 89 e.v.

Art. 234:

- 1: Minderjarigen zijn onbekwaam rechtshandelingen te verrichten voor zover de wet niet anders bepaalt.
- 2: Een minderjarige die met oordeel des onderscheids handelt, is bekwaam rechtshandelingen te verrichten met toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger, voor zover deze bevoegd is die rechtshandelingen voor de minderjarige te verrichten. De toestemming kan slechts worden verleend voor een bepaalde rechtshandeling of voor een bepaald doel. De toestemming voor een bepaald doel moet schriftelijk worden verleend.
- 3: Hij is bekwaam over gelden die zijn wettelijke vertegenwoordiger voor levensonderhoud of studie te zijner beschikking heeft gesteld, overeenkomstig deze bestemming te beschikken.

Art. 245:

- 1: Een kind, van welke leeftijd ook, is aan zijn ouders eerbied en ontzag verschuldigd.
- 2: De ouders zijn verplicht hun minderjarige kinderen te verzorgen en op te voeden.

Art. 246:

- 1: Gedurende hun huwelijk bezitten de ouders de ouderlijke macht over hun minderjarige kinderen.
- 2: Zij oefenen deze macht gezamenlijk uit. Bij verschil van inzicht is de wil van de vader beslissend.
- 3: Indien de beslissing van de vader kennelijk in strijd is met of ernstige gevaren oplevert voor de zedelijke of geestelijke belangen of voor de gezondheid van het minderjarige kind, is de kinderrechtster op verzoek van de moeder bevoegd die beslissing teniet te doen.

Art. 247:

- 1: De vader of - indien zij de ouderlijke macht alleen uitoefent - de moeder voert het bewind over het vermogen van het kind, en vertegenwoordigt het kind in burgerlijke handelingen.

Uit de teksten zal niet duidelijk blijken wat de minderjarigheid precies inhoudt, noch wat onder de inhoud van het ouderlijk gezag moet worden verstaan, of waar de grenzen van het ouderlijk gezag liggen. A fortiori valt uit deze artikelen niet met volkomen duidelijkheid af te leiden wat de positie van de minderjarige in het gezondheidsrecht inhoudt. Volgens de artikelen 233 en 234 is voor minderjarigen typerend hun onbekwaamheid m.b.t. het verrichten van rechtshandelingen.

Van alle soorten gedragingen die door een minderjarige vertoond of niet vertoond zouden kunnen worden -met en zonder rechtsgevolgen-, wordt hier bedoeld op dat gedrag dat civielrechtelijke rechtsgevolgen zou kunnen hebben. Tot deze gedragingen is de minderjarige niet bekwaam.

Het is een interessante rechtsvraag of de uit het BW af te leiden principiële civielrechtelijke handelingsonbekwaamheid der minderjarigen eveneens toepasbaar moet worden geacht op gedragingen die publiekrechtelijke of administratiefrechtelijke rechtsgevolgen in het leven roepen. Tot op heden is over deze materie in ons land niet gepubliceerd, al ligt het in de lijn der verwachtingen dat dit binnen niet al te lange tijd zal gebeuren.

GOUDSMIT ("Volksgezondheid", in Ned. Bestuursrecht 1964), LEENEN ("Sociale grondrechten en recht op gezondheidszorg" 1972) en vooral RANG (Patientenrecht, 1973) wijzen erop dat in het gezondheidsrecht gebruik wordt gemaakt van de voor het gehele recht van toepassing zijnde systemen, met name de civielrechtelijke, de administratiefrechtelijke en de strafrechtelijke. Vooralsnog lijkt het mij formeel juist als de civielrechtelijke handelingsonbekwaamheid van de minderjarige wordt toegepast op de positie van de minderjarige in het gezondheidsrecht. De principiële civielrechtelijke handelingsonbekwaamheid van de minderjarige is echter niet volledig. Het Burgerlijk Wetboek zelf heeft er gaten in geslagen o.a. door

224,1 : erkenningsmogelijkheid) zónder toestemming van de
944 : testemogelijkheid) wettelijke vertegenwoordiger.
31 : bevoegdheid een huwelijk aan te gaan mét
toestemming van de beide ouders.
1637 g en h : bekwaamheid tot het sluiten van een arbeids-
overeenkomst met de mogelijkheid voor de wet-
telijke vertegenwoordiger tot het aantekenen
van verzet,

enzovoort.

Bovendien is een minderjarige die handelt met oordeel des onderscheids, bekwaam tot het verrichten van civielrechtelijke rechtshandelingen met toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger (234, 2 en 3).

Naast de in de wet reeds gegeven doorbreking van de civielrechtelijke handelingsonbekwaamheid kan men rustig in de praktijk van alledag konstateren dat de handelingsonbekwaamheid nauwelijks een rol speelt. In het maatschappelijk verkeer worden aan de minderjarige koper, huurder enz. nauwelijks belemmeringen in de weg gelegd. Weliswaar zijn de door hem aangegane verbintenissen formeel ongeldig. Op de ongeldigheid wordt echter zelden een beroep gedaan.

Om alvast een voorschot te nemen op de paragraaf m.b.t. de jurisprudentie zij hier gewezen op een recente uitspraak in die zin. In het vonnis van de Kantonrechter Assen van 22-1-73, N.J. no. 434, is de handelingsonbekwaamheid in het vermogensrechtelijke vlak tegenover derden op boeiende wijze belicht.

Genoemde uitspraak is ook gepubliceerd in de Praktijkids van mei 1973, nr. 810 en voorzien van een noot van BLOEMBERGEN. BLOEMBERGEN meent dat de kantonrechter opmerkelijk en juist oordeelde, toen hij de koopovereenkomst afgesloten tussen een zeer zelfstandig optredend minderjarig meisje en een verkoper van elektrische apparaten niet vernietigde maar de vordering tot het betalen van de koopsom toewees. De kantonrechter stelt dat naar de heersende rechtsovertuiging de meerderjarigheidsgrens verlaagd dient te worden. De maatschappelijke praktijk trekt zich bovendien weinig of niets aan van de wettelijke meerderjarigheidsgrens. Desalniettemin is artikel 233 B.W. geldend recht.

De kantonrechter Assen heeft o.a. met verwijzing naar het zgn. rapport WIARDA*, de handelingsonbekwaamheid van de betrokken minderjarige op grond van 233 B.W. terzijde geschoven. Het zou in strijd met de goede trouw zijn dat een zelfstandig optredende, oudere minderjarige de wederpartij eerst in de waan zou brengen met een meerderjarige te doen te hebben en zich later op haar minderjarigheid zou beroepen.

Over het algemeen neemt men, zonder daar veel bij na te denken aan, dat de vermogensrechtelijke handelingsonbekwaamheid van de minderjarige ook in het familierechtelijke vlak zou bestaan. De wettelijke vertegenwoordiger zou niet alleen tegenover derden optreden namens de minderjarige. Hij zou ook in de familiekring de beslissingen over en voor de minderjarige mogen nemen tot deze de grens van de minderjarigheid overschrijdt. Maar is dat werkelijk een juiste wetsinterpretatie? Is het in overeenstemming met de heersende rechtsopvattingen?

In de praktijk ervaren alle ouders dat hun opgroeiende kinderen eerst inspraak en vervolgens medezeggenschap eisen. De wetsartikelen van titel 13 (minderjarigheid) geven echter geen richtlijnen aan de ouders, hoe zij zich zouden moeten opstellen in dit soort problemen.

Evenmin is houvast te vinden in titel 14 (m.b.t. de ouderlijke macht). Helaas vinden wij ook hier alleen vage normen. De ouders hebben gezamenlijk de plicht hun minderjarige kinderen te verzorgen en op te voeden. Wat houdt dat in? Het lijkt buiten twijfel dat onder verzorging en opvoeding mede moet worden verstaan het bieden van mogelijkheden tot zo volledig mogelijke ontplooiing en ontwikkeling van het kind zowel in lichamelijke als in geestelijke zin. Maar men dient hierbij te bedenken, dat een volledige ontplooiing alleen mogelijk is, indien het kind enige marge wordt gelaten om zelfstandig op te treden, om zichzelf te oefenen voor de volwassenwording.

* Rapport van de Commissie tot herziening van het Kinderbeschermingsrecht, ingesteld door de Minister van Justitie in 1965. Het rapport verscheen in 1971 en was getiteld "Jeugdbeschermingsrecht".

M.a.w. een volstreekte handelingsonbekwaamheid van de minderjarige op alle terreinen van het recht, kán niet meer samengaan met een modern opgevatte uitoefening van de ouderlijke macht.

3. Rechtspraak.

In II,1 stelden wij dat het nuttig zou kunnen zijn de 5 Sosjale Joenit-uitspraken vluchtig door te nemen. Hoewel het hierbij gaat om een strafvervolgning ingesteld tegen een medewerker van de Sosjale Joenit in Den Haag op grond van het al dan niet overtreden van artikel 280 W.v.Str., zijn in sommige uitspraken ook opvattingen m.b.t. het ouderlijk gezag weergegeven. Men kan zich afvragen of hulpverlening vanuit de sektor der gezondheidszorg aan een minderjarige, wezenlijk anders zou zijn dan hulpverlening zoals deze door een instelling als de Sosjale Joenit is verstrekt.

De Rechtbank Den Haag 2-11-1971, N.J. 1972, no. 13 acht bewezen dat de hulpverlener van de Sosjale Joenit het minderjarige meisje, dat zich onttrokken had aan het ouderlijk gezag, opzettelijk verborgen en aan de nasporingen van de justitie en politie heeft onttrokken. De rechtbank laat een aantal, niet in de wet voorziene, factoren het ouderlijk gezag in zekere zin tijdelijk opschorten, hoewel er geen gronden aanwezig zijn voor een voorlopige toevertrouwing aan de Raad voor de Kinderbescherming (art. 241, 1 en 2 B.W.).

De Rechtbank neemt daartoe de redenering van de (verdachte) medewerker van de Sosjale Joenit over:

- dat het weglopen van minderjarigen uit hun ouderlijk huis vrijwel altijd een signaal is, dat duidt op een vrij gekompliceerde problematiek zowel bij het kind als bij de ouders;
- dat noch het belang van de weggelopen minderjarige, noch dat van zijn ouders is gediend met het terstond terugbrengen van het kind naar de ouderlijke woning met behulp van de politie, zelfs al zouden de ouders daartoe een verzoek doen uitgaan;
- en dat in plaats hiervan een hulpverleningsproces de voorkeur heeft, waarbij een verantwoord onderzoek wordt verricht en rust wordt gegeven, zodat door middel van stabilisatie en gesprekken informatie verzameld kan worden ten behoeve van het proces van hulpverlening.

De Rechtbank meent dat hier een redelijk middel is gehanteerd ter bereiking van een redelijk doel. Met betrekking tot de inhoud van het ouderlijk gezag is geen duidelijke uitspraak gedaan, al geeft de Rechtbank indirect aan, dat hulpverlening aan minderjarigen soms in kan druisen tegen het wettelijk gezagsbegrip. De uitspraak luidde ontslag van rechtsvervolgning, immers de materiële wederrechtelijkheid ontbrak.

Het Hof Den Haag (17-3-72 N.J. 1972, no. 262) meent echter dat er wel degelijk wederrechtelijkheid aanwezig was omdat de hulpverlener een onjuist middel heeft gehanteerd ter bereiking van een overigens redelijk doel Het Hof overweegt dat het kan voorkomen dat de hulpverleningsinstellingen niet terstond medewerken aan datgene wat de gezagsdragers eisen, zonder dat daarmee beoogd wordt het gezag zelve aan te tasten. Door de hulpverlening primair te stellen boven het ouderlijk gezag, heeft de Sosjale Joenit-medewerker omtrent de wederrechtelijkheid van zijn handelen gedwaald; bij hem ontbreekt echter de schuld aan het strafbare feit. Evenals de Rechtbank kwam het Hof tot de uitspraak ontslag van rechtsvervolgning.

Bovenweergegeven eigenlijk zeer terughoudende opvatting ging de Hoge Raad te ver. Deze stelt (3-7-72, N.J. 1973 no. 78), dat het wel mogelijk is dat de hulpverlener meent de belangen van de minderjarige op de meest doeltreffende wijze te behartigen en dat met een redelijk middel een redelijk doel zou zijn gediend, maar dat de Sosjale Joenit-medewerker daarbij uit het oog heeft verloren, dat degenen die bij of krachtens de wet met de belangen van de minderjarigen zijn belast, in staat gesteld moeten worden deze taak te vervullen. Zelfs al denkt de hulpverlener (de Hoge Raad vermeldt de minderjarige zelf niet), dat de belangen van de minderjarige bij hem in betere handen zijn, dan nog moet hij de behartiging van deze belangen niet eigenmachtig aan zich trekken, zelfs niet voor betrekkelijk korte tijd. Het arrest van het Hof Den Haag is door de Hoge Raad vernietigd en de zaak is naar het Hof Amsterdam verwezen.

De Hoge Raad heeft, in tegenstelling tot Rechtbank en Hof, vooral op het positieve recht gewezen. Noch de minderjarige noch de hulpverlener vinden in de positieve rechtsorde een grondslag om op basis daarvan te handelen tegen het ouderlijk gezag in.

De zinsneden uit de konklusie van de P.G. Langemeijer, lijken me onderschreven te moeten worden waar hij opmerkt: "dat het wel dringend nodig schijnt, dat van regeringswege, dus op landelijk niveau, voor de nijpende problematiek die zich hier voordoet, een algemene oplossing wordt gezocht, die zoveel mogelijk nieuwe botsingen uitsluit, die anders niet licht zullen uitblijven".

Het Hof Amsterdam, naar welk kollege de zaak door de Hoge Raad vervolgens (28-12-1972, N.J. 1973, no. 79) is verwezen, heeft een heldere analyse gegeven van de gezagsverhouding tussen ouders en kinderen.

Het Hof Amsterdam zegt, dat enerzijds het gezag dat de ouders uitoefenen over hun minderjarige kinderen, strekt tot een deugdelijke verzorging en opvoeding van die kinderen en aldus in hun belang aan de ouders is opgedragen, doch, dat anderzijds, zolang geen maatregel van kinderbescherming is genomen, het gezag bij uitsluiting aan de ouders toekomt, derhalve ook de

beslissing hoe de verzorging en de opvoeding dienen plaats te vinden.

Het Hof stelt vervolgens dat de ouders, die het gezag uitoefenen in het belang van het kind, in beginsel zelfs tekort zouden schieten, wanneer ze zouden nalaten onverwijld de minderjarige op te (laten) sporen en te zorgen dat deze terugkomt ter plaatse die zij, de ouders, de meest dienstige achten. Maar daarop wordt onderkend, dat zich gevallen kunnen voordoen, waarin nu juist de opsporing en terugbrenging van de minderjarige naar het ouderlijk huis, kennelijk in strijd is met of gevaar zou opleveren voor de zedelijke of geestelijke belangen dan wel de gezondheid van de minderjarige. In een dergelijk geval zou een bijzondere situatie ontstaan. Daarop heeft het Hof onderzocht in hoeverre zich hier een bijzondere situatie voordeed, waarin het juist niét terug laten keren van de minderjarige onder het wettig gezag, een plicht van hoog zedelijk gehalte zou zijn. Mocht een dergelijke bijzondere situatie bestaan, dan zou alsnog aan de handeling van de Sosjale Joenit-medewerker het strafbaar karakter komen te ontvallen. Het Hof meent echter dat een dergelijke toestand zich niet heeft voorgedaan, en wijst er tevens op dat er ook wegloupegevallen zijn, waarbij geen diepere problematiek aanwezig is.

Het kan wel voorkomen stelt het Hof verder, dat de hulpverlener op het moment dat de politie nasporing bij hem doet, nog niet volstreekte zekerheid heeft omtrent de achtergronden van het betrokken hulpverleningsgeval en dat hij met name nog niet zeker weet of de gedwongen terugkeer van de minderjarige in het ouderlijk gezin een bedreiging zal vormen voor deze zelf of voor een van de gezinsleden.

De hulpverlener heeft hierover alleen een redelijk vermoeden en bij wijze van voorlopige maatregel voelt hij zich in geweten verplicht de minderjarige te verbergen. Het Hof wijst ook een dergelijke ingreep in beginsel niet af, maar meent dat een zodanige inperking van de zeggenschap der ouders door een niet met wettelijke bevoegdheden beklede hulpverlener alleen aanvaardbaar is op twee voorwaarden en wel:

- a. de hulpverlener moet opening van zaken geven aan de met opsporing en terugbrenging belaste ambtenaren, mededelend waarop zijn "redelijk vermoeden van bedreiging" is gebaseerd;
- b. hij moet beloven dat, als zijn vermoeden bewaarheid wordt dat een onmiddellijke terugkeer bedreigend zal zijn voor de minderjarige, hij de Raad voor de Kinderbescherming en de kinderrechtter in de zaak zal kennen en een ingrijpen hunnerzijds niet zal verhinderen.

Het Hof heeft hierbij m.i. gedacht aan de sinds een paar jaar in sommige plaatsen bestaande onderlinge afspraken tussen de justitiële instanties en de kinderbeschermingsinstellingen, welke afspraken tot nu toe - in elk geval in Amsterdam - redelijk goed gewerkt hebben

Na deze ruimte scheppende analyse, komt het Hof vervolgens tot de wat abrupte konklusie dat in het voorliggende geval zich geen bijzondere situatie voor heeft gedaan en dat er geen sprake kan zijn van rechtvaardiging van het begane feit. Het Hof wijst er op dat de hulpverlener geheel uit het oog heeft verloren dat een opzij zetten van de ouderlijke macht en van de bevoegdheden van de voor de kinderbescherming krachtens wettelijke regelen medeverantwoordelijkheid dragende organen, de deur wagenwijd openzet voor ernstig machtsmisbruik van de betrokken hulpverlener ten opzichte van de in situaties als deze, in hoge mate van hem afhankelijke minderjarige.

De medewerker van de Sosjale Joenit is veroordeeld tot een geldboete van f 250,-. Tegen dit arrest is beroep in kassatie ingesteld.

In het tweede arrest heeft de Hoge Raad geen nieuwe gezichtspunten naar voren gebracht. Maar de Hoge Raad deelt niet het rechtskundig inzicht van het Hof Amsterdam dat het onder bepaalde omstandigheden en voorwaarden (de bijzondere situatie) toch aan de Sosjale Joenit-medewerker zou hebben vrijgestaan het kind voor korte tijd te verbergen en aan de nasporingen te onttrekken.

Het gedrag van de betrokken hulpverlener vindt geen rechtvaardigingsgrond en is evenmin straffeloos door zijn stelling, dat zijn gevoelde maatschappelijke plicht prevaleerde boven zijn wettelijke plicht zich te onthouden van verbergen en aan nasporingen te onttrekken. Het kassatieberoep is door de Hoge Raad verworpen.

Mij dunkt dat in deze jurisprudentie, ondanks het tamelijk positivistische karakter, toch bepaalde aanduidingen te vinden zijn, waarmede men in de gezondheidszorg z'n voordeel zou kunnen doen voor wat betreft een verruiming van de positie van de minderjarige.

4. Recente literatuur.

Bij het 100-jarig bestaan van de Nederlandse Juristen Vereniging in 1970 was een van de vraagpunten "Dient de wettelijke regeling omtrent de meerderjarigheid te worden gewijzigd?"

Rondom dit thema hebben verschillende schrijvers hun visie gegeven. Zo schreef VALKHOFF over de juridische emancipatie der jonge volwassenen (N.J.B. 1970, no. 13), waarbij hij als zijn mening gaf dat "de grond van de onbekwaamheid, nl. rechtsbescherming van de onbekwame zelf tegen nadeel, nu voor boven achttienjarigen veel minder geldt dan vroeger", en dat "de jonge volwassene minder toezicht behoeft, minder zorg (om het nadeel te voorkomen) van de kant van de ouders". Rondom het preadvies geschreven voor de N.J.V. (mevr. ROOD-DE BOER, 1970), hebben J.M. POLAK (N.J.B. 1970, no. 23), J. WIARDA (N.J.B. 1970, no. 24) en mevr. FISCHER-KEULS (N.J.B. 1970, no. 26) hun meningen en aanvullingen gegeven.

Deze schrijvers weken niet noemenswaardig af van de in het preadvies neergelegde stellingen. Deze betroffen echter vooral de meerderjarigheidsgrens en in mindere mate het ouderlijk gezag.

In het rapport van de Kommissie tot herziening van het kindbeschermingsrecht, het zgn. rapport WIARDA (1971) "Jeugdbeschermingsrecht", is een stelsel ontwikkeld van treden naar volwassenheid, min of meer naar analogie van de Altersstufen uit het duitse en oostenrijkse recht. In hoofdstuk IV, dat de uitgangspunten voor een vernieuwing van het jeugdbeschermingsrecht opsomt, staat (blz. 57) "Naarmate de handelingsbekwaamheid van de minderjarige toeneemt, zal de aard van het gezag dat over minderjarigen wordt uitgeoefend door de ouders of de voogd veranderen. Het gezag neemt geleidelijk af. Volledig gezag over minderjarigen zal nog slechts bestaan (d.w.z. in de gedachtengang van de Kommissie WIARDA) over hen die jonger dan 12 jaar zijn en over de kleine groep der onvolwaardigen. In een dergelijk stelsel van geleidelijke rechtsverkrijging en geleidelijke gezagsvermindering (van de ouders) krijgt het bereiken van de meerderjarigheidsgrens zelf minder nadruk dan tot nu toe".

Ook t.a.p. (blz. 67 en 68) wordt duidelijk dat in de visie van de Kommissie WIARDA het ouderlijk gezag geen statisch rechtsbegrip is. Naarmate de minderjarige ouder in leeftijd wordt, en zelf verantwoordelijkheid leert en moet dragen, treedt het ouderlijk gedag geleidelijk terug.

De sectie KINDERRECHTSPRAAK van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak heeft zich in haar slotcommentaar in meerderheid aangesloten bij de voorstellen van de Kommissie WIARDA (zie N.J.B. 1973, no. 6), maar de sectie heeft zich niet expliciet geuit over het ouderlijk gezag.

SLAGTER heeft in "Vijftig jaar ondertoezichtstelling en kinderrechter" (1972) de grondgedachte van het voorstel van de Kommissie WIARDA "hoogst belangrijk" genoemd. Hij vraagt "of in deze tijd, waarin jongeren op steeds jeugdiger leeftijd een eigen mening naar voren brengen en de ouderen steeds meer geneigd zijn om naar die mening te luisteren, een verregaande ouderlijke macht nog wel past". (blz. 35 en 36). Ook hij lijkt in te stemmen met de voorstellen van de Kommissie WIARDA. Aanzienlijk gedistantieerder stelt DE RUITER zich op (1972 "Hulp en recht").

Schrijvend over de Sosjale Joenit-zaak, zegt de Ruiters dat in de gedachtengang van de wetgever de belangen van ouders en kinderen in het gezag zijn opgenomen. "Wie nu uit hulpverleningsmotieven een kind aan het gezag onttrekt of de opsporing ervan in de weg staat, maakt een inbreuk op het ouderlijk gezag".

Hij vreest zelfs dat een beleid zoals door de Rechtbank Den Haag aangegeven, ons zou "doen belanden in een jungle, waar buiten iedere rechterlijke controle om inbreuken op het ouderlijk gezag mogelijk zijn". Naar ik aanneem zal de Ruiters het eens kunnen zijn met de later gevolgde arresten van de H.R., het Hof Amsterdam en wederom de H.R.

Ook NOTA ("Veranderend gezinsrecht", 1973) onderschrijft deze laatst genoemde uitspraken.

Niet zo JÖRG (Delikt en Delikwent okt. nummer 1972) die meent dat de H.R. "zich lijdelijk heeft opgesteld in het proces van rechtsvorming. Immers de H.R. kiest de kant van het gezag, te weten de politie/justitie en de ouders. Ruimte voor vrijheid van het kind, voor zelfstandige behartiging van eigen belangen, kortom voor mondigheid en zelfstandigheid van het kind wordt niet geschonken".

Het gezagsbegrip met de daaraan verbonden gezagsuitoefening waar JÖRG van uit lijkt te willen gaan, komt overeen met wat de Kommissie WIARDA voorstelde in 1971; zijn opvattingen lopen niet parallel met die van de H.R., de RUITER en NOTA. Ook DOEK (1973, Intermediair no. 13) heeft gepleit voor "meer speelruimte" voor de minderjarige om zelfstandig te worden. Hij vraagt om "een wettelijke regeling, die er in slaagt, - al is het dan ook op de gebrekkige wijze het juridisch instrumentarium eigen -, recht te doen aan de nuanceringen, die de verhouding ouders/minderjarige kinderen in werkelijkheid vertoont".

Graag wil ik hierbij vermelden dat recentelijk VAN DER MIJN ("Seksualiteit in het zwakzinnigenrecht", hoofdstuk V. uit Geestelijk gehandicapten, seksualiteit en erotiek, 1973) zich kan verenigen met de voorstellen voor wat minderjarige zwakzinnigen betreft met het rapport WIARDA.

5. Resumé

Over de rechtspositie van de minderjarige in het algemeen is dit wel duidelijk:

Het B.W. stelt de handelingsonbekwaamheid van alle minderjarigen voorop. Voorzover de minderjarige oordeel des onderscheids bezit, mag hij zelfstandig optreden, maar alleen met toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger.

In de jurisprudentie is door de lagere rechter getracht op voorzichtige wijze en met waarborgen omkleed, de wettekst aldus te interpreteren dat enige marge is gegeven aan de minderjarige (en diens gekozen hulpverlener) tot zelfstandig handelen. De H.R. meende echter dat in de positieve rechtsorde geen grond tot ruime interpretatie van de begrippen minderjarigheid en ouderlijk gezag was te vinden.

In de rechtsliteratuur is sinds een aantal jaren een toenemende groep auteurs te vinden die met klem pleiten niet alleen voor een verlaging van de meerderjarigheidsgrens, maar eveneens voor een grotere mogelijkheid van zelfstandig optreden van hen die nog minderjarig zijn, d.w.z. voor een systeem van geleidelijke rechtsverkrijging.

Voor de positie van de minderjarige in het gezondheidsrecht betekent dit, dat men er verstandig aan zal doen, niet te utopisch en te veel afgestemd op een overigens nog onzekere toekomstige wetgeving, te denken. Maar het betekent tevens dat binnen het gegeven juridisch kader op zo creatief mogelijke wijze gestalte gegeven zal moeten worden aan een rechtspositie van de minderjarige die niet al te zeer verschilt van datgene wat de maatschappelijke werkelijkheid laat zien.

Hoofdstuk III. Gezondheidszorg en minderjarige

1. Opmerkingen vooraf.

Niemand heeft er enige twijfel over dat in de Nederlandse gezondheidszorg met name het minderjarige kind een onderwerp van voortdurende zorg is. Maar op grond van het geldend B.W. is diezelfde minderjarige geen drager van eigen rechten, enkele uitzonderingen daargelaten, zoals bv. de bevoegdheid tot het maken van een uiterste wilsbeschikking vanaf 18 jaar (art. 944 BW), hetgeen voor de gezondheidszorg nauwelijks interessant kan worden genoemd.

Nu de wetgeving zwijgt en de jurisprudentie met aarzelende en wat tegenstrijdige uitspraken komt, lijkt het een buitengewoon belangrijke zaak als de Vereniging voor Gezondheidsrecht zou kunnen en willen komen tot het mede formuleren van algemene richtlijnen volgens welke de werkers in de gezondheidszorg zouden kunnen handelen in hun contacten met minderjarigen.

Teneinde gedachten omtrent dergelijke richtlijnen te bepalen zijn in de volgende paragrafen een negental conceptvuistregels met toelichting neergeschreven, met enige buitenlandse literatuur over soortgelijke regelingen. De conceptvuistregels zijn bedoeld als uitgangspunten voor een discussie. Enkele rode draden zijn er, al dan niet expliciet, in terug te vinden:

- het recht van ieder op een zo optimaal mogelijke gezondheidszorg;
- het recht van ieder op informatie vóóraf over datgene wat de deskundigen mét en vóór hem denken te gaan doen;
- het recht van ieder, toestemming te geven dan wel te weigeren tot het ondergaan van een dergelijke behandeling. Omdat het recht van ieder, - en daaronder wordt door mij de minderjarige ook begrepen -, begrensd wordt door het recht van de ander, zijn in de voorgestelde vuistregels tevens uitzonderingen op de rechten verwerkt.

2. Koncept-vuistregels met toelichting.

Algemene regelingen m.b.t. minderjarigen

Informatie

1. Alle minderjarigen, voorzover zij zich kunnen uiten, hebben het recht, van tevoren op de hoogte te worden gebracht van de behandeling op het gebied van de gezondheidszorg, die men meent dat zij moeten ondergaan.

2. Alle ouders (of voogden), voorzover zij niet lijden aan een ernstige geestelijke stoornis, hebben het recht van tevoren op de hoogte gebracht te worden van de ~~gezondheidszorg~~behandeling, waarvan men meent dat hun minderjarige kinderen moeten ondergaan.

*op het gebied
v.d.
gezondheidszorg*

3. De plicht tot het vooraf verstrekken van deze informatie berust op degene(n) die verantwoordelijkheid draagt (dragen) voor de behandeling.

Besluitvorming

4. Voor de te treffen ~~gezondheidszorg~~behandeling dienen de ouders (dan wel de voogd) van het minderjarige kind toestemming te geven.

5. Voor de te treffen gezondheidszorgbehandeling te zijnen aanzien dient de minderjarige die over oordeel des onderscheids beschikt en die daartoe op dat moment in staat moet worden geacht eveneens toestemming te verlenen.

Speciale regelingen m.b.t. minderjarigen. Uitzonderingen op de informatieplicht.

6. Op grond van zeer klemmende redenen kan de informatie aan de ouders achterwege blijven. Het verzoek daartoe kan worden gedaan door een minderjarige die beschikt over oordeel des onderscheids.

7. Op grond van zeer klemmende redenen kan de informatie aan het minderjarige kind achterwege blijven. De ouders (voogd) van de minderjarige die nog niet beschikt over oordeel des onderscheids, kunnen daartoe een verzoek indienen.

Bijzondere vormen van besluitvorming.

8. Indien voor de behandeling van een minderjarige die over oordeel des onderscheids beschikt en die achttien jaar of ouder is, de ouders weigeren toestemming voor de behandeling te verlenen, is de toestemming van de minderjarige alleen voldoende. Dit geldt eveneens voor het geval onder 6 voorzien, indien de minderjarige achttien jaar en ouder is en over oordeel des onderscheids beschikt.

9. Indien in een noodsituatie de onder 4 en 5 genoemde toestemmingen ontbreken, dienen de bevoegde instanties van kinderbescherming ingeschakeld te worden, opdat een vervangende toestemming verkregen kan worden.

Toelichting.

In de voorgaande 9 vuistregels heb ik een poging gedaan, binnen het kader van het huidige BW, de jurisprudentie en datgene wat in het gezondheidsrecht aanvaard is, te komen tot de opstelling van algemene en speciale richtlijnen i.v.m. de gezondheidszorg t.b.v. minderjarigen. Misschien gaan de concept-vuistregels sommigen te ver en misschien gaan zij voor anderen, - waaronder ik mezelf reken -, niet ver genoeg. Moge uit de discussie toch een serie richtlijnen resulteren, die althans bevredigender zijn dan de huidige onzekere situatie.

behandeling
behandeling
behandeling

Ad 1, 2 en 3

De informatie-plicht is een algemeen aanvaarde stelling in de gezondheidszorg, al wordt in het B.W. de informatie-plicht niet expliciet genoemd.

Niet alleen zal de behandeling waarschijnlijk medisch en psychologisch gezien meer vrucht afwerpen als de patient niet in volstrekte onzekerheid verkeert over datgene wat er met hem gaat gebeuren, hij kan ook juridisch gesproken, helemaal geen toestemming verlenen, als hij niet is ingelicht. RANG noemt, met verwijziging naar andere schrijvers (bl. 19), de informatie-plicht als een van de civielrechtelijke aspecten van het door hem behandelde patientenrecht. Het spreekt echter vanzelf dat er tal van variaties mogelijk zijn in dat wat men de patient vertelt en hoe men daarbij te werk gaat. Maar dat geldt uiteraard evenzeer voor volwassen als voor minderjarige patienten.

In vuistregel 2 is gepoogd in algemene bewoordingen de informatie-plicht aan de ouders van de te behandelen minderjarige neer te leggen. M.i. moeten deze inlichtingen zeer volledig en uitvoerig zijn. Ik vind hierbij TORDOIR van gelijke mening (bl. 30 e.v.), die er bovendien op wijst dat een medische behandeling die door een overheids- of semi-overheidsorgaan wordt voorgesteld, speciaal verzet en achterdocht kan wekken. Juist in die gevallen is een goede voorlichting onontbeerlijk.

Bij de voorlichting aan de ouders mogen ook zaken, die op zich niet direkt met de behandeling te maken hebben, niet worden verzwegen. Men denke aan het demonstreren van heel jonge patientjes in de academische ziekenhuizen, hetgeen door de ouders als schokkend ervaren kan worden. Evenmin mogen eventuele toekomstige beroeps- of levensproblemen onaangeroerd blijven, zoals deze zich zouden kunnen voordoen als gevolg van een mutilerende ingreep.

Alles wat hier is gesteld m.b.t. de voorlichting aan de ouders geldt evenzeer voor de minderjarigen zelf, al zal voor de kleineren uiteraard een andere woordkeus en misschien een versimpelde uitleg nodig zijn. Waar in regel 1 wordt gesproken over "minderjarigen, voorzover zij zich kunnen uiten" wordt bedoeld: kinderen vanaf de leeftijd dat zij kunnen spreken en luisteren. Het gaat hier derhalve ook om de jonge kinderen.

Het geven van uitleg, laten we maar rustig zeggen, het afleggen van rekening en verantwoording van datgene wat men van plan is te gaan doen of waarop men meent te moeten overschakelen, zal niet voor alle werkers in de gezondheidszorg een even eenvoudige zaak zijn. In de medische en paramedische opleidingen is men er nogal eens van uit gegaan, lijkt me, dat de patient beter niet al te volledig geïnformeerd zou moeten worden m.b.t. wat hem te wachten staat, opdat hij de ernst van zijn situatie niet zou overschatten, vooral om de patient niet te zwaar te belasten.

Natuurlijk wordt ook thans al uitvoerig informatie vooraf verstrekt door sommigen. Wanneer dat straks in principe door allen zou geschieden, behoeft zulks niet te betekenen, dat men het ziektebeeld van de patient in alle volledigheid op tafel zou moeten leggen.

Dat kan voor sommige patienten nuttig zijn en te verdragen, voor anderen niet. Het betekent wel, dat de ouders en het kind van tevoren op de hoogte moeten zijn gebracht van de medische behandeling die staat te gebeuren.

De psychologe SMITH geeft in haar artikel "Kinderen die gaan sterven" (T.K. en O. juni 1973, blz. 52 e.v.) uitvoerig aan welke psychische problemen, maar ook welke mogelijkheden er bestaan voor de deskundigen, die informatie geven aan de ouders van een ernstig ziek kind en aan het kind zelf. Dat men met het verstrekken van informatie alléén niet klaar is, maar dat men vervolgens de reacties van het kind (en de ouders) zal moeten trachten op te vangen, zoals de angst en paniek, de woede en machteloosheid, wordt in dit artikel aangrijpend geschilderd.

Het geven van deze informatie mag niet worden overgelaten aan of afgeschoven worden op degenen die binnen de gezondheidszorg niet zelfstandig werken. Mij lijkt, dat degene die verantwoordelijkheid draagt voor het behandelingsplan in zijn totaliteit, tevens de verantwoordelijkheid draagt voor het geven van adequate informatie.

Ad 4:

Gezien de tekst van de huidige artikelen 245,2 en 246,1 en 2 BW en de recente jurisprudentie, lijkt me er geen twijfel aan te bestaan, dat getracht moet worden de toestemming van de ouders te verkrijgen. Hierover bestaat ook bij de schrijvers geen verschil van mening.

Ad 5:

Nu artikel 234,2 BW stelt, dat een minderjarige die met oordeel des onderscheids handelt, bekwaam is rechtshandelingen te verrichten met toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger, is er geen reden, waarom de werkers in de gezondheidszorg het vragen van de toestemming van de minderjarige zelf naast de toestemming van hun ouders achterwege zouden laten. Voor het geval de drie toestemmingen niet synchroon zouden lopen, is in 8 een mogelijke richtlijn gegeven.

Ad 6:

Uit recente jurisprudentie, m.n. uit de uitspraken van de Rechtbank Den Haag en het Hof Den Haag m.b.t. de Sosjale Joenit (N.J. 1972 no. 13 en no. 262) valt af te leiden dat er soms een bijzondere situatie kan bestaan waarin het aanvaardbaar wordt geacht, dat aan een minderjarige hulp wordt geboden, zonder dat daarover tevoren informatie is verstrekt aan de ouders. Het ouderlijk gezag, m.i. ook het informatierecht, kan opzij worden geschoven, zij het tijdelijk en ten behoeve van een verantwoord hulpverleningsplan. Het is juist dat de Hoge Raad het met boven weergegeven standpunt niet eens was (N.J. 1973, no. 78 en R.v.d.W. 1973 no. 61), en het Hof Amsterdam (N.J. 1973, no. 79) slechts ten dele.

Anderzijds is het verstrekken van informatie m.b.t. een ~~ge-~~ ~~zondheids~~behandeling inhoudelijk van een onvergelykbare, niet strafrechtelijke orde, anders dan het opzettelijk verbergen of aan de nasporingen der justitie en politie onttrekken (art. 280, W.v.S.). Het lijkt mij waarschijnlijk dat een dergelijk begin van hulpverlening aan een minderjarige, d.w.z. zonder informatie vooraf aan de ouders te verstrekken, wel aanvaardbaar zou zijn.

Noch civielrechtelijk noch strafrechtelijk lijken mij argumenten aan te voeren, die de informatieverstrekking aan de ouders tegen de uitdrukkelijke wil van de minderjarige in, zouden rechtvaardigen. Medisch-ethisch zou het omgekeerde wel eens het geval kunnen zijn. De arts, die de ouders inlicht terwijl zijn minderjarige patient dat uitdrukkelijk niet wenst, zou een klacht bij het Medisch Tuchtcollege kunnen riskeren.

Ad 7:

Mochten de ouders aannemelijk kunnen maken, dat hun kind bv. te jong of te onvolwaardig is, om de betekenis van de informatie over de komende behandeling te kunnen bevatten, dan zal deze inlichting door de werkers in de gezondheidszorg achterwege gelaten worden. Dit vormt dan de uitzondering op regel 1.

Ad 8:

In verband met de algemene rechtsopvatting (zie hoofdstuk II), dat de meerderjarigheidsgrens verlaagd zou moeten worden, i.v.m. de voorbereidingen die daartoe reeds getroffen zijn, en de houding die de rechtspraak t.z.v. de 18-jarige nu reeds aanneemt, lijkt het mij te verdedigen dat de toestemming van de minderjarige die 18 jaar of ouder is, op zich voldoende moet worden geacht voor het aanvangen van een ~~gezondheids~~behandeling. Voor deze uitzondering op regel 2 is niet relevant of de ouders op de hoogte waren van hetgeen stond te gebeuren en hun toestemming weigerden te geven, dan wel of zij op grond van regel 6 in het geheel niet geïnformeerd waren.

Ad 9:

Pas wanneer een noodsituatie zou bestaan, en de vereiste toestemmingen van de beide ouders en/of de minderjarige met oordeel des onderscheids ontbreken, zou de Raad voor de Kinderbescherming benaderd dienen te worden. Deze kan alsdan beoordelen, in overleg met de bevoegde kinderbeschermingsinstanties, of en zo ja welke juridische wegen bewandeld zouden kunnen worden, opdat vervangende toestemmingen verkregen kunnen worden.

3. Buitenlandse stemmen

In het duitse tijdschrift Medizininische Klinik zijn enkele commentaren verschenen op rechterlijke uitspraken waarbij het ging om de toestemming die een minderjarige al dan niet zou moeten verlenen voor een op hem te verrichten operatie.

SCHULZ vermeldt dat de toestemming van de minderjarige die op grond van zijn geestelijke aanleg en ontwikkeling de betekenis van de operatieve ingreep kan begrijpen de wederrechtelijkheid aan de medische handeling ontleent ("Operation von Minderjährigen" Med. Klin. 1959, no. 13, blz. 608). Ook civielrechtelijk gesproken vormt de behandeling dan geen onrechtmatige daad noch wanprestatie. Hij verwijst voor een en ander naar een uitspraak van het O.L.G. München van 7-12-1956.

(Neue Juristische Wochenschrift 1958, D.633). Hier worden de "ausreichende Aufklärung" en de "Einwilligung" van de minderjarige patient vooral als voorwaarden genoemd teneinde de juridische positie van de arts veilig te stellen. Niet zozeer het toestemmingsrecht van de minderjarige op zichzelf is uitgangspunt.

Ook m.b.t. een uitspraak van het Bundesgerichtshof van 5-12-1958 (N.J.W. 1959, S. 811) komt SCHULZ tot dezelfde konklusie (Med. Klin. 1959, nr. 32, bl. 1440) zij het dat hij daar tevens nader ingaat op de verhouding tussen het ouderlijk gezag en het "Bestimmungsrecht des Minderjährigen über seine körperliche Unversehrtheit". Wanneer de ouderlijke toestemming niet te verkrijgen is en de betrokken minderjarige de meerderjarigheid nadert, is diens toestemming tot de ingreep op zich voldoende. Onze vuistregels 5 en 8 zijn in overeenstemming met dit duitse kommentaar.

Dat wij ons waarschijnlijk zullen moeten instellen op enige weerstand voor wat betreft het konsekwent in de praktijk brengen van zaken als geven-van-volledige-informatie en altijd-vragen-om-toestemming wordt duidelijk uit een artikel van KOHLHAAS ("Elterliche Ablehnung der Operationseinwilligung trotz Notwendigkeit zur Lebenserhaltung des Kindes" in Deutsche Med. Wochenschrift, 1965, no. 1. bl. 46 e.v.) Hij schrijft wat knorrig dat wij ons bevinden in een periode van "Übersteigerung der Patientenrechte" en van een "Ohnehinstrapazierte Aufklärungspflicht des Arztes", hetgeen ik niet anders vertalen kan dan de "toch al afmattende, vermoeiende plicht van de arts om informatie te verstrekken". Zijns inziens kunnen wij tegenwoordig maar beter het principe "salus aegroti suprema lex" als volgt formuleren: "voluntas aegroti suprema lex".

Hij schrijft concreet dat de arts in noodsituaties, waarin hij meent de minderjarige te kunnen redden ook tegen de wil van de ouders, mag ingrijpen. De eventuele bemiddelling van kindbeschermingsinstanties zoals in vuistregel 9 voorgesteld, wordt door KOHLHAAS niet overwogen. Over toestemming van de minderjarige zelf schrijft hij niet.

Een geheel andere geest spreekt uit een amerikaans artikel van HORTY ("Court tells what to do when transplant involves a minor" uit Modern Hospital, july 1972, bl. 68 e.v.) Hierin is een recent geval weergegeven dat zich in Connecticut heeft voorgedaan. Voor de medische behandeling plaatsvond, hebben alle partijen gezamenlijk zich tot de rechtbank gewend teneinde de grootst mogelijk juridische zekerheid te krijgen, naast uiteraard de medische. Het ging om de toestemming van ouders van een een-eiige tweeling voor een absoluut noodzakelijke niertransplantatie van het ene meisje op het andere. Hoewel beide ouders bereid waren een nier af te staan ten behoeve van de transplantatie, waren de medici terughoudend, omdat er naar alle waarschijnlijkheid afstotingsproblemen zouden optreden.

Daarentegen werden de kansen op een succesvolle overplanting aanzienlijk groter geacht als het zieke meisje de nier van haar tweelingzusje zou krijgen. Na inschakeling van een psychiater, die met dit meisje moest spreken, en een geestelijke, die het besluit van de ouders moest toetsen, benoemde de rechtbank een guardian (in deze zin een in ons recht onbekende figuur) die alle partijen hoorde, ook de artsen, en ook het donor-meisje, en daarover rapporteerde aan de rechtbank. Daarop meende ^{de} rechtbank dat het onrechtvaardig en onbillijk zou zijn in dit geval de ouders te verbieden hun toestemming tot de ingreep te geven. Immers een onafhankelijk en objectief onderzoek was ingesteld naar de motivatie van de ouders. Interessant lijkt mij dat hier de rechter is overgegaan tot toetsing van de ouderlijke toestemming.

Enige jaren voor het woord "gedogen" in ons land een nieuwe zij het vooral politieke lading kreeg, schreef TORDOIR zijn proefschrift over de duldingsverplichting met name van dienstplichtige militairen van medische behandelingen ("Het verplicht dulden van medische behandelingen", 1968). Hij roert slechts terloops het (blz. 16) onderwerp aan van de minderjarige in het gezondheidsrecht. Maar hij wijst op een "grove indeling als leidraad bedoeld", welke door Goldschmidt reeds vele jaren eerder was gegeven ("Der Pflicht zur Duldung ärztlicher Eingriffe im Privat- und öffentlichen Recht" 1917) en wel deze: "bij kinderen jonger dan 12 jaar is de wil van de ouders bepalend, in de leeftijdsgroep van 12-16 jaar krijgt het kind een zekere inspraak, kinderen van 16 jaar en ouder zal men in de praktijk zelf laten beslissen". Men moet wel konstateren dat in Duitsland reeds haast 70 jaar geleden punten werden geformuleerd, waarover wij ons thans buigen!

Zeer recent schreef WESTERMANN ("Zur Rechtsfindung im medizinisch-juristischer Grenzbereich" in Zts. Familienrecht, 1973, nr. 12, blz. 614 e.v.) over de "Schnittpunkte zwischen der medizinischen Wissenschaft und dem Privatrecht", waarbij hij nog eens duidelijk stelde dat gezondheidszorgnormen altijd gecontroleerd moeten worden op hun aansluiting op juridische normen. Overigens gaat ook hij uit van het "Selbstbestimmungsrecht des Menschen". In de Virginia Medical Monthly van oktober 1971 (blz. 36; e.v.) is onder de titel "Minor's Consent Law" gewezen op de uit 1950 daterende Code of Virginia en de daarin aangebrachte m.i. zeer interessante recente amendementen. In de oude tekst stond dat de kinderen die onttrokken waren aan het ouderlijk gezag, voor het ondergaan van een medische- of gezondheidsbehandeling, toestemming nodig hadden van een kindbeschermingsinstantie in loco parentis. In de code werden daartoe vijf instanties genoemd. Echter iedere minderjarige boven 18 jaar, die niet meer onder het gezag van zijn ouders of voogd stond en over wie geen voogdij werd uitgeoefend door een van de erkende kindbeschermingsinstanties en welke een operatieve of medische behandeling nodig had, mocht daartoe zelfstandig toestemming geven.

Bij amendement is in 1971 hieraan toegevoegd:

"any person under the age of twenty-one years may consent to medical or health services needed to determine the presence of or to treat venereal disease, or any infections or contagious diseases reportable under the laws of the common wealth of Virginia. Any person under the age of twenty-one years, may

consent to medical or health services needed in the care, treatment, or rehabilitation of drug addicts, or required in case of birth control, pregnancy and family planning". Omdat speciaal deze laatste nieuwe aanvulling kennelijk uitleg moeilijkheden opleverde heeft de State Health Commissioner aan de Attorney General gevraagd een formele interpretatie te willen geven. Het antwoord luidde:

"In my opinion, with the exception of abortion, any mentally competent person, regardless of age, marital status, or emancipation can validly consent to any medical, surgical or health services needed or required in those categories which are enumerated in the statute and the consent of the parent, guardian, or other person standing in loco parentis is unnecessary".

Deze regelingen uit Virginia gaan uit van een ander standpunt dan het onze, nl. dat in bepaalde, limitatief opgesomde situaties een minderjarige mag toestemmen in een behandeling. Ons uitgangspunt in de vuistregels is omgekeerd en wel de minderjarige heeft altijd de bevoegdheid mee te beslissen over, en boven een bepaalde leeftijd zelf in te stemmen met een behandeling m.b.t. zijn lichamelijke integriteit. Overigens bestaan soortgelijke limitatieve regelingen in een groot aantal Amerikaanse staten, zoals blijkt uit een uitvoerig gedocumenteerd artikel van Harriet F. PILPEL en Nancy F. WECHSLER "Teen-agers and the Law: A New Look, 1971" in Family Planning Perspectives, 3-7-1971 blz. 37 e.v.). In vrijwel alle staten, uitgezonderd in enkele in het Zuiden en Midden-Westen van de V.S. mogen minderjarigen zonder ouderlijke toestemming zich onder behandeling stellen i.v.m. geslachtsziekte. Maar voor wat betreft ~~gezondheidszorg~~behandelingen van minderjarigen in het algemeen, bestaat een zo grote diversiteit van regelingen in de V.S. dat er weinig houvast te vinden lijkt voor een op te stellen Nederlandse serie regels.

Tot slot worde hier nog gewezen op de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948) waarin art. 3 zegt: "Een ieder heeft recht op leven, vrijheid en onschendbaarheid van zijn persoon". In de Verklaring van de Rechten van het Kind (1924 en 1959) is in het 4e beginsel vastgelegd dat "het kind er recht op heeft in gezondheid op te groeien en zich te ontwikkelen". In het Europees Sociaal Handvest (1961) is in artikel 7 nader uitgewerkt welke rechten kinderen en jongeren hebben op bescherming. Hieronder vallen ook speciale maatregelen van gezondheidszorg. Voor Nederland heeft mej. De Langen ("Recht voor jeugdigen", 1973) een proeve opgesteld van een beginselverklaring voor de jeugdzorg. Hoewel het recht van een minderjarige om toestemming te geven voor een eventuele ~~gezondheidszorg~~behandeling niet als zodanig voorkomt in de opgesomde twintig rechten van jonge mensen, zou het een uitwerking kunnen vormen van het onder 19 voorgesteld zelfbeschikkingsrecht.

*Tijl het
artikel v. S.
aanmerkingen*

4. Slotopmerkingen.

In het voorgaande is gepoogd een aantal dingen tegelijk te doen en dat nog wel op twee zeer verschillende wetenschappelijke terreinen. Het zal daarom niet onbegrijpelijk zijn, wanneer de 9 vuistregels met de daarbij behorende toelichting niet voor ieder

even bevredigend zijn. Het is een poging mijnerzijds geweest tot ordening en formulering. Zonder twijfel zal door discussie en overleg tenslotte een soort statuut voor minderjarigen in de gezondheidszorg tot stand kunnen komen, dat én voor de ouders én voor hun nog niet meerderjarige kinderen én voor de mensen die werkzaam zijn in de sektor der gezondheidszorg, aanvaardbaar is.

In de 9 vuistregels is aangegeven aan de hand van het positieve recht aan wie inlichtingen verstrekt moeten worden, welke toestemmingen vereist zijn voor de ~~gezondheidsbehandeling~~ van een minderjarige en wanneer de bevoegde kinderbeschermingsinstanties ingeschakeld zouden moeten worden. Maar aan de vuistregels ontbreekt in zekere zin een dimensie, die wel een belangrijke rol speelt in ons thema. Ik bedoel de verhouding tussen de arts en de (minderjarige) patient.

Ruimer gesteld: de verhouding tussen de werkers in de gezondheidszorg en de minderjarige (en zijn ouders) die een behandeling moet ondergaan. Deze relatie lijkt mij nauwelijks in regels te vatten, maar voor het slagen of mislukken van de richtlijnen zal de inhoud van die verhouding doorslaggevend zijn.

Literatuurlijst: (niet alle artikelen hieronder genoemd zijn in de voorgaande tekst vermeld).

CNOOP KOOPMANS, A.J.

De bezem door de leeftijdsgrenzen, N.J.B. 1971, blz. 417 e.v.

DOEK, J., Ouderlijke macht en minderjarigheid, Intermediair 1973, nr. 13.

FISCHER-KEULS, De jaarvergadering van de 100 jaar oude Nederlandse Juristen Vereniging van 12-13 juni te 's-Gravenhage, N.J.B. 1970, blz. 761 e.v.

GLASSER, R.J., Ward 402, 1973.

GOUDSMIT, C.J., Volksgezondheid, Ned. Bestuursrecht 1964.

GRÖNIG, U., Die Verordnung der Anti-Baby-Pille durch der Artz, insbesondere am Minderjährige, Neuen Jur. Woch.s., nr. 9, 1971.

HORTY, J.F., Court tells what to do when transplant involves a minor, Mod. Hosp. 9-7-1972, blz. 68 e.v.

JÖRG, N.D., De Sosjale Joenit: rechtsontwikkeling of rechtsstilstand, D. en D.1972, blz. 387 e.v.

KOHLHAAS, M., Elterliche Ablehnung der Operationseinwilligung trotz Notwendigkeit zur Lebenserhaltung des Kindes", Deutsch. med. Wschr. 1-1-1965, blz. 46 e.v.

DE LANGEN, M., Recht voor jeugdigen, 1973.

LEENEN, H.J.J., Sociale grondrechten en recht op gezondheidszorg, 1966.

LEENEN, H.J.J., Het geheim in de gezondheidszorg, T.v.S.G. * 1969, nr. 5.

VAN DER MIJN, W.B., De wetgever en het medisch handelen, Medisch Contact 1972, blz. 1165 e.v.

VAN DER MIJN, W.B., Sexualiteit in het zwakzinnigenrecht, Hoofdstuk V in Geestelijk gehandicapten, sexualiteit en erotiek, 1973.

NOTA, J.A., De rechter en de medische behandeling van minderjarigen, Medisch Contact 1971, blz. 615 e.v.

NOTA, J.A., Veranderend gezinsrecht, 1973.

PETIT, CH., Gerechtvaardigde bemoeiing met sexualiteit en huwelijk van geestelijk gestoorden en zwakzinnigen, Metamedica, 1972, blz. 292 e.v.

*MINOR's Consent Law: Virg. med. monthly, okt. 1971, blz.565 e.v.

- PILPEL, H.F. en WECHSLER, N.F., Birth Control, Teen-Agers and the Law: A New Look, 1971, Fam. Pl. Persp., juli 1971, blz. 37 e.v.
- POLAK J.M., Meerderjarigheid en minderjarigheid, N.J.B. 1970, blz. 671 e.v.
- RANG J.F., Patientenrecht, 1973
- RAPPORT van de commissie voor de herziening van het kindbeschermingsrecht (zgn. Commissie Wiarda), Jeugdbeschermingsrecht, 1971.
- ROOD-DE BOER, M., Treden naar volwassenheid, N.J.B. 1964, blz. 949 e.v. en blz. 972 e.v.
- ROOD-DE BOER, M., Dient de wettelijke regeling omtrent de meerderjarigheid te worden gewijzigd?, preadvies N.J.V. 1970.
- ROSCAM ABBING, E.W., Anticonceptie bij minderjarigen, Ned. Tijdschr. v. Geneeskunde 4-3-1972.
- DE RUITER, J., Hulp en Recht, 1972.
- SCHNITZERLING, M., Klinische Behandlung des körperbehinderten Minderjährigen zur Durchsetzung seines Berufsausbildungsanspruch, Med. Klin. 1963, blz. 1390 e.v.
- SCHULTSZ, B., Enige juridische overwegingen omtrent medische behandeling van minderjarigen, Medisch Contact 1972, blz. 45 e.v.
- SCHULZ, G., Operation von Minderjährigen, Med. Klin. 1959, blz. 608.
- SCHULZ, G., Operation von Minderjährigen, Med. Klin. 1959, blz. 1440 e.v.
- SCHUURMANS STEKHOVEN, W., Netelige kinder-pilreceptdwangproblemen, Ned. Tijdschr. v. Geneeskunde, 1971, blz. 204.
- SLAGTER, S., Vijftig jaar ondertoezichtstelling en kinderrechter, 1972.
- SMITH, F., Kinderen die gaan sterven, T.K. en O. juni 1973, blz. 52 e.v.
- TORDOIR, W.F., Het verplichte dulden van medische behandelingen, 1968.
- VALKHOFF J., Juridische emancipatie der jonge volwassenen, N.J.B. 1970, blz. 365 e.v.
- WEGERIF, H.J. Ouderlijk gezag en beperking daarvan, N.J.B. 1972, blz. 1157 e.v.

WIARDA, J., Enig rechtshistorisch materiaal t.b.v. de be-
raadslaging in de A.V. van de N.J.V. op 12-6-1970 m.b.t.
het onderwerp "Dient de wettelijke regeling omtrent de
meerderjarigheid te worden gewijzigd?", N.J.B. 1970,
blz. 705 e.v.

WESTERMANN, H.P., Zur Rechtsfindung im medizinisch-juristischer
Grenzbereich, Fam. R.Z. 1973, blz. 614 e.v.