

De minderjarige in het gezondheidsrecht: bekwaam en in staat tot een redelijke waardering van zijn belangen?

J.E. Doek

‘Most children, even in adolescence, simply are not able to make sound judgements concerning many decisions, including their need for medical care or treatment’. U.S. Supreme Court, 1979.

1. Inleiding

Sinds de Wet inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst (Wgbo) op 1 april 1995 in werking is getreden¹, is het aantal personen dat in gezondheidsrechtelijke zin bekwaam is zelfstandig in rechte op te treden toegenomen met meer dan een kwart miljoen. Op grond van deze wet zijn alle 16- en 17-jarigen bekwaam tot het aangaan van een geneeskundige behandelingsovereenkomst ten behoeve van zichzelf en tot het verrichten van rechtshandelingen die met deze overeenkomst onmiddellijk verband houden (art. 7:447 BW).

Dit betekent concreet dat deze minderjarige met een arts een overeenkomst kan aangaan tot het verrichten van een abortus, sterilisatie, plastische chirurgie, et cetera. De minderjarige is bekwaam tot het aangaan van deze en alle overige geneeskundige behandelingsovereenkomsten. Voor de arts in kwestie bestaat in beginsel geen juridische reden de overeenkomst niet aan te gaan. Daarnaast is ten aanzien van de minderjarige van 12 tot en met 15 jaar sinds april 1995 een regeling van kracht die onder andere met zich meebrengt dat hij een geneeskundige behandeling kan ondergaan ook als de ouders daarvoor toestemming weigeren te geven.

Kortom, er is sprake van opmerkelijke veranderingen in de rechtspositie van minderjarigen op het grote en maatschappelijk belangrijke terrein van de lichamelijke en geestelijke gezondheidszorg. Ook vanuit internationaal perspectief is sprake van een uiterst belangwekkende vernieuwing. De maatschappelijke aandacht (kranten, radio, TV) voor deze veranderingen is tot nu toe echter te verwaarlozen.

Voldoende redenen om de regeling van de rechtspositie van de minderjarigen in het gezondheidsrecht aan een nadere beschouwing en analyse te onderwerpen. Voor een waardering van de betekenis van de nieuwe regeling lijkt het nuttig eerst aandacht te besteden aan de ontwikkelingen rond het thema ‘rechten van minderjarigen’ in ons land. Vervolgens zal ik meer concreet ingaan op de rechtspositie van de minderjarige zoals die nu voor de gezondheidszorg geldt ingevolge de Wgbo. Behandeling van de minderjarige jonger dan 12 jaar blijft om praktische redenen achterwege. Ik zal afsluiten met enkele voorlopige conclusies.

2. Meer rechten voor minderjarigen in het algemeen

Sinds het begin van de jaren '70 wordt in ons land geschreven en gediscussieerd over de vraag of en zo ja, in hoeverre een minderjarige bekwaam geacht kan worden zelfstandig, dus zonder voorafgaande toestemming van zijn wettelijk vertegenwoordiger, aan het rechtsverkeer deel te nemen.

J.E. Doek (✉)

Prof. mr. J.E. Doek is hoogleraar Familie- en jeugdrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en kinderrechtser-plv in de rechtbank te 's Gravenhage. Met dank aan mevrouw mr. H.J. C. Smink voor haar waardevolle commentaar.

¹ Wet van 17 november 1994, stb. 837 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de opnemingen van bepalingen omtrent de overeenkomst tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst.

Het rapport jeugdbeschermingsrecht van de commissie Wiarda uit 1971 kan in dit verband als de gangmaker worden beschouwd. In dit rapport werd onder andere voorgesteld de meerderjarigheidsgrens te verlagen van 21 naar 18 jaar² en een trapsgewijze verkrijging van handlingsbekwaamheid in te voeren³. De discussie die daarop volgde onder het motto ‘meer rechten voor minderjarigen’ resulteerde in talrijke publicaties⁴ en spitste zich vooral toe op de vraag hoe en voor welke beslissingen bij wet een zekere bekwaamheid zou moeten worden toegekend aan met name de oudere minderjarige (vanaf 12 jaar) om zelfstandig bepaalde beslissingen te nemen. De opvattingen liepen uiteen en er waren twee stromingen te onderscheiden.

De eerste stroming wilde de bekwaamheid van de minderjarige om zelfstandig bepaalde rechten uit te oefenen koppelen aan de ontwikkeling van zijn persoon, de (groeïende) mate van inzicht en zelfstandigheid. Illustratief in dit verband is het voorstel van de zeven jeugdrechtspecialisten om art. 1:246 BW te herformuleren en daarin de volgende bepaling op te nemen: ‘Minderjarigen hebben naar de mate van groei van hun persoonlijkheid het recht zich overeenkomstig eigen inzicht te ontplooien. Dit recht omvat onder andere de keuze op het gebied van godsdienst, levensbeschouwing, onderwijs, beroep en ontspanning, medische en andere hulpverlening. Dit recht moet naar redelijkheid en billijkheid en met inachtneming van de rechten en bevoegdheden van ouders en de overige leden van het gezin worden uitgeoefend’⁵. Deze voorkeur voor een materieel criterium is in de zeventiger jaren vrij sterk.⁶

De tweede stroming gaf de voorkeur aan het hanteren van vaste leeftijdsgrenzen met waar nodig bepaalde ontspanningsclausules. Door de bekwaamheid van de minderjarige om bepaalde beslissingen zelfstandig te kunnen nemen aan vaste leeftijdsgrenzen te koppelen, zou met name de rechtszekerheid, de duidelijkheid voor derden

worden gediend. Deze benadering werd vooral bepleit door Doek en Slagter. In hun publicatie⁷ geven zij een aan leeftijdsgrenzen (12, 14, 16 jaar) gekoppelde uitwerking van de beslissingen die een minderjarige zelfstandig zou moeten kunnen nemen.

De Raad voor het jeugdbeleid brengt in 1988 advies uit waarin beide benaderingen als volgt worden gecombineerd⁸:

1. In de relatie ouders–minderjarig kind zouden geen leeftijdsgrenzen moeten worden gehanteerd. Aanbevolen wordt het voorstel van de zeven jeugdrechtspecialisten over te nemen.
2. In de relatie met derden (inclusief de overheid) zou de bekwaamheid van de minderjarige om zelfstandig aan het rechtsverkeer deel te nemen aan bepaalde leeftijdsgrenzen ‘afhankelijk van de aard van de te nemen beslissingen c.q. te verrichten rechtshandelingen’ moeten worden gekoppeld.

De Raad was voorts van oordeel dat een versterking van de rechtspositie van de minderjarige gepaard behoort te gaan met toekenning van processuele bekwaamheid, dat wil zeggen de minderjarige moet zich in zaken waarin hij bekwaam is verklaard rechtstreeks tot de rechter kunnen wenden, de zogenoemde eigen rechtsingang voor minderjarigen.

Ook in het parlement werd bij herhaling het onderwerp ‘rechtspositie minderjarigen’ aan de orde gesteld. Dit resulteerde uiteindelijk in een regeringsnotitie Rechtspositie minderjarigen⁹. De in deze notitie voorgestelde wijzigingen zijn uiterst marginaal. Op de eerste plaats blijft het uitgangspunt dat de minderjarige onbekwaam is rechtshandelingen te verrichten zonder toestemming van ouders of voogd. Als het gaat om rechtshandelingen waarvan in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is dat een minderjarige deze zelfstandig verricht, wordt die toestemming verondersteld te zijn gegeven. Deze, zeer behoudende voorstellen in het licht van de tot dan toe gedane voorstellen (zie. Wiarda), zijn inmiddels tot wet verheven en inwerking getreden¹⁰.

Op de tweede plaats wordt een nadere wettelijke concretisering van de bekwaamheid om bepaalde

² Die verlaging werd op 1 januari 1988 een feit als gevolg van de wet van 1 juli 1987, stb. 333.

³ Zie Rapport jeugdbeschermingsrecht, hfdst. V, onderdeel D, blz. 94 e.v., ‘sGravenhage, 1971.

⁴ Zie o.a. M. de Langen, *Recht voor jeugdigen*, Alphen a/d Rijn, 1973; A. Rutten–Roos, *jeugdigen in burgerlijke relaties*, Deventer 1975; W.C.E. Hammerstein–Schoonderwoerd, *Minderjarig, minderwaardig?* Nijmegen 1975; *Minderjarig/Onbevoegd*, een bundel artikelen over zeggenschap van kinderen/jongeren/ouders, samengesteld door de werkgroep Geleidelijke rechtsverrijking minderjarigen; Zwolle 1978 en J.E. Doek en S. Slagter: *Meer rechten voor minderjarigen*, 2e herz. druk Amsterdam 1976.

⁵ *Rechten van jeugdigen en gezag van ouders*, NJB 1975, blz. 97–104.

⁶ Zie de dissertatie van Rutten–Roos en Hammerstein–Schoonderwoerd (noot 5) en ook de richtlijnen van de werkgroep rechtspositie minderjarigen in de gezondheidszorg, *Medisch Contact* 1976, nr. 3, blz. 47–51.

⁷ Zie noot 5.

⁸ *Jeugd met recht*. Een perspectief voor de rechtspositie van minderjarigen. Raad voor het jeugdbeleid, Amsterdam 1988.

⁹ *Rechtspositie minderjarigen*, Tweede Kamer, vergaderjaar 1989–1990, 21309, nr. 1 en 2. Zie daarover o.a. C. v. Wamelen, FJR 1990, blz. 2–8 en M.L.C.C. de Bruijn–Lockers, NJB, 1990, blz. 373–376.

¹⁰ Zie in het bijzonder het nieuwe artikel 1:234 BW in de Wet van 6 april 1995, stb. 240 tot nadere regeling van het gezag over en van de omgang met minderjarige kinderen. De wet is op 2 november 1995 inwerking getreden.

rechtshandelingen zelfstandig te verrichten, zoals bijvoorbeeld keuze van opleiding, beroep en levensbeschouwing onwenselijk geacht. Het zou kunnen leiden tot een verstarring van de verdere rechtsontwikkeling op het terrein van de rechtspositie van minderjarigen.

Op de derde plaats is het opmerkelijk dat in de notitie nauwelijks wordt gerept over de rechtspositie van de minderjarige in de gezondheidszorg. Volstaan wordt met een vermelding van de inhoud van het voorontwerp Wgbo dat in 1987 werd gepubliceerd. Een nadere beschouwing over het hoe en waarom van deze aan leeftijdsgrenzen gekoppelde regeling van de rechtspositie van de minderjarige ontbreekt geheel¹¹.

Ten slotte wordt het toekennen van een eigen rechtsingang voor de minderjarige afgewezen, omdat dit binnen de ouder-kindrelatie zou leiden tot ongewenste juridisering van de gezinsverhoudingen. Tevens wordt in conflicten met derden de vertegenwoordiging in rechte door de ouders gezien als een bij een verantwoorde opvoeding behorende taak¹². En het is te duur.

De vele voorstellen in de afgelopen 25 jaar¹³ tot versterking van de rechtspositie van de minderjarige hebben nauwelijks tot concrete wijzigingen geleid¹⁴. Dit geldt zowel voor de voorstellen die pleitten voor een versterking langs de lijn van materiële criteria (zie het voorstel van de zeven jeugdrechtspecialisten)¹⁵ als voor die welke de voorkeur gaven aan een concrete uitwerking op basis van leeftijdsgrenzen (zie Doek/Slagter).

Er is echter een belangrijke uitzondering, namelijk de rechtspositie van de minderjarige in de gezondheidszorg. Daarover nu meer.

¹¹ Zie verder paragraaf 3.

¹² Zie notitie blz. 20.

¹³ Zie voor een overzicht van de ontwikkelingen ook P. Vlaardingebroek, *Allegro non troppo*. De versterking van de rechtspositie van de minderjarige. Een overzicht, RM Themis 1994/10, blz. 506–525.

¹⁴ Zie voor publicaties op dat terrein o.a. Monique Fiege, *De autonomie van de minderjarige in het recht* (diss. UvA), Arnhem 1993 en M.L.C.C. de Bruijn-Likkers, EVRM, *minderjarigheid en ouderlijk gezag*. 'A whole code of juvenile law?' (diss. Un.Leiden), Deventer 1994.

¹⁵ Tekenend voor het volstreekte gebrek aan vooruitgang is het feit dat bij de behandeling in de Tweede Kamer van het Wetsvoorstel tot nadere regeling van gezag en omgang (resultierend in de wet genoemd in noot 10) dankzij de aanvaarding van een amendement van de VVD-er Vos het voorgestelde derde lid van art. 247 werd geschrapt. Dit luidde: 'bij de uitoefening van het gezag dient de ouder in toenemende mate, in aanmerking nemende het leeftijds- en ontwikkelingsniveau van het kind, rekening te houden met diens mening over hem betreffende aangelegenheden, alsmede met diens toenemende bekwaamheid en behoefte zelfstandig te handelen en zijn leven naar eigen inzicht in te richten'. Zie over deze kwestie I. Jansen, FJR 1995/1, blz. 1–2 (editorial).

3. Meer rechten voor minderjarigen in de gezondheidszorg

In Nederland werd reeds in het midden van de jaren '70 uitvoerig aandacht besteed aan de positie van de minderjarige in het gezondheidsrecht. Het preadvies van prof. M. Rood-de Boer (1974) over dit onderwerp bracht de Vereniging voor Gezondheidsrecht tot het instellen van een werkgroep die richtlijnen opstelde om de praktijk te ondersteunen voor wat betreft de (juridische aspecten van de) medische behandeling van minderjarigen.

Deze richtlijnen van 1976¹⁶ geven regels voor de informatieversterving aan de minderjarige zelf en aan de ouders. Daarnaast worden regels gegeven voor het toestemmingsvereiste. Zo mogen ouders alleen worden geïnformeerd met toestemming van de minderjarige die met 'het oordeel des ondersheids' handelt. Zonder toestemming van deze minderjarige kan geen medische behandeling plaatsvinden. In beginsel is tevens toestemming van de ouders vereist, tenzij er sprake is van een behandeling van niet ingrijpende aard of wanneer de behandeling niet tot het bereiken van de meerderjarigheid kan worden uitgesteld. Sterilisatie en plastische chirurgie zouden in beginsel moeten worden uitgesteld tot het bereiken van de meerderjarigheid, maar voor abortus en de verstrekking van voorbehoedsmiddelen is de wil van de minderjarige met 'oordeel des ondersheids' beslissend.

Het moge duidelijk zijn dat in het gezondheidsrecht met de hantering van 'oordeel des ondersheids' een voorkeur werd uitgesproken voor een materieel criterium wanneer het ging om het bepalen van de bekwaamheid zelfstandig medische beslissingen te nemen. Blijkens de toelichting mag 'oordeel des ondersheids' worden aangenomen wanneer minderjarigen de gevolgen en risico's, de voordelen en nadelen van een bepaalde behandeling zozeer kan overzien en afwegen, dat hij op eigen kracht tot een verantwoorde gedragslijn kan komen. Met name het element 'verantwoorde' gedragslijn roept vraagtekens op en suggereert dat de bekwaamheid van de minderjarige mede afhangt van de kwaliteit van zijn beslissing (gedragslijn). Een 'onverantwoorde' gedragslijn van een volwassene maakt hem om die reden toch ook nog niet onbekwaam?

Overigens moet 'mede in het licht van de Wgbo' worden opgemerkt dat de Richtlijnen een minderjarige 'met het oordeel des ondersheids' niet handelingsbekwaam acht als het om medische beslissingen gaat, behoudens specifieke uitzonderingen. De ouders/voogd beslissen mee.

Deze voorkeur voor een materieel criterium is ook in de latere literatuur te vinden¹⁷. Het verst gaat de in 1990

¹⁶ Medisch Contact 1976, nr. 3, blz. 47–51.

¹⁷ Zie ook H.D.C. Roscam Abbing, *Ned. Tijdschrift voor Geneeskunde*, 1986 (130), nr. 43, blz. 1946 en W.G. Brands en G.W. Brands-Bottema, *TvGR* 1991, nr. 3, blz. 129–141.

gepubliceerde modelregeling voor de arts–patiëntrelatie vore de KNMG en het Landelijk Patiënten/Consumenten Platform (LPCP)¹⁸. In deze regeling wordt onder andere voorgesteld om elke minderjarige patiënt die tot een redelijke waardering van zijn belangen in staat wordt geacht, dezelfde rechten als die van een meerderjarige patiënt toe te kennen. Een richtlijn die op dat moment (1990) niet zonder bedenkingen was. Immers de arts wordt uitgenodigd de nadrukkelijk in de wet vastgelegde ouderlijke bevoegdheden (bijvoorbeeld om op te treden als wettelijk vertegenwoordiger) te negeren. Een richtlijn die bij toepassing niet zonder (juridische) risico's was. Maar praktisch kan elke arts zich redden door in beginsel aan te nemen dat de minderjarige niet in staat moet worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen terzake.

Ondanks deze voorkeur voor een materieel criterium heeft de wetgever uiteindelijk gekozen voor een regeling van de rechtspositie van de minderjarige in de eerste plaats 'zij het niet volledig' gekoppeld aan leeftijdsgrenzen. Dit geldt niet alleen voor de Wgbo, maar ook voor de Wet op de orgaandonatie en de nog bij het parlement aanhangige wetsvoorstel betreffende medische experimenten¹⁹.

De voorkeur voor vaste leeftijdsgrenzen 'met een enkele ontsnappingsclausule –wordt nauwelijks toegelicht. Zo wordt in de Memorie van Toelichting op de Wgbo wat betreft de handelingsbekwaamheid vanaf het zestiende jaar volstaan met de mededeling dat de rechtszekerheid door een vaste leeftijdsgrens wordt gediend en dat 'mede in het licht van de verlaging van de meerderjarigheidsgrens van 21 naar 18 jaar' in het algemeen mag worden verondersteld dat een 16-jarige over het noodzakelijke inzicht beschikt. Helaas wordt de stelling met betrekking tot de competentie van een 16-jarige niet onderbouwd met enige uitkomst van empirisch onderzoek en is bovendien onduidelijk om welk inzicht het hier gaat. Gaat het alleen om inzicht in de betekenis van de door de arts verschaft informatie of moet het ook leiden tot een 'verantwoorde gedragslijn' (volgens richtlijnen 1976)? Met andere woorden, mag aan het veronderstelde inzicht worden getwijfeld als de beslissing van de minderjarige van 16 jaar en ouder onverstandig of onverantwoord wordt gevonden door zijn ouders en/of arts?

Helaas is in Nederland (vrijwel) geen onderzoek gedaan naar feitelijke bekwaamheid van minderjarigen van 16 jaar en ouder om allerlei beslissingen betreffende hun medische behandeling te nemen.

Voor de Verenigde Staten concludeert Scott²⁰ dat het daar wel verrichte onderzoek te beperkt is om aan te tonen dat 'the reasoning process, the understanding and the voluntariness of adolescent decision makers' dat van volwassenen benadert of daarmee is gelijk te stellen. Voor generalisaties is dit onderzoek te beperkt²¹.

Maar laten wij 'gemakshalve' aannemen dat de minderjarige van 16 jaar en ouder voldoet aan de combinatie van competentiecriteria van Van de Klippe²²: de minderjarige is in staat een keuze te maken en hij beschikt over het vermogen de hem aangeboden informatie te begrijpen. Anders gezegd: als de patiënt in staat is tot 'informed (non)consent' moet hij bekwaam worden geacht²³. Maar betekent dit nu dat de 16- en 17-jarigen in alle opzichten (in beginsel) onder hetzelfde juridisch regime moet vallen als een meerderjarige patiënt? Twijfelt op zijn plaats als wordt gewezen op de verschillen tussen volwassenen en adolescenten voor wat betreft het nemen van beslissingen. Zo is er op basis van onderzoek op gewezen dat adolescenten meer dan volwassenen gevoelig zijn voor beïnvloeding van de zijde van de ouders²⁴. Daarnaast is de invloed van leeftijdsgenoten vrij sterk. Het gedrag en de opvattingen van leeftijdsgenoten wordt als maatstaf gebruikt voor eigen gedrag en er bestaat een grote neiging tot aanpassing. Ook de behoefte aan goedkeuring van leeftijdsgenoten is belangrijk en er wordt veel waarde gehecht aan de eigen fysieke verschijning²⁵. Adolescenten zijn impulsiever dan volwassenen. Dit kan de zorgvuldigheid van de

²⁰ Elisabeth S. Scott, *Judgement and reasoning in adolescent decision making*, Villanova Law Review, Vol. 37 (1992), nr. 6 blz. 1607–1669.

²¹ Scott wijst o.a. ook op het laboratoriumkarakter van menig onderzoek, het feit dat gebruik wordt gemaakt van 'retrospective self-reports' en dat de gegevens met betrekking tot de vrijwilligheid van de beslissing mager zijn, t.a.p. blz. 1633–1634.

²² Zie Hanneke van de Klippe, *Wilsonbekwaamheid in de psychiatrie: zes benaderingen*, MGV 1990 nr. 2, blz. 123–138. In de nadere MvA II bij het wetsvoorstel GBO (Kamerstuk 21561 nr. 11, blz. 39) wordt opgemerkt dat de voorgestelde combinatie de bewindslieden aanspreekt.

²³ Vlg. Scott t.a.p. blz. 1623–1624 die de competentie onder de 'informed consent doctrine' koppelt aan: 'understanding of disclosed information about treatment' inclusief 'the ability to appreciate the relevance of the information' voor de eigen situatie en de 'ability to use the information, to weigh risks and benefits of different options and to compare alternatives while making a choice'.

²⁴ David G. Scherer, *The capacities of minors to exercise voluntariness in medical treatment decisions*, Law and Human Behavior 1991 (15), blz. 431 e.v.

²⁵ Lois A. Weithorn and Susan B. Campbell, *The competency of children and adolescents to make informed treatment decisions*, Child Development 1982 (53) blz. 1589 e.v. vonden o.a. dat 14 jarigen veel vaker dan volwassenen een behandeling afwezen vanwege mogelijke bijeffecten die het uiterlijk negatief beïnvloedden (excessieve haargroei).

¹⁸ Zie Bijlage bij Medisch Contact 1990, nr. 22 (1 juni).

¹⁹ Wet op de orgaandonatie, van 24 mei 1996, stb 1996, 370 en Wetsvoorstel medischwetenschappelijk onderzoek met mensen, Tweede Kamer, vergaderjaar 1995–1996, 22588, nr. 9.

besluitvorming negatief beïnvloeden. En ten slotte hebben adolescenten een andere beleving/perceptie van risico's en tijd dan volwassenen ²⁶.

Kortom, er zou meer gezegd kunnen zijn over de argumenten voor c.q. tegen de keuze van 16 jaar als leeftijd waarop minderjarigen volledig handelingsbekwaam zijn tot het aangaan van een geneeskundige behandelingsovereenkomst. Een volledige gelijkstelling met volwassenen lijkt op zijn minst iets dat vragen oproept op inhoudelijke gronden. Bovendien zal hierna nog worden uiteengezet dat die gelijkstelling ook vanuit juridisch-technisch oogpunt vragen oproept.

4. De rechtspositie van de minderjarige en de Wgbo

Enkele opmerkingen vooraf

Ter vermijding van misverstand wil ik reeds nu opmerken dat ik mij in beginsel kan vinden in de regeling van de rechtspositie van de minderjarige in de Wgbo: een ruime bekwaamheid voor de 16- en 17-jarige en een stevige (mede)beslissingsbevoegdheid van de 12- tot en met 15-jarige.

Dat neemt niet weg dat de toepassing van de bepalingen van de Wgbo in de praktijk aanleiding tot problemen kan geven. Dit zal zich vooral kunnen voordoen als het gaat om medische behandelingen die in de verhouding ouder-kind omstreden zijn, zoals abortus, sterilisatie, plastische chirurgie en erfelijkheidsonderzoek. In samenhang daarmee zouden zich ook problemen kunnen voordoen op het terrein van de privacy en financiën. Ik zal aan de hand van enkele concrete, gefingeerde gevallen de toepassing van de Wgbo bij de medische behandeling van minderjarigen bespreken ²⁷.

De 16- en 17 jarige

Uitgangspunt van de wet is dat deze minderjarige net als elke (competente) meerderjarige bekwaam is zelfstandig een geneeskundige behandelingsovereenkomst aan te gaan (art. 7:447 BW). Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat de minderjarige aansprakelijk is voor de uit overeenkomst voortvloeiende verbintenissen, onverminderd de verplichting van zijn ouders te voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding. Daar staat

²⁶ Zie diverse publicaties van William Gardner o.a. met janna Herman in *New Directions in Child Development* 1990 (50) blz. 17 e.v., *Adolescents AIDS-risk taking: a rational choice perspective*.

²⁷ Voor een fundamentele en uitvoerige behandeling van de rechtspositie van de minderjarige in dit verband zij verwezen naar H.E.G. M. Hermans, *Gezondheidsrecht en minderjarigen*; Kluwer, Deventer 1990.

tegenover dat de hulpverlener de voor hem uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen jegens de minderjarige dient na te komen. Zoals informatie aan derden alleen met toestemming van de patiënt, behoudens in de wet neergelegde uitzonderingen en voor verrichtingen telkens toestemming aan de patiënt vragen. Dit is anders in geval deze minderjarige patiënt niet in staat kan worden geacht tot een redelijk waardering van zijn belangen terzake. In dat geval geschiedt nakoming van de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen jegens de ouders/voogd (art. 7:465 BW).

Een casus: een 16-jarige VWO-scholier meldt zich via haar huisarts bij de gynaecoloog met het verzoek haar te steriliseren. Haar argumenten: zij wil geen kinderen en zij voelt er niets voor om die redenen meer dan twintig jaar de pil te moeten slikken. Zij wil al haar tijd en energie steken in een loopbaan. Als ze zich zou bedenken en toch een kind zou willen verzorgen en opvoeden, is er altijd nog de mogelijkheid van adoptie. Er zijn al genoeg kinderen in deze wereld.

De arts informeert haar uitvoerig over de voor- en nadelen van sterilisatie op dit moment en over de alternatieven (zoals de prikpil). Hij geeft haar ook schriftelijke informatie en deelt haar mee dat ze één en ander nog maar eens goed moet overwegen. Op de vervolgspraak 'vier weken later' deelt ze mee alles goed te hebben overdacht en bij haar verzoek te blijven.

Rechtens lijkt niets in de weg te staan aan het verrichten van de gevraagde sterilisatie. Immers, deze 16-jarige is krachtens de Wgbo even bekwaam om deze geneeskundige behandelingsovereenkomst aan te gaan als de 28-jarige vrouw (met drie kinderen).

Of is er toch een verschil en zou de arts i.c. mogen aannemen dat deze minderjarige in tegenstelling tot de 28-jarige vrouw niet in staat is tot een redelijke waardering van haar belangen terzake? ²⁸ Maar als de arts dat al zou aannemen, betekent dit dan dat er rechtens geen behandelingsovereenkomst door deze minderjarige kan worden gesloten terzake van de sterilisatie dan met toestemming van ouders/voogd (zie art. 7:465 BW)? Dat lijkt mij een onjuiste veronderstelling, omdat art. 7:465 BW niet bepaalt dat een 16- of 17-jarige alleen op grond van het feit dat zij niet in staat is tot een redelijke waardering van haar belangen terzake *onbekwaam* is tot het sluiten van een behandelingsovereenkomst. Blijkens art. 3:34 BW is daarvan alleen sprake als een blijvende of tijdelijk stoornis van de geestvermogens de oorzaak is van het ontbreken van die redelijke waardering. In dat geval is de overeenkomst vernietigbaar. Maar het gaat mijns inziens te ver om aan te nemen dat een 16-jarige die sterilisatie wil, om die reden geacht wordt te lijden aan een tijdelijke

²⁸ Zie ook paragraaf 3.

stoornis van haar geestvermogens. In casu is er sprake van een 16-jarige die de haar aangeboden informatie begrijpt en die op basis daarvan een keuze maakt²⁹.

De conclusie moet dan ook zijn dat de 16-jarige met haar arts een rechtsgeldige overeenkomst kan aangaan en dat hij de verzochte sterilisatie mag uitvoeren zonder dat hij de ouders daarover behoeft te informeren c.q. hun toestemming behoeft te vragen. Sterker nog: hij mag hen niet informeren zonder de toestemming van de 16-jarige (art. 7:457 BW). Uit het voorafgaande moge ook duidelijk zijn geworden dat de ouders geen vernietiging van de overeenkomst kunnen vorderen op grond van de opvatting dat hun 16-jarige dochter niet in staat is tot een redelijke waardering van haar belangen terzake. Art. 7:465 BW biedt voor zo'n actie geen grondslag, wel eventueel art. 3:34 BW (in casu n.v.t.) of art. 3:44 BW als er sprake zou zijn geweest van bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden. Overigens ga ik er vanuit dat in voorkomende gevallen (bijvoorbeeld art. 3:44 BW) niet alleen de ouders als wettelijk vertegenwoordiger, maar ook de minderjarige zelf (zelfstandig) in rechte een actie tot vernietiging van de overeenkomst kan instellen. De toenmalige bewindslieden (Justitie en WVC) zijn er vanuit gegaan dat de minderjarige, als de wettelijk vertegenwoordiger niet wil optreden, vertegenwoordigd moet zijn door een bijzonder curator³⁰. De mogelijkheid van benoeming van zo'n curator is verruimd en is nu ook bij niet-vermogensrechtelijke conflicten mogelijk (art. 1:250 BW). Maar het is mijns inziens volstrekt ongeloofwaardig om de minderjarige *wel* bekwaam te achten tot het nemen van medische beslissingen, inclusief ingrijpende, maar processueel niet bekwaam te achten in verband daarmee enigerlei gerechtelijke actie in te stellen. Waarom voor het instellen van gerechtelijke procedures opeens wel de bescherming van de ouders/voogd of bijzonder curator nodig is³¹ en niet voor het nemen van ingrijpende medische beslissingen, wordt niet duidelijk gemaakt³².

²⁹ Vlg. de criteria van Van de Klippe; zie paragraaf 3.

³⁰ Tweede Kamer, Vergaderjaar 1990–1991, 21561, nr. 6 (MvA IQ) blz. 56.

³¹ Zie paragraaf 2 en de daar gegeven argumenten van de regering.

³² Bovendien kan de procedurele onbekwaamheid tot extraprocedurele leiden. Als een van de ouders niet voelt voor een procedure, kan de andere ouder dat conflict aan de rechter voorleggen (art. 1:253a jo. 253i BW). Als dat niet gebeurt zal de minderjarige om toch te kunnen procederen de kantonrechter kunnen vragen een bijzonder curator te benoemen (art. 1:250 BW). De ouder die niets voelt voor gerechtelijke actie tegen de beschikking van de kantonrechter hoger beroep aantekenen (art. 806 jo 807 Rv). Kortom: voorzover het doel is het vermijden van nodeloze juridisering van gezinsverhoudingen, lijkt de opvatting dat de bekwame minderjarige dient te procederen door tussenkomst van zijn ouders of een bijzonder curator onder bepaalde omstandigheden juist het tegenwoordige te bewerkstelligen.

Immers, de minderjarige is ook bekwaam tot het verrichten van rechtshandelingen die met de overeenkomst onmiddellijk verband houden (art. 7:447 lid 1 BW). In de Memorie van Antwoord II³³ wordt bij wijze van voorbeeld gewezen op het kopen van medicijnen. Maar om de betekenis van het slot van art. 7:447 lid 1 daartoe te beperken is naar mijn mening een veel te enge interpretatie. De bewoordingen geven daarvoor geen aanleiding, terwijl het ook een weinig zinvolle uitleg is³⁴. Maar, zo zal men vragen, hoe zou een ouder een gerechtelijke actie kunnen overwegen, nu de arts hem niet mag en dus niet zal informeren, niet vooraf en niet achteraf? Dit brengt ons op de tweede complicatie van de bekwaamheid van de 16- en 17-jarige in dit verband, namelijk de financiële afhankelijkheid van de minderjarige³⁵.

Voorzover de minderjarige (mede) verzekerd is krachtens de ZFW of AWBZ heeft hij net als elk ander recht op verstrekkingen waarin deze wetten voorzien. Het betekent onder andere dat de minderjarige van 16 of 17 jaar over een eigen ziekenfondskaart moet (kunnen) beschikken. Hoewel dit niet wettelijk is geregeld, geven de meeste ziekenfondsen aan ouders en kinderen aparte ziekenfondskaarten³⁶. Tot 1 januari 1997 bestond deze overzichtelijke situatie voor ziekenfondsverzekerden. Sinds de invoering van hun eigen bijdrage³⁷ is voor de minderjarige een probleem ontstaan analoog aan dat van de minderjarige die meeverzekerd is met een *particuliere* ziektenkostenverzekering van zijn ouders. Ook bij de minderjarige ziekenfondsverzekerde kunnen zich nu identieke problemen voordoen. Hoewel de financiële gevolgen waarschijnlijk minder groot zullen zijn, zijn de juridische en morele implicaties dezelfde als onder de particuliere verzekerden.

De aansprakelijkheid van de minderjarige is fraai in de wet geformuleerd, maar hij zal zelden in staat zijn zelf de doktersrekening te betalen. In de gepresenteerde casus betekent het dat de rekening naar de ouders als polis-houder zal worden gezonden en dat zij aldus in elk geval

³³ Tweede Kamer, Vergaderjaar 1990–1991, 21561, nr. 6 (MvA II), blz. 56.

³⁴ Zie ook noot 33.

³⁵ Zie daarover ook L.E. Kalkman–Bogerd, De minderjarige patiënt, in 'De Wgbo: van tekst naar toepassing', p. 48–61, red. J. Legemaate, Bohn Stafleu Van Loghum, Houten/Diegem 1995.

³⁶ Zie ook Tweede Kamer, vergaderjaar 1990–1991, 21561, nr. 6 (MvA II), p. 50 en 51.

³⁷ De eigen bijdrage is geregeld in het Besluit van 24 oktober 1996, stb. 5 november 1996, nr. 541, tot wijziging van het verstrekkingenbesluit ziekenfondsvergoeding en het vergoedingenbesluitparticulier verzekerden in verband met de invoering van een algemeen systeem van eigen bijdragen. Het besluit regelt een eigen bijdrage van twintig procent van verstrekkingen voor verzekerden en medeverzekerden tot een maximum van f200, = per kalenderjaar. Voor de huisarts wordt geen eigen bijdrage gevraagd.

te weten komen welke arts/specialist door de minderjarige dochter is ingeschakeld³⁸. Als dit een gynaecoloog is, zoals in casu, dan lijkt het niet onwaarschijnlijk dat de ouders vragen zullen stellen. Als die vragen niet worden beantwoord, noch door de minderjarige, noch door de arts (met een beroep op de privacy van de patiënt en zijn geheimhoudingsplicht) zal de ouder mogelijk niet genezen zijn die rekening te betalen als dat ten laste komt van het eigen risico.

De ouders blijven verplicht te voorzien in de kosten van de verzorging en opvoeding. Welke medische kosten daaronder worden begrepen blijft in de wetsgeschiedenis onbesproken, maar het lijkt niet te gewaagd om aan te nemen dat de kosten van sterilisatie van de 16-jarige dochter op haar verzoek niet daaronder vallen. Anders gezegd: als die kosten niet door de verzekering worden vergoed, is betaling ervan door de ouders niet erg waarschijnlijk. Emotioneel kunnen zij tegen de betaling grote bezwaren hebben, terwijl bepaald niet vaststaat dat zij juridisch tot betaling gedwongen kunnen worden.

Andere voorbeelden van ingrijpende medische beslissingen door een 16- of 17-jarige, bijvoorbeeld abortus of plastische chirurgie, kunnen tot soortgelijke beschouwingen aanleiding geven.

Ten slotte en ter vermindering van misverstand: de arts is *niet* verplicht een behandelingsovereenkomst met de 16- of 17-jarige patiënt aan te gaan voor elke door hem of haar gewenste behandeling. Artikel 7:453 BW verlangt dat de arts de zorg van een goed hulpverlener in acht neemt. Die zorg kan er mijns inziens niet toe leiden dat hij zonder toestemming van deze patiënt met de ouders overlegt. Wel is mogelijk dat hij op grond van de op hem rustende verantwoordelijkheid laat weten niet tot de gevraagde behandeling te willen overgaan. Artikel 7:453 brengt tot uitdrukking dat de arts een eigen verantwoordelijkheid heeft. 'De patiënt vraagt, de arts draait' is een regel die in onze gezondheidszorg niet geldt. De eigen verantwoordelijkheid geldt ook in de relatie tot meerderjarige patiënten. Maar het lijkt waarschijnlijk dat de arts daarop wellicht vaker bij de 16- of 17-jarige bekwame patiënt een beroep moet doen om van een behandeling af te zien. Empirisch onderzoek zou op dat punt mogelijk meer duidelijkheid kunnen brengen.

Het heeft er alle schijn van dat een (te?) genereuze wetgever, die de minderjarige van 16 of 17 jaar in alle opzichten bekwaam maakt, in de praktijk door de arts

moet worden gecorrigeerd. Men kan zich afvragen of dit dan een bevredigende regeling is. Wellicht kunnen KNMG-richtlijnen (professionele standaards; zie art. 7:453 BW) hier voor de arts enig houvast bieden?

Bij wijze van conclusie zou ik vooral het volgende willen benadrukken:

1. Het feit dat een 16- of 17-jarige een medische behandeling wenst waar de arts moeite mee heeft en waarmee zijn ouders waarschijnlijk niet instemmen, maakt hem daarom niet onbekwaam tot het aangaan van een daartoe strekkende overeenkomst³⁹. Die overeenkomst is rechtsgeldig, de arts kan de gevraagde behandeling uitvoeren en het is hem niet toegestaan ouders/voogd in te lichten c.q. om toestemming te vragen.
2. De bekwaamheid van de 16- en 17-jarige omvat in beginsel alle medische behandelingen, tenzij de wet dit nadrukkelijk uitsluit c.q. beperkt. Dit lijkt op dit moment slechts te gelden voor medische experimenten en orgaandonaties. Buiten deze gevallen zal de arts zich in het licht van zijn goed hulpverlenerschap moeten afvragen of hij de gevraagde behandeling zal verrichten.
3. De financiële afhankelijkheid van de 16- en 17-jarige kan leiden tot aantasting van de privacy van zijn relatie met de arts, maar kan er ook toe leiden dat de betaling van de doktersrekening twijfelachtig wordt.
4. De materiële handelingsbekwaamheid van de 16- en 17-jarige dient gepaard te gaan met processuele bekwaamheid. De opvatting van de wetgever dat dit niet het geval is, getuigt van een halfslachtige houding als het gaat om de erkenning van de zelfstandigheid van de 16- en 17-jarige. Zij is bovendien weinig praktisch (zie noot 32).

De minderjarige van 12 tot en met 15 jaar

Voor de rechtspositie van de minderjarige patiënt van 12 tot en met 15 jaar gelden de volgende uitgangspunten en regels:

1. De overeenkomst betreffende de geneeskundige behandeling die deze minderjarige patiënt moet c.q. wenst te ondergaan, wordt namens en voor hem aangegaan door de wettelijk vertegenwoordiger. De minderjarige van 12 tot en met 15 jaar is onbekwaam tot het aangaan van de overeenkomst, tenzij met toestemming van zijn ouders/voogd. Uitgaande van art. 1:234 BW mag worden aangenomen dat die toestemming is gegeven als het gaat om een rechtshandeling waarvan

³⁸ De bescherming van de privacy van degene die in het kader van een particuliere ziektekostenverzekering mee verzekerd is laat (ernstig) te wensen over; dit geldt ook voor de 16- en 17-jarigen. Vergoeding van kosten is in dergelijke gevallen veelal niet mogelijk zonder dat de polishouder over de behandeling wordt geïnformeerd; aldus nadere MvA, blz. 32, Tweede Kamer, Vergaderjaar 1991–1992, 21561, nr. 11 (dd. 14 juni 1992).

³⁹ Ik laat bezwaren van puur medische aard buiten beschouwing. Als die bestaan zal de arts om medische redenen van de behandeling moeten afzien.

in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is dat een minderjarige van die leeftijd (d.i. de leeftijd ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling) deze zelfstandig verricht (art. 1:234 lid 3 BW).

Een nauwkeurige lijst met leeftijden en daarbij behorende gebruikelijke rechtshandelingen ontbreekt uiteraard: het maatschappelijk verkeer en de gebruiken daarin veranderen voortdurend en zijn ook plaatselijk wellicht verschillend. Maar voor de gezondheidszorg mag mijns inziens worden aangenomen dat de minderjarige van 12 tot en met 15 jaar op grond van het vorenstaande onder andere bekwaam is zelfstandig met zijn huisarts of tandarts een overeenkomst aan te gaan voor eenvoudige/routineachtige behandelingen, zoals bijvoorbeeld voor verkoudheid, gebitscontroles. Maar die bekwaamheid betekent wel dat de overeenkomst niet ongedaan gemaakt kan worden op vordering van de ouders/voogd met een enkel beroep op de minderjarigheid van de betrokkene. Ook een beroep op het ontbreken bij de minderjarige van een redelijke waardering van zijn belangen terzake is niet voldoende, tenzij dat gebrek het gevolg is van een geestelijke stoornis (art. 3:34 BW).

2. Voor verrichtingen ter uitvoering van de behandelingsovereenkomst geldt dat in beginsel de toestemming van de patiënt zelf vereist is en tevens die van de ouders/voogd.

In dit verband zij er op gewezen dat in menig geval gescheiden wonende ouders wel gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefenen⁴⁰. Buiten het geval dat er sprake is van een verrichting van niet-ingrijpende aard (alsdan mag toestemming verondersteld worden te zijn gegeven; art. 7:466 lid 2 BW) dient niet alleen toestemming van de verzorgende, maar ook van de andere ouder te worden gevraagd en verkregen.

3. Dit vereiste van dubbele toestemming kent een drietal uitzonderingen:

- a. Zonder toestemming van ouders of voogd mag de verrichting plaatsvinden als zij kennelijk nodig is ter voorkoming van ernstig nadeel voor de patiënt (art. 7:450 lid 2 BW).

Blijkens de MvT (21561 nr. 3, blz. 32) kunnen de omstandigheden van dien aard zijn dat uit de zorg van een goed hulpverlener voortvloeit dat ook het vragen van toestemming achterwege kan blijven. Als voorbeeld wordt genoemd dat de patiënt aan een geslachtsziekte lijdt en hulpverlener en patiënt ervan overtuigd zijn dat de toestemming van de ouders (of voogd) niet

gevraagd moet worden. Een ander voorbeeld zou wellicht kunnen zijn het verstrekken van voorbehoedsmiddelen. Maar abortus provocatus kan uiteraard niet worden beschouwd als een ingreep die kennelijk nodig is teneinde ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen, aldus de nadere MvA II (21561 nr. 11, blz. 34). Een opvatting die voor betwisting vatbaar is⁴¹.

Maar hoe zit het in dit verband met de geneeskundige behandelingsovereenkomst die toch door de ouders/voogd moet worden aangegaan? De minderjarige is daartoe (in beginsel) onbekwaam. Of mag worden aangenomen dat een geneeskundige behandeling die kennelijk nodig is om ernstig nadeel te voorkomen door de 12- tot en met 15-jarige worden aangegaan aangezien het in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is dat deze minderjarigen dergelijke rechtshandelingen zelfstandig verrichten (en dus toestemming van de ouders/voogd verondersteld mag worden)? Het lijkt mij een gewaagde conclusie. Het is bepaald niet denkbeeldig dat ouders of voogd vernietiging van deze overeenkomst zullen vorderen.

- b. Als ouders (c.q. één van hen of de voogd) de toestemming weigeren, kan de verrichting toch plaatsvinden als de minderjarige patiënt haar weloverwogen blijft wensen (art. 7:450 lid 2 BW)⁴². In dat geval is de toestemming van de ouders (of voogd) wel gevraagd; zij zijn van de voorgenomen verrichting op de hoogte gesteld. De behandelend arts zal er goed aan doen het overleg met de ouders/voogd schriftelijk vast te leggen en collegiaal overleg te voeren. Bovendien is het nuttig dat de minderjarige zelf schriftelijk uiteenzet waarom hij de verrichting toch blijft wensen (aldus MvT, 21561, nr. 3, blz. 33). Deze regel betekent dat het in het geval van weigering van toestemming door ouders/voogd niet (meer) nodig is een maatregel van kindbescherming te treffen⁴³. Men kan in dit verband denken aan een bloedtransfusie ten behoeve van een kind van Jehova's getuigen of aan een polio-vaccinatie van een kind van ouders die daarvoor toestemming weigeren op grond van hun godsdienstige overtuiging. Ook een abortus kan op die wijze, ondanks het ontbreken van de toestemming van de ouders worden uitgevoerd. Ten aanzien van de in dit verband aangegane

⁴⁰ Per 1 januari 1998 zal als regel gaan gelden dat het gezamenlijk ouderlijk gezag zoals dat tijdens een huwelijk bestond na een (echt) scheiding blijft bestaan (art. 1:251 lid 2 BW). Ook nimmer gehuwde ouders kunnen gezamenlijk ouderlijk gezag uitoefenen (art. 1:252 BW), dat niet van rechtswege eindigt als ze uit elkaar gaan.

⁴¹ Zie ook L.E. Kalkman-Bogerd, t.a.p. p. 53, die mede op grond van de wetsgeschiedenis aanneemt dat abortus onder omstandigheden wel onder deze regeling valt.

⁴² Voor het geval een van de ouders toestemming weigert is er sprake van een meningsverschil dat door een van hen of door beiden ter beslissing aan de rechtbank kan worden voorgelegd (art. 1:253a BW).

⁴³ Voor de goede orde: hetzelfde geldt ingeval zich de uitzonderingssituatie voordoet vermeld onder a.

behandelingsovereenkomst kunnen dezelfde vragen worden gesteld als bij de uitzondering onder a.

c. De verrichting kan uitsluitend met de toestemming van de ouders/voogd plaatsvinden als de minderjarige van 12 tot en met 15 jaar niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen terzake (art. 7:465 lid 2 BW). Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als de minderjarige uit angst voor de ingreep zijn toestemming weigert (MvA II, 21561, nr. 6, blz. 48). Voor de eigen beslissingsbevoegdheid van de 12– tot en met 15–jarige is derhalve het antwoord op de vraag of hij in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen terzake van cruciaal belang. Dit antwoord zal uiteindelijk door de hulpverlener moeten worden gegeven en wel op basis van zijn professionele ervaring en deskundigheid. Uiteraard speelt ook het oordeel van de ouders/voogd een rol en de hulpverlener zal derhalve met hen overleg moeten voeren. Daarbij zal hij er vanuit behoren te gaan dat de ouders/voogd in het belang van het kind handelen, ook als zij anders dan het kind zelf een behandeling wel noodzakelijk vinden. Overigens gaat het te ver om op grond van het enkele feit dat de 12– tot en met 15–jarige zijn toestemming weigert voor een ingreep die zijn ouders/voogd dringend nodig vinden, aan te nemen dat hij niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen terzake (nadere MvA II, 21561, nr. 11, blz. 30, 33). Of daarvan in concreto sprake is, zal afhangen van de aard van de verrichting en de overige belangen die een rol spelen, aldus de nadere MvA II (blz. 30). Maar kan worden volstaan met de combinatie van criteria voorgesteld door van der Klippe (nadere MvA II, blz. 39)? Anders gezegd: is de 12– tot en met 15–jarige in staat tot een redelijke waardering van zijn belangen als hij er blijk van geeft de verstrekte informatie te hebben begrepen en op basis daarvan in de betreffende kwestie een keuze te hebben gemaakt? Het antwoord op die vraag luidt bevestigend als men uitgaat van een strikte toepassing van het ‘informed consent’-beginsel. Maar ik betwijfel of die strikte toepassing ten aanzien van deze minderjarigen wel zal plaatsvinden in de praktijk. Het lijkt vrijwel onvermijdelijk dat ook de kwaliteit van de beslissing een rol zal spelen. Daar is ook iets voor te zeggen als we ervan uitgaan dat een competente minderjarige bij zijn besluitvorming mede wordt beïnvloed door factoren die samenhangen met zijn leeftijd/ontwikkeling⁴⁴. Factoren die er toe kunnen leiden dat de minderjarige ‘ook al voldoet hij aan de competentiecriteria van van de Klippe’ toch niet in staat wordt geacht tot een redelijke waardering van

zijn belangen terzake. Anders gezegd: als zijn beslissing een ‘onverantwoorde gedragslijn’ betekent (zie richtlijnen 1976), kan daarvan worden afgeweken. Dit heeft dan tot gevolg dat een verrichting toch kan plaatsvinden met toestemming van de ouders/voogd ook al wil de minderjarige die niet (het ‘angstige’ kind). Echter wel met de kanttekening dat als de minderjarige zich verzet tegen een verrichting van ingrijpende aard, die slechts mag worden uitgevoerd als zij kennelijk nodig is ter voorkoming van ernstig nadeel van de patiënt (art. 7:465 lid 6 BW).

Ten slotte nog enkele opmerkingen over de betekenis van deze uitzondering ‘de minderjarige is niet in staat tot een redelijke waardering van zijn belangen’ voor de uitzonderingen onder a en b. Als de minderjarige een ingreep wenst die kennelijk nodig is ter voorkoming van ernstig nadeel (objectief criterium), lijkt het niet waarschijnlijk dat de hulpverlener tot het oordeel zal komen dat de minderjarige ‘niet in staat is tot ... et cetera’. Mocht hij wel tot dat oordeel komen (bijvoorbeeld omdat de minderjarige aan een geestelijke stoornis lijdt) dan dient hij toestemming aan ouders/voogd te vragen. Wordt toestemming geweigerd dan kan de arts de ingreep toch verrichten, als hij meent dat dit verenigbaar is met de zorg die hij als goed hulpverlener jegens de patiënt moet betrachten (art. 7:465 lid 4 BW). Als de ouders toestemming weigeren en de minderjarige blijft de verrichting weloverwogen wensen (uitzondering b) dan is het niet denkbeeldig dat met name de ouders zullen stellen dat de minderjarige ‘niet in staat is tot ... et cetera’. De hulpverlener staat dan voor een moeilijke beslissing. Hij kan het beginsel van ‘informed consent’ strikt toepassen: de minderjarige heeft alle informatie die nodig is, hij heeft die informatie begrepen en hij heeft een keuze gemaakt. De verlangde verrichting wordt uitgevoerd, ook al zou ik die keuze niet zo ‘verstandig’ vinden en als het mijn eigen kind zou zijn zou ik dezelfde bedenkingen hebben als betrokken ouders. Of laat de hulpverlener de kwaliteit van de beslissing van de minderjarige meespelen, omdat die immers beïnvloed kan zijn door aan leeftijd/ontwikkeling gebonden factoren (zie paragraaf 3)? Het lijkt mij realistisch te veronderstellen dat onder bepaalde omstandigheden, zoals bijvoorbeeld bij ingrepen van een plastisch chirurg, het kwaliteitsoordeel van invloed is en kan leiden tot het oordeel ‘niet in staat tot ... et cetera’. In dat geval zal de arts dus niet tot de verrichting overgaan als de ouders toestemming weigeren.

5. Tot besluit enkele (voorlopige) conclusies

De in de Wgbo neergelegde regeling van de rechtspositie van de minderjarige geeft aanleiding tot de nodige vragen en problemen. Ik verwacht, althans hoop, dat de regeling

⁴⁴ Zie daarover ook mijn noten 25 t/m 27.

voor de alledaagse praktijk weinig problemen zal opleveren. Overigens zou dit wel eens mede het gevolg kunnen zijn van het feit dat de meeste 16- en 17-jarigen geen weet hebben van het feit dat ze zelfstandig elk door hen gewenste behandeling kunnen ondergaan⁴⁵. Problemen kunnen zich vooral voordoen bij omstrede, gevoelige en in de ogen van anderen dan de minderjarige zelf ‘onverstandige’ beslissingen. Naast het hiervoor besprokene kan ook nog gewezen worden op het verstrekken van inlichtingen aan de ouders van een 12- tot en met 15-jarige zonder diens toestemming, ook in de gevallen dat een verrichting zonder toestemming van de ouders kan plaatsvinden (art. 7:457 lid 3 jo. Art. 7:450 lid 2 BW). Wanneer brengt de zorg van een goed hulpverlener met zich mee dat die inlichtingen niet verstrekt hoeven worden?

Of wat te denken van vernietiging van de medische bescheiden op verzoek van de 16-jarige (art. 7:455 lid 1 BW) in verband met de mogelijkheid dat zijn ouders vernietiging van de overeenkomst willen vorderen? Mag hier worden aangenomen dat die mogelijkheid betekent dat bewaring van de bescheiden van aanmerkelijk belang is voor een ander dan de patiënt (art. 7:455 lid 2 BW)?

De bekwaamheid van de 16- en 17-jarige tot het aangaan van een behandelingsovereenkomst kan (slechts) ter discussie worden gesteld (vordering tot vernietiging) op grond van omstandigheden vermeld in art. 3:34 en 3:44 BW. Maar als in het kader van die overeenkomst een medische verrichting moet worden uitgevoerd, kan het voorkomen dat zij slechts met toestemming van de ouders/voogd kan plaatsvinden (art. 7:465 lid 2 BW).

Bovendien kan de vertrouwelijkheid binnen de relatie minderjarige–arts worden aangetast, omdat de ouder als polishouder de rekening krijgt toegestuurd. Hoewel, volgens de verzekeraars heeft dit probleem zich nog niet voorgedaan, althans is het in ieder geval niet bij de verzekeraars terecht gekomen, zodat zij zich niet genoodzaakt zien hiervoor een oplossing te zoeken.

Voorts is onduidelijk of en in hoeverre kosten van medische behandeling vallen onder het begrip ‘kosten

van verzorging en opvoeding’ ingeval die kosten niet door een verzekering worden gedekt.

De gekozen regeling maakt opnieuw (zie ook art. 1:395a en 1:395b BW) duidelijk dat de zelfstandigheid van een minderjarige als gevolg van zijn financiële afhankelijkheid een betrekkelijke zaak is. De wetgever blijft in dat opzicht halfbakken oplossingenproduceren.

De rechtspositie van de 12- tot en met 15-jarige geeft ook aanleiding tot vragen, als gevolg van onder andere de verhouding tussen enerzijds de ouders/voogd die de behandelingsovereenkomst aangaan en anderzijds de mogelijkheid dat zij uitgesloten worden van een bepaalde verrichting ter uitvoering van die overeenkomst. Problemen kunnen ontstaan als zij om die reden de door hen aangegane overeenkomst opzeggen. Het oordeel betreffende ‘het niet in staat zijn tot ... et cetera.’ kan de hulpverlener ook voor moeilijke problemen plaatsen. In hoeverre mag hij bij dit oordeel de kwaliteit van de beslissing van een 12- tot en met 15-jarige een rol laten spelen?

Ik ga er vanuit dat de medischepraktijk de in de Wgbo aan de minderjarige toegekende rechtspositie zal respecteren en die op een verstandige wijze, in de zin van passende aandacht ook voor de rechten van de ouders en hun betrokkenheid bij de gezondheidszorg van hun kinderen, zal weten te hanteren.

Nu de regering voornemens is de Wgbo na verloop van tijd te evalueren, lijkt het dringend gewenst bijzondere aandacht te besteden aan de besluitvorming van en voor minderjarigepatiënten en de rol van de ouders/voogd, de hulpverlener en de minderjarige zelf daarin. Het blijft opmerkelijk dat de regeling van de rechtspositie van de minderjarige in de Wgbo, hoezeer zij ook wat mij betreft positief gewaardeerd kan worden, nauwelijks op uitkomsten van in Nederland gevoerd empirisch onderzoek is gebaseerd.

Nu de Wgbo in werking is getreden biedt zij een goed aanknopingspunt voor zodanig onderzoek. Dit is in het belang van de minderjarigen, hun ouders en de medische hulpverleners.

⁴⁵ Wetswijziging in de staat Virginia (USA) die het minderjarigen mogelijk maakte om zelfstandig ambulante psychotherapie aan te gaan had vrijwel geen effect, omdat de meeste minderjarigen geen weet hebben van hun bevoegdheid terzake; zie daarover Gary B. Melton, *Effects of a State Law Permitting Minors to Consent to Psychotherapy*, *Professional Psychology* 1981 (Vol. 12), blz. 647 e.v.