

Mensjesrechten



Bescherming van het ongeboren kind

Bescherming van het ongeboren kind

*Het huidige wettelijk kader en de herziening van de
kinderbeschermingsmaatregelen*

*Auteur: N.J.S. Doornbosch
Functie: Afstudeerstagiaire
Studentnummer: 2003008
Afstudeerbegeleiders: de heer mr. E.J Nicolai
mevrouw mr. E.M. van Meer
Opleiding: Juridische Hogeschool Avans-Fontys, locatie Tilburg
Afstudeermentor: mevrouw mr. S. Braspenning
Datum: mei 2011
Plaats: Amsterdam*

Voorwoord

Deze scriptie is geschreven in het kader van de afstudeerperiode aan de Juridische Hogeschool te Tilburg en in opdracht van LAW Advocaten te Amsterdam. De aanleiding van de scriptie is de commotie rondom het streng gereformeerde gezin in Kampen dat bij een woningbrand in augustus 2009 vier zoontjes verloor. De sterk godsdienstige opvoeding zorgde voor een gesloten gezinssysteem waarbij er weinig tot geen inmenging van buitenaf door de ouders werd geduld, hetgeen de aandacht van de Raad voor de Kinderbescherming trok.¹ Ook het kind waarvan de vrouw zwanger was werd onder toezicht gesteld, naar woorden van de persrechter in Zwolle “om te voorkomen dat de ongeboren vrucht eveneens terecht zou komen in een gezin waarbij de ouders vasthouden aan dezelfde manier en eenzelfde structuur van opvoeden”.²

De scriptie is geschreven voor LAW Advocaten, nu de aanstaande ouders in overwegende mate een gespecialiseerde advocaat in de arm zullen nemen wanneer er sprake is van een verzoek tot het treffen van maatregelen ter bescherming van hun ongeboren kind. De bescherming van het ongeboren kind is vanwege de tegenstrijd in de rechten van de aanstaande ouder en de belangen van het kind een omstreden kwestie.

Ik wil Leonie van Berkel, Pieter van der Putt, mijn medestagiaires Lotte Bogemann en Vasuki Sathananthan en mijn medestudente Nicole Dekkers bedanken voor de ondersteuning en motivering in de afgelopen periode. In het bijzonder mijn afstudeermentor Sonja Braspenning en mijn eerste en tweede afstudeerdocent Erik Nicolai en Esther van Meer, die mij hebben voorzien van feedback en mij hebben geholpen de scriptie te verwezenlijken.

Natasja Doornbosch

Amsterdam, mei 2011

¹ “Kinderen Kamper drama onder toezicht”, *De Stentor* 28 mei 2010.

² J. Boonstra, “Ongeboren kind ook onder toezicht”, *De Stentor* 28 mei 2010.

Samenvatting

Het is tot op heden een uitzonderlijke en daarom een omstreden kwestie om een ongeborn kind tegen een bedreiging in zijn belangen te kunnen beschermen. Om een netwerk van zorg en toezicht te spannen voordat het kindje ter wereld komt, zal er vaak sprake zijn van een voorlopige ondertoezichtstelling die op een van de laatste momenten wordt aangewend voordat het kind ter wereld komt. Naast een afweging van het recht van de aanstaande moeder op abortus, autonomie en lichamelijke integriteit en het belang van het kind, zorgt de aanwending van maatregelen in de laatste fase van de zwangerschap voor wantrouwen van de ouders jegens de hulpverleningsinstanties.

Om dit omstreden onderwerp inzichtelijker te maken, is het huidig wettelijk kader omtrent de aanwending van maatregelen ter bescherming van het ongeborn kind beschreven en getoetst aan hetgeen in de literatuur en in de rechtspraak wordt ervaren. De knelpunten die in het algemeen voortvloeien uit de mogelijkheden om een ongeborn kind te beschermen, worden beschreven en er wordt gekeken of wetsvoorstellen perspectieven voor de toekomst bieden, dan wel welke wijzigingen wenselijk zijn.

Het belangrijkste resultaat is dat de grens van levensvatbaarheid wordt gezien als keerpunt in de bescherming van de ongeborn vrucht. Dit hangt nauw samen met de mogelijkheid tot het ondergaan van abortus tot de vierentwintigste zwangerschapsweek. Deze constatering leidt daarom tot de conclusie dat de aanwending van maatregelen ter bescherming van het ongeborn kind in een laat stadium plaatsvindt, waardoor er in overwegende mate sprake zal zijn van een spoedmachtiging tot uithuisplaatsing zodra het kind wordt geboren. Nu er in het toekomstige recht eerder zal worden voldaan aan de grond voor ondertoezichtstelling, kunnen aanbevelingen worden gezocht in het aanbieden van vrijwillige hulpverlening die al kan aanvangen in eerdere stadia van de zwangerschap. Deze aanbeveling is voornamelijk van belang in het geval van alcohol- of drugsmisbruik, nu het gebruik van deze middelen door de aanstaande moeder vooral in de embryonale fase zijn weerslag heeft op het ongeborn kind. De blijvende schade die het kind kan worden berokkend tijdens de pre- en postnatale fase kan op deze manier grotendeels worden ingeperkt. Daarnaast is het toekennen van interpretatievrijheid aan verdragsstaten ten aanzien van het recht op leven van een ongeborn kind, niet wenselijk nu het EHRM als taak heeft de juridische kwalificatie van de elementen van de artikelen die in het EVRM zijn opgenomen, te waarborgen. Aanbeveling verdient daarom dat het EHRM alsnog uitsluitsel geeft omtrent de drie mogelijke interpretaties van art. 2 EVRM ten aanzien van een ongeborn kind.

Lijst van afkortingen

AB	Rechtspraak Bestuursrecht
AMK	Algemeen Meldpunt Kindermishandeling
Art.	Artikel
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BJz	Bureau Jeugdzorg
BW	Burgerlijk Wetboek
DCI	Defence for Children International
DOI	Digital Object Identifier
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens
FAS	Foetaal Alcohol Syndroom
FJR	Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht
GGZ	Geestelijke gezondheidszorg
Gw	Grondwet
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
IQ	Intelligentiequotiënt
IVRK	Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind
JAMA	The Journal of the American Medical Association
JHS	Juridische Hogeschool
LAW	Law at Weteringschans
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NRC	Nieuwe Rotterdamsche Courant
NTvG	Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde
MC	Medisch Contact
MvT	Memorie van Toelichting
OM	Openbaar Ministerie
PvdA	Partij voor de Arbeid
Rb.	Rechtbank
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdK	Raad voor de Kinderbescherming
TvGR	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
UL	Universiteit Leiden
Wet Bopz	Wet bijzondere opnemning in psychiatrische ziekenhuizen
WGBO	Wet op de Geneeskundige behandelingsovereenkomst
VAR	Vereniging voor Bestuursrecht
VU	Vrije Universiteit Amsterdam
Wjz	Wet op de jeugdzorg
WSG	William Schrikker Groep
WvSr	Wetboek van Strafrecht

Inhoudsopgave

Samenvatting

Lijst van afkortingen

<u>Hoofdstuk 1 Inleiding.....</u>	<u>8</u>
§ 1.1 Organisatie.....	8
§ 1.2 Achtergrond van het onderzoek.....	8
§ 1.3 Opbouw van de scriptie.....	8
<u>Hoofdstuk 2 De bepalingen omtrent de ongeboren vrucht.....</u>	<u>9</u>
§ 2.1 Definitie ongeboren vrucht.....	9
§ 2.2 Het ongeboren kind in de wet.....	10
§ 2.3 Samenvatting en concluderende opmerkingen.....	10
<u>Hoofdstuk 3 Huidig wettelijk kader ondertoezichtstelling van het ongeboren kind.....</u>	<u>10</u>
§ 3.1 Ernstige bedreiging in de ontwikkeling van het ongeboren kind.....	10
§ 3.1.1 Elementen bepaling ondertoezichtstelling en het ongeboren kind.....	11
§ 3.2 Voorlopige ondertoezichtstelling van het ongeboren kind.....	14
§ 3.2.1 Elementen bepaling voorlopige ondertoezichtstelling van het ongeboren kind.....	15
§ 3.3 De gezinsvoogd en schriftelijke aanwijzingen ten tijde van de zwangerschap.....	16
§ 3.4 Duur van de reguliere ondertoezichtstelling.....	16
§ 3.4.1 Verlenging van de termijn van de reguliere ondertoezichtstelling.....	16
§ 3.4.2 Beëindiging of opheffing van de reguliere ondertoezichtstelling.....	17
§ 3.5 Samenvatting en concluderende opmerkingen.....	17
<u>Hoofdstuk 4 Huidig wettelijk kader uithuisplaatsing van het pasgeboren kind.....</u>	<u>18</u>
§ 4.1 Machtiging tot uithuisplaatsing tijdens de zwangerschap.....	18
§ 4.2 Duur, verlenging en beëindiging machtiging uithuisplaatsing.....	20
§ 4.3 Samenvatting en concluderende opmerkingen.....	21
<u>Hoofdstuk 5 Huidig wettelijk kader ontheffing van het ouderlijk gezag en het ongeboren kind.....</u>	<u>21</u>
§ 5.1 Plaats van de ontneming van het ouderlijk gezag in het huidige recht.....	21
§ 5.2 Ontheffing door ongeschiktheid of onmacht.....	22
§ 5.2.1 Verzet en gedwongen ontheffing van het ouderlijk gezag.....	22
§ 5.2.2 Elementen bepaling (gedwongen) ontheffing.....	23
§ 5.3 Samenvatting en concluderende opmerkingen.....	24
<u>Hoofdstuk 6 Huidig wettelijk kader ontzetting van het ouderlijk gezag en het ongeboren kind.....</u>	<u>25</u>
§ 6.1 Ontzetting door verwijtbaarheid.....	25
§ 6.1.1 Elementen bepaling ontzetting van het ouderlijk gezag en het ongeboren kind.....	25
§ 6.2 Samenvatting en concluderende opmerkingen.....	27
<u>Hoofdstuk 7 Botsende mensenrechten van de aanstaande moeder en het ongeboren kind</u>	<u>28</u>
§ 7.1 Belang van het ongeboren kind en het recht op leven.....	28
§ 7.1.1 Wet Bopz en het ongeboren kind.....	29
§ 7.1.2 Wetboek van Strafrecht en het ongeboren kind.....	30
§ 7.1.3 Kinderbeschermingsmaatregelen en het ongeboren kind.....	30
§ 7.2 Belang van de zwangere vrouw en het recht op zelfbeschikking.....	31
§ 7.2.1 Ingrijpen zelfbeschikking zwangere vrouw ten behoeve van het ongeboren kind.....	31

§ 7.3 Samenvatting en concluderende opmerkingen.....	32
<i>Hoofdstuk 8 Wetsvoorstel tot herziening van de kinderschermingsmaatregelen</i>	
<i>en het ongeborn kind.....</i>	<i>33</i>
§ 8.1 Wetsvoorstel 32 015.....	33
§ 8.2 Wijziging Burgerlijk Wetboek en de ondertoezichtstelling en het ongeborn kind.....	34
§ 8.2.1 Verruiming van de grond tot ondertoezichtstelling en het ongeborn kind.....	34
§ 8.2.2 Duur van de termijn van ondertoezichtstelling en het ongeborn kind.....	35
§ 8.2.3 Duur van de termijn voorlopige ondertoezichtstelling van het ongeborn kind.....	36
§ 8.3 Schriftelijke aanwijzingen ter bescherming van het ongeborn kind en het wetsvoorstel 32 015.....	37
§ 8.4 Vereiste machtiging tot uithuisplaatsing en het pasgeboren kind.....	38
§ 8.5 Trillium en Project Pleegzorg 2.....	39
§ 8.6 Wetsvoorstel 32 015 en de gezagsbeëindigende maatregel.....	40
§ 8.7 Samenvatting en concluderende opmerkingen.....	42
<i>Hoofdstuk 9 Conclusies en aanbevelingen.....</i>	
§ 9.1 Conclusies.....	44
§ 9.1.1 Mogelijkheid tot ondertoezichtstelling van het ongeborn kind.....	44
§ 9.1.2 Ondertoezichtstelling gericht op het kind.....	45
§ 9.1.3 Toekomstige ondertoezichtstelling.....	45
§ 9.1.4 Toetsing ex nunc.....	46
§ 9.1.5 Termijn ondertoezichtstelling.....	46
§ 9.1.6 Schriftelijke aanwijzingen.....	46
§ 9.1.7 Stadium ondertoezichtstelling.....	47
§ 9.1.8 Uithuisplaatsing alleen met machtiging.....	47
§ 9.1.9 Spoedmachtiging uithuisplaatsing tijdens zwangerschap.....	48
§ 9.1.10 Vertrouwen gezinsvoogd.....	48
§ 9.1.11 Uithuisplaatsing is tijdelijk.....	49
§ 9.1.12 Ontheffing en ontzetting gezag.....	49
§ 9.1.13 Ontneming gezag bij verwaarlozing van één kind.....	50
§ 9.1.14 Zelfbeschikking zwangere vrouw en ontwikkeling ongeborn kind.....	50
§ 9.2 Aanbevelingen.....	51
§ 9.2.1 Verschuiving moment van ingrijpen.....	51
§ 9.2.2 Termijn voorlopige ondertoezichtstelling.....	52
§ 9.2.3 Aansluiting wetsvoorstellen.....	52
§ 9.2.4 Aanvaardbare termijn.....	53
§ 9.2.5 Toekennen rechten aan het ongeborn kind.....	53

Evaluatie

Jurisprudentielijst

Literatuurlijst

In dit hoofdstuk zal de afstudeerorganisatie kort worden beschreven. Tevens zal de achtergrond van het onderzoek nader worden toegelicht en zal de opbouw van het rapport kort worden weergegeven.

§ 1.1 Organisatie

LAW is een advocatenkantoor gevestigd in het hart van Amsterdam. Begin 2008 is het kantoor opgestart door de advocaten Leonie van Berkel en Sonja Braspenning. Pieter van der Putt werd begin 2010 de derde compagnon. LAW behandelt voornamelijk zaken op het gebied van arbeidsrecht, strafrecht, huurrecht, incasso's, echtscheidingen, alimentatie, omgang en kindbeschermingsmaatregelen. LAW is voornemens het kantoor uit te breiden met een vierde advocaat, Michelle Spil, zodat zij allround zijn gespecialiseerd in de meeste rechtsgebieden. LAW heeft geen secretariaat, waardoor alle werkzaamheden door de advocaten zelf worden verricht.

§ 1.2 Achtergrond van het onderzoek

De scriptie heeft als onderwerp de bescherming van het ongeboren kind. De bescherming van een ongeboren kind is in het positieve recht niet expliciet geregeld, waardoor er sprake is van "creatieve" noodspongen die vaak pas in het laatste stadium van de zwangerschap worden aangewend.

De doelstelling van de scriptie is het op 30 mei 2011 aanleveren van een rapport aan LAW waarin wordt beschreven welke maatregelen kunnen worden aangewend om een ongeboren kind naar positief recht te kunnen beschermen tegen een bedreiging in zijn belangen, wat de kritiekpunten zijn op de huidige handelswijze van de hulpverleningsinstanties en de huidige wet- en regelgeving en hoe de bescherming van het ongeboren kind in de toekomst kan worden vormgegeven, zodat LAW kan inspelen op de constatering en hierdoor haar cliënten optimaal kan bijstaan en adviseren in een dergelijke situatie.

De vraag die de afgelopen periode centraal heeft gestaan is op welke wijze het ongeboren kind in het huidige recht in de pre- en postnatale fase beschermd wordt tegen een ernstige bedreiging in zijn ontwikkeling, welke knelpunten er worden ervaren en of een wijziging van deze bescherming wenselijk is.

Vanwege het toetsende en beschrijvende karakter van de scriptie, is er specifiek voor deskresearch gekozen. Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden, is er gebruik gemaakt van verschillende literatuur en wet- en regelgeving die van toepassing kan worden geacht op de bescherming van het ongeboren kind. De praktische toepassing van de huidige wettelijke bepalingen en de maatregelen die in het kader van de bescherming van het ongeboren kind kunnen worden getroffen, zijn aan de hand van de wet- en regelgeving en hetgeen is beschreven in de literatuur getoetst en toegelicht. De rechtspositie van de ouder en het ongeboren kind wordt toegelicht aan de hand van de wetgeving, jurisprudentie en de literatuur. Tevens zullen de knelpunten die in de rechtspraktijk en in de literatuur worden ervaren worden besproken. De bestudeerde cliëntendossiers van LAW brengen een indirecte, summiere inbreng van fieldresearch tot uiting.

1.3 Opbouw van de scriptie

De scriptie is opgebouwd in een negental hoofdstukken, waarvan deze inleiding het eerste hoofdstuk vormt. Hoofdstuk 2 beschrijft kort de maatschappelijke, dan wel gezondheidsrechtelijke definitie van een ongeboren kind. Tevens zal de wettelijke bepaling die is opgenomen in het Burgerlijk Wetboek en die ingaat op de rechtspositie van de ongeboren vrucht worden aangehaald, waarna de concluderende opmerkingen de basis zullen vormen voor het verdere onderzoek. Het derde hoofdstuk zal daarop inspelen door het huidige wettelijk kader van de ondertoezichtstelling te schetsen en daarbij specifiek in te gaan op de toepassing van de bepalingen op het ongeboren kind. Er zal een splitsing worden gemaakt tussen het karakter en het doel van de voorlopige ondertoezichtstelling en het karakter en het doel van een reguliere ondertoezichtstelling. Hoofdstuk 4 gaat in op de verlening en de duur van de machtiging uithuisplaatsing in het kader van de

(voorlopige) ondertoezichtstelling in de pre- en postnatale fase. Het vijfde en het zesde hoofdstuk gaan in op de huidige regelgeving omtrent de ontneming van het ouderlijk gezag. Het moment van aanwending en het verschil in karakter zullen hierbij aan de orde komen. Hoofdstuk 7 ziet toe op de belangen en de eventuele rechten van het ongeboren kind en de belangen en rechten van de aanstaande moeder. De tegenstrijd die hierdoor ontstaat en de afweging van de belangen zal in dit hoofdstuk worden uitgediept. Het achtste hoofdstuk bespreekt het wetsvoorstel tot herziening van de kindbeschermingsmaatregelen en of het belang dat het ongeboren kind bij deze wijzigingen heeft in de toekomst gediend kan worden. In hoofdstuk 9 zullen de conclusies en aanbevelingen worden geformuleerd die volgen uit de constatering die ten tijde van het onderzoek zijn gedaan.

Hoofdstuk 2 De bepalingen omtrent de ongeboren vrucht

In dit hoofdstuk zal het begrip “ongeboren vrucht” worden gedefinieerd. Voor de beeldvorming van een bedreiging in de ontwikkeling van een ongeboren kind, zullen de verschillende periodes die onderscheiden kunnen worden, worden aangehaald. De rechtspositie van een ongeboren kind wordt beschreven aan de hand van een tweetal bepalingen die staan opgenomen in de wet.

§ 2.1 Definitie ongeboren vrucht

Ongeboren vrucht: Het intra-uteriene (=binnen de baarmoeder) stadium in de levenscyclus van Mammalia (=zoogdieren), waarbij de vrucht in het allereerste stadium tot twee weken na de versmelting van de eicel met de zaadcel zygote wordt genoemd, het daaropvolgende stadium tot acht weken na de bevruchting embryo en vanaf acht weken na de conceptie tot aan de geboorte foetus.

Vanaf de aanvang van de conceptie, kunnen er in de prenatale fase een drietal perioden worden onderscheiden, namelijk de germinale, de embryonale en de foetale fase.

Germinale periode

De germinale periode omvat de eerste twee weken na versmelting van de eicel met de zaadcel, de feitelijke bevruchting. De zygote die hieruit is ontstaan, vormt het beginstadium van een mens.

Embryonale periode

De embryonale periode omvat de periode van twee tot acht weken na bevruchting. In deze fase begint de embryo menselijke vormen aan te nemen. De ontwikkeling van verschillende lichaamsdelen en organen vindt in dit stadium plaats. De volgorde waarin deze lichamelijke ontwikkeling verloopt in de prenatale fase ligt vast: eerst het hoofdje, vervolgens de ogen, dan de romp, de armen, de benen, de geslachtsorganen en tenslotte de inwendige organen. Schadelijke omgevingsinvloeden kunnen vooral in deze fase blijvende afwijkingen teweegbrengen. De embryonale fase is door de ontwikkeling van de vitale organen een cruciale fase in de ontwikkeling van de ongeboren vrucht. Hoewel de prenatale ontwikkeling biologisch is vastgelegd, kunnen er dus omgevingsinvloeden op de ontwikkeling inwerken. Naarmate het onderzoek vordert, zal op de invloed van alcohol en drugs kort worden teruggekomen.

Foetale periode

De foetale periode omvat de periode van acht tot achtendertig weken na het moment van bevruchting. Deze periode neemt aanvang als de vrucht een menselijke vorm heeft aangenomen en alle organen in de vrucht aanwezig zijn. Vanaf ongeveer vierentwintig tot zesentwintig weken na de conceptie zijn alle organen van het kind aanwezig en zijn zij in staat ook daadwerkelijk te functioneren. Op dit tijdstip is de ongeboren vrucht in zijn ontwikkeling zo ver gerijpt dat het in theorie buiten het moederlichaam in leven kan blijven. Artikel 82a van het Wetboek van Strafrecht (WvSr) onderstreept deze theorie nu afbreking van de zwangerschap na vierentwintig weken strafbaar wordt gesteld in de zin van het doden van een levensvatbare vrucht. In werkelijkheid blijkt de levensvatbaarheid van het kind echter vrij gering tot de dertigste week.³

³ K. Stuyven e.a., *Groot worden. De ontwikkeling van baby tot adolescent*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2010, p. 33-36.

§ 2.2 Het ongeborn kind in de wet

Het Burgerlijk Wetboek 1 omschrijft in art. 1:2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) de bepaling en daarbij ook de rechtspositie van een ongeborn kind:

Art. 1:2 BW

Het kind waarvan een vrouw zwanger is wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan.

Dit artikel beschermt de belangen van reeds verwekte, maar nog niet geboren kinderen. Er is sprake van twee ficties. Zo wordt het ongeborn kind als reeds geboren aangemerkt en wordt het geacht nooit te hebben bestaan wanneer het dood ter wereld komt.⁴ Omdat in dit artikel de mogelijkheid wordt vastgelegd een kind tijdens de zwangerschap als reeds geboren aan te merken zo dikwijls zijn belang dit vordert, is het mogelijk een kind al voor de geboorte onder toezicht te stellen. Het artikel doelt niet alleen op het vermogensrechtelijk belang, maar ook op een medisch en opvoedkundig belang in de zin van de bescherming van de lichamelijke en geestelijke gezondheid en ontwikkeling van het ongeborn kind.⁵ De zinsnede “zo dikwijls zijn belang dit vordert” laat uitdrukkelijk ruimte voor het in rechte erkennen van andere belangen dan vermogensrechten en dient ook het medisch belang in de zin van lichamelijke en geestelijke welzijn te omvatten.⁶

§ 2.3 Samenvatting en concluderende opmerkingen

In de embryonale fase vindt de ontwikkeling van vitale organen plaats. Deze fase is een cruciale fase omdat omgevingsinvloeden als bijvoorbeeld alcohol of drugs op de ontwikkeling kunnen inwerken.

Nu na ongeveer vierentwintig weken zwangerschap alle organen van het kind aanwezig zijn en zij ook in staat zijn daadwerkelijk te functioneren, kan worden gesteld dat het kind levensvatbaar is nu het in theorie in staat is buiten het moederlichaam te verblijven en daardoor bepaalde rechten toekomt. Door art. 82a WvSr wordt deze theorie onderstreept, nu afbreking van de zwangerschap na deze periode strafbaar wordt gesteld in de zin van het doden van een levensvatbare vrucht.

Nu ook het medisch belang en opvoedkundig belang in de zin van lichamelijke en geestelijke gezondheid kan worden geschaard onder de zinsnede “zo dikwijls zijn belang dit vordert”, kan worden gesteld dat ook een ongeborn vrucht kan worden beschermd tegen een bedreiging in zijn ontwikkeling en daarom het onderzoek op basis van het veronderstelde kan worden voortgezet.

Hoofdstuk 3 Huidig wettelijk kader ondertoezichtstelling van het ongeborn kind

De gronden voor en het doel van ondertoezichtstelling naar positief recht zullen in dit hoofdstuk worden besproken. De elementen van de bepalingen tot (voorlopige) ondertoezichtstelling worden toegelicht en specifiek toegespitst op het ongeborn kind. Tevens zal de rol van de gezinsvoogd en de aanwending van schriftelijke aanwijzingen tijdens de zwangerschap worden aangehaald en zullen de beslissingen omtrent de verlenging en de beëindiging van een ondertoezichtstelling aan de orde worden gesteld.

§ 3.1 Ernstige bedreiging in de ontwikkeling van het ongeborn kind

Een minderjarige kan op grond van art. 1:254 lid 1 BW onder toezicht worden gesteld van Bureau Jeugdzorg (BJz), indien hij of zij zodanig opgroeit dat zijn zedelijke of geestelijke belangen of zijn gezondheid ernstig worden bedreigd en andere middelen ter afwending van deze bedreiging hebben gefaald, of naar

⁴ J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Burgerlijk Wetboek. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2009, p. 3-4.

⁵ Rb. Roermond 26 juni 2009, *LJN* BJ0644.

⁶ R.J.P. Kottenhagen, “Botsende rechten van moeder en ongeborn kind”, *TvGR* 2008, p. 497, DOI: 10.1007/BF03081553.

verwachting zullen falen. Toegespitst op de bescherming van het ongeboren kind, zal er sprake moeten zijn van een ernstige bedreiging in de ontwikkeling van de ongeborene. De oplegging van de maatregel moet in het belang van het ongeboren kind zijn, daarbij kan worden opgemerkt dat wanneer er alternatieve manieren voorhanden zijn om de bedreiging weg te nemen, een ondertoezichtstelling niet op zijn plaats is.

Onder “ernstige bedreiging” kan in het kader van de ontwikkeling van het ongeboren kind problematiek worden verstaan die samenhangt met oudergebonden factoren als verwaarlozing, slechte verzorging, seksueel misbruik of kindermishandeling van voorgaande kinderen en psychiatrische problematiek of verslavingsproblematiek van de ouder zelf.⁷ Op basis van deze factoren kan onder andere de Raad voor de Kinderbescherming (RvdK) als verzoeker van de ondertoezichtstelling concluderen dat het vermoeden bestaat dat niet aan de basisbehoefte van zorg en veiligheid kan worden voldaan bij de geboorte van het kind. Zoals door de rechtbank Arnhem wordt aangehaald, is een kind bij zijn geboorte volledig afhankelijk van zijn ouders nu hij kwetsbaar en weerloos is. De zorgen over de verzorging en opvoeding door de moeder hebben een directe doorwerking op de pasgeborene. Een eventuele bedreiging in de ontwikkeling van het kind zal dan ook gelegen zijn in de factoren die zijn gerelateerd aan de ouders, met name aan de moeder. Zo kan er sprake zijn van broertjes of zusjes die slachtoffer zijn geweest van bovengenoemde factoren. Overigens kan er ook sprake zijn van huiselijk geweld jegens de moeder en/of de kinderen, waardoor de moeder zodanig getraumatiseerd is, dat zij niet in staat wordt geacht haar kinderen hiertegen te beschermen. Zodoende is zij pedagogisch onmachtig te achten het ongeboren kind op te voeden en te verzorgen naar de maatstaven van art. 1:247 BW.⁸

Vooropgesteld moet worden dat het doel van een ondertoezichtstelling niet de beperking van het ouderlijk gezag is, maar het wegnemen of beperken van de ernstige bedreiging waarin het kind verkeert. Er dient vooral aandacht uit te gaan naar de preventie van een eventuele escalering, zodat verderstrekkende maatregelen kunnen worden voorkomen. Passende hulpverlening vanuit Bureau Jeugdzorg en medewerking van de ouders is dan ook van groot belang.⁹

3.1.1 Elementen bepaling ondertoezichtstelling en het ongeboren kind

Wanneer er wordt voldaan aan de elementen van art. 1:254 lid 1 BW, kan de kinderrechter een ondertoezichtstelling uitspreken. De elementen van het eerste lid van dit artikel zullen hieronder worden uitgediept en in het licht van de bescherming van het ongeboren kind worden geplaatst.

Art. 1:254 BW

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

...minderjarige

Om een kind onder toezicht te kunnen stellen, moet er sprake zijn van een ernstige bedreiging van de belangen of de gezondheid van een minderjarige. Een kind kan alleen onder toezicht worden gesteld als dit nog niet de leeftijd van 18 jaren heeft bereikt en dus per definitie *minderjarig* is. Nu in voorgaand hoofdstuk is geconcludeerd dat een ongeboren vrucht ex art. 1:2 BW als *reeds geboren* kan worden aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert, kan dit element van toepassing worden verklaard op een ongeboren kind. De bedreiging de ontwikkeling van een ongeboren kind kan worden geschaard onder een ernstige bedreiging van de gezondheid.

⁷ A.P. van der Linden, F.G.A. ten Siethoff & A.E.I.J. Zeijlstra-Rijpstra, *Jeugd en recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009, p. 127.

⁸ Rb. Arnhem 20 oktober 2009, LJN BK9430.

⁹ A.P. van der Linden, F.G.A. ten Siethoff & A.E.I.J. Zeijlstra-Rijpstra, *Jeugd en recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009, p. 128.

...zodanig opgroeien

Bij het zodanig opgroeien gaat het om de toekomstige verzorgings- en opvoedingssituatie waarin het kind na de geboorte zal verkeren. Bij een ondertoezichtstelling is er dus altijd sprake van een relatie tussen de bedreiging van de belangen van het kind en de opvoeding en verzorging door de ouders. Deze toekomstige opvoedingssituatie is breder dan alleen het handelen of nalaten van de aanstaande ouders. Ook de omstandigheden en de omgeving maken deel uit van de opvoedingssituatie en kunnen bijdragen aan de bedreiging van de belangen van het ongeboren kind. Zo kan er in het geval van de bescherming van het ongeboren kind worden gedacht aan omstandigheden als het niet hebben van een vaste woon- of verblijfplaats van de ouder en het daarom niet op orde hebben van een babykamer, luiers, kleertjes e.d. Bij omgevingsfactoren kan er worden gedacht aan contacten met het drugsmilieu, maar bijvoorbeeld ook aan extreem religieuze overtuigingen.

...de zedelijke of geestelijke belangen of de gezondheid

In het kader van de bescherming van het ongeboren kind, kan bij beoordeling van dit element tevens mishandeling, verwaarlozing of misbruik van voorgaande kinderen een rol spelen. Een kinderbeschermingsmaatregel wordt in het geval van het ongeboren kind te allen tijde opgelegd om hem of haar te beschermen tegen het handelen van de aanstaande ouder. Artikel 18 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) legt onder andere nadruk op het recht op ontwikkeling van het kind en zodoende ook op de belangen en de gezondheid van het ongeboren kind nu deze kan worden aangemerkt als reeds geboren zo dikwijls zijn belang dit vordert.

...ernstig worden bedreigd

Kinderbeschermingsmaatregelen dienen pas te worden aangewend als er sprake is van een zodanige situatie dat de ontwikkeling van het ongeboren kind ernstig gevaar loopt. Bij het bepalen of een bedreiging ernstig is, zijn de zwaarte en de frequentie van de incidenten die de bedreiging vormen van belang. Uit jurisprudentie blijkt dat situaties uit het verleden kunnen worden aangehaald om de huidige en wellicht toekomstige situatie in te schatten. Voorgaande blijkt onder andere uit de volgende passage: "*Ouders vinden het vreselijk dat hun kind na de geboorte uit huis geplaatst zal worden. Moeder geeft aan dat er voortdurend wordt teruggegrepen naar het verleden. Ouders zijn van mening dat zij een kans verdienen om te laten zien dat zij hun ongeboren kind een toekomst kunnen bieden.*"¹⁰ De vraag is of deze ex tunc beoordeling van de ouders altijd terecht mag worden geacht. Zo is er een dossier door LAW behandeld, waarin de moeder wordt beoordeeld op ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing van voorgaande dochters. Zij zou de afgelopen jaren niet in staat zijn geweest een zelfstandig en stabiel leven op te bouwen, bevindt zich in een afhankelijke situatie, heeft een zeer belaste voorgeschiedenis en heeft te kampen met psychische problemen. De Raad voor de Kinderbescherming vermoedt dat cliënte in de illegale prostitutie werkzaam is, aan harddrugs is verslaafd en "omgaat met mensen die zich bezighouden met drugs- en vrouwenhandel". In het dossier blijken deze vermoedens niet te zijn onderbouwd en kunnen deze constatering dan ook niet worden bewezen. Daarentegen heeft de moeder juist getracht een babykamer in te richten, kleertjes en luiers aan te schaffen en zich op de komst van het kindje voor te bereiden. De Raad voor de Kinderbescherming lijkt hieraan voorbij te gaan door de rechtbank te verzoeken tot ondertoezichtstelling van het ongeboren kind met de aanhaling dat de erkenner van het kind tot eengerelateerd geweld in staat is. Hetgeen volledig los lijkt te staan van het naar behoren opvoeden en verzorgen van een pasgeborene, dan wel de directe noodzaak tot voorlopige ondertoezichtstelling.

...andere middelen hebben gefaald of, naar is te voorzien, zullen falen

Naast een toekomstige opvoedings- en verzorgingssituatie waarin de belangen van het ongeboren kind zijn of dreigen te worden geschaad, geldt een tweede voorwaarde voor het uitspreken van een ondertoezichtstelling. Alle andere middelen om de bedreiging af te wenden, hebben gefaald of zullen naar verwachting falen. In dit opzicht gaat het over de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Met deze "andere middelen" heeft de wetgever andere middelen dan de ondertoezichtstelling, met name vrijwillige hulp, bedoeld. Het falen of het naar verwachting falen van vrijwillige hulp, houdt verband met de instelling en

¹⁰ Rb. Groningen 30 oktober 2008, LJN BG4377.

de motivatie van de ouders. Als er sprake is van een ernstige bedreiging en de verwachting kan worden gerechtvaardigd dat vrijwillige hulp de dreiging zal kunnen wegnemen, is een kinderbeschermingsmaatregel niet aan de orde. Ook als het tijdens de uitvoering van de ondertoezichtstelling mogelijk blijkt de dreiging van het kind af te wenden met vrijwillige hulp, kan de ondertoezichtstelling worden beëindigd. In dat geval zal de ondertoezichtstelling tussentijds worden opgeheven op grond van art. 1:256 lid 4 BW. In tabel 3.1 wordt dit kort gevisualiseerd.

	Ongeboren kind bedreigd	Ongeboren kind niet (meer) bedreigd
Andere middelen falen	Ondertoezichtstelling	Geen ondertoezichtstelling
Andere middelen falen niet	Geen ondertoezichtstelling	Ondertoezichtstelling niet van toepassing

Tabel 3.1 Bedreiging en falende middelen
(Bron: Handboek Deltamethode 2009)

Artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) waarborgt het recht op eerbiediging van privé-, familie en gezinsleven. Specifiek art. 8 lid 2 EVRM bepaalt dat inmenging slechts is toegestaan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in onder andere het belang van de bescherming van de gezondheid, goede zeden en bescherming van de rechten van anderen. Bij de beperking in het gezag van de ouders dient er rekening te worden gehouden met het “zo-zo-zo(-zo)-beleid”. Dit is de visie zoals deze begin jaren negentig in overheidsstukken rondom welzijnszorg werd verwoord.¹¹ De hulpverlening dient zo kort mogelijk, zo licht mogelijk, zo dichtbij mogelijk en eventueel zo tijdig mogelijk te geschieden.

Uit jurisprudentie blijkt dat het vrijwillig meewerken van de ouders aan hulpverlening niet vaak door de rechtbank wordt aangenomen. De ouders zijn vaak niet in staat in te zien of aan te geven dat zij enige tijd hulp of begeleiding nodig hebben om daarna de zekerheid te hebben dat zij hun kindje naar behoren kunnen opvoeden. De ouders geven aan geen hulp nodig te hebben en maken daardoor een zorgmijdende indruk.¹² Ook kan het zijn dat de ouders naar voren brengen vrijwillig mee te willen werken aan de voorgestelde hulpverlening, maar het kind wel het liefst thuis willen verzorgen en hulpverlening voor zichzelf niet nodig achten. Tegen die achtergrond wordt een vrijwillige medewerking van de ouder, met name van de moeder, onvoldoende gewaarborgd.¹³ Hoewel de moeder kan overkomen als een betrokken ouder die wellicht het beste met haar ongeboren kind voor heeft, is afstuiting van medewerking op vrijwillige basis mogelijk wanneer de ouder een onvoldoende realistisch beeld van zichzelf lijkt te hebben. Op deze manier doet de ouder het kindje wellicht tekort in het waarborgen van zijn ontwikkeling.¹⁴

...hem

Het element “hem” verwijst naar het ongeboren kind. De ondertoezichtstelling is primair gericht op het ongeboren kind en dus niet op het gezin of de ouders. Hierbij ontstaat direct enige frictie, nu expliciet de moeder haar medewerking moet verlenen aan de controles op ontwikkeling van haar ongeboren kind. De moeder wordt dus wel degelijk mede onder toezicht gesteld, nu de ongeborene en zij onlosmakelijk verbonden zijn tot op het moment dat het kind is geboren. De vraag is welk recht of welke plicht prevaleert. Hier zal in hoofdstuk 7 op worden teruggekomen.

...van een stichting

De ondertoezichtstelling wordt niet uitgevoerd door de individuele gezinsvoogd, maar door het Bureau Jeugdzorg. De rechter stelt het ongeboren kind onder toezicht van een stichting als bedoeld in artikel 1, onder f, van de Wet op de jeugdzorg (Wjz). Met deze stichting wordt feitelijk het Bureau Jeugdzorg bedoeld.

¹¹ M. van Bommel & M. van Deutekom (red.), *Hulp in eigen omgeving. Ambulantisering in de hulpverlening*, Bohn Stafleu van Loghum 2003, p. 25.

¹² Rb. Utrecht 10 april 2008, *LJN BC9962*.

¹³ Rb. Arnhem 20 oktober 2009, *LJN BK9430*.

¹⁴ Hof 's-Gravenhage 23 juni 2010, *LJN BN0691*.

Het professioneel handelen tijdens de uitvoering van de ondertoezichtstelling, is de verantwoordelijkheid van Bureau Jeugdzorg als geheel en heeft dus niet alleen betrekking op de gezinsvoogd als individu.¹⁵

§ 3.2 Voorlopige ondertoezichtstelling van het ongeboren kind

Vaak is er in het geval van het ongeboren kind sprake van een voorlopige ondertoezichtstelling in de zin van art. 1:255 BW die is bedoeld als spoedmaatregel om onderzoek te doen naar de vraag of een definitieve ondertoezichtstelling nodig is.¹⁶ Het ongeboren kind wordt door de kinderrechter hangende het onderzoek onder toezicht gesteld, omdat dit dringend en onverwijld noodzakelijk wordt geacht. Aan het verhoor van de ouders wordt in dit geval tijdelijk voorbijgegaan wegens het onmiddellijke en ernstige gevaar voor het ongeboren kind. Op grond van art. 800 lid 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) moeten de ouders binnen een termijn van twee weken alsnog de mogelijkheid krijgen hun mening kenbaar te maken, anders verliest de beschikking haar rechtskracht. In het belang van het ongeboren kind kan de hulpverlening dan al reeds voor de eventuele reguliere ondertoezichtstelling worden gestart. Ook in dit stadium dienen de ouders de aanwijzingen van de gezinsvoogd op te volgen en kan er een machtiging worden verleend tot uithuisplaatsing van het kind zodra het wordt geboren.¹⁷ De machtiging uithuisplaatsing zal in het volgende hoofdstuk kort worden besproken. De duur van deze voorlopige ondertoezichtstelling bedraagt ten hoogste drie maanden en de beslissing kan te allen tijde worden herroepen. Met betrekking tot de voorlopige ondertoezichtstelling van het ongeboren kind, kan worden opgemerkt dat deze termijn exact gelijk is aan het moment van theoretische levensvatbaarheid van de ongeborene en de geboorte van het kind. Wanneer een ongeboren kind vanaf het moment van levensvatbaarheid onder toezicht wordt gesteld, kan er in de komende drie maanden zorg worden gedragen voor het creëren en handhaven van een veilige opvoedingssituatie zodat het kind kan worden opgenomen in het ouderlijk gezin. Zodoende kan een reguliere ondertoezichtstelling, die wellicht definitiever van karakter wordt ervaren gezien de meest verzochte termijn van één jaar die eventueel nog kan worden verlengd, mogelijkerwijs worden voorkomen. Wanneer er sprake is van verslavingsproblematiek, is een voorlopige ondertoezichtstelling na deze levensvatbaarheidsgrens vrij laat, gezien de blijvende schade die al vanaf de embryonale fase kan worden toegebracht.¹⁸

Omdat er aan het verzoek tot voorlopige ondertoezichtstelling van het ongeboren kind vaak een verzoek is gekoppeld tot verlening van een spoedmachtiging tot uithuisplaatsing van de ongeborene zodra deze is geboren, is de ondertoezichtstelling zoals deze is beschreven in art. 1:254 lid 1 BW ten aanzien van minderjarigen niet pur sang te vergelijken met de ondertoezichtstelling van het ongeboren kind. Zo wordt een minderjarige onder toezicht gesteld indien zijn belangen of gezondheid ernstig worden bedreigd. Een ongeboren kind wordt onder toezicht gesteld omdat er sprake is van een ernstige bedreiging in zijn ontwikkeling. Hoewel de bedoeling overeen komt, is het karakter van de ondertoezichtstelling van een ongeboren kind, nu daar veelal een verzoek tot directe uithuisplaatsing bij de geboorte aan ten grondslag ligt, een stuk dreigender dan een ondertoezichtstelling van een minderjarige. De ouders dienen op zeer korte termijn aan de verwachtingen van het Bureau Jeugdzorg te voldoen om deze uithuisplaatsing te voorkomen. Hierop zal in het volgende hoofdstuk worden teruggekomen.

Het enkele feit dat het kind zich goed lijkt te ontwikkelen, is nog geen garantie dat een voorlopige ondertoezichtstelling niet wordt uitgesproken. De oplegging van een voorlopige ondertoezichtstelling kan gelegen zijn in het feit dat het mogelijk wordt gemaakt de ondersteunende hulpverlening reeds bij de geboorte te hebben geregeld.¹⁹ Tevens kan het houden van voldoende toezicht op de ontwikkeling van het

¹⁵ A.J. van Montfoort & N.W. Slot, *Handboek Deltamethode Gezinsvoogdij. De nieuwe methode voor de uitvoering van de ondertoezichtstelling*, Utrecht: MOGroep 2009, p. 11-15.

¹⁶ "Wanneer kan de kinderrechter een ondertoezichtstelling uitspreken?", www.rijksoverheid.nl (zoek op ondertoezichtstelling).

¹⁷ A.P. van der Linden, F.G.A. ten Siethoff & A.E.I.J. Zeijlstra-Rijpsma, *Jeugd en recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009, p. 130.

¹⁸ R. Berghmans e.a., "Dwangmogelijkheden te beperkt. Bescherm foetus tegen verslaafde moeder", *MC* 2009, p. 79.

¹⁹ Rb. Arnhem 20 oktober 2009, *LJN* BK9430.

nog ongeborn kind door regelmatige controles bij de gynaecoloog en op de ontwikkeling van de pasgeborene bij het consultatiebureau een reden zijn om een kind voorlopig onder toezicht te stellen. Om deze regelmatige controles kracht bij te zetten, is uitvoerbaarheid bij voorraad van de ondertoezichtstelling van het ongeborn kind gewenst.²⁰

§ 3.2.1 Elementen bepaling voorlopige ondertoezichtstelling van het ongeborn kind

Art. 1:255 BW

De kinderrechtter kan hangende het onderzoek de minderjarige voorlopig onder toezicht stellen indien dit dringend en onverwijld noodzakelijk is. Hij bepaalt de duur van dit voorlopige toezicht op ten hoogste drie maanden en kan de beslissing te allen tijde herroepen.

...hangende het onderzoek

Het betreft hier een onderzoek van de kinderrechtter. De maatregel voorlopige ondertoezichtstelling kan slechts worden genomen indien een verzoek tot ondertoezichtstelling bij de rechtbank aanhangig is gemaakt.²¹ Uit jurisprudentie blijkt dat beide verzoeken in geval van bescherming van het ongeborn kind op hetzelfde moment kunnen plaatsvinden.²²

...voorlopig onder toezicht

Het element "voorlopig" geeft aan dat er een tijdslimiet aan de ondertoezichtstelling is verbonden. Binnen deze termijn dient er te worden beslist omtrent de eigenlijke ondertoezichtstelling. Wanneer dit niet tijdig plaatsvindt, vervalt de voorlopige ondertoezichtstelling van het ongeborn kind.

...dringend en onverwijld noodzakelijk

De dringende en onverwijld noodzakelijkheid kan worden gerechtvaardigd wanneer er bij het afwachten van het onderzoek een reële kans bestaat dat de ontwikkeling van het ongeborn kind ernstig in gevaar is en daarom direct ingrijpen behoeft. Het noodzakelijke karakter onderstreept daarnaast ook de spoeduitplaatsing die tegelijkertijd kan worden verzocht.²³

...ten hoogste drie maanden

De voorlopige ondertoezichtstelling van het ongeborn kind bedraagt ten hoogste drie maanden. Tijdens de looptijd van de voorlopige ondertoezichtstelling wordt er nader onderzoek naar de noodzakelijkheid van een definitieve ondertoezichtstelling verricht. Een verlenging van de voorlopige ondertoezichtstelling van het ongeborn kind is niet mogelijk.

...kan de beslissing te allen tijde herroepen

De beslissing tot voorlopige ondertoezichtstelling van het ongeborn kind kan niet worden verlengd, maar wel te allen tijde worden herroepen.²⁴ Dit gegeven wekt het vermoeden dat een voorlopige kinderbeschermingsmaatregel te allen tijde voor de duur van drie maanden wordt opgelegd nu in tegenstelling tot de reguliere ondertoezichtstelling verlenging van de voorlopige ondertoezichtstelling niet mogelijk is. In de rechtspraak zal er ter bescherming van het ongeborn kind zelden sprake zijn van oplegging van een voorlopige ondertoezichtstelling voor een kortere duur dan drie maanden, gezien het onderzoeks karakter van de maatregel. Wanneer het onderzoek immers binnen kortere tijd kan worden afgerond, kan de beslissing worden herroepen en kan er eventueel om een definitieve ondertoezichtstelling worden verzocht. In hoofdstuk 8 zal er op dit punt worden teruggekomen.

²⁰ Hof 's-Gravenhage 23 juni 2010, *LJN* BN0691.

²¹ Hof 's-Hertogenbosch 22 april 1976, *NJ* 1977, 52.

²² Rb. Groningen 10 oktober 2008, *LJN* BG4372.

²³ Rb. Groningen 10 oktober 2008, *LJN* BG4372.

²⁴ A.P. van der Linden, F.G.A. ten Siethoff & A.E.I.J. Zeijlstra-Rijpsstra, *Jeugd en recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009, p. 130.

§ 3.3 De gezinsvoogd en schriftelijke aanwijzingen ten tijde van de zwangerschap

Wanneer een ongeborn kind onder toezicht wordt gesteld, zal er een gezinsvoogd worden aangesteld die in dienst is van Bureau Jeugdzorg. De hulpverlening zal er in het geval van het ongeborn kind op gericht zijn te beoordelen of de ouders in staat zijn het kind na de geboorte naar behoren te verzorgen en op te voeden. Daarnaast draagt de gezinsvoogd zorg voor het houden van toezicht op het ongeborn kind en ziet deze toe op het bieden van hulp en steun aan de ouders om de bedreiging van de ontwikkeling en de gezondheid van het ongeborn kind af te wenden ex art. 1:257 lid 1 BW.²⁵ De hulpverlening is gericht op het gezin waar het kind na de geboorte behoort te verblijven en waar het in principe tijdens de ondertoezichtstelling ook zal verblijven. Artikel 1:258 BW geeft aan dat de met het gezag belaste ouders verplicht zijn de aanwijzingen van de gezinsvoogd op te volgen. Aanwijzingen kunnen zeer verschillend van aard zijn, toegespitst op de bijzondere behoefte van het kind. Schriftelijke aanwijzingen hebben een dwingend karakter en zijn een besluit in de zin van Algemene wet bestuursrecht (Awb). Ouders zijn verplicht deze aanwijzingen op te volgen. Zoals blijkt uit art. 1:269 lid 1 sub d BW kan bij het veronachtzamen van deze aanwijzingen tot ontzetting van het gezag worden verzocht. De gezinsvoogd dient nadrukkelijk te interveniëren vanuit een gezagspositie in het gezin. Hoewel de ondertoezichtstelling specifiek gericht is op het kind, kan een schriftelijke aanwijzing in het kader van de ondertoezichtstelling van het ongeborn kind niet eenduidig worden opgevat. Zowel tijdens de prenatale fase als tijdens de postnatale fase zal het voornamelijk de ouder zijn die middels een schriftelijke aanwijzing verplicht wordt tot het ondergaan van een behandeling of het volgen van een therapie of cursus. Indien de ouders in het onderhavige geval het niet eens zijn met de keuzes die de gezinsvoogd maakt, is het naar positief recht mogelijk om een verzoek bij de kinderrechtster in te dienen tot het geheel of gedeeltelijk vervallen verklaren van de aanwijzing of tot het indienen van een verzoek bij het Bureau Jeugdzorg tot het geheel of gedeeltelijk intrekken van de aanwijzing wegens gewijzigde omstandigheden.²⁶ Overigens kan de gezinsvoogd, in tegenstelling tot wat mogelijk wordt verwacht, geen schriftelijke maatregel tot dwangopname opleggen. Het wettelijk kader hiervoor is namelijk gelegen in de Wet bijzondere opnemering in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz) en de Wet op de Geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO) die is opgenomen in het Burgerlijk Wetboek Boek 7, Titel 7, Afdeling 5.²⁷

§ 3.4 Duur van de reguliere ondertoezichtstelling

Wanneer er uit het onderzoek dat ten tijde van de voorlopige ondertoezichtstelling van het ongeborn kind is verricht, is gebleken dat een definitieve ondertoezichtstelling noodzakelijk is, is het mogelijk dat deze naar positief recht telkens voor de duur van ten hoogste één jaar wordt verlengd ex art. 1:256 lid 1 en 2 BW. Er wordt tussentijds onderzoek gedaan naar de veiligheid van het kindje bij zijn ouders en naar de stand van de ontwikkelingsbedreigingen en de uitkomsten hiervan.²⁸ Aan de hand van dit onderzoek kan worden bepaald of een verzoek tot verlenging van de ondertoezichtstelling wordt ingediend, of de ondertoezichtstelling tussentijds kan worden opgeheven, dan wel of het einde van een ondertoezichtstelling aan de orde is. Het indienen of het achterwege laten van het indienen van een verzoek tot verlenging van de ondertoezichtstelling bij de kinderrechtster, wordt door het Bureau Jeugdzorg bepaald.

§ 3.4.1 Verlenging van de termijn van de reguliere ondertoezichtstelling

Een verlenging van de ondertoezichtstelling van het kindje is aan de orde als er nog te weinig vooruitgang is geboekt met betrekking tot de veiligheid en de gewenste ontwikkelingsuitkomsten en er tegelijkertijd wel het

²⁵ A.P. van der Linden, F.G.A. ten Siethoff & A.E.I.J. Zeijlstra-Rijpstra, *Jeugd en recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009, p. 130-131.

²⁶ A.P. van der Linden, F.G.A. ten Siethoff & A.E.I.J. Zeijlstra-Rijpstra, *Jeugd en recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009, p. 131-132.

²⁷ R. Berghmans e.a., "Dwangmogelijkheden te beperkt. Bescherm foetus tegen verslaafde moeder", *MC* 2009, p. 78.

²⁸ A.J. van Montfoort & N.W. Slot, *Handboek Deltamethode Gezinsvoogdij. De nieuwe methode voor de uitvoering van de ondertoezichtstelling*, Utrecht: MOGroep 2009, p. 75.

vertrouwen bestaat dat enige groei en vooruitgang mogelijk is. In het handboek Deltamethode voor de gezinsvoogdij wordt beschreven dat het in principe binnen twee jaar duidelijk zou moeten zijn of het mogelijk is een opvoedingssituatie te bereiken die “goed genoeg” is. De verlenging van de ondertoezichtstelling zou op deze wijze beperkt blijven tot één, of in uitzonderingsgevallen, tot maximaal twee keer.²⁹ Het pleidooi voor een maximale termijn van ondertoezichtstelling van twee jaar is opmerkelijk nu, zo blijkt uit de memorie van toelichting, de maximale termijn van twee jaar voor uithuisplaatsing juist bewust door de wetgever is geschrapt bij de herziening van de ondertoezichtstelling in 1995. Tevens zijn er in veel gevallen na deze termijn te weinig gronden aanwezig om een verzoek tot ontneming van het ouderlijk gezag te kunnen onderbouwen, terwijl uithuisplaatsing nog steeds noodzakelijk wordt geacht om het kind te kunnen beschermen.³⁰ In dit kader kan het Trillium-project worden aangevoerd. In het hoofdstuk dat ingaat op de herziening van de kinderbeschermingsmaatregelen, zal dit project kort worden aangehaald.

§ 3.4.2 Beëindiging of opheffing van de reguliere ondertoezichtstelling

Het wettelijk criterium voor opheffing ex art. 1:256 lid 4 BW of het einde van de ondertoezichtstelling, is dat de grond van de ondertoezichtstelling niet langer aan de orde is. De belangen of de gezondheid van het kind worden met andere woorden niet langer bedreigd en het is niet voorzienbaar dat hulp in een vrijwillig kader faalt of zal falen. De ondertoezichtstelling wordt dus beëindigd wanneer er een “goed genoeg”-situatie is ontstaan door het afnemen van ontwikkelingsbedreigingen en het bereiken van gewenste ontwikkelingsuitkomsten. Met “goed genoeg”-ouderschap wordt bedoeld dat de omstandigheden waarin het kind opgroeit en de ouders niet “ideaal” hoeven te zijn, maar dat het kind in ieder geval zich voldoende en naar behoren kan ontwikkelen. De gezinsvoogd dient hierbij overtuigd te zijn van continuering van de gunstige situatie zoals die op dat moment is. Opgemerkt kan worden dat als er sprake is van chronische problemen als een verstandelijke beperking van de ouder, er extra nadruk wordt gelegd op deze “goed genoeg”-situatie.³¹

§ 3.5 Samenvatting en concluderende opmerkingen

Wanneer het vermoeden bestaat dat er niet aan de basale behoefte van zorg en veiligheid kan worden voldaan bij aanvang van de geboorte, kan de kinderrechter een ongeborn kind, al dan niet voorlopig, onder toezicht stellen. Er dient in dit kader voornamelijk aandacht uit te gaan naar de preventie van de noodzaak tot het opleggen van verderstrekkende maatregelen als uithuisplaatsing of ontneming van het gezag. Met betrekking tot de voorlopige ondertoezichtstelling van het ongeborn kind, kan worden opgemerkt dat het begin en het eind van de termijn exact gelijk is aan het moment van theoretische levensvatbaarheid van de ongeborene en de geboorte van het kind. Wanneer een kind vanaf het moment van levensvatbaarheid onder toezicht wordt gesteld, kan er in de komende drie maanden zorg worden gedragen voor het creëren en handhaven van een veilige opvoedingssituatie zodat het kind kan worden opgenomen in het ouderlijk gezin. Zodoende kan een reguliere ondertoezichtstelling, die wellicht definitiever van karakter wordt ervaren gezien de veelal opgelegde termijn van één jaar die eventueel nog kan worden verlengd, mogelijkkerwijs worden voorkomen. Wanneer er sprake is van verslavingsproblematiek, is een voorlopige ondertoezichtstelling na deze levensvatbaarheidsgrens vrij laat, gezien de blijvende schade die al vanaf de embryonale fase kan worden toegebracht. Een pleidooi voor de werking van art. 1:2 BW vòòr de grens van levensvatbaarheid die overeenkomt met vierentwintig weken zwangerschap, zal echter afstuiten op het recht van de moeder tot het afbreken van haar zwangerschap tot die tijd.

Omdat een ongeborn kind krachtens art. 1:2 BW kan worden aangemerkt als reeds geboren zo dikwijls zijn belang dit vordert, kan een ondertoezichtstelling van een ongeborn kind worden gerechtvaardigd.

²⁹ A.J. van Montfoort & N.W. Slot, *Handboek Deltamethode Gezinsvoogdij. De nieuwe methode voor de uitvoering van de ondertoezichtstelling*, Utrecht: MOGroep 2009, p. 75-76.

³⁰ *Kamerstukken II* 2008/09, 32 015, nr. 3, p. 3 (MvT).

³¹ A.J. van Montfoort & N.W. Slot, *Handboek Deltamethode Gezinsvoogdij. De nieuwe methode voor de uitvoering van de ondertoezichtstelling*, Utrecht: MOGroep 2009, p. 75-76.

Opmerkelijk is dat situaties uit het verleden kunnen worden aangehaald om een ongeborn kind onder toezicht te stellen. De ouders wordt zelden de kans geboden eerst te bewijzen dat de huidige situatie voldoet aan hetgeen wat wordt betaamd. Daarnaast dienen alle andere middelen om de bedreiging af te wenden te zijn gefaald of zullen deze naar verwachting falen. Gezien het late stadium waarin de (voorlopige) ondertoezichtstelling wordt aangewend, is het niet erg aannemelijk dat de Raad voor de Kinderbescherming enig onderzoek heeft gedaan naar de kans van slagen van vrijwillige hulp. Als er sprake is van een ernstige bedreiging en de verwachting kan worden gerechtvaardigd dat vrijwillige hulp de dreiging zal kunnen wegnemen, is een kindbeschermingsmaatregel niet passend en juist. Nu de ondertoezichtstelling primair is gericht op het kind, kan worden gesteld dat de moeder en het kind niet als twee afzonderlijke personen kunnen worden aangemerkt in het geval van een ondertoezichtstelling van een ongeborene nu de aanstaande moeder in dit stadium onlosmakelijk is verbonden met het ongeboren kind. Zodoende is het denkbaar dat er inbreuk wordt gemaakt op de lichamelijke integriteit van de zwangere vrouw in de zin van art. 11 Grondwet (Gw). Het staat immers niet ter discussie dat de zwangere aanspraak kan maken op *alle* aan haar als persoon toekomende grondrechten, inclusief het recht op zelfbeschikking.

Een voorlopige ondertoezichtstelling van een ongeboren kind is bedoeld als spoedmaatregel om onderzoek te doen naar de vraag of een definitieve ondertoezichtstelling noodzakelijk is. Al tijdens de voorlopige ondertoezichtstelling dienen de ouders de schriftelijke aanwijzingen van de gezinsvoogd op te volgen en kan er alvast een machtiging tot uithuisplaatsing worden verleend. Opmerkelijk is dat niet iedere rechtbank deze machtiging tot uithuisplaatsing verleent, aangezien er logischerwijs pas uitvoering aan de machtiging kan worden gegeven wanneer het kindje wordt geboren. Daarnaast blijkt uit een van de dossiers van LAW dat de machtiging tijdens de zwangerschap in casu wel kan worden verleend, maar dat het Bureau Jeugdzorg niet overgaat tot daadwerkelijke uithuisplaatsing. In het kader van de voorlopige ondertoezichtstelling van het ongeboren kind, kan dus worden gesteld dat er in bepaalde gevallen overhaaste aanvragen door de Raad voor de Kinderbescherming worden gedaan of dat er overhaaste beslissingen door de kinderrechter worden genomen.

Hoewel het doel van een ondertoezichtstelling van een feitelijk geboren kind en een ongeboren kind overeen lijkt te komen, is het karakter van de ondertoezichtstelling van een ongeboren kind, nu daar veelal een verzoek tot directe uithuisplaatsing bij de geboorte aan ten grondslag ligt, een stuk dreigender dan een ondertoezichtstelling van een minderjarige. De ouders dienen op zeer korte termijn aan de verwachtingen van het Bureau Jeugdzorg te voldoen om deze uithuisplaatsing te voorkomen. De gezinsvoogd dient een dergelijke vertrouwensband met de ouders op te bouwen, teneinde het toezicht op de opvoeding en verzorging te waarborgen en een stabiele en veilige woonsituatie waarin het kindje op korte termijn ter wereld zal komen te creëren en te handhaven. Uit een dossier van LAW blijkt dat het vertrouwen van de ouders in de hulpverleningsinstanties en de bereidheid om mee te werken minimaal is wanneer van tevoren al vaststaat dat het Bureau Jeugdzorg voornemens is om een machtiging tot uithuisplaatsing te verzoeken bij de kinderrechter.

Hoofdstuk 4 Huidig wettelijk kader uithuisplaatsing van het pasgeboren kind

In het kader van de (voorlopige) ondertoezichtstelling, zal in dit hoofdstuk de mogelijkheid tot verlening van een machtiging tijdens de zwangerschap en een uithuisplaatsing van het ongeboren kind zodra deze is geboren, worden besproken. Daarnaast zullen de mogelijkheden omtrent de verlenging en beëindiging van de uithuisplaatsing worden aangehaald.

§ 4.1 Machtiging tot uithuisplaatsing tijdens de zwangerschap

Art. 1:261 BW

- 1. Indien dit noodzakelijk is in het belang van de verzorging en opvoeding van de minderjarige of tot onderzoek van diens geestelijke of lichamelijke gesteldheid, kan de kinderrechter de stichting, bedoeld in artikel 1, onder f, van de Wet op de jeugdzorg op haar verzoek machtigen de minderjarige gedurende dag en nacht uit huis te plaatsen. De machtiging kan

eveneens worden verleend op verzoek van de raad voor de kindbescherming of van het openbaar ministerie.
(...)

Als een kind onder toezicht is gesteld, blijft het verblijf in de thuissituatie in beginsel ongewijzigd.³² In het kader van de, al dan niet voorlopige, ondertoezichtstelling van het ongeborn kind, zal het in overwegende mate in het belang van de verzorging en opvoeding, dan wel ter onderzoek van zijn of haar lichamelijke gesteldheid, noodzakelijk worden geacht het kind zodra het wordt geboren uit huis te plaatsen. De kinderrechter verleent deze machtiging op verzoek van onder andere het Bureau Jeugdzorg of de Raad voor de Kinderbescherming ex art. 1:261 lid 1 BW. Omdat een ondertoezichtstelling van een ongeborn kind vaak op het laatste moment wordt aangewend, zal het verzoek tot verlening van een spoedmachtiging tot uithuisplaatsing van het ongeborn kind zodra het ter wereld komt, dan ook vaak tegelijkertijd met het verzoek tot voorlopige ondertoezichtstelling worden gedaan.

Gelet op bovenstaande, betreft de voorlopige ondertoezichtstelling doorgaans een acute noodsituatie, daarom zal aan een dergelijk verzoek meestal een verzoek tot uithuisplaatsing worden gekoppeld in de zin van art. 1:261 lid 1 BW. Bij een ongeborn kind is dit een lastige kwestie, daar er pas feitelijke uitvoering aan de spoedmachtiging uithuisplaatsing kan worden gegeven op het moment dat het kind is geboren. In dit kader is het opmerkelijk dat er een gekoppeld verzoek wordt gedaan, nu een eenmaal verleende machtiging binnen drie maanden vervalt wanneer deze niet tot plaatsing binnen die termijn heeft geleid.³³

Na de geboorte wordt er in geval van ondertoezichtstelling van het ongeborn kind in bepaalde gevallen een observatieperiode van twee weken in het ziekenhuis bevolen. De kinderrechter zal aan dit oordeel vaak ten grondslag leggen dat nu het kind in de eerste weken na de geboorte volledig afhankelijk, kwetsbaar en weerloos is, risico's voor bedreiging in de prille ontwikkeling van het kind zo veel mogelijk vermeden dienen te worden. Een hulpverleningstraject waarbij de moeder en het kind voor langere periode dan alleen een verlengde kraamtijd van twee weken worden geobserveerd, kan de kinderrechter in het belang van het kind en diens veiligheid achten.³⁴ Als na deze periode blijkt dat de moeder voldoende zelfstandig is en over voldoende capaciteiten beschikt om het kind aansluitend thuis op te voeden, kan het opheffen van de uithuisplaatsing een mogelijkheid zijn.

De rechtbank Rotterdam bepaalde in 2008 dat wanneer er wordt verzocht om een machtiging om een thans nog ongeborn kind uit huis te plaatsen vanaf de geboorte, het feitelijk een verzoek betreft om een machtiging tot uithuisplaatsing met ingang van een nog in de toekomst gelegen moment, namelijk de geboorte van het kind. Ook is het zo dat de geboorte van het kind niet alleen een toekomstige gebeurtenis is, maar strikt genomen ook als een onzekere gebeurtenis kan worden aangemerkt nu het niet zeker is dat het kind levend ter wereld komt. De wet voorziet niet in de mogelijkheid van een voorwaardelijke machtiging tot uithuisplaatsing. Een voorafgaande machtiging dient niet afhankelijk te zijn van een onzekere toekomstige gebeurtenis en haar noodzakelijkheid dient te worden beoordeeld naar de noodsituatie op het moment van beoordeling en niet naar een situatie die wellicht in de nabije toekomst gaat bestaan of mogelijk nog zal bestaan. Daarbij geldt dat voor dit soort situaties de wet een genoegzame voorziening biedt, namelijk dat direct na de geboorte van het kindje met spoed om een machtiging kan worden verzocht.³⁵ Een machtiging tot uithuisplaatsing van een pasgeborene die ten tijde van de zwangerschap wordt verzocht, dient dus te worden afgewezen zolang het kind nog niet levend ter wereld is gekomen.

Met het oog op het tijdelijke karakter van de uithuisplaatsing, is het van belang dat er vanaf de geboorte af aan wordt geïnvesteerd in de hechting tussen moeder en kind aangezien deze band van belang is voor de verdere ontwikkeling van het kindje. Omdat de hechting door een, al dan niet onverwachte voorlopige,

³² A.P. van der Linden, F.G.A. ten Siethoff & A.E.I.J. Zeijlstra-Rijpsra, *Jeugd en recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009, p. 133.

³³ A.P. van der Linden, F.G.A. ten Siethoff & A.E.I.J. Zeijlstra-Rijpsra, *Jeugd en recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009, p. 137.

³⁴ Rb. Arnhem 20 oktober 2009, *LJN* BK9430.

³⁵ Rb. Rotterdam 23 juli 2008, *LJN* BD8461.

uithuisplaatsing wordt geschaad, dient een spoedmachtiging tot uithuisplaatsing direct na de geboorte zoveel mogelijk te worden vermeden.³⁶ Indien de hulpverlening of een goede ontwikkeling van het kind door deze contacten juist wordt bemoeilijkt, kan de gezinsvoogd overwegen stappen te ondernemen. Krachtens art. 1:263a lid 1 BW kan door Bureau Jeugdzorg het contact tussen de ouders en het pasgeboren kind worden beperkt als dit noodzakelijk wordt geacht met het oog op het doel van de uithuisplaatsing.³⁷

Gelet op bovenstaande, dienen de ouders de kans te krijgen de zorg voor de pasgeborene op zich te nemen. Om dit kracht bij te zetten, kan de ouder een beroep doen op “family life” als bedoeld in art. 8 lid 1 EVRM.³⁸ De ouders kunnen hierbij naar voren brengen dat zij bereid zijn vrijwillig mee te werken aan de hulpverlening. In veel gevallen lijkt naar het oordeel van de rechter de achtergrond hiervoor echter onvoldoende gewaarborgd. Zoals eerder aangehaald, kan er worden gedacht aan een begeleide kraamtijd van moeder en kind teneinde de basisbehoefte van zorg en veiligheid voor het kind te waarborgen. Voorgaande kan worden vormgegeven door een observatieperiode in het ziekenhuis in het kader van verlengde kraamtijd met een aansluitende plaatsing in een moederkindcentrum waar de opvoedings- en verzorgingsvaardigheden van de moeder worden geobserveerd. Wanneer nodig kan zij dan voldoende zelfstandig worden gemaakt om in de thuissituatie zelf voor haar kindje te zorgen.³⁹

Wanneer er naar de mogelijkheden tot uithuisplaatsing in het kader van de ondertoezichtstelling wordt gekeken, kunnen er twee vormen worden onderscheiden, namelijk de vrijwillige plaatsing door de ouders en de plaatsing door de gezinsvoogd. Het is opmerkelijk dat indien een plaatsing noodzakelijk wordt geacht wanneer er sprake is van een observatie ter onderzoek van de lichamelijke of geestelijke gesteldheid van de pasgeborene, enkel plaatsing door de gezinsvoogd wordt aangehaald. Een vrijwillige plaatsing in de zin van een verlengde kraamtijd, heeft naar het oordeel van de rechter geen kans van slagen wanneer de moeder hulpverlening voor zichzelf niet nodig acht.⁴⁰

§ 4.2 Duur, verlenging en beëindiging machtiging uithuisplaatsing

Wanneer een spoedmachtiging tot uithuisplaatsing niet volstaat, kan de machtiging tot uithuisplaatsing op grond van art. 1:262 lid 1 BW telkens voor ten hoogste één jaar worden verleend. Wanneer een kind in het kader van een ondertoezichtstelling uit huis is geplaatst, wordt getracht de thuissituatie zodanig te verbeteren dat het kind terug naar huis kan. De beslissing tot terugplaatsing is het spiegelbeeld van de beslissing tot uithuisplaatsing en is evenzeer ingrijpend. Er wordt besloten tot terugplaatsing wanneer er sprake is van “goed genoeg”-ouderschap. Door het tijdsverloop bestaat de mogelijkheid dat de ouders en het kind uit elkaar zijn gegroeid en dat het kind zich heeft gehecht aan de nieuwe opvoedingssituatie bij het pleeggezin. Een besluit over terugplaatsing houdt dan een afweging in van het afbreken van goed lopende opvoedingssituatie tegenover een thuisplaatsing.⁴¹

Wettelijk gezien is er geen afzonderlijke rechterlijke beslissing nodig voor beëindiging van de uithuisplaatsing ex art. 1:263 lid 1 BW in de zin van thuisplaatsing. Door het Bureau Jeugdzorg wordt besloten de machtiging uithuisplaatsing niet langer uit te voeren of geen verlenging van de machtiging te vragen. De voorwaarde voor terugplaatsing is dat het kind veilig is. Er moeten aanwijsbare veranderingen zijn op basis waarvan het Bureau Jeugdzorg kan vertrouwen dat de thuissituatie veilig is. Aangezien een uithuisplaatsing in het kader van de ondertoezichtstelling in beginsel tijdelijk is, dient het tijdsverloop hiervan goed te worden bewaakt. Hoe langer de uithuisplaatsing duurt, hoe moeilijker de opvoedingswerkelijkheid omkeerbaar wordt. Daarbij geldt, hoe jonger het kind is, hoe urgenter het is om tot een stabiel

³⁶ A.C. Enkelaar & A.M.I. van der Does, “Ouderlijke (on)verantwoordelijkheid, al voor de geboorte”, *FJR* 2009,3, p. 9.

³⁷ A.P. van der Linden, F.G.A. ten Siethoff & A.E.I.J. Zeijlstra-Rijpstra, *Jeugd en recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009, p. 136.

³⁸ Rb. Groningen 30 oktober 2008, *LJN* BG4377.

³⁹ Rb. Arnhem 20 oktober 2009, *LJN* BK9430.

⁴⁰ Rb. Arnhem 20 oktober 2009, *LJN* BK9430.

⁴¹ A.J. van Montfoort & N.W. Slot, *Handboek Deltamethode Gezinsvoogdij. De nieuwe methode voor de uitvoering van de ondertoezichtstelling*, Utrecht: MOGroep 2009, p. 74.

opvoedingsperspectief te komen.⁴²

§ 4.3 Samenvatting en concluderende opmerkingen

Wanneer een ongeborn kind voorlopig onder toezicht wordt gesteld, is er vrijwel altijd sprake van een acute noodsituatie. Omdat de situatie zodanig als bedreigend wordt gezien, zal er aan het verzoek tot voorlopige ondertoezichtstelling vaak een verzoek tot de verlening van een (spoed)machtiging tot uithuisplaatsing zijn gekoppeld. Omdat er pas uitvoering aan deze machtiging kan worden gegeven op het moment dat het kindje wordt geboren, is dit een omstreden kwestie. Nu een eenmaal verleende machtiging binnen drie maanden vervalt wanneer deze niet tot plaatsing heeft geleid, dient een verzoek tot machtiging uithuisplaatsing van een ongeborn kind direct na de geboorte te worden afgewezen zolang het kindje nog niet levend ter wereld is gekomen.

Aangezien de hechtingsband tussen moeder en kind onvermijdelijk wordt geschaad door een (onverwachte) uithuisplaatsing van de pasgeborene, dient het aanwenden van dit middel te gelden als een ultimum remedium. De band is tevens van belang voor de verdere ontwikkeling van het kindje.

De ouders dienen de kans te krijgen zorg te dragen voor de opvoeding van hun pasgeboren kindje. Dit uitgangspunt wordt gewaarborgd door het recht op "family life" dat is vastgelegd in art. 8 lid 1 EVRM. Om dit recht in te perken, moet er worden voldaan aan een van de gronden als genoemd in art. 8 lid 2 EVRM.

Indien een uithuisplaatsing in de zin van een observatie ter onderzoek naar de lichamelijke of geestelijke gesteldheid van de pasgeborene noodzakelijk wordt geacht, is het opmerkelijk dat alleen een plaatsing door de gezinsvoogd wordt aangehaald. Een vrijwillige plaatsing die in het kader staat van een verlengde kraamtijd, behoort niet tot de mogelijkheden wanneer de moeder hulpverlening voor zichzelf niet nodig acht. Omdat een ondertoezichtstelling is gericht op de waarborging van de belangen van het ongeborn kind, zou deze overweging niet de doorslag mogen geven wanneer de moeder duidelijk naar voren weet te brengen dat zij het beste met haar kindje voor heeft.

Juridisch gezien is er geen afzonderlijke rechterlijke beslissing nodig voor het beëindigen van de uithuisplaatsing wanneer er sprake is van "goed genoeg"-ouderschap. Door het Bureau Jeugdzorg wordt besloten de machtiging uithuisplaatsing niet langer uit te voeren of geen verlenging van de machtiging te vragen. Omdat een uithuisplaatsing in beginsel tijdelijk van aard is, moet het tijdsverloop goed worden bewaakt. Hoe langer de uithuisplaatsing immers duurt, hoe moeilijker het wordt op de opvoedingswerkelijkheid omkeerbaar te maken. Hoe jonger een kindje is, hoe belangrijker het is om tot een stabiel opvoedingsperspectief te komen. Het Trillium-project dat verder in dit rapport zal worden aangehaald, probeert hierop in te spelen.

Hoofdstuk 5 *Huidig wettelijk kader ontheffing van het ouderlijk gezag en het ongeborn kind*

In dit hoofdstuk zal de eerste gezagsontnemende maatregel naar positief recht worden besproken. Ter inleiding zal de plaats van de ontheffing van het gezag in het huidige pakket aan kinderbeschermingsmaatregelen worden verduidelijkt. De gronden van een ontheffing zullen kort worden besproken en de elementen van een (gedwongen) ontheffing worden toegelicht.

§ 5.1 Plaats van de ontneming van het ouderlijk gezag in het huidige recht

Maatregelen die tot gevolg hebben dat een ouder, dan wel beide ouders het gezag wordt ontnomen, worden door de rechtbank, specifiek de kinderrechter, uitgesproken. Deze gezagsontnemende maatregelen kunnen worden uitgesplitst in ontheffing en ontzetting van het ouderlijk gezag en zijn daarbij gericht op het

⁴² A.J. van Montfoort & N.W. Slot, *Handboek Deltamethode Gezinsvoogdij. De nieuwe methode voor de uitvoering van de ondertoezichtstelling*, Utrecht: MOGroep 2009, p. 75.

verbreken van de gezagsrelatie en de feitelijke band. Hieruit blijkt dat de gevolgen voor zowel de ouder als het kind ernstiger zijn dan het geval is bij een ondertoezichtstelling. Hierbij dient te worden opgemerkt dat ontneming van het ouderlijk gezag geen invloed heeft op de familierechtelijke betrekking als bedoeld in art. 1:197 BW.

De ontneming van het gezag wordt alleen gerechtvaardigd als de ouders hun verplichting tot opvoeding en verzorging ex art. 1:247 BW volstrekt niet nakomen en als de gevolgen in het belang van het kind worden geacht. De ontneming van het gezag is dus pas aanvaardbaar als de gevolgen van deze maatregelen minder ernstig voor het kind worden geacht dan een continuering van de huidige gezinssituatie.⁴³

Van de door de rechter op te leggen kindbeschermingsmaatregelen is de ondertoezichtstelling de minst ingrijpende. Ook de uithuisplaatsing van een minderjarige valt onder de maatregel ondertoezichtstelling. Tot op heden dienen deze lichtere maatregelen te worden aangewend, alvorens er kan worden overgegaan tot oplegging van zwaardere maatregelen als ontheffing en ontzetting van het ouderlijk gezag welke in dit hoofdstuk en in het volgende hoofdstuk zullen worden besproken. Mocht tijdens de uithuisplaatsing blijken dat er redelijkerwijs geen zicht meer is op een terugplaatsing van het kindje in het ouderlijk gezin binnen een redelijke termijn en hier ook niet meer aan wordt gewerkt, is ondertoezichtstelling juridisch gezien niet meer de juiste kindbeschermingsmaatregel. Het kenmerk van ondertoezichtstelling is immers dat de verantwoordelijkheid van de ouders, ondanks dat deze is beperkt, blijft bestaan.⁴⁴

§ 5.2 Ontheffing door ongeschiktheid of onmacht

Op grond van art. 1:266 BW en art. 1:267 lid 1 BW kan de Raad voor de Kinderbescherming of het Openbaar Ministerie (OM) de kinderrechter verzoeken een ouder van het gezag over een of meer van zijn kinderen te ontheffen, op grond dat hij of zij ongeschikt of onmachtig is zijn plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen. Op grond van art. 1:267 lid 2 BW kunnen ook de pleegouders die het kind in vrijwillig kader ten minste een jaar hebben verzorgd en opgevoed om ontheffing van de ouders uit het gezag verzoeken, indien de kinderrechter voorafgaand het verzoek van de ouders om het kind terug te plaatsen, heeft afgewezen. Met ongeschiktheid wordt bedoeld dat de ouder in het algemeen een gemis heeft aan kwaliteiten om kinderen op te voeden. Met onmacht wordt het tekortschieten in de opvoeding van een bepaald kind bedoeld. In de regel zullen onmacht en ongeschiktheid tezamen voorkomen.⁴⁵ Aan deze ongeschiktheid of onmacht kunnen diverse oorzaken ten grondslag liggen, kenmerkend is dat verwijtbaarheid van de ouder niet in de eerste plaats aan de orde is.⁴⁶

§ 5.2.1 Verzet en gedwongen ontheffing van het ouderlijk gezag

Artikel 1:268 lid 1 BW bepaalt dat een ouder in beginsel niet uit het gezag kan worden ontheven wanneer deze zich hiertegen verzet. Ook mag het belang van het kind zich niet tegen de maatregel verzetten. Op deze regel zijn echter wel een aantal uitzonderingen, welke in de volgende subparagraaf zullen worden besproken. Met “verzet” wordt bedoeld dat de ouder zich expliciet tegen de ontheffing uitspreekt. In de wet wordt hiervoor geen specifieke vorm voorgeschreven.⁴⁷ Het is dus niet nodig dat de ouder toestemming geeft voor de ontheffing, voldoende is dat de ouder het verzoek tot ontheffing van het ouderlijk gezag niet tegenspreekt.⁴⁸ Zoals gesteld, kan in beginsel een ontheffing niet tegen de wil van de ouders worden

⁴³ A.P. van der Linden, F.G.A. ten Siethoff & A.E.I.J. Zeijlstra-Rijpsma, *Jeugd en recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009, p. 140-141.

⁴⁴ A.P. van der Linden, F.G.A. ten Siethoff & A.E.I.J. Zeijlstra-Rijpsma, *Jeugd en recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009, p. 136.

⁴⁵ G. van der Burght & J.E. Doek, *Pitlo. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 546.

⁴⁶ A.P. van der Linden, F.G.A. ten Siethoff & A.E.I.J. Zeijlstra-Rijpsma, *Jeugd en recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009, p. 141.

⁴⁷ G. van der Burght & J.E. Doek, *Pitlo. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 547.

⁴⁸ M.J.C. Koens & A.P.M.J. Vonken, *Personen- en familierecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2010, p. 392.

uitgesproken, tenzij er sprake is van een situatie als beschreven in art. 1:268 lid 2 BW. De elementen van dit artikel, zullen hierna worden besproken.

§ 5.2.2 Elementen bepaling (gedwongen) ontheffing

Art. 1:268 BW

(...)

- 2. Deze regel lijdt uitzondering:

- a. indien na een ondertoezichtstelling van ten minste zes maanden blijkt, of na een uithuisplaatsing krachtens het bepaalde in artikel 261 van dit boek van meer dan een jaar en zes maanden gegronde vrees bestaat, dat deze maatregel - door de ongeschiktheid of onmacht van een ouder om zijn plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen - onvoldoende is om de dreiging als bedoeld in artikel 254 af te wenden;
- b. indien zonder de ontheffing van de ene ouder, de ontzetting van de andere ouder de kinderen niet aan diens invloed zou onttrekken;
- c. indien de geestvermogens van de ouder zodanig zijn gestoord, dat hij niet in staat is zijn wil te bepalen of de betekenis van zijn verklaring te begrijpen;
- d. indien na een verzorging en opvoeding met instemming van de ouder - anders dan uit hoofde van een ondertoezichtstelling of een plaatsing onder voorlopige voogdij - van ten minste een jaar in een ander gezin dan het ouderlijke, een voortzetting daarvan noodzakelijk is en van terugkeer naar de ouder ernstig nadeel voor het kind moet worden gevreesd.

sub a

De ondertoezichtstelling die ten minste al een half jaar duurt, behoedt de minderjarige onvoldoende tegen de bedreiging van zijn zedelijke en geestelijke belangen of zijn gezondheid. De maatregel en in het kader daarvan de steun van de gezinsvoogd blijkt niet afdoende de ouderlijke ongeschiktheid of onmacht op te heffen. Het gegeven dat er geen resultaten worden geboekt, dient wel het gevolg te zijn van de ongeschiktheid of onmacht van de ouder om de plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen. Ook als er na uithuisplaatsing van ten minste anderhalf jaar in het kader van de ondertoezichtstelling als bedoeld in art. 1:261 BW, de gegronde vrees blijft bestaan dat de ongeschiktheid of onmacht van de ouder om zijn plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen blijft voortduren, is de huidige maatregel niet voldoende om de bedreiging van het kind betreffende zijn belangen of gezondheid weg te nemen en zal een gedwongen ontheffing volgen. Zoals besproken, zal de rechtbank moeten afwegen of een verderstrekkende maatregel dient te worden getroffen, of dat er kan worden volstaan met verlenging van de uithuisplaatsing. Als de bedreigende situatie van de minderjarige daarmee voldoende kan worden afgewend, is ontneming van het ouderlijk gezag misplaatst.

sub b

Zonder de ontheffing van de ene ouder wordt het kind niet onttrokken aan de invloed van de ontzette ouder. Deze bepaling vindt toepassing in het geval dat er slechts tegenover één van de ouders een ontzettingsgrond bestaat. Wanneer deze ouder wordt ontzet, oefent de andere ouder formeel juridisch het gezag alleen uit. Zolang deze ouders echter samenleven, wordt het kind niet onttrokken aan de invloed van de ontzette ouder en verandert er dus weinig aan de situatie. Alleen wanneer deze andere ouder geen medewerking wil verlenen omdat deze bijvoorbeeld sterk onder invloed staat van de ontzette ouder, zal een gedwongen ontheffing volgen. In andere gevallen, dus wanneer de andere ouder inziet dat hij ongeschikt of onmachtig is het kind aan de fatale invloed van de ontzette ouder te onttrekken, zal een reguliere ontheffing ex art. 1:266 BW volgen.⁴⁹ In het geval van de bescherming van het ongebooren kind, lijkt het wellicht onwaarschijnlijk dat een dergelijke situatie zich voordoet. In het verlengde van de situatie zoals deze in het begin van het onderzoek werd geschetst, is het echter mogelijk dat er sprake is van een alcohol- of drugsverslaafde vader waartegen de moeder geen weerstand kan bieden en hierdoor niet in staat wordt geacht haar toekomstige kindje nu en in de toekomst tegen hem en mogelijk haar eigen misbruik te beschermen.

⁴⁹ G. van der Burght & J.E. Doek, *Pittlo. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 548.

Opmerkelijk is dat wanneer de moeder toestemming verleent tot erkenning van het (ongeboren) kind door de niet-biologische vader en deze samen met de moeder gezamenlijk gezag uitoefent wanneer zij een daartoe strekkende aantekening hebben laten opnemen in het gezagsregister ex art. 1:252 BW, uit het gezag kan worden ontheven wanneer blijkt dat de erkenner aan een van de ontzettingsgronden als beschreven in art. 1:269 BW voldoet en op deze wijze dus ook de biologische moeder te pas en te onpas uit het gezag kan worden ontheven. Oorspronkelijk was de erkenning een waarheidshandeling; een bewijs van biologisch verwantschap. Al decennia lang lijken ook anderen dan de verwekker bereid tot erkenning van een kind als zijnde hun eigen kind. Het rechtskarakter van de erkenning is daarmee verschoven van waarheidshandeling naar wilsverklaring; een vrijwillige rechtshandeling waardoor een man in familierechtelijke betrekkingen ex art. 1:197 BW komt te staan met een willekeurig kind.⁵⁰ In het kader van de gedwongen ontheffing komt dit element wellicht ongewenst over.

sub c

Wanneer curatele in de zin van art. 1:378 lid 1 sub a BW is uitgesproken, wordt de onder curatele gestelde beschouwd als iemand die niet in de mogelijkheid verkeert om ouderlijk gezag uit te oefenen. De onbevoegdheid tot de uitoefening van het gezag staat daarnaast tevens vastgelegd in art. 1:246 BW. Omdat hij zijn wil niet kan bepalen, kan aan een eventueel verzet tegen de ontheffing door een dergelijk persoon geen juridische betekenis worden gehecht. Om het kind aan de ongezonde sfeer thuis te onttrekken, kan deze ouder tegen zijn wil worden ontheven.⁵¹ De bepaling dat een ouder waarvan de geestesvermogens zodanig zijn gestoord dat hij of zij niet in staat is zijn wil te bepalen of de betekenis van zijn verklaring te begrijpen, kan mogelijk wel erg kort door de bocht worden geïnterpreteerd. Wanneer er bijvoorbeeld sprake is van een kind dat onder toezicht staat van de William Schrikker Groep (WSG) omdat hij of zij of haar of zijn ouder een verstandelijke beperking heeft, kan deze grond mogelijk te pas en te onpas worden aangevoerd.

sub d

Wanneer een kind voor de duur van ten minste een jaar vrijwillig door de ouders in een pleeggezin is geplaatst en de pleegouders van mening zijn dat een voortzetting van verzorging en opvoeding in dit gezin noodzakelijk is omdat er ernstig nadeel voor het kind moet worden gevreesd wanneer hij of zij wordt teruggeplaatst bij de ouder, kan de ouder ontheven worden van het gezag wanneer deze het kind teruggeist. Er is hier sprake van het blokkaderecht van pleegouders, waardoor de eigen ouders uit het gezag kunnen worden ontzet of gedwongen kunnen worden ontheven. Dit hangt samen met de periode voorafgaand aan 1978; het jaar waarin de bepalingen omtrent het blokkaderecht in het Burgerlijk Wetboek van kracht werden. Tot 1978 stonden de pleegouders vrijwel machteloos wanneer de gezagsdrager besloot tot een andere verblijfplaats van het kind en zij dit niet in het belang van het kind achtten. De enige mogelijkheid die tot op dat moment bestond was een verzoek tot ontzetting van de ouders van het gezag bij gegronde vrees voor verwaarlozing van de belangen van het kind doordat de ouders het kind teruggeisten of terughaalden. In 1978 werd de noodzaak van instemming van de pleegouders bij wijziging van de verblijfplaats van het kind in art. 1:253s lid 1 BW vastgelegd.⁵² Aangezien het kind vrijwillig, en dus uitdrukkelijk buiten een justitiële maatregel, is geplaatst, komt deze bepaling erg opmerkelijk over. Pleegouders van kinderen die uit huis zijn geplaatst in het kader van een ondertoezichtstelling, kunnen namelijk geen beroep doen op het blokkaderecht. Op grond van art. 1:275 lid 3 BW wordt bepaald dat wanneer de ouder of ouders uit het gezag worden ontheven met toepassing van art. 1:268 lid 2 sub d BW, de pleegouders bij voorkeur tot voogd of voogden van het kind worden benoemd.

§ 5.3 Samenvatting en concluderende opmerkingen

Alvorens er kan worden overgegaan tot oplegging van zwaardere maatregelen als ontheffing en ontzetting van het ouderlijk gezag, dienen er tot op heden eerst lichtere maatregelen als ondertoezichtstelling te

⁵⁰ G. van der Burght & J.E. Doek, *Pitlo. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 473.

⁵¹ G. van der Burght & J.E. Doek, *Pitlo. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 549.

⁵² A.P. van der Linden, F.G.A. ten Siethoff & A.E.I.J. Zeijlstra-Rijpsma, *Jeugd en recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009, p. 283-284.

worden aangewend. Wanneer tijdens een uithuisplaatsing blijkt dat er redelijkerwijs geen zicht meer is op terugplaatsing bij de ouders binnen een redelijke termijn en er hier ook niet meer aan wordt gewerkt, is ondertoezichtstelling juridisch gezien niet meer de juiste kindbeschermingsmaatregel.

Bij ontheffing van de ouder van het gezag, is de verwijtbaarheid van de ouder niet in de eerste plaats aan de orde. Een ouder kan dan ook niet uit het gezag worden ontheven wanneer deze zich hiertegen verzet, behoudens enkele uitzonderingen. Zo kunnen de pleegouders van een kind dat nota bene vrijwillig door de ouders is geplaatst, een blokkaderecht opwerpen en derhalve om ontheffing verzoeken en tot voogd worden benoemd.

Hoofdstuk 6 Huidig wettelijk kader ontzetting van het ouderlijk gezag en het ongeboren kind

De meest ingrijpende maatregel om de ouders het gezag te ontnemen, zal in dit hoofdstuk worden besproken. De grond voor ontzetting zal worden toegelicht en de elementen van de bepaling die een ontzetting rechtvaardigen zullen worden uitgediept.

§ 6.1 Ontzetting door verwijtbaarheid

Ontzetting is de meest ingrijpende maatregel in het burgerlijk recht om de ouders het feitelijk en juridisch gezag te ontnemen. De ontzetting draagt een in gebreke stellend karakter.⁵³ Bij ontheffing van het ouderlijk gezag is er geen sprake van verwijtbaarheid. Dit in tegenstelling tot de ontzetting, waarbij de ouder wel verwijtbaar is en de ontzetting van het ouderlijk gezag een ontrendend karakter heeft. Ontzetting van het ouderlijk gezag kan op grond van art. 1:270 BW slechts worden uitgesproken op verzoek van de andere ouder, een van de bloed- of aanverwanten van de minderjarige tot en met de vierde graad, de Raad voor de Kinderbescherming of het Openbaar Ministerie. De ouder wordt in dit geval onwaardig geoordeeld het gezag uit te oefenen. De ontzetting kent dan ook scherper geformuleerde gronden dan de ontheffing, omdat er sprake is van een verwijt dat kan worden gemaakt jegens de ouders. Een geestelijk gestoorde ouder kan dus nooit worden ontzet omdat een grond voor ontzetting hem niet kan worden toegerekend.⁵⁴

Krachtens art. 1:269 lid 1 BW heeft de rechtbank de mogelijkheid een of beide ouders uit het gezag te ontzetten indien zij dit in het belang van het kind noodzakelijk vindt. Bij grove verwaarlozing van de verzorging van één kind is ontzetting van het ouderlijk gezag over alle kinderen mogelijk. Naast het belang van het kind als grond voor de ontzetting van het ouderlijk gezag, moet worden bewezen dat één of meer van de gronden als genoemd in art. 1:269 lid 1 BW aanwezig zijn. In de beschikking van de rechtbank dient expliciet te worden vermeld op welke van de gronden de ontzetting uit het ouderlijk gezag is gebaseerd.⁵⁵

Tussen de ontheffing en de ontzetting zit naast het verschil in karakter van de maatregel een verschil in het belang dat het kind bij de ontneming van het gezag heeft. Zo wordt een ontheffing van het ouderlijk gezag uitgesproken als het belang van het kind zich daar niet tegen verzet, terwijl ontzetting van het ouderlijk gezag alleen kan worden uitgesproken als dit in het belang van het kind *noodzakelijk* wordt geacht. De elementen van het eerste lid van de wettelijke bepaling tot ontzetting van het ouderlijk gezag zullen hieronder worden besproken, hierbij is een deel van sub c geschrapt, omdat deze bepalingen niet in het belang van het onderzoek worden geacht.

§ 6.1.1 Elementen bepaling ontzetting van het ouderlijk gezag en het ongeboren kind

Art. 1:269 BW

- 1. Indien de rechtbank dit in het belang van de kinderen noodzakelijk oordeelt, kan zij een ouder van het gezag over een of meer van zijn kinderen ontzetten, op grond van:

⁵³ G. van der Burght & J.E. Doek, *Pitlo. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 549.

⁵⁴ M.J.C. Koens & A.P.M.J. Vonken, *Personen- en familierecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2010, p. 394-395.

⁵⁵ P. Vlaardingebroek e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 427.

- a. misbruik van het gezag, of grove verwaarlozing van de verzorging of opvoeding van een of meer kinderen;
- b. slecht levensgedrag;
- c. onherroepelijke veroordeling:

(...)

2° wegens het plegen tegen de minderjarige van een van de misdrijven, omschreven in de titels XIII-XV en XVIII-XX van het tweede boek van het Wetboek van Strafrecht;

(...)

d. het in ernstige mate veronachtzamen van de aanwijzingen van de stichting, bedoeld in artikel 1, onder f, van de Wet op de jeugdzorg of belemmering van een uithuisplaatsing krachtens het bepaalde in artikel 261;

e. het bestaan van gegronde vrees voor verwaarlozing van de belangen van het kind, doordat de ouder het kind terugneemt van anderen, die diens verzorging en opvoeding op zich hebben genomen.

(...)

sub a

Misbruik van het ouderlijk gezag ziet toe op schending van plichten door daden. Grove verwaarlozing van de verzorging of opvoeding van een of meerdere kinderen ziet toe op het schenden van plichten door nalaten. In het geval van oplegging van een kinderbeschermingsmaatregel ter bescherming van het ongeboren kind, zou er bijvoorbeeld sprake kunnen zijn van schending van plichten door daden doordat de moeder drank- of drugsverslaafd is. Het begrip grove verwaarlozing wordt in de rechtspraak gebruikt in meerdere contexten. Zo kan er tevens sprake zijn van een andere ouder die niet ingrijpt in de situatie, maar toeziet op het misbruik van de moeder. In dit geval is er sprake van schending van plichten door nalaten. Refererend naar een casus in een van de dossiers van LAW, kan er sprake zijn van schending van plichten door nalaten wanneer een kind noodzakelijk een tandartsbehandeling moet ondergaan, maar de ouder weigert toestemming te geven. In dit element wordt nadrukkelijk aangegeven dat een ouder kan worden ontzet van het ouderlijk gezag over meerdere kinderen wanneer de verzorging of opvoeding van één kind wordt verwaarloosd. Het vermoeden rijst dat op grond van deze bepaling de ouder al bij voorbaat kan worden ontzet van het ouderlijk gezag over het ongeboren kind. Gesteld wordt echter dat wanneer de ontzette ouders opnieuw een kindje krijgen, zij hierover het ouderlijk gezag hebben. Noch een ontheffing noch een ontzetting zouden betrekking hebben op toekomstige kinderen.⁵⁶ Een ontsnapping lijkt mogelijk te zijn door te stellen dat het ongeboren kind als reeds geboren kan worden aangemerkt op grond van art. 1:2 BW.

sub b

Bij slecht levensgedrag gaat het om gedragingen die nadelig zijn voor de ontwikkeling van het kind. Wanneer levensgedrag als slecht kan worden aangemerkt, is afhankelijk van de gangbare maatschappelijke opvattingen. Afkeurenswaardig gedrag is sec niet voldoende om slecht levensgedrag en dus ontzetting te kunnen stellen, het belang van het kind dient in het betreffende geval te worden geschaad. De maatschappelijke opvatting is vandaag aan de dag gericht op volledige onthouding van drank en drugs tijdens de zwangerschap. Dit is een gegeven dat in de laatste jaren is opgekomen na wetenschappelijke onderzoeken dat de ontwikkeling van het kind hierdoor blijvend kan worden geschaad. Zo kan alcoholgebruik tijdens de zwangerschap leiden tot ernstige neurologische schade bij het kind. Cocaïnegebruik tijdens de zwangerschap kan ontwikkelingsstoornissen veroorzaken en baby's waarvan de moeder heroïne gebruikte tijdens de zwangerschap, kunnen worden geboren met ontwenningsverschijnselen. In geval van heroïnegebruik worden baby's nu al standaard na de geboorte opgenomen en behandeld met medicatie.⁵⁷ Dit gegeven maakt dat een moeder die bewezen drank- of drugsverslaafd zich wel degelijk schuldig maakt aan afkeurenswaardig gedrag en hierdoor het belang van het kind wordt geschaad. In combinatie met de toepassing van art. 1:269 lid 1 sub a BW, zou dit een steevaste grond kunnen zijn om een aanstaande ouder te ontzetten van het gezag.

sub c

Artikel 300 WvSr stelt mishandeling strafbaar, artikel 302 WvSr merkt het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel aan een "ander" strafbaar. In het kader van een -levensvatbare- ongeboren vrucht kan het

⁵⁶ G. van der Burght & J.E. Doek, *Pitlo. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 550.

⁵⁷ F. Kievits & M.T. Adriaanse, "Prenatale kindermishandeling", *NTvG* 2007, p. 2231.

middelenmisbruik tijdens de zwangerschap door de moeder worden aangemerkt als een misdrijf als omschreven in titel XX van het tweede boek van het Wetboek van Strafrecht. In hoofdstuk 7 zal hierop worden teruggekomen.

sub d

Ontzetting van het ouderlijk gezag kan ook een gevolg zijn van het in ernstige mate veronachtzamen van de aanwijzingen van Bureau Jeugdzorg. Van de bepaling gaat voornamelijk een preventieve werking uit die de ouders sanctioneert als zij weigeren mee te werken aan het slagen van de ondertoezichtstelling of een uithuisplaatsing dreigen te belemmeren. Het is mogelijk dat de ouders het belang van ondertoezichtstelling van het ongeboren kind niet inzien, zich daardoor overvallen voelen en daarom weigeren mee te werken. Zodoende kan er sprake zijn van een inbreuk op het recht op zelfbeschikking, nu hen verplicht wordt in een dergelijk vroeg stadium te voldoen aan de wensen van de gezinsvoogd. Hoewel deze optie in het huidige recht niet snel aangedragen zal worden, is de vraag of een verderstrekkende maatregel in het kader van de bescherming van de het ongeboren kind te verantwoorden is. Er kan worden gesteld dat deze bepaling in het kader van de bescherming van het ongeboren kind het tegengestelde effect bereikt. De aanstaande ouders kunnen zich in een situatie gaan bevinden waarin de dreiging van het Bureau Jeugdzorg dermate hoog oploopt, dat zij vluchten naar het buitenland. Van een dergelijke situatie was sprake in een van de dossiers van LAW. De aanstaande moeder raakte na het lezen van het rapport van de Raad voor de Kinderbescherming in paniek en verloor het vertrouwen in de hulpverlening. Zij dacht in voldoende mate te hebben aangegeven open te staan voor hulpverlening en dacht de kans te krijgen om haar kindje zelf op te voeden en te verzorgen. De moeder geeft aan enkel bereid te zijn tot medewerking wanneer niet van te voren al vaststaat dat het kindje bij de geboorte al uit huis geplaatst zal worden.

sub e

Als er sprake is van het bestaan van gegronde vrees voor de verwaarlozing van de belangen van het kind doordat de ouder het kind terugeist, kan een ontzetting worden uitgesproken. De grond voor de ontzetting versterkt de positie van een eventuele pleegouder. Ontzetting van het ouderlijk gezag is alleen mogelijk als er gegronde vrees bestaat voor de verwaarlozing van de belangen van het kind als het kind in de gezinssituatie zou terugkeren. Overigens is dit alleen mogelijk als het kind vrijwillig is geplaatst door de ouder, wat in het onderhavige geval zelden het geval zal zijn.

§ 6.2 Samenvatting en concluderende opmerkingen

In tegenstelling tot bij de ontheffing, is er bij ontzetting van het ouderlijk gezag wel sprake van verwijtbaarheid. De ontneming van het gezag op deze wijze heeft dan ook een in gebreke stellend en ontarend karakter. Opmerkelijk is dat wanneer de verzorging van één kind grof wordt verwaarloosd, ontzetting van het ouderlijk gezag over alle kinderen mogelijk is. Het zou hier echter alleen ontneming van het gezag over aanwezige kinderen betreffen en dus niet over eventuele toekomstige. Ontsnapping is mogelijk wanneer er wordt gestuit op het aanmerken van een ongeboren kind als reeds geboren in de zin van art. 1:2 BW. Tevens zit er een verschil in het belang dat het kind bij de ontneming van het gezag heeft. Bij ontheffing mag het belang van het kind zich niet *verzetten*, terwijl bij ontzetting de ontneming van het gezag in het belang van het kind *noodzakelijk* moet worden geacht.

Een aanstaande moeder die aantoonbaar drank- of drugsverslaafd is, maakt zich naar huidige maatschappelijke opvattingen schuldig aan afkeurenswaardig gedrag waarmee zij tevens het belang van haar ongeboren kindje schaadt. Op grond van art. 1:269 lid 1 sub a BW jo. art 1:269 lid 1 sub b BW vormt dit een sterke grond om haar als ouder uit het gezag te ontzetten. Daarnaast kan middelenmisbruik leiden tot een in art. 1:269 lid 1 sub c BW bedoeld strafbaar feit dat zich richt tegen de belangen van het kind.

Het in ernstige mate veronachtzamen van schriftelijke aanwijzingen van de gezinsvoogd, kan een reden zijn om de ouders uit het gezag te ontzetten. In het geval van ondertoezichtstelling van het ongeboren kind, lijkt deze bepaling echter het tegenovergestelde effect te bereiken nu de ouders het gevoel kunnen krijgen dat hun kindje hun afgenomen wordt wanneer zij de kans nog niet hebben gehad zichzelf te bewijzen. Het is

denkbaar dat de ouders ter omzeiling een toevlucht maken naar het buitenland doordat hun vertrouwen in de hulpverleningsinstanties als de Raad voor de Kinderbescherming en het Bureau Jeugdzorg is geschonden.

Hoofdstuk 7 Botsende mensenrechten van de aanstaande moeder en het ongeboren kind

Bij de bescherming van het ongeboren kind, is er sprake van tegenstrijdige belangen en mensenrechten. De belangen en de rechten van het ongeboren kind en de zwangere vrouw worden in dit hoofdstuk aan het licht gebracht, uitgediept en tegen elkaar afgewogen aan de hand van verschillende wetten en verdragen.

§ 7.1 Belang van het ongeboren kind en het recht op leven

Artikel 3 IVRK bepaalt dat het belang van het kind te allen tijde de eerste overweging moet zijn bij alle maatregelen betreffende kinderen. Dat geldt niet alleen voor kinderrechtshouders, maar ook voor alle openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn en voor bestuurlijke en wetgevende organen. Dus ook voor ziekenhuizen, psychiaters, hulpverleners, advocaten en overheden. Ter discussie staat nu of het belang van het kind zich ook uitstrekt tot het belang van het ongeboren kind.⁵⁸

De vraag die centraal staat is of een levensvatbare vrucht recht heeft op leven wanneer de ouders hebben besloten niet tot abortus over te gaan. Het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet ex art. 2 lid 1 EVRM. Ter discussie staat of “een ieder” ook het ongeboren kind omvat.⁵⁹ Het EVRM is niet eenduidig over de rechtspositie van het ongeboren kind. Uit de jurisprudentie over het begrip “everyone” is wel op te maken dat er geen absoluut recht op leven van een ongeboren vrucht bestaat, maar dat anderszins niet is uitgesloten dat een ongeborene onder bepaalde omstandigheden de bescherming van het EVRM geniet.⁶⁰ Vanaf welk moment het leven begint, valt binnen de “margin of appreciation” die verdragsstaten toekomt.⁶¹ Dit wordt over het algemeen uitgelegd in die zin dat zodra er sprake is van zelfstandige levensvatbaarheid van een ongeboren vrucht, dit ongeboren kind ook de bescherming van het EVRM behoort te genieten.⁶² Ook het IVRK zelf geeft daar wegens politieke redenen geen specifiek antwoord op aangezien het verdrag is geratificeerd door vele landen, waaronder Nederland, die zeer verschillend denken over vraagstukken als abortus e.d. Artikel 1 IVRK bepaalt dan ook niet meer dan dat “onder een kind wordt verstaan ieder mens jonger dan achttien jaar”. De preambule van het IVRK lijkt daarom een duidelijker antwoord te geven.⁶³ In de preambule van het IVRK staat namelijk dat “het kind op grond van zijn lichamelijke en geestelijke onrijpheid bijzondere bescherming en zorg nodig heeft, met inbegrip van geëigende wettelijke bescherming, zowel vóór als na zijn geboorte”. Op grond van art. 19 IVRK heeft de overheid zich verplicht om “alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen en maatregelen op sociaal en opvoedkundig gebied te nemen om kinderen te beschermen”.⁶⁴ Een preambule schept evenwel geen juridische verplichting voor verdragsstaten, maar biedt een basis voor interpretatie van de verdragsbepalingen en verduidelijkt de doelen van het verdrag.⁶⁵ Artikel 1:2 BW zegt echter wel duidelijk waar de verdragen omheen lijken te draaien.⁶⁶ Het kind waarvan een vrouw zwanger is, wordt als reeds geboren aangemerkt zo dikwijls zijn belang dit vordert. Dit wetsartikel werd in 1970 aanvankelijk voornamelijk geïnterpreteerd als financieel belang in de zin van de aanspraak op een eventuele erfenis. De ontwikkeling in de rechtspraktijk heeft ervoor gezorgd dat dit belang in het huidige recht ruimer wordt geïnterpreteerd.⁶⁷ De ongeboren vrucht komt naar Nederlands positief recht geen rechtspersoonlijkheid toe.

⁵⁸ A.C. Enkelaar & A.M.I. van der Does, “Ouderlijke (on)verantwoordelijkheid, al voor de geboorte”, *FJR* 2009, 3, p. 4.

⁵⁹ R.J.P. Kottenhagen, “Botsende rechten van moeder en ongeboren kind”, *TvGR* 2008, p. 498, DOI: 10.1007/BF03081553.

⁶⁰ A.C. Enkelaar & A.M.I. van der Does, “Ouderlijke (on)verantwoordelijkheid, al voor de geboorte”, *FJR* 2009, 3, p. 4.

⁶¹ E.C.C. van Os & A.C. Hendriks, “Wie is de baas over de baarmoeder?”, *FJR* 2010, 70, p. 181.

⁶² EHRM 8 juli 2004, nr. 53924/00, *LJN* AR3871, AB 2005, 10, m.nt. B.C. van Beers (*Vo/Frankrijk*).

⁶³ A.C. Enkelaar & A.M.I. van der Does, “Ouderlijke (on)verantwoordelijkheid, al voor de geboorte”, *FJR* 2009, 3, p. 4.

⁶⁴ J. van Leeuwen & R. Teeuw, “Prenataal mishandelen bestaat”, *Trouw* 15 september 2007.

⁶⁵ E.C.C. van Os & A.C. Hendriks, “Wie is de baas over de baarmoeder?”, *FJR* 2010, 70, p. 181.

⁶⁶ A.C. Enkelaar & A.M.I. van der Does, “Ouderlijke (on)verantwoordelijkheid, al voor de geboorte”, *FJR* 2009, 3, p. 4.

⁶⁷ HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606.

Immers, zo bepaalt art. 1:2 BW, wordt een kind geacht nooit te hebben bestaan wanneer het dood ter wereld komt. Deze bepaling uit het vermogensrecht gaat uit van de nasciturus-fictie en vindt zijn toepassing in het erfrecht. Alleen een levend geboren kind heeft ook voor de geboorte bestaan. De ongeboren vrucht zelf is volgens het Nederlands recht geen drager van rechten. Hij heeft noch recht op zwangerschapsafbreking, noch recht op leven. Strafbaar is alleen de zwangerschapsafbreking na de levensvatbaarheidsgrens van vierentwintig weken ex art. 82a WvSr: "Onder een ander, of een kind bij of kort na de geboorte, van het leven beroven wordt begrepen: het doden van een vrucht die naar redelijkerwijs verwacht mag worden in staat is buiten het moederlichaam in leven te blijven."⁶⁸

De oplossing zal dus gezocht moeten worden in het nationale recht, specifiek in art. 1:2 BW jo. art. 1:247 BW:

Art. 1:247 BW

- 1. Het ouderlijk gezag omvat de plicht en het recht van de ouder zijn minderjarig kind te verzorgen en op te voeden.
- 2. Onder verzorging en opvoeding worden mede verstaan de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn en de veiligheid van het kind alsmede het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid. In de verzorging en opvoeding van het kind passen de ouders geen geestelijk of lichamelijk geweld of enige andere vernederende behandeling toe.

Wanneer een ongeboren kind wordt aangemerkt als reeds geboren in de ruime zin van art. 1:2 BW, kan het standpunt worden verdedigd dat het bepaalde in art. 1:247 BW van toepassing is op het ongeboren kind. De ouders hebben de verplichting om hun kindje te verzorgen en op te voeden en hebben daarnaast de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn van het kind, zijn veiligheid, alsmede het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid. Gesteld kan worden dat wanneer een zwangere vrouw geen gebruik maakt van haar wettelijk recht op abortus en dus impliciet of expliciet kiest voor het moederschap, zij daarmee niet alleen de morele plicht heeft om het leven van haar ongeboren kind te beschermen en een adequate prenatale zorg in acht te nemen, maar hiermee ook een juridisch afdwingbare plicht heeft.⁶⁹

§ 7.1.1 Wet Bopz en het ongeboren kind

Indien het risico bestaat dat de zwangere vrouw haar verantwoordelijkheid als ouder niet dreigt te nemen, kan de Wet Bopz een aantal mogelijkheden bieden om de zorg voor het ongeboren kind te waarborgen. Met een voorlopige machtiging op basis van art. 1 Wet Bopz kan er door de rechter worden ingegrepen voor een periode van zes maanden. In dat geval wordt de zwangere vrouw en de ongeboren vrucht in bescherming genomen en wordt er gedwongen hulp verleend in een psychiatrisch ziekenhuis. Het verzoek tot verlening van een voorlopige machtiging wordt gedaan door de officier van justitie, na aanmelding door bijvoorbeeld de huisarts, Geestelijke Gezondheidszorg (GGZ), het ziekenhuis of een vertrouwensarts. De vertrouwensartsen zijn verbonden aan het Algemeen Meldpunt Kindermishandeling (AMK), welke instelling deel uitmaakt van Bureau Jeugdzorg. Langs deze weg kan ook hulp worden opgestart voor het ongeboren kind en de moeder in de zin van kinderbeschermingsmaatregelen. Vereisten voor een voorlopige machtiging is dat de zwangere vrouw lijdt aan een geestesstoornis, zij als gevolg hiervan een gevaar vormt voor zichzelf en voor een ander die aan haar zorg is toevertrouwd, er geen alternatief is van een adequate opvang en de aanstaande moeder niet vrijwillig tot de vereiste medische zorg bereid is.⁷⁰ Er moet sprake zijn van een zwangere vrouw die geen enkele verantwoordelijkheid neemt voor het ongeboren kind en derhalve gevaar veroorzaakt voor haar kind en zichzelf. De vraag is of een ongeboren kind kan worden aangemerkt als een "ander" in de zin van de Wet Bopz wanneer een zwangerschap vergevorderd is en het ongeboren kind aan de zorg van de moeder is toevertrouwd en wordt verwaarloosd. De rechtbank Amsterdam stelt dat het feitelijk onaanvaardbaar is dat het kind waarvan de vrouw zwanger is pas na de geboorte voor bescherming

⁶⁸ E.C.C. van Os & A.C. Hendriks, "Wie is de baas over de baarmoeder?", *FJR* 2010, 70, p. 181.

⁶⁹ R.J.P. Kottenhagen, "Botsende rechten van moeder en ongeboren kind", *TvGR* 2008, p. 498, DOI: 10.1007/BF03081553.

⁷⁰ C. Enkelaar & A.M.I. van der Does, "Ouderlijke (on)verantwoordelijkheid, al voor de geboorte", *FJR* 2009, 3, p. 5.

in aanmerking komt, terwijl het gevaar zich reeds voordoet voor de geboorte.⁷¹ Het zal wel moeten gaan om levensvatbare vruchten van minimaal vierentwintig weken. Dit sluit ook aan bij de opvatting van andere landen, want voor dat tijdstip kan de zwangerschap nog altijd worden afgebroken. Derhalve is de levensvatbaarheidsgrens het criterium op basis waarvan kan worden ingegrepen met maatregelen ter bescherming van de ongeborene. Overigens is het niet vanzelfsprekend dat een verslaafde zwangere vrouw een Bopz-maatregel krijgt opgelegd. Deze moet immers te allen tijde worden getoetst aan de vereisten van noodzaak, subsidiariteit en proportionaliteit.⁷² Daarnaast kan worden aangetekend dat de machtiging tot opnemingsgeenzins behandeling van de zwangere vrouw afdwingbaar maakt. Dat rechtvaardigt de vraag of de vrouw werkelijk tegen haar wil tot een gezonder leven is te verplichten met deze maatregel.⁷³ Zodoende wordt er gewerkt aan een nieuwe wet die de Wet Bopz gaat vervangen: wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg. Hiermee worden minder ingrijpende vormen van dwang mogelijk dan alleen “opneming”.⁷⁴

§ 7.1.2 Wetboek van Strafrecht en het ongeboren kind

Of het toebrengen van letsel aan een ongeboren kind strafbaar is, staat ter discussie. In art. 300 WvSr wordt mishandeling strafbaar gesteld. Artikel 302 WvSr stelt daarnaast het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel aan een “ander” strafbaar. Bij de vraag of mishandeling van een ongeboren kind strafbaar is, speelt de vraag of het kind levensvatbaar is. Zodoende kan er worden gesteld dat wanneer het leven van een levensvatbaar kind wordt beschermd, ook het recht op lichamelijke integriteit moet worden beschermd. Hoewel het sporadisch voorkomt dat iemand wordt vervolgd voor mishandeling van een ongeboren levensvatbaar kind, heeft dit nog nooit tot een daadwerkelijke veroordeling geleid.⁷⁵ Strafrechtelijk complexer is de vraag of het gebruik van drugs of alcohol door de moeder vroeg of laat in de zwangerschap zware mishandeling kan opleveren. Enerzijds is het gebruik van middelen door de moeder te rechtvaardigen wanneer er een succesvol beroep kan worden gedaan op het zelfbeschikkingsrecht. Anderzijds zijn de gevolgen voor het ongeboren kind groot, daar het wordt geboren met een harddrugs- of alcoholverslaving. De schade die hierdoor wordt veroorzaakt, is vaak van blijvende aard. Zo wordt het Foetaal Alcohol Syndroom (FAS), waarbij de moeder tijdens de zwangerschap alcohol heeft gebruikt, gekenmerkt door mentale retardatie van het kindje. Drugsgebruik kan een achterstand in lichamelijke groei en de ontwikkeling van de hersenen veroorzaken. De afkickverschijnselen die bij het kindje teweeg kunnen worden gebracht, kunnen worden aangeduid als een storing van de verstandelijke vermogens die langer dan vier weken duurt. In die zin kan er sprake zijn van het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel ex art. 82 lid 2 WvSr. Een veroordeling van de moeder voor het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel aan het kindje door het gebruik van een aanzienlijke hoeveelheid alcohol of drugs, lijkt derhalve in de toekomst niet uitgesloten.⁷⁶

§ 7.1.3 Kinderbeschermingsmaatregelen en het ongeboren kind

Naast de mogelijkheden die de Wet Bopz biedt in die gevallen dat de toestand van de aanstaande moeder als een “geestelijke stoornis” kan worden omschreven, kan het gewone civiele jeugdrecht uitkomst bieden indien gevreesd wordt voor ouderlijke onverantwoordelijkheid voor het ongeboren kind. De kinderrechter kan in dergelijke gevallen al voor de geboorte een ondertoezichtstelling uitspreken. In de praktijk betekent dit dat er een gezinsvoogd wordt benoemd. Deze kan afkomstig zijn van Bureau Jeugdzorg, maar ook van de William Schrikker Groep. De WSG werkt vooral met kinderen en eventueel ouders met een laag IQ of anderszins een geestelijke of lichamelijke beperking. De gezinsvoogd dient hierbij in het oog te houden dat het belang van het kind voor de gezinsvoogd ex art. 3 lid 1 IVRK de eerste overweging is. Mochten de belangen van aanstaande moeder en kind botsen, dan zal de gezinsvoogd dus voor het kind moeten kiezen.

⁷¹ Rb. Amsterdam 21 februari 2006, nr. 64/126.

⁷² A.C. Enklaar & A.M.I. van der Does, “Ouderlijke (on)verantwoordelijkheid, al voor de geboorte”, *FJR* 2009, 3, p. 6.

⁷³ E.C.C. van Os & A.C. Hendriks, “Wie is de baas over de baarmoeder?”, *FJR* 2010, 70, p. 184.

⁷⁴ Kamerstukken II 2007/08, 25 763, nr. 9, p. 8.

⁷⁵ Rb. 's-Gravenhage 19 juni 2008, *LJN* BD4910.

⁷⁶ W.L.J.M. Duijst, *Gezondheidsstrafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 77-78.

De gezinsvoogd zal met de inachtneming van de eisen van proportionaliteit, subsidiariteit en doelmatigheid dienen te beoordelen welke hulp nodig is.⁷⁷

§ 7.2 Belang van de zwangere vrouw en het recht op zelfbeschikking

De moeder kan als ouder zijnde een beroep doen op verschillende aan haar toekomende grondrechten. De vraag dringt zich dan op welk belang prevaleert, die van de moeder of die van het ongeboren kind. Van belang in deze context is de discussie over het recht op autonomie in de zin van art. 8 EVRM. Tevens kan er worden gewezen op art. 10 Gw waarin de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer wordt gewaarborgd. Een nadere invulling van dit uitgangspunt betreft de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam ex art. 11 Gw en het recht op bewegingsvrijheid ex art. 15 Gw.⁷⁸ Artikel 11 Gw wordt in de discussie in de literatuur centraal gesteld. Uitgaande van de enge opvatting wordt er gesteld dat een vrouw haar rechten niet verdwijnen doordat zij de bevoegdheid tot aborteren van de vrucht verliest en de vrucht door het verlopen van de abortustermijn geen subjectieve rechten krijgt. Zodoende is er geen juridische grond voor aantasting van de lichamelijke integriteit van de vrouw.⁷⁹ Een ongeborene kan in zijn ontwikkeling worden geschaad door het handelen of nalaten van de zwangere. Ingrijpen stuit juridisch al snel af op het zelfbeschikkingsrecht van de vrouw. Dit in het bijzonder tijdens de pre-levensvatbare fase. Het kind waarvan een vrouw zwanger is, de ongeborene, heeft volgens het in Nederland geldende recht geen expliciete rechten. Zo wordt er in de literatuur in ernstige mate betwist of rechtspersoonlijkheid pas aanvang neemt bij de geboorte en of de geboorte het beginpunt is van het ontstaan van menselijk leven, of dat dit reeds daarvoor al aan de orde is.⁸⁰ De ongeborene is vanaf dat deze levensvatbaar is daarentegen wel beschermwaardig. De rechtspositie van de ongeborene verschilt daarmee op een essentieel punt met die van een zwangere vrouw. Laatstgenoemde maakt immers aanspraak op alle rechten, inclusief het recht op zelfbeschikking. Iedere bemoeienis met haar en haar baarmoeder, die onlosmakelijk is verbonden met haar lichaam, grijpt in op haar recht op privacy en, in veel voorkomende gevallen, haar recht op lichamelijke integriteit.⁸¹ Wanneer het leven en het welzijn van het ongeboren kind wordt bedreigd, is de vraag of bemoeienis dan is gerechtvaardigd. Recent onderzoek naar de effecten van bepaald gedrag op de gezondheid van het kind en de snelle ontwikkelingen op het gebied van de geneeskunde, onderstrepen de noodzaak van specifieke aandacht voor de belangen, met name op het gebied van gezondheid, van de ongeborene.⁸² Bij een botsing tussen het recht op ontwikkeling van het ongeboren kind en het recht op lichamelijke integriteit van de moeder zal steeds een wederzijdse belangenafweging moeten plaatsvinden.⁸³

§ 7.2.1 Ingrijpen zelfbeschikking zwangere vrouw ten behoeve van het ongeboren kind

Het recht van een vrouw gevrijwaard te blijven van bemoeienis van buitenaf met haar lichaam is gegrond in het recht op zelfbeschikking, ook wel persoonlijke autonomie genoemd. Dit recht staat niet met zoveel woorden in de Grondwet en mensenrechtenverdragen. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft evenwel bij herhaling uitgemaakt dat “persoonlijke autonomie” een onderliggend beginsel vormt van mensenrechten, dat in het bijzonder tot uitdrukking komt via het recht op privéleven. Autonomie en zelfbeschikking zien volgens het EHRM toe op belangrijke aspecten van het privéleven van personen, meer in het bijzonder op hun “fysieke en sociale identiteit”. Net als het recht op andere uitingen van privéleven en het recht op gezinsleven, zoals beschermd door art. 8 lid 1 EVRM, is voorzien in de mogelijkheid tot het inperken van de zelfbeschikking met het oog op bepaalde zwaarwegende belangen. De

⁷⁷ A.C. Enkelaar & A.M.I. van der Does, “Ouderlijke (on)verantwoordelijkheid, al voor de geboorte”, *FJR* 2009, 3, p. 7-8.

⁷⁸ R.J.P. Kottenhagen, “Botsende rechten van moeder en ongeboren kind”, *TvGR* 2008, p. 499-500, DOI: 10.1007/BF03081553.

⁷⁹ H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers & J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel 1: Rechten van de mens in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 154.

⁸⁰ G.A. den Hartogh, “Prenatale en postnatale schade”, *NJB* 2010, p. 778-783.

⁸¹ E.C.C. van Os & A.C. Hendriks, “Wie is de baas over de baarmoeder?”, *FJR* 2010, 70, p. 180.

⁸² D.O. Mook-Kanamori e.a., “Risk factors and outcomes associated with first trimester fetal growth restriction”, *JAMA* 2010, p. 527-534, DOI: 10.1001/jama.2010.78.

⁸³ R.J.P. Kottenhagen, “Botsende rechten van moeder en ongeboren kind”, *TvGR* 2008, p. 500, DOI: 10.1007/BF03081553.

legitieme doelen staan opgesomd in art. 8 lid 2 EVRM. In relatie tot de ongeborene lijken de “bescherming van de gezondheid” en de “rechten en vrijheden van anderen” relevant. Het inperken van een recht dat voortvloeit uit art. 8 EVRM op een van de genoemde gronden mag alleen “voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk”. Dat betekent volgens vaste Straatsburgse jurisprudentie dat de inperking, naast een legitiem doel, moet voldoen aan de eisen van rechtmatigheid, inclusief voorzienbaarheid, noodzakelijkheid en evenredigheid. Verdragsstaten komt hierbij een zekere beleidsvrijheid toe om naar eigen inzicht een redelijk evenwicht te zoeken tussen botsende belangen, het zogenoemde “margin of appreciation”. In het Nederlandse gezondheids- en patiëntenrecht ligt het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, inclusief die van de zwangere vrouw, stevig verankerd. Volgens de WGBO heeft de patiënt recht op informatie ex art. 7:448 BW en moet hij toestemming geven voor iedere voorgestelde behandeling ex art. 7:450 BW. Deze beide rechten, waarin het recht op zelfbeschikking tot uitdrukking komt, vormen het beginsel van “informed consent”. De patiënt mag daarnaast te allen tijde een behandeling weigeren. Het toestemmingsvereiste en het recht een behandeling te weigeren, hangen nauw samen met art. 11 Gw; de onaantastbaarheid van het lichaam. De bescherming van de lichamelijke integriteit omvat zowel een negatief afweerrecht als een positief zelfbeschikkingsrecht. Het recht op zelfbeschikking geldt ook voor de zwangere vrouw die een beslissing neemt die de belangen van de ongeboren vrucht raakt, dit komt het duidelijkst naar voren wanneer de zwangere vrouw tot een abortus overgaat.⁸⁴ Dit is niet alleen zo volgens het Nederlandse recht, maar volgt ook uit de jurisprudentie van het EHRM.⁸⁵

De grens van levensvatbaarheid als norm van beschermwaardigheid kan ter discussie worden gesteld. Zo kan er juist in het begin van de zwangerschap al ernstige schade optreden, bijvoorbeeld door ongezonder gedrag van de zwangere vrouw. De vraag dringt zich dan op of, en zo ja onder welke omstandigheden, het zelfbeschikkingsrecht van de aanstaande moeder omwille van de beschermwaardigheid van de ongeborene, rechtens kan en wellicht moet worden ingeperkt. Uit het voorgaande blijkt dat een dergelijke inperking van de zelfbeschikking, meer in het bijzonder het recht op privacy en lichamelijke integriteit, moet voldoen aan de eisen die liggen besloten in art. 8 lid 2 EVRM en geldt als een ultimum remedium.⁸⁶

§ 7.3 Samenvatting en concluderende opmerkingen

Het belang van het ongeboren kind moet altijd de eerste overweging zijn bij alle maatregelen betreffende kinderen, zo bepaalt art. 3 IVRK. De vraag werpt zich op of het belang van het ongeboren kind hier ook onder kan en mag worden geschaard.

Derhalve staat ter discussie of een ongeboren kind, dan wel de levensvatbare vrucht, recht op leven toekomt op grond van het element “een ieder” zoals genoemd in art. 2 lid 1 EVRM. De preambule van het IVRK in combinatie met art. 1:2 BW jo. art. 1:247 BW geven het feitelijke antwoord wanneer er wordt bepleit dat ook het ongeboren kind bescherming toekomt.

De Wet Bopz kan mogelijkheden bieden om het ongeboren kind vanaf vierentwintig weken te beschermen wanneer er sprake is van een geestelijke stoornis of verslavingsproblematiek en de ongeboren vrucht als “een ander” wordt aangemerkt. De maatregel zal te allen tijde moeten worden getoetst aan de vereisten van noodzaak, subsidiariteit en proportionaliteit. De machtiging tot opneming maakt de behandeling van de zwangere vrouw echter niet afdwingbaar. Zodoende is de moeder van het ongeboren kind niet tegen haar wil te verplichten tot een gezonder leven. De nieuwe wet die de Wet Bopz gaat vervangen moet ervoor zorgen dat er minder ingrijpende vormen van dwang mogelijk zijn dan alleen “opneming”.

Op strafrechtelijk gebied staat ter discussie of het gebruik van alcohol of drugs door de aanstaande moeder een grond is voor zware mishandeling. Het recht op zelfbeschikking van de moeder staat recht tegenover de

⁸⁴ E.C.C. van Os & A.C. Hendriks, “Wie is de baas over de baarmoeder?”, *FJR* 2010, 70, p. 181.

⁸⁵ EHRM 8 juli 2004, nr. 53924/00, *LJN* AR3871, *AB* 2005, 10, m.nt. B.C. van Beers (*Vo/Frankrijk*).

⁸⁶ E.C.C. van Os & A.C. Hendriks, “Wie is de baas over de baarmoeder?”, *FJR* 2010, 70, p. 181.

blijvende geestelijke vertraging, lichamelijke groei en ontwikkeling van het kindje. Tot op heden heeft mishandeling van een levensvatbare ongeboren vrucht nog nooit geleid tot een veroordeling.

In het kader van het civiele jeugdrecht is het mogelijk het ongeboren kind onder toezicht te stellen. De gezinsvoogd die hierbij zal worden aangesteld, zal te allen tijde in het belang van het kind moeten handelen wanneer de belangen van de aanstaande moeder en kind botsen. Met inachtneming van de eisen van proportionaliteit, subsidiariteit en doelmatigheid dient de gezinsvoogd te beoordelen welke hulp nodig is.

De zwangere vrouw kan als ouder echter een beroep doen op verscheidene grondrechten. De vraag welk recht dient te prevaleren; die van de moeder of die van het kind, kan in de discussie over het recht op autonomie in de zin van art. 8 EVRM centraal worden gesteld. Ook de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam in de zin van art. 11 Gw is van belang in deze context. Er kan worden gesteld dat er geen juridische grond voor aantasting van de lichamelijke integriteit is in de zin dat de rechten van de zwangere vrouw niet verlopen na de bevoegdheid tot het aborteren van de ongeboren vrucht, dan wel dat de vrucht geen subjectieve rechten krijgt toegekend na het verlopen van deze termijn. Wel is de ongeboren vrucht beschermwaardig, daarom is de vraag of bemoeienis is gerechtvaardigd wanneer het leven en het welzijn van het ongeboren kind wordt bedreigd. Bij botsing tussen het recht op ontwikkeling van het ongeboren kind en het recht op lichamelijke integriteit van de moeder, zal zodoende steeds een wederzijdse belangenafweging moeten plaatsvinden.

De bescherming van de lichamelijke integriteit omvat zowel een negatief afweerrecht als een positief zelfbeschikkingsrecht. Het recht op zelfbeschikking geldt ook voor de zwangere vrouw die een beslissing neemt die de belangen van de ongeboren vrucht raakt, dit komt het duidelijkst naar voren wanneer de zwangere vrouw tot een abortus overgaat.

De grens van levensvatbaarheid als norm van beschermwaardigheid van de ongeborene kan ter discussie worden gesteld nu er juist in de embryonale fase al ernstige schade kan optreden door een ongezonde levensstijl van de zwangere vrouw. Een dergelijke inperking van de persoonlijke autonomie dient te voldoen aan de eisen als gesteld in art. 8 lid 2 EVRM en geldt te allen tijde als ultimum remedium.

Hoofdstuk 8 *Wetsvoorstel tot herziening van de kindbeschermingsmaatregelen en het ongeboren kind*

In dit hoofdstuk zal het wetsvoorstel dat in de toekomst mogelijk zal leiden tot een hervorming van de kindbeschermingsmaatregelen worden behandeld. Hierbij wordt enkel ingegaan op de bepalingen die in de toekomst van belang kunnen zijn voor een betere bescherming van het ongeboren kind. Tevens wordt het Trillium-project en het vervolg hierop kort besproken.

§ 8.1 Wetsvoorstel 32 015

Op 30 juli 2009 werd het wetsvoorstel tot herziening van de kindbeschermingsmaatregelen bij de Tweede Kamer ingediend.⁸⁷ Op 23 maart 2011 werd het gewijzigde voorstel van de wet ingediend bij de Eerste Kamer, waar het nu in behandeling is.⁸⁸ Dit wetsvoorstel is bedoeld om minderjarigen, en dus ook het ongeboren kind, beter te kunnen beschermen tegen ouders die er onvoldoende in slagen hun kinderen op een gezonde en evenwichtige manier op te voeden. In het wetsvoorstel is sprake van een gezagsbeperkende en een gezagsbeëindigende maatregel. Tot op heden bekend als de ondertoezichtstelling, de ontheffing of de ontzetting van het ouderlijk gezag. In de toekomst zal een kindbeschermingsmaatregel al kunnen worden opgelegd wanneer dat *noodzakelijk is voor het onbedreigd opgroeien van de minderjarige*. De grond om een (ongeboren) kind onder toezicht te stellen zal hierbij worden verruimd. De gezagsbeperkende maatregel wordt expliciet een tijdelijke maatregel en is van

⁸⁷ Kamerstukken II 2008/09, 32 015, nr. 2, p. 1-18.

⁸⁸ Kamerstukken I 2010/11, 32 015, nr. A, p. 1-20.

toepassing op een situatie waarbij de *verwachting is gerechtvaardigd dat de ouder(s) binnen een voor de ontwikkeling van de minderjarige aanvaardbare termijn de verantwoordelijkheid voor het onbedreigd opgroeien weer volledig kan of kunnen dragen*. Die verwachting is er juist niet bij de gezagsbeëindigende maatregel. Hierbij is de *verwachting dat de ouders deze verantwoordelijkheid niet aankunnen binnen een voor de ontwikkeling van de minderjarige aanvaardbare termijn en/of de ouder heeft een strafbaar feit gepleegd dat zich richt tegen de eigen belangen van het kind of de andere ouder*. In de meeste gevallen zal een ondertoezichtstelling vooraf gaan aan deze maatregel, behalve als bij aanvang van het traject al duidelijk is dat de ouders hun verantwoordelijkheid niet binnen een aanvaardbare termijn zullen waarmaken, in dat geval kan de gezagsbeëindigende maatregel direct worden opgelegd. In het kader van de bescherming van het ongebooren kind kan hierbij bijvoorbeeld worden gedacht aan ouders die al jarenlang verslaafd zijn aan alcohol of drugs en er geen aanwijzingen zijn voor verbetering. Tot op heden is het eerder regel dan uitzondering dat er wordt aangevangen met een zo licht mogelijke kinderbeschermingsmaatregel. Het wetsvoorstel maakt het echter mogelijk in de toekomst aan de gezagsbeperkende maatregel voorbij te gaan en direct bij de geboorte een gezagsbeëindigende maatregel op te leggen.⁸⁹

§ 8.2 Wijziging Burgerlijk Wetboek en de ondertoezichtstelling en het ongebooren kind

Art. 1:255 BW

- 1. De kinderrechter kan een minderjarige onder toezicht stellen van een stichting indien een minderjarige zodanig opgroeit dat hij in zijn ontwikkeling wordt bedreigd, en:
 - a. de zorg die in verband met het wegnemen van de bedreiging noodzakelijk is voor de minderjarige of voor zijn ouders of de ouder die het gezag uitoefenen, door dezen niet of onvoldoende wordt geaccepteerd, en
 - b. de verwachting gerechtvaardigd is dat de ouders of de ouder die het gezag uitoefenen binnen een gelet op de persoon en de ontwikkeling van de minderjarige aanvaardbaar te achten termijn, de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding, bedoeld in artikel 247, tweede lid, in staat zijn te dragen.
- 2. De kinderrechter stelt een minderjarige onder toezicht op verzoek van de raad voor de kinderbescherming of het openbaar ministerie. Tevens zijn een ouder en degene die niet de ouder is en de minderjarige als behorende tot zijn gezin verzorgt en opvoedt bevoegd tot het doen van het verzoek indien de raad voor de kinderbescherming niet tot indiening van het verzoek overgaat.
- (...)
- 5. De kinderrechter vermeldt in de beschikking de concrete bedreigingen in de ontwikkeling van de minderjarige alsmede de daarop afgestemde duur waarvoor de ondertoezichtstelling zal gelden.
- 6. Indien het verzoek, bedoeld in het tweede lid, niet alle minderjarigen betreft over wie de ouders of de ouder het gezag uitoefenen, kan de kinderrechter dit op verzoek van de raad voor de kinderbescherming of ambtshalve aanvullen, en deze minderjarigen, mits aan de grond van het eerste lid is voldaan, eveneens onder toezicht stellen.

§ 8.2.1 Verruiming van de grond tot ondertoezichtstelling en het ongebooren kind

Het wetsvoorstel bevat aanpassingen die Titel 14, Afdeling 4 van het Burgerlijk Wetboek Boek 1 ingrijpend zullen wijzigen. De grond voor ondertoezichtstelling is hierbij ruimer geformuleerd dan de huidige grond. Daarnaast bepaalt het voorgestelde art. 1:255 lid 6 BW dat de kinderrechter ambtshalve minderjarigen waarover de ouders het gezag uitoefenen, onder toezicht kan stellen wanneer deze niet in het verzoek staan opgenomen. Deze bepaling impliceert dat de kinderrechter het ongebooren kind op eigen initiatief onder toezicht kan stellen wanneer er om ondertoezichtstelling van zijn of haar broertjes en zusjes is verzocht door de Raad voor de Kinderbescherming of het Openbaar Ministerie. Zodoende komt hem een nieuwe bevoegdheid toe die tot op heden voorbehouden is aan voornoemde instanties. Daarbij wordt er mogelijk voorbijgegaan aan het onderzoek naar de noodzaak van een (voorlopige) ondertoezichtstelling van het ongebooren kind. Daarentegen kan het element van de bepaling waarin de Raad voor de Kinderbescherming de kinderrechter kan verzoeken tot het aanvullen van het verzoek tot ondertoezichtstelling van een levensvatbaar ongebooren kind wel wenselijk worden geacht, nu dit een adequate bescherming van het kind wellicht ten goede komt. Het met spoed indienen van een aparte (voorlopige) ondertoezichtstelling van het ongebooren kind, is in dit geval niet meer aan de orde.

⁸⁹ A.J. van Montfoort & N.W. Slot, *Handboek Deltamethode Gezinsvoogdij. De nieuwe methode voor de uitvoering van de ondertoezichtstelling*, Utrecht: MOGroep 2009, p. 14-15.

Het ongebo­ren kind kan door de kinder­recht­er onder toezicht wor­den ge­steld wan­neer hij zo­da­nig op­groeit dat er sprake is van een be­dreig­ing in zijn ont­wik­ke­ling. De nood­za­ke­lij­ke zorg aan het onge­bo­ren kind of aan de ou­ders om deze be­dreig­ing weg te ne­men, kun­nen niet in een vrij­wil­lig kader wor­den ver­leend. Daar­bij is de ver­wach­ting dat de ou­ders de ver­ant­woor­de­lijk­heid voor de ver­zorging en op­voe­ding bin­nen een voor de ont­wik­ke­ling van het nu nog onge­bo­ren kind aan­vaar­de­bare ter­mijn weer kun­nen dra­gen. De vereis­ten zijn hier­bij cu­mu­la­tief. De aan­slui­ting tus­sen zorg in een vrij­wil­lig of in een ge­dwon­gen kader zal hier­door wor­den vereen­voudigd om­dat de ter­mi­no­lo­gie op el­kaar aan­sluit. Wan­neer de zorg im­mers niet in een vrij­wil­lig kader kan wor­den ver­leend, volgt een on­der­toezicht­stel­ling. De term “zorg” dient breed te wor­den op­gevat en kan elke vorm van zorg zijn die nood­za­ke­lijk is voor het weg­ne­men van de be­dreigingen voor de ont­wik­ke­ling van het onge­bo­ren kind, in­clu­sief de zorg of on­der­steu­ning aan ou­ders. Nu ex­pli­ci­et wordt voorge­steld de ou­der als fac­tor in het ar­ti­kel op te ne­men, is er sprake van een gro­tere ver­ant­woor­de­lijk­heid en een ster­kere po­si­tie van de ou­der wat be­treft de be­scherming van het onge­bo­ren kind. De ou­der, meestal de moe­der, kan wor­den aangemerkt als de­gene die het sla­gen van hulp­ver­le­ning in de hand heeft. De voorge­stelde for­mu­le­ring ver­dui­de­lijkt dat de grens tus­sen hulp in vrij­wil­lig of ge­dwon­gen kader ligt bij de ac­cep­ta­tie van de be­nodig­de zorg. In­dien vast­staat dat deze zorg niet of on­vol­doende wordt ge­ac­cep­teerd door de ou­ders is het mo­ge­lijk om een min­der­ja­rige, in casu specifiek het onge­bo­ren kind, onder toezicht te stel­len. Ouders hoe­ven ech­ter niet ie­dere vorm van hulp te ac­cep­te­ren. De zorg die wordt aan­ge­bo­den, dient “pas­send” te zijn in de zin dat het zorgaan­bod een re­la­tie legt tus­sen de be­dreig­ing van het kind en het weg­ne­men van de be­dreig­ing.⁹⁰ In het kader van de be­scherming van het onge­bo­ren kind kan hier­bij dus wor­den ge­dacht aan het ma­ken en na­komen van af­spraken met de gy­nae­co­loog en de ver­los­kun­dige tij­dens de zwang­ers­chap en het ma­ken en na­komen van af­spraken met het con­sul­ta­tie­bureau wan­neer het kindje is ge­bo­ren. De re­de­nen voor on­der­toezicht­stel­ling kun­nen lig­gen in sta­gna­tie in de ont­wik­ke­ling van het kind, maar ook in de be­perkte op­voe­dings­ca­pa­ci­teit­en van de ou­ders. In ge­val van be­scherming van het onge­bo­ren kind zal er in de meest­e ge­val­len om een on­der­toezicht­stel­ling wor­den ver­zocht teneinde te waar­bor­gen dat er een veilige op­voe­dingssitua­tie wordt ge­creëerd wan­neer het kindje ter wer­eld komt. De ou­ders kun­nen in de voorge­aan­de maan­den mid­dels ge­sprek­ken met hulp­ver­le­nings­in­stan­ties aan­ge­ven hoe ze dit wil­len vorm­ge­ven.

Het wets­voor­stel biedt de mo­ge­lijk­heid om ook kin­de­ren met re­la­ti­ef lichte pro­ble­men onder toezicht te stel­len. Het lijkt im­mers niet meer nood­za­ke­lijk dat de min­der­ja­rige *ernstig* in zijn ont­wik­ke­ling wordt be­dreigd. Waar no­dig kan op­voe­dings­on­der­steu­ning door middel van een schriftelijke aan­wij­zing in het kader van een on­der­toezicht­stel­ling wor­den op­ge­legd. In het conceptar­ti­kel 1:255 lid 1 sub b BW wordt ge­poo­gd tot uit­druk­king te brengen dat sta­bi­lei­teit en con­ti­nuï­teit in de op­voe­ding van een kind be­lang­rijk is. Ver­len­ging van een on­der­toezicht­stel­ling son­der per­spec­ti­ef op ter­ug­plaatsing bij de ou­ders is der­hal­ve in de toekomst niet meer mo­ge­lijk. Het blijft wel mo­ge­lijk de on­der­toezicht­stel­ling over een onge­bo­ren kind uit te spre­ken in­dien dit nood­za­ke­lijk is voor het treffen van maat­re­ge­len ter waar­bor­ging van een ge­con­tro­leerde zwang­ers­chap en be­ge­lei­ding tij­dens en na de be­val­ling.⁹¹ Wellicht ten over­vloede ver­meld, wordt een kind waar­van de vrou­we zwanger is als reeds ge­bo­ren aangemerkt zo dik­wijls zijn be­lang dit vor­dert ex art. 1:2 BW.⁹²

§ 8.2.2 Duur van de termijn van on­der­toezicht­stel­ling en het onge­bo­ren kind

Nu het wets­voor­stel de ruimte biedt om ook een kind met re­la­ti­ef lichte pro­ble­men onder toezicht te stel­len, is het wen­se­lijk de on­der­toezicht­stel­ling niet stan­daard voor een jaar op te leggen zoals nu in de praktijk in over­we­gende mate het ge­val is. Per ge­val zal er moe­ten wor­den be­paald welke ter­mijn ade­quaat is ten aan­zien van de con­crete be­dreigingen in de ont­wik­ke­ling van het kind. Juist bij re­la­ti­ef lichte pro­ble­men zal de duur van de maat­re­gel over het al­ge­meen korter zijn. De kin­der­recht­er dient te duur van de on­der­toezicht­stel­ling af te stem­men op het con­crete ge­val en mag deze niet langer laten du­ren dan

⁹⁰ *Kamerstukken II* 2008/09, 32 015, nr. 3, p. 22-23 (MvT)

⁹¹ Rb. Rotterdam 9 mei 2006, *LJN* AX2185.

⁹² *Kamerstukken II* 2008/09, 32 015, nr. 3, p. 8-9 (MvT).

noodzakelijk is op grond van het voorgestelde art. 1:255 lid 5 BW. Behoudens verlening als bedoeld in conceptartikel 1:260 BW, bedraagt de duur van de ondertoezichtstelling ten hoogste een jaar en komt de duur van een voorlopige ondertoezichtstelling hierop niet in mindering ex voorgesteld art. 1:258 BW. Een periodieke evaluatie door een rechterlijke toetsing of een toetsing door de Raad voor de Kinderbescherming wordt door art. 25 IVRK verplicht gesteld en is belangrijk om de noodzaak van de maatregel te kunnen vaststellen en te kunnen bepalen of de inbreuk op het familie- en gezinsleven die een ondertoezichtstelling teweeg brengt, nog steeds aangewezen is. Zodoende wordt de ondertoezichtstelling met regelmaat op de proef gesteld en wordt er bezien of dit nog het juiste interventie-instrument is. Zo niet, dan zal de ondertoezichtstelling worden beëindigd of zal een gezagsbeëindigende maatregel aan de orde worden gesteld.⁹³ Wat voor een kind een redelijke termijn is, is afhankelijk van zijn leeftijd en ontwikkeling. Voor jongere kinderen zal de aanvaardbare termijn over het algemeen korter zijn dan voor oudere kinderen. Omdat de toepassing van dit uitgangspunt maatwerk vereist, zijn precieze termijnen niet te geven.⁹⁴ Defence for Children International (DCI) pleit voor de opname van een maximale termijn van ondertoezichtstelling met uithuisplaatsing in een pleeggezin in de wet op basis van art. 20 IVRK; het recht op continuïteit en stabiliteit in de opvoeding. Voor kinderen van nul tot en met vijf jaar wordt aanbevolen een maximale termijn van een jaar te doen gelden en voor kinderen van zes tot en met elf jaar een maximale termijn van twee jaar. Volgens het DCI dient de term “aanvaardbare termijn” nader te worden gespecificeerd op grond van sociaalwetenschappelijke kennis. Een nadere invulling van de term zou niet aan de kinderrechter moeten worden overgelaten.⁹⁵

In het kader van de bescherming van het ongeborn kind is het denkbaar dat de grens tussen een voorlopige en een reguliere ondertoezichtstelling in de toekomst zal vervagen, nu er eerder aan de grond tot ondertoezichtstelling wordt voldaan. De dreiging voor de ouders dat zij binnen de maximale termijn van drie maanden voorlopige ondertoezichtstelling zullen moeten voldoen aan de eisen die de gezinsvoogd stelt om te voorkomen dat hun kindje voor een jaar onder toezicht zal worden gesteld en wellicht uit huis zal worden geplaatst, wordt kleiner wanneer het vertrouwen wordt geuit dat er wellicht volstaan kan worden met een ondertoezichtstelling van bijvoorbeeld in totaal een half jaar. Daarnaast is het mogelijk dat de rechterlijke toetsing na een voorlopige ondertoezichtstelling van enkele maanden uitwijst dat er kan worden volstaan met hulp in vrijwillig kader en er dus geen noodzaak meer bestaat tot reguliere ondertoezichtstelling van de pasgeborene.

§ 8.2.3 Duur van de termijn voorlopige ondertoezichtstelling van het ongeborn kind

Artikel 257

- 1. *De kinderrechter kan de minderjarige voorlopig onder toezicht stellen van een stichting indien een ernstig vermoeden bestaat dat de grond, bedoeld in artikel 255, eerste lid, is vervuld en de maatregel noodzakelijk is om een acute en ernstige bedreiging voor de minderjarige weg te nemen.*
- 2. *Het tweede lid van artikel 255 is van overeenkomstige toepassing. De kinderrechter bepaalt de duur van dit toezicht op ten hoogste drie maanden en kan de beslissing te allen tijde herroepen.*

Ter vergelijking van een voorlopige *ondertoezichtstelling* en een voorlopige *voogdij*, is de termijn voor voorlopige *voogdij* tot op heden bepaald op standaard zes weken met de mogelijkheid voor de rechter de duur te bepalen op twaalf weken. Aangevoerd kan worden dat in het geval van een voorlopige ondertoezichtstelling een termijn van minder dan drie maanden te kort is om te komen tot indiening van een voldoende, met onderzoek onderbouwd verzoekschrift tot definitieve ondertoezichtstelling. Anderzijds kan er worden aangevoerd dat een kortere vervalt termijn van bijvoorbeeld zes weken de periode van rechtsonzekerheid voor de ouder zo kort mogelijk doet zijn. Zodoende is het vanwege de ernst van de maatregelen en de inbreuk die de maatregel op het privéleven maakt, van belang goed af te wegen of een termijn van drie maanden niet te lang is. Eveneens is de zorgvuldigheid van het onderzoek een waarborg

⁹³ *Kamerstukken II 2008/09, 32 015, nr. 3, p. 9-10 (MvT).*

⁹⁴ *Kamerstukken II 2008/09, 32 015, nr. 3, p. 10-11 (MvT).*

⁹⁵ “Ontwerp-wet herziening kinderbeschermingsmaatregelen”, DCI 15 februari 2008, www.ecpat.sitespirit.nl (zoek op *ontwerp-wet*).

voor de ouder waarmee zijn rechtszekerheid is gediend. De duur dient af te worden gestemd op het concrete geval en in het geval van een geringe bedreiging zou er dus ook gepleit kunnen worden voor een voorlopige ondertoezichtstelling van kortere duur dan de reguliere drie maanden.

In het kader van de bescherming van het ongeboren kind, kan de termijn niet eenduidig worden gesteld omdat er sprake is van een tweetal soorten bedreigingen welke zijn te onderscheiden in een directe bedreiging in de belangen *tijdens* de zwangerschap en de zorgen over verzorging en opvoeding *na* de geboorte. Er dient te worden gepleit voor meer rechtszekerheid van de ouders in verschillende situaties.

Bedreiging in de belangen ongeboren kind tijdens de zwangerschap

In het geval van middelenmisbruik door de aanstaande moeder, wordt het ongeboren kind direct in gezondheid en ontwikkeling bedreigd en geschaad. Het is wellicht noodzakelijk dat de zwangerschap wordt begeleid en dat er van tijd tot tijd controle plaatsvindt op het verloop van de zwangerschap en de ontwikkeling van het kindje. Ook na de geboorte van het kind, zal er gepleit worden voor controle op de ontwikkeling van het kindje en hulpverlening aan de ouder, al dan niet in een vrijwillig of gedwongen kader. Het pleiten voor een voorlopige ondertoezichtstelling van zes weken lijkt dan niet wenselijk en zowel het ongeboren kind, de aanstaande ouders als het onderzoek is gebaat bij de reguliere termijn van voorlopige ondertoezichtstelling.

Zorgen over de verzorging en opvoeding na de geboorte

Bovenstaande situatie is niet te vergelijken met de zorgen omtrent de opvoedingscapaciteiten van onder andere verstandelijk beperkte ouders of ouders met psychische problematiek of een zeer traumatisch verleden. Hierbij is het van belang dat er wordt gekeken of de ouders de dagelijkse routine van het verzorgen en opvoeden van een pasgeborene aankunnen. Het pleiten voor hulpverlening in een vrijwillig kader is hierbij een veel vanzelfsprekendere optie, ook wanneer er niet aan de naaste steun van familie of vrienden kan worden voldaan. Het pleiten voor een voorlopige ondertoezichtstelling van zes weken is een mogelijke stok achter de deur om een netwerk van zorg en toezicht te kunnen spannen. Hierbij kan worden gedacht aan het op orde brengen van de kinderkamer en het aanleren van de dagelijkse routine. Per geval kan er dan worden bepaald of dit van belang is en dan wel *voor* of *na* de geboorte. Toestanden als in het geval van baby Hendrikus waarbij het kindje van verstandelijk beperkte ouders onverwacht een dag na zijn geboorte voorlopig uit huis werd geplaatst op grond van “onmiddellijk en ernstig gevaar” en waarbij de redenen om hem uit huis plaatsen verschoven van “ernstig gevaar” tot “emotionele opvoedkundige vaardigheden”, zijn onwenselijk. De heer Reinders is hoogleraar ethiek aan de Vrije Universiteit Amsterdam (VU) en trekt na bestudering van de uitspraken de conclusie dat de hoogte van het IQ van de ouders uiteindelijk de enige reden was.⁹⁶ Uit onderzoek blijkt de hoogte van het IQ geen voorspellende factor is voor opvoedingsvaardigheden, maar wel de bereidheid tot de aanvaarding van hulp. Wanneer ouders openstaan voor hulp en blijf geven van kennis over babyverzorging, mag het IQ van de ouder geen isoleerbare factor zijn om een kind onder toezicht te stellen. Wanneer een kind enkel en alleen om die reden uit huis wordt geplaatst, wordt de lat hoger gelegd dan voorheen, aldus de heer Reinders.⁹⁷

§ 8.3 Schriftelijke aanwijzingen ter bescherming van het ongeboren kind en het wetsvoorstel 32 015

Een schriftelijke aanwijzing staat in dienst van de realisering van het doel van ondertoezichtstelling en mag niet in strijd zijn met wet- en regelgeving. In de toekomst heeft het Bureau Jeugdzorg op grond van voorgesteld art. 1:263 BW de mogelijkheid om de aanwijzing ter bekrachtiging voor te leggen aan de kinderrechter wanneer de ouders niet tegen het besluit zijn ingegaan, maar wel hun medewerking blijven weigeren. Deze mogelijkheid is opgenomen, omdat een reële sanctie naar aanleiding van niet-naleving van deze schriftelijke aanwijzing ontbrak, waardoor het instrument slechts beperkt werd ingezet. Een verderstrekkende maatregel wordt vaak als zwaar middel gezien als reactie op het niet naleven van de aanwijzing. Het is een zeer kwalijke zaak dat schriftelijke aanwijzingen tot op heden niet worden opgelegd,

⁹⁶ Rb. Arnhem 10 november 2008, *LJN* BG3849; Rb. Arnhem 2 februari 2009, *LJN* BH1556; Rb. Arnhem 29 april 2009, *LJN* BI2829; Rb. Arnhem 15 juli 2009, *LJN* BJ2692.

⁹⁷ J. Mat, “Baby Hendrikus mag weer naar huis. Zorg bij zwakbegaafde ouders”, *NRC* 30 april 2009.

omdat de aanwijzing niet gehandhaafd kan worden en de sancties te star zijn. Bekrachtiging zal door het gezag van de kinderrechter een stimulans voor de ouders vormen om de schriftelijke aanwijzing alsnog na te leven en maakt het zodoende mogelijk een “second opinion” in te winnen bij de kinderrechter. Mocht echter ook deze beschikking van de kinderrechter niet worden nageleefd, dan kan deze weigering alsnog aanleiding zijn voor een verderstrekkende maatregel als uithuisplaatsing. Vooral in het kader van de bescherming van het ongeboren kind zijn schriftelijke aanwijzingen van belang om de ondertoezichtstelling te laten slagen. De civielrechtelijke dwangmiddelen die hiertoe in de toekomst kunnen worden aangewend, kunnen alleen worden opgelegd indien het belang van het kind zich daar niet tegen verzet en dienen ervoor te zorgen dat de aanstaande moeder meewerkt aan controles op de ontwikkeling van haar ongeboren kind.⁹⁸ De kinderrechter beoordeelt de verzochte bekrachtiging van de schriftelijke aanwijzing. Dit betekent dat de kinderrechter de bekrachtiging ook kan afwijzen indien hij de aanwijzing bijvoorbeeld in strijd acht met internationaal of nationaal recht.⁹⁹ Mogelijk kan hierbij ook worden gedacht aan een afweging van de belangen van het kind, namelijk controles tijdens de zwangerschap op zijn ontwikkeling, en de rechten van de aanstaande moeder, namelijk het recht op zelfbeschikking en het recht op lichamelijke integriteit. Ten aanzien van de schriftelijke aanwijzing, kunnen de ouders de kinderrechter ook verzoeken de schriftelijke aanwijzing in zijn geheel of gedeeltelijk vervallen te verklaren binnen een termijn van twee weken ex voorgesteld art. 1:264 BW. De kinderrechter zal in dat geval beoordelen of de aanwijzing volgens de regels tot stand is gekomen, bijdraagt aan de afwending van de concrete bedreigingen in de ontwikkeling van het kind, niet in strijd is met wet- en regelgeving en niet disproportioneel ingrijpt in het familie- en gezinsleven. In de beoordeling houdt de kinderrechter rekening met gewijzigde omstandigheden en toetst dus ex nunc. De kinderrechter kan slechts de aanwijzing gedeeltelijk of geheel vervallen verklaren, maar is niet in de positie om een andere schriftelijke aanwijzing hiervoor in de plaats te stellen, aangezien deze bevoegdheid aan het Bureau Jeugdzorg toekomt.¹⁰⁰

§ 8.4 Vereiste machtiging tot uithuisplaatsing en het pasgeboren kind

Artikel 265a BW

Plaatsing van de minderjarige gedurende dag en nacht buiten het gezin geschiedt uitsluitend met een machtiging tot uithuisplaatsing.

Conceptartikel 1:265a BW bepaalt dat een pasgeborene die, al dan niet al tijdens de zwangerschap, onder toezicht is gesteld, in de toekomst slechts met een machtiging uit huis kan worden geplaatst. Dit is een wijziging ten opzichte van het huidige art. 1:258 lid 3 BW, indien de ouders hun bezwaar niet hadden laten blijken. Feit blijft dat een uithuisplaatsing diep ingrijpt in het familie- en gezinsleven. Het Bureau Jeugdzorg zal bij het afgeven van een indicatiebesluit een afweging maken of uithuisplaatsing ten behoeve van de verzorging en opvoeding van het kindje noodzakelijk is en er geen andere mogelijkheden voorhanden zijn om aan hem of haar de benodigde zorg te bieden om zijn belangen veilig te stellen. Het betreft pasgeborenen over wie de kinderrechter heeft geoordeeld dat aan de grond van de ondertoezichtstelling reeds is voldaan en dat derhalve onder meer de noodzakelijk zorg niet of onvoldoende wordt geaccepteerd. Omdat hulp in of vanuit de thuissituatie het uitgangspunt behoort te zijn, is het van belang dat de kinderrechter ook een vergaande inbreuk op het familie- en gezinsleven te allen tijde toetst. Daar komt bij dat plaatsing van een pasgeboren kind zonder machtiging zou betekenen dat een ouder bevoegd is de uithuisplaatsing voortijdig af te breken. In die situaties dient dan op zeer korte termijn alsnog een machtiging tot uithuisplaatsing te worden gevraagd. Om deze vaak acute situaties te voorkomen, waarin vrijwel zonder uitzondering voortzetting van de uithuisplaatsing aangewezen is, wordt voorgesteld om het kindje dat onder toezicht is gesteld slechts met een machtiging dag en nacht uit huis te plaatsen. Daarnaast zorgt een machtiging uithuisplaatsing ook voor meer rechtszekerheid wanneer een pasgeborene ter observatie een korte periode in het ziekenhuis wordt opgenomen.

⁹⁸ Kamerstukken II 2008/09, 32 015, nr. 3, p. 10 (MvT).

⁹⁹ Kamerstukken II 2008/09, 32 015, nr. 3, p. 28 (MvT).

¹⁰⁰ Kamerstukken II 2008/09, 32 015, nr. 3, p. 28-29 (MvT).

§ 8.5 Trillium en Project Pleegzorg 2

Ondertoezichtstelling, en in het kader daarvan een eventuele uithuisplaatsing, heeft impliciet een tijdelijk karakter. Dit blijkt onder meer uit de bepaling dat de ouders de verantwoordelijkheid voor de opvoeding en verzorging zoveel mogelijk dienen te behouden en dat de geboden hulp en steun hierop gericht moet zijn. Vooral bij een uithuisplaatsing van een pasgeborene, lijkt het nastreven van het tijdelijke karakter van groot belang. Wanneer er sprake is van een kind dat langdurig uit huis is geplaatst, is er discrepantie tussen de juridische en de feitelijke positie van de ouders. Hoewel de maximale termijn van twee jaar uithuisplaatsing bij de herziening van de ondertoezichtstelling in 1995 is vervallen, biedt dit geen verduidelijking. Een kortdurende plaatsing is bedoeld om het oorspronkelijk gezin zo snel mogelijk weer op de rails te krijgen, het behoud van de ouderlijke verantwoordelijkheid kan dan een extra stimulans betekenen. Naarmate de plaatsing van het kind in een pleeggezin echter langer gaat duren en het kind in het pleeggezin feitelijk opgroeit, doorkruist het behoud van die ouderlijke verantwoordelijkheid de mogelijkheden van de pleegouders om vorm te geven aan hun verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn van het kind en het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid. Het niet samenvallen van de dagelijkse opvoedingssituatie en het juridisch kader waarbinnen de opvoeding plaats kan vinden, klemmt vooral als de beslissingen die genomen moeten worden uitblijven, bijvoorbeeld omdat langdurig drugsverslaafde en zwervende ouders niet bereikbaar blijken op het moment dat er beslissingen over hun kindje moeten worden genomen. Er is zodoende sprake van een kind dat feitelijk zit te wachten totdat het leven van zijn ouders op orde komt zodat terugkeer naar huis mogelijk wordt. Wanneer deze onzekere en besluitloze situatie langdurig voortduurt, dient het wachten op deze omslag niet meer het belang van het kind, dit terwijl art. 3 IVRK pleit voor het belang van het kind als eerste overweging.¹⁰¹

Trillium en het vervolg Project Pleegzorg 2 is toegespitst op de herziening van de pleegzorg. In het kader van deze projecten is er gepleit voor twee varianten van pleegzorg, namelijk een zogenaamd zorgarrangement, waarin een spoedige terugkeer naar het gezin van herkomst centraal staat en een opvoedingsarrangement, waarin het duidelijk is dat het verblijf van het kind in het pleeggezin definitief van aard is omdat de ouders bijvoorbeeld zwaar drugsverslaafd zijn. Het pleidooi voor meer duidelijkheid in de pleegzorg is er voornamelijk gekomen omdat het nogal eens voorkwam dat een ondertoezichtstelling met uithuisplaatsing keer op keer werd verlengd, waarbij elk jaar opnieuw moest worden bezien of het kind terug kon keren naar zijn ouders. Er zijn gevallen bekend waarbij er werd beslist dat het kind na een periode van vele jaren alsnog terug bij zijn ouders moest worden geplaatst. Dit zorgde voor erg veel onzekerheid bij de pleegouders, het kind en de ouders. Voornamelijk pleegzorg als opvoedingsvariant zorgt voor frictie. Bij de opvoedingsvariant is er sprake van permanente pleegzorgplaatsing. Tot op heden biedt het huidige maatregelenpakket onvoldoende mogelijkheden om het permanente karakter van de plaatsing juridisch vorm te geven. Er dient voor het kind duidelijkheid te komen wie de opvoedingsverantwoordelijkheid draagt. Waar niet langer onmacht of ongeschiktheid van de ouders het uitgangspunt is voor verstrekende hulp aan het kind, maar daartegenover juist de opvoedingsbehoefte van het kind als uitgangspunt zal worden genomen, past op een gegeven moment niet meer om het gezag, al dan niet beperkt, bij de ouders te laten. Het gezag zou moeten berusten bij degene die het in de praktijk uitoefent. Dat betekent dat het ouderlijk gezag in het kader van pleegzorg als opvoedingsvariant aan de pleegouders zou moeten worden overgedragen. De huidige wettelijke regeling biedt hiertoe slecht zeer beperkte ruimte. Een gedwongen ontheffing van het ouderlijk gezag en daarop volgende voogdijbenoeming van de pleegouders op grond van het huidige art. 1:268 lid 2 sub d j.o. art. 1:275 lid 2 BW is volgens vaste jurisprudentie niet mogelijk als de ouders zich duurzaam bereid verklaren het kind in het pleeggezin te zullen laten opgroeien.¹⁰² Het achterwege blijven van een ontheffing van de ouders van het gezag, betekent een jaarlijks verplichte gang naar de kinderrechter. Een andere mogelijkheid is dat, gelet op de duurzame bereidverklaring van de ouders hun kind in het pleeggezin te zullen laten opgroeien, de kinderrechter een verzoek tot verlenging van de maatregel en de machtiging afwijst omdat niet langer aan de wettelijke gronden wordt voldaan. Er valt

¹⁰¹ E.C.C. Punselie, *Voor een pleegkind met recht een toekomst. Een studie naar de (rechts)positie van (pleeg)ouders en (pleeg)kinderen in geval van langdurige uithuisplaatsing*, Deventer: Kluwer 2006, p. 70-72.

¹⁰² HR 7 april 2000, NJ 2000, 563.

immers niet in te zien waarom een kindbeschermingsmaatregel als ondertoezichtstelling nodig is, wanneer de ouders hulp in een vrijwillig kader accepteren en toestemming geven hun kind in het pleeggezin te laten verblijven. De pleegzorgplaatsing zou dan in een vrijwillig kader kunnen worden voortgezet. Het constant ter discussie moeten stellen van een permanent bedoelde plaatsing in het kader van een ondertoezichtstelling, dan wel het risico van een abrupte beëindiging van een vrijwillige plaatsing, vormt een forse belemmering in de toepassing van pleegzorg als opvoedingsarrangement en is gezien het tijdelijke karakter onwenselijk.¹⁰³ Door de onderzoekers van het Verwey-Jonker Instituut werd in 2000 al gepleit voor een betere afstemming tussen de ontheffing van het gezag en de ondertoezichtstelling.¹⁰⁴ Wanneer het gaat om langdurige pleeggezinplaatsing, is een ondertoezichtstelling niet de meest passende maatregel en zal er volgens de onderzoekers moeten worden overgegaan tot ontheffing uit het ouderlijk gezag. Ook Trillium en Project Pleegzorg 2 adviseren om de kindbeschermingsmaatregelen beter op elkaar af te stemmen.¹⁰⁵ Deze aanbevelingen lijken niet expliciet terug te komen in het wetsvoorstel tot herziening van de kindbeschermingsmaatregelen, maar enkel in het besluit tot gezagsbeëindiging na de “aanvaardbare” termijn van ondertoezichtstelling met uithuisplaatsing.

§ 8.6 Wetsvoorstel 32 015 en de gezagsbeëindigende maatregel

Artikel 1:266 BW

- 1. *De rechtbank kan het gezag van een ouder beëindigen indien:*
 - a. *een minderjarige zodanig opgroeit dat hij in zijn ontwikkeling wordt bedreigd, en de ouder niet de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding, bedoeld in artikel 247, tweede lid, in staat is te dragen binnen een voor de persoon en de ontwikkeling van de minderjarige aanvaardbaar te achten termijn, of*
 - b. *de ouder het gezag misbruikt.*
- 2. *Het gezag van de ouder kan ook worden beëindigd indien het gezag is geschorst, mits aan het eerste lid is voldaan.*

Ter vereenvoudiging van de kindbeschermingsmaatregelen wordt voorgesteld om de maatregelen van ontheffing en ontzetting uit het ouderlijk gezag te vervangen door één kindbeschermingsmaatregel: de maatregel tot beëindiging van het gezag ex conceptartikel 1:266 BW. De, al dan niet gedwongen, ontheffing en ontzetting vervallen hiermee. In de voorgestelde nieuwe maatregel zijn de ongeschiktheid of onmacht om het kindje naar behoren op te voeden vervat. Deze ongeschiktheid of onmacht vormt tot op heden de grond voor ontheffing van het gezag, alsmede het misbruik van het gezag en ernstige verwaarlozing van de verzorging en opvoeding kan worden aangemerkt als de huidige grond voor ontzetting. Een belangrijk verschil met de bestaande grond voor de ontheffing van het gezag, is dat de instemming van de ouder met de beëindiging van het gezag niet langer is vereist. Een ontheffing tegen de wil van de ouders is tot op heden slechts mogelijk na een ondertoezichtstelling van ten minste zes maanden of een gedwongen uithuisplaatsing van meer dan anderhalf jaar. Door de voorgestelde grond van de maatregel tot beëindiging van het gezag, kan ook in situaties waarin het al bij aanvang van het kindbeschermingstraject duidelijk is dat de ouder niet in staat zal zijn de opvoedingsverantwoordelijkheid binnen een voor de minderjarige aanvaardbare termijn op zich te nemen, direct de gezagsbeëindigende maatregel worden getroffen. Een ondertoezichtstelling hoeft er in die gevallen niet aan vooraf te gaan. Het gaat hierbij om een onderscheid tussen ouderschap en opvoederschap. De nieuwe gezagsbeëindigende maatregel maakt het mogelijk om, indien nodig, vanaf de geboorte van een kind het ouderlijk gezag over dit kind te ontnemen. Hierdoor wordt de ouder feitelijk direct bij de geboorte van het kind het opvoederschap ontnomen. Het contact tussen ouder en kind blijft daarbij wel mogelijk. Op grond van conceptartikel 1:266 lid 1 sub a BW dient de nieuwe maatregel ruimte te bieden voor beëindiging van het gezag in die gevallen waar gerede twijfel bestaat over de bereidheid van de ouders om hun kind duurzaam in een pleeggezin te laten opgroeien. Op basis van de van kracht zijnde wetgeving heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een gedwongen ontheffing in beginsel niet kan worden uitgesproken in het geval dat de betrokken ouder blijkt heeft gegeven van zijn bereidheid om het

¹⁰³ E.C.C. Punselie, *Voor een pleegkind met recht een toekomst. Een studie naar de (rechts)positie van (pleeg)ouders en (pleeg)kinderen in geval van langdurige uithuisplaatsing*, Deventer: Kluwer 2006, p. 195-196.

¹⁰⁴ J. de Savorin Lohman e.a., *Met recht onder toezicht gesteld. Evaluatie herziene OTS-wetgeving*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 2000.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II 2008/09, 32 015, nr. 3, p. 4-5 (MvT).*

kind in een pleeggezin te laten opgroeien. Dit vereiste kan worden genuanceerd wanneer het belang van het kind bij stabiliteit en continuïteit in zijn opvoedingssituatie heroverweging behoeft, in zoverre dat het blijkt geven van die duurzame bereidheid weliswaar in de beoordeling moet worden betrokken, maar niet zonder meer in de weg mag staan aan gedwongen ontheffing.¹⁰⁶ Zodoende zal de rechter moeten beoordelen of een gezagsbeëindigende maatregel aan de orde is op grond van alle omstandigheden van het geval. Het wetsvoorstel vormt in die zin een codificatie van de praktijk. Indien gedurende de uitvoering van een ondertoezichtstelling het op een gegeven moment duidelijk is dat de ouders nimmer de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding kunnen dragen, dienen de inspanningen van de gezinsvoogdijwerken erop gericht te zijn acceptatie bij de ouders van die situatie te bevorderen. Hiermee kan immers een eventuele gezagsbeëindiging worden voorkomen, omdat de hulpverlening bij acceptatie in vrijwillig kader kan worden voortgezet. De beëindiging van het gezag zou uitdrukkelijk niet betekenen dat de ouders geen rol meer spelen in het leven van hun kind. Hiertoe wordt aangevoerd dat zij recht hebben op informatie over de ontwikkeling van het kind en recht hebben op contact met het kind voor zover het belang van het kind zich hier niet tegen verzet. Daarnaast wordt aangevoerd dat de ouders “bovendien” de mogelijkheid hebben te allen tijde een verzoek in te dienen om hersteld te worden in het gezag in de zin van voorgesteld art. 1:277 BW.¹⁰⁷

In het wetsvoorstel wordt er voor de opname in de wet van één gezagsbeëindigende maatregel gepleit omdat een onderscheid in ontheffing en ontzetting van het ouderlijk gezag niet meer doeltreffend wordt geacht. De formulering van de huidige maatregelen tot gezagsbeëindiging ligt hieraan ten grondslag. In zowel het geval van ontheffing als in het geval van ontzetting moet er tot op heden sprake zijn van een tekortkoming in de opvoeding door *de ouder*. De huidige maatregelen zijn hierdoor in overwegende mate gericht op het in stand laten van het opvoedingsrecht van de ouder ex art. 5 IVRK. Zoals in de vorige alinea aangehaald, kan een ouder die zich duurzaam bereid verklaard het kind in een pleeggezin te laten opgroeien, op grond van het positieve recht in beginsel niet uit het gezag worden ontheven. Pas op het moment dat blijkt dat het in stand laten van het ouderlijk gezag een nadelig effect heeft op het kind, wordt er overgegaan tot gedwongen ontheffing. Om continuïteit en stabiliteit in de opvoedings- en verzorgingssituatie te creëren, is het van belang om voor zowel de het kind, de pleegouders als de ouders duidelijkheid te scheppen. Wanneer het vermoeden rijst dat een uithuisplaatsing de vorm van een langdurige opvoedingssituatie aanneemt of zal aannemen, dan is enkel een gezagsbeperkende maatregel niet of niet meer op zijn plaats. Eén geïntegreerd artikel dat toeziet op een gezagsbeëindigende beslissing waarbij het belang van het kind voorop staat, wordt in het wetsvoorstel als doeltreffend bevonden.¹⁰⁸

Om bij een gezagsbeëindiging aan specifiek het vereiste “noodzakelijkheid” ex art. 8 lid 2 EVRM te kunnen voldoen, zal in de meeste gevallen voorafgaand aan de gezagsbeëindiging een ondertoezichtstelling plaatsvinden. Niet zelden zullen immers zonder voorafgaande ondertoezichtstelling te weinig feiten beschikbaar zijn om het verzoekschrift tot beëindiging van gezag in voldoende mate te kunnen onderbouwen. Voorgaande is na een ondertoezichtstelling eenvoudiger omdat dan beter verantwoord kan worden dat, ondanks de verleende hulp en steun, de ouders niet in staat zijn om hun verantwoordelijkheid binnen de voor de ontwikkeling van het kind te aanvaarden termijn, op zich te nemen. De vraag of een gezagsbeëindiging aan de orde is, komt bij iedere verlenging van de ondertoezichtstelling steeds nadrukkelijker aan de orde.¹⁰⁹ Het ijkpunt voor het bepalen van de aanvaardbare periode waarin het onzeker is in welk gezin het kind zal opgroeien, wordt vastgesteld aan de hand van de periode die het kind kan overbruggen zonder verdergaande ernstige schade voor zijn ontwikkeling op te lopen. Het gezag kan dan mogelijk, aansluitend op Trillium en Pleegzorg 2, na overschrijding van deze aanvaardbare termijn worden overgedragen aan de feitelijke opvoeders zoals de pleegouders. Dit is een belangrijke concretisering van het belang dat een kind heeft bij stabiliteit en continuïteit in de verzorging en opvoeding. Bij de eerste

¹⁰⁶ HR 4 april 2008, NJ 2008, 506.

¹⁰⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 32 015, nr. 3, p. 12 (MvT).

¹⁰⁸ T.C.A. Ruinaard-Joossen, *Kinderen eerst: in de rechtbank. Herziening kinderbeschermingsmaatregelen in de praktijk* (bachelorscriptie JHS Tilburg), 2009.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 32 015, nr. 3, p. 35 (MvT).

verlenging, en zeker na een periode van twee jaar, moet worden overwogen of het kind nog langer in onzekerheid mag blijven over zijn toekomstige opvoedingssituatie. Zoals besproken, is deze termijn afhankelijk van de leeftijd en ontwikkeling van het kind.¹¹⁰ DCI pleitte daarom in haar advies voor een maximale termijn voor kinderen van nul tot en met vijf van een jaar en voor kinderen van zes tot en met elf voor een maximale termijn van twee jaar.

§ 8.7 Samenvatting en concluderende opmerkingen

In de toekomst zal de grond voor ondertoezichtstelling worden verruimd, dit betekent dat er al sprake kan zijn van een oplegging van een kinderbeschermingsmaatregel wanneer dit nodig lijkt te zijn voor het onbedreigd opgroeien van het kindje. In het kader van de bescherming van het ongeboren kind wordt er dus wellicht eerder aan de grond voor ondertoezichtstelling voldaan, waardoor er in een eerder stadium hulp, al dan niet in een vrijwillig kader, kan worden geboden aan de ouders. Enerzijds zorgt de verruiming van de grond ook voor het vervallen van de specifieke, vastgelegde wettelijke gronden waarop een ondertoezichtstelling kan worden opgelegd, waardoor er juist meer onduidelijkheid en wellicht angst en wantrouwen wordt geschept bij de aanstaande ouders ten opzichte van de mogelijkheid tot voorlopige ondertoezichtstelling van hun ongeboren kindje. Anderzijds zullen de concrete bedreigingen in de ontwikkeling van het ongeboren kind in de beschikking tot reguliere ondertoezichtstelling moeten worden opgenomen en zal de duur hierop moeten worden afgestemd, hetgeen teweeg brengt dat de bedreigingen specifiekere als grond moeten worden gemotiveerd dan in het huidige recht aan de orde is.

Er zal een splitsing worden gemaakt in de gezagsbeperkende en de gezagsbeëindigende maatregel. De gezagsbeperkende maatregel ziet toe op situaties waarin het vermoeden kan worden gerechtvaardigd dat de ouders de verantwoordelijkheid voor hun kindje binnen een bepaalde, maar aanvaardbare termijn weer volledig kunnen dragen. Onduidelijk is wat onder een “aanvaardbare” termijn wordt verstaan, jurisprudentie zal hier wellicht in de toekomst vorm aan dienen te geven. Dit is tegen het advies van DCI, die pleit voor opname van de termijn in de wet aan de hand van aanbevelingen op grond van sociaalwetenschappelijke kennis. In het wetsvoorstel wordt wel gesteld dat de aanvaardbare termijn voor zeer jonge kinderen korter is dan voor oudere kinderen. DCI pleit voor een maximale termijn van een jaar voor kinderen van nul tot en met vijf en voor een maximale termijn van twee jaar voor kinderen van zes tot en met elf jaar.

In tegenstelling tot de gezagsbeperkende maatregel, kan de verwachting van herstel binnen een aanvaardbare termijn bij een gezagsbeëindigende maatregel niet worden gerechtvaardigd. Tot op heden is het eerder regel dan uitzondering dat er wordt aangevangen met een zo licht mogelijke kinderbeschermingsmaatregel. In de toekomst zal het echter mogelijk zijn hieraan voorbij te gaan en de keuze te maken voor een direct gezagsbeëindigende maatregel. In het kader van de bescherming van het ongeboren kind kan worden gesteld dat het gebruik van alcohol of drugs door de moeder kan worden aangemerkt als het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel wanneer er sprake is van een verstoring van de geestesvermogens. Zodoende is er sprake van een strafbaar feit dat zich richt tegen de belangen van het kind, wat een grond voor directe gezagsbeëindiging in verwijtbare zin oplevert.

Een wijziging ten opzichte van het positieve recht, is dat de rechter in de toekomst ambtshalve kinderen onder toezicht kan stellen wanneer deze niet in het verzoek van de Raad voor Kinderbescherming of het Openbaar Ministerie staan opgenomen. Dit element lijkt onwenselijk, nu een dergelijk onderzoek naar de noodzaak mogelijk verloren kan gaan. Er liggen redenen aan ten grondslag waarom het kind niet in het verzoek staat opgenomen, deze zullen onder andere kunnen worden gezocht in het stadium van de zwangerschap. Een verzoek van de Raad voor de Kinderbescherming aan de kinderrechter het verzoekschrift aan te vullen met een levensvatbare ongeboren kind, is wel wenselijk nu dit een adequate bescherming van het ongeboren kind wellicht ten goede komt. Op deze manier hoeft er niet meer te worden gewacht op het moment dat het kind elk moment ter wereld kan komen om een nieuw verzoek tot voorlopige

¹¹⁰ *Kamerstukken II 2008/09, 32 015, nr. 3, p. 10 (MvT).*

ondertoezichtstelling van de ongeborene in te dienen. Daarnaast kan er worden bepleit dat de kinderrechter als beslisser op de stoel gaat zitten van de verzoeker, hetgeen strijd oplevert.

In het huidige artikel waarin de grond voor ondertoezichtstelling staat beschreven, dienen andere middelen ter afwending van de bedreiging te hebben gefaald of zullen deze naar verwachting falen. In het wetsvoorstel wordt gesteld een kind enkel en alleen onder toezicht te kunnen stellen wanneer de zorg die verband houdt met het wegnemen van de bedreiging, noodzakelijk is voor het kind *of voor de ouders* en deze zorg niet of onvoldoende wordt geaccepteerd. Positief punt aan deze toekomstige wijziging is dat er wordt benadrukt dat hulp in een vrijwillig kader moet zijn aangewend, wil een ondertoezichtstelling uitgesproken kunnen worden. Enigszins opmerkelijk is dat de ouder wordt betrokken in de zorg die verband houdt met het wegnemen van de bedreiging. Hoewel deze zorg ongetwijfeld is bedoeld in het belang van het kind, lijkt het misplaatst het huidige uitgangspunt dat *het kind* onder toezicht wordt gesteld, te verruimen naar een indirecte ondertoezichtstelling van het gezin en meer specifiek *de ouder*. In het belang van het ongeboren kind, schept deze bepaling daarentegen wel perspectieven in de zin dat de controle op de ontwikkeling van het ongeboren kind door middel van verplichte echo's hiermee kan worden gewaarborgd nu deze controles kunnen worden aangemerkt als een essentiële vorm van zorg. Zo kan er een ondertoezichtstelling worden uitgesproken wanneer de aanstaande moeder niet bereid is om in een vrijwillig kader mee te werken aan het waarborgen van de gezondheid van haar kind. Het nakomen van afspraken met de gynaecoloog en verpleegkundige kan dan ook aangemerkt worden als een passende vorm van zorg.

Nu het wetsvoorstel ervoor pleit per geval en gelet op de concrete bedreigingen in de ontwikkeling van het kindje te bepalen welke termijn doeltreffend is, is het mogelijk om de maatregel voor een korte tijd uit te spreken. Dit in tegenstelling tot het huidige recht, waarin een ondertoezichtstelling al snel wordt uitgesproken voor de duur van ten minste een jaar. Het voorlopig onder toezicht stellen van een ongeboren kind kan worden aangemerkt als een enigszins voorbarige maatregel, daar het onderzoek nog moet worden gestart. Binnen de termijn van drie maanden zal er een grond voor een definitieve ondertoezichtstelling moeten worden aangewend, waarna er mogelijk zal worden verzocht om een ondertoezichtstelling voor de duur van een jaar. Zodoende zullen de aanstaande ouders zeer wantrouwend zijn ten opzichte van de gezinsvoogd. Nu de grond voor ondertoezichtstelling is verruimd en er daarnaast wordt benadrukt dat hulp in een vrijwillig kader de voorkeur verdient, zal er sprake zijn van een positieve wending in de houding van de (aanstaande) ouders. Zodoende kan de maatregel ook worden uitgesproken voor de resterende duur van de zwangerschap en wanneer nodig een korte periode daarna. Overigens kan de ondertoezichtstelling ook tussentijds worden opgeheven, dit lijkt echter minder voor de hand liggend nu de duur van de ondertoezichtstelling niet langer mag duren dan noodzakelijk is.

Ook in het huidige recht kan de gezinsvoogd een schriftelijke aanwijzing geven. Een reële sanctie naar aanleiding van niet-naleving ontbreekt tot op heden echter, waardoor er in het wetsvoorstel de bepaling is opgenomen dat de aanwijzing ter bekrachtiging aan de kinderrechter kan worden voorgelegd.

Wanneer het wetsvoorstel doorgang vindt, zal een kind dat onder toezicht is gesteld slechts met een machtiging uit huis kunnen worden geplaatst. Tot op heden is het mogelijk een kindje uit huis te plaatsen wanneer de ouders hun bezwaar vooralsnog niet laten blijken. Wanneer er aan de huidige, enigszins ruime, uithuisplaatsing wordt vastgehouden, bestaat het gevaar dat de ouder te pas en te onpas kan aanvoeren dat een uithuisplaatsing niet meer van belang is en zodoende het kind kan teruggeisen. Door te bepalen dat een kind alleen met een machtiging uit huis kan worden geplaatst, wordt dit probleem wellicht ondervangen.

De kinderbeschermingsmaatregelen ontheffing en ontzetting zullen in de toekomst mogelijk worden vervangen door een enkele maatregel, namelijk de gezagsbeëindigende maatregel. Wel worden de huidige gronden in de nieuwe maatregel vervat. Belangrijk verschil is echter dat instemming van de ouders met de beëindiging van het gezag, zoals tot op heden het geval is bij ontheffing, niet langer is vereist. De wellicht toekomstige maatregel maakt het mogelijk om de ouders direct vanaf de geboorte het ouderlijk gezag te ontnemen. Daarnaast kan een gezagsbeëindigende maatregel naar positief recht in beginsel niet worden

uitgesproken in het geval de ouder blijkt geeft van zijn bereidheid het kindje te laten opgroeien in een pleeggezin.

Trillium en het vervolg Project Pleegzorg 2 ziet toe op twee varianten van pleegzorg welke kunnen worden onderscheiden in pleegzorg als onderdeel van een zorgprogramma en pleegzorg als opvoedingssituatie. Bij de zorgvariant staat een snelle terugkeer naar het ouderlijk gezin centraal, terwijl de opvoedingsvariant een definitiever karakter van verblijf in het pleeggezin kent. De opvoedingsvariant strookt niet met de juridische overwegingen, nu een uithuisplaatsing per definitie tijdelijk behoort te zijn. Wanneer de ouder laat blijken dat hij bereid is het kind in een pleeggezin te laten opgroeien, kan in beginsel een gedwongen ontheffing niet worden uitgesproken. De Hoge Raad bepaalde echter in 2008 dat wanneer het belang van het kind gebaat is bij stabiliteit en continuïteit, de opvoedingssituatie een heroverweging kan behoeven in de zin dat de duurzame bereidheid van de ouder dan wel in de beoordeling moet worden betrokken, maar niet zonder meer in de weg mag staan aan een ontheffing. Het is immers zo dat bij iedere verlenging van de ondertoezichtstelling met een machtiging uithuisplaatsing de vraag of gezagsbeëindiging aan de orde is, steeds nadrukkelijker aan de orde komt. Door de onderzoekers van het Verwey-Jonker Instituut werd in 2000 al gepleit voor een betere afstemming tussen de ontheffing van het gezag en de ondertoezichtstelling. Wanneer het gaat om langdurige pleeggezinplaatsing, is een ondertoezichtstelling niet de meest passende maatregel en zal er volgens de onderzoekers moeten worden overgegaan tot ontheffing uit het ouderlijk gezag. Ook Trillium en Project Pleegzorg 2 adviseren om de kindbeschermingsmaatregelen beter op elkaar af te stemmen. Deze aanbevelingen lijken niet expliciet terug te komen in het wetsvoorstel tot herziening van de kindbeschermingsmaatregelen, maar enkel in het besluit tot gezagsbeëindiging na de “aanvaardbare” termijn van ondertoezichtstelling met uithuisplaatsing.

In het wetsvoorstel wordt gepleit voor het laten vervallen van het onderscheid in een ontheffing en een ontzetting van het ouderlijk gezag, maar deze te vervatten in één gezagsbeëindigende maatregel. Aan dit voorstel ligt ten grondslag dat de maatregelen in het positieve recht erg gericht zijn op het behoud van het opvoedingsrecht van de ouder. Een geïntegreerd artikel dat het belang van het kind centraal stelt, wordt daarom wenselijk geacht.

Om een gezagsbeëindigende maatregel te kunnen onderbouwen, zal in veel gevallen allereerst worden aangevangen met een ondertoezichtstelling om aan de vereisten van art. 8 lid 2 EVRM te voldoen. Hieraan ligt ten grondslag dat de gezagsbeëindiging “noodzakelijk” moet zijn. De gezagsbeëindigende maatregel komt in het licht van stabiliteit en continuïteit in de opvoeding van het kind ex art. 20 IVRK na de “aanvaardbare” termijn nadrukkelijk aan de orde.

Hoofdstuk 9 Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk zullen de conclusies op basis van de onderzoeksresultaten worden geformuleerd. Eveneens zullen er naar aanleiding van deze constatering een aantal aanbevelingen worden gedaan ten behoeve van de bescherming van het ongeboren kind.

§ 9.1 Conclusies

De belangrijkste conclusies, onderverdeeld naar onderwerp, zullen in deze paragraaf worden weergegeven.

§ 9.1.1 Mogelijkheid tot ondertoezichtstelling van het ongeboren kind

Artikel 1:2 BW bepaalt dat een ongeboren vrucht wordt aangemerkt als reeds geboren zo dikwijls zijn belang dit vordert. Met deze bepaling wordt ook toegezien op het medisch en opvoedkundig belang nu er sprake is van bescherming van de lichamelijke en geestelijke gezondheid en ontwikkeling van het ongeboren kind bij ondertoezichtstelling. Een ongeboren kind kan in die zin dus worden aangemerkt als een “minderjarige” en daarom onder toezicht worden gesteld.

Afbreking van de zwangerschap na een periode van vierentwintig weken wordt in art. 82 WvSr aangemerkt als het doden van een levensvatbare vrucht en wordt daarom strafbaar gesteld. Wanneer een zwangere vrouw in de periode voorafgaand aan deze grens van vierentwintig weken geen gebruik heeft gemaakt van haar recht op abortus, heeft zij weloverwogen voor het moederschap kunnen kiezen en daarom de morele en juridische plicht het leven van haar ongeboren kind te beschermen en een adequate prenatale zorg in acht te nemen.

In het wetsvoorstel tot herziening van de kinderbeschermingsmaatregelen wordt gepleit voor het toekomen van een nieuwe bevoegdheid aan de kinderrechter, namelijk het ambtshalve onder toezicht stellen van kinderen die niet in het verzoekschrift staan opgenomen. In het kader van de bescherming van het ongeboren kind is deze bepaling enigszins onwenselijk, nu een onderzoek naar de noodzakelijkheid en rechtmatigheid van een ondertoezichtstelling van het ongeboren kind verloren dreigt te gaan. Daarbij gaat de rechter als beslisser tevens op de stoel zitten van de Raad voor de Kinderbescherming en het Openbaar Ministerie als verzoeker waaraan tot op heden deze bevoegdheid is voorbehouden. Het element dat de Raad voor de Kinderbescherming in de toekomst de kinderrechter kan verzoeken tot het aanvullen van het verzoek met een levensvatbaar ongeboren kind is daarentegen wel wenselijk, nu er geen apart verzoek tot ondertoezichtstelling van het ongeboren kind moet worden ingediend wanneer het kindje ieder moment ter wereld kan komen.

§ 9.1.2 Ondertoezichtstelling gericht op het kind

Een ondertoezichtstelling moet expliciet zijn gericht op de waarborging van de belangen van het kind. Nu een zwangere vrouw onlosmakelijk is verbonden met de ongeboren vrucht, wordt er in het geval van ondertoezichtstelling wellicht inbreuk gemaakt op haar lichamelijke integriteit en haar recht op autonomie.

Wanneer een ongeboren kind (voorlopig) onder toezicht is gesteld, kunnen er twee vormen van uithuisplaatsing worden onderscheiden zodra het kindje wordt geboren. Namelijk de vrijwillige plaatsing door de ouders en de plaatsing door de gezinsvoogd. Indien een plaatsing in het ziekenhuis noodzakelijk wordt geacht ter observatie van de pasgeborene, wordt enkel een plaatsing door de gezinsvoogd aangehaald. Een vrijwillige plaatsing door de ouder heeft naar het oordeel van de rechtbank geen kans van slagen wanneer de moeder hulpverlening voor zichzelf niet nodig acht. Omdat een ondertoezichtstelling is gericht op de waarborging van de belangen van het ongeboren kind, zou deze overweging niet de doorslag mogen geven wanneer de moeder duurzaam openstaat voor hulpverlening ten behoeve van haar kindje.

§ 9.1.3 Toekomstige ondertoezichtstelling

De voorgestelde formulering van de grond voor ondertoezichtstelling verduidelijkt dat de grens tussen hulp in een vrijwillig en hulp in een opgelegd kader ligt bij de acceptatie van de noodzakelijke zorg. Indien vaststaat dat de zorg niet of onvoldoende wordt geaccepteerd door de ouders, is het mogelijk om het ongeboren kind of de pasgeborene onder toezicht te stellen. De aangeboden zorg dient wel zodanig passend te zijn dat het zorgaanbod een relatie legt tussen de bedreiging van het kind en het wegnemen van die bedreiging. In het kader van de bescherming van het ongeboren kind en de pasgeborene kan het maken en nakomen van afspraken met de gynaecoloog, de verloskundige en het consultatiebureau worden aangewend als een passende vorm van zorg. Nu de ouder als element in de voorgestelde bepaling tot ondertoezichtstelling wordt opgenomen, worden er perspectieven geschept de belangen van het ongeboren kind te beschermen door middel van controles op de zwangerschap als essentiële vorm van zorg. Wanneer de aanstaande moeder niet in een vrijwillig kader bereid is om mee te werken aan het waarborgen van de gezondheid van haar ongeboren kind, kan er alsnog een ondertoezichtstelling plaatsvinden.

In de wellicht toekomstige bepaling die toeziet op de ondertoezichtstelling wordt benadrukt dat hulp in een vrijwillig kader tevergeefs moet zijn aangereikt, wil een ondertoezichtstelling uitgesproken worden. In het kader van de bescherming van het ongeboren kind is dit een positieve ontwikkeling, nu regelmatig voorkomende situaties waarin de pasgeborene met spoed onder toezicht wordt gesteld en uit huis wordt

geplaatst zonder dat de ouders tijdens de zwangerschap op de hoogte waren van een dergelijk voornemen, dienen te worden voorkomen.

Het wetsvoorstel pleit voor verruiming van de grond voor ondertoezichtstelling. Al bij een gegronde vermoeden van bedreiging van de belangen van het ongeboren kind, zal het in het toekomst mogelijk zijn in het gezag in te grijpen. Nu er in het toekomstige recht eerder zal worden voldaan aan de grond voor ondertoezichtstelling, kan worden gepleit voor het bieden van (vrijwillige) hulp in een eerder stadium. Aan de ene kant zorgt een verruiming van de grond voor een minder specifieke wettelijke grond waarop een ondertoezichtstelling kan worden opgelegd. Hierdoor wordt er voornamelijk bij de aanstaande ouders van een ongeboren kind mogelijk meer onduidelijkheid, angst en wantrouwen geschapt ten aanzien van de mogelijkheid tot *voorlopige* ondertoezichtstelling van hun ongeboren kindje ex art. 1:257 BW, hetgeen moet worden voorkomen. Anderzijds zal de rechter in de beschikking tot *reguliere* ondertoezichtstelling de concrete bedreigingen in de ontwikkeling van het kindje moeten opnemen en de duur daarop moeten afstemmen. In dat opzicht zullen de gronden juist specifiekere moeten worden gemotiveerd dan in het positieve recht het geval is.

§ 9.1.4 Toetsing ex nunc

Uit jurisprudentie blijkt dat situaties uit het verleden kunnen worden aangehaald om de huidige en wellicht de toekomstige situatie in te schatten en op grond van deze constatering het ongeboren kind (voorlopig) onder toezicht te stellen. De situatie moet uitdrukkelijk ex nunc, dus naar de huidige omstandigheden, worden beoordeeld om de kwaliteit van het opleggen van een kindbeschermingsmaatregel te kunnen blijven waarborgen. Hoewel een (voormalige) uithuisplaatsing van voorgaande kinderen een indicatie kan zijn voor een tekortkoming de opvoedings- en verzorgingssituatie, dient elk concreet geval afzonderlijk te worden bekeken.

§ 9.1.5 Termijn ondertoezichtstelling

Afgaande op het wetsvoorstel tot herziening van de kindbeschermingsmaatregelen, is het in de toekomst wellicht niet vanzelfsprekend de ondertoezichtstelling voor de standaardduur van een jaar op te leggen zoals in de huidige rechtspraak in overwegende mate het geval is. De termijn van de maatregel dient te worden afgestemd op de concrete bedreigingen in de ontwikkeling van het kind en mag niet langer duren dan noodzakelijk is. Nu de periodieke rechterlijke toetsing ex art. 25 IVRK expliciet toeziet op de noodzakelijkheid van de inbreuk op het gezinsleven ex art. 8 lid 2 EVRM, kan na bijvoorbeeld een voorlopige ondertoezichtstelling blijken dat er kan worden volstaan met hulp in een vrijwillig kader en er dus geen noodzaak meer bestaat tot ondertoezichtstelling van de pasgeborene. Nu het wetsvoorstel ervoor pleit per geval en gelet op de concrete bedreigingen in de ontwikkeling van het kindje te bepalen welke termijn doeltreffend is, is het mogelijk om een maatregel voor een korte periode uit te spreken. Het voorlopig onder toezicht stellen van een ongeboren kind kan worden aangemerkt als een enigszins voorbarige maatregel, daar het onderzoek nog moet worden gestart. Binnen de huidige termijn van drie maanden zal er een grond voor een definitieve ondertoezichtstelling moeten worden aangewend, waarna er kan worden verzocht om een ondertoezichtstelling voor de duur van een jaar. Zodoende kunnen de aanstaande ouders zeer wantrouwend zijn ten opzichte van de gezinsvoogd. Nu de grond voor ondertoezichtstelling in het voorstel wordt verruimd en er expliciet in de bepaling staat opgenomen dat hulp in een vrijwillig kader de voorkeur verdient, zodat een ondertoezichtstelling met uithuisplaatsing een ultimum remedium is, zal er wellicht sprake zijn van een positieve wending in de houding van de (aanstaande) ouders. Zodoende kan de maatregel ook worden uitgesproken voor de resterende duur van de zwangerschap en wanneer nodig een korte periode daarna.

§ 9.1.6 Schriftelijke aanwijzingen

Schriftelijke aanwijzingen worden in de huidige rechtspraak maar mondjesmaat aangewend omdat de sancties die op niet-naleving zijn gesteld, als erg star worden ervaren. Daarnaast bereikt deze preventieve

bepaling het tegengestelde effect nu de ouders het gevoel krijgen niet de kans te krijgen zichzelf te bewijzen en daardoor de hulpverleningsinstanties gaan wantrouwen. In de toekomst maakt de mogelijkheid tot bekrachtiging van de aanwijzing door de kinderrechter het mogelijk een “second opinion” in te winnen ex voorgesteld art. 1:264 BW. Vooral in het kader van de bescherming van het ongeboren kind lijken schriftelijke aanwijzingen van belang om een (voorlopige) ondertoezichtstelling op een zo kort mogelijke termijn te laten slagen. Daarbij kan worden opgemerkt dat het geven van een schriftelijke aanwijzing door de gezinsvoogd in principe het enige middel is om de aanstaande ouders aan te sturen, een uithuisplaatsing van een ongeboren kind behoort immers in dit stadium niet tot de mogelijkheden. De civielrechtelijke dwangmiddelen die hiertoe in de toekomst kunnen worden aangewend, kunnen alleen worden opgelegd indien het belang van het kind zich daar niet tegen verzet en dienen ervoor te zorgen dat de aanstaande moeder meewerkt aan controles op de ontwikkeling van haar ongeboren kind. De kinderrechter kan als beoordelaar de bekrachtiging van de schriftelijke aanwijzing ook afwijzen indien hij deze in strijd acht met internationaal of nationaal recht. Hierbij kan ook worden gedacht aan een afweging van de belangen van het kind, namelijk controles tijdens de zwangerschap op de ontwikkeling, en de rechten van de aanstaande moeder, namelijk het recht op zelfbeschikking en het recht op lichamelijke integriteit. De beoordeling door de kinderrechter van de bekrachtiging van de schriftelijke aanwijzing op verzoek van het Bureau Jeugdzorg lijkt overeen te komen met het verzoek tot het vervallen verklaren van een schriftelijke aanwijzing op verzoek van de aanstaande ouders. Wel is er op de bekrachtiging van de schriftelijke aanwijzing geen termijn gesteld, wat wel het geval is bij een verzoek tot het vervallen verklaren van de aanwijzing ex voorgesteld ex. 1:264 BW, namelijk twee weken.

§ 9.1.7 Stadium ondertoezichtstelling

In het geval van de bescherming van het ongeboren is er vaak sprake van een voorlopige ondertoezichtstelling om een veilige opvoedingssituatie te creëren en te handhaven wanneer het kindje ter wereld komt. De maximale termijn van voorlopige ondertoezichtstelling is gelijk aan het moment van theoretische levensvatbaarheid en de geboorte van het kind. Er dient te worden gepleit voor het intensief investeren in het slagen van een veilige opvoedingssituatie in deze periode, zodat een opvolgende reguliere ondertoezichtstelling die wellicht definitiever van karakter wordt ervaren, kan worden voorkomen.

Een voorlopige ondertoezichtstelling maakt het mogelijk direct in te grijpen wanneer er een reële kans bestaat dat de ontwikkeling van het ongeboren kind ernstig in gevaar komt bij afwachting van het onderzoek. Met het oog op deze overweging, kan er worden gesteld dat bij een ongeboren vrucht die wordt blootgesteld aan schadelijke invloeden van alcohol- en drugs tijdens de zwangerschap, al vanaf de embryonale fase ernstige en blijvende schade kan worden toegebracht. In dit kader kan geconcludeerd worden dat de grens van levensvatbaarheid als norm van beschermwaardigheid geen redelijk ijkpunt is om vanaf dat moment voor aanvang van een (voorlopige) ondertoezichtstelling te pleiten. Het karakter van een voorlopige ondertoezichtstelling wordt dreigender en absoluut noodzakelijker wanneer er wordt gewacht tot het “laatste moment”. Gezien het late stadium waarin de voorlopige ondertoezichtstelling wordt aangewend, is het niet erg aannemelijk dat de er enig onderzoek is verricht naar de kans van slagen van vrijwillige hulp. Aangezien er in dat geval geen mogelijkheid is geweest van tevoren met de aanstaande moeder te overleggen en bepaalde eisen te stellen waaraan zij moet voldoen om haar kindje na de geboorte onder zich te kunnen houden, verklaart voorgaande waarom een voorlopige ondertoezichtstelling vaak gepaard gaat met een machtiging tot uithuisplaatsing.

§ 9.1.8 Uithuisplaatsing alleen met machtiging

Een kind dat onder toezicht is gesteld kan tot op heden uit huis worden geplaatst wanneer de ouders hun bezwaren niet laten blijken. In de toekomst kan een kind dat onder toezicht is gesteld mogelijk alleen nog met een machtiging uithuisplaatsing uit huis worden geplaatst, hetgeen is bedoeld om wanordelijkheden waarbij de ouders de uithuisplaatsing te pas en te onpas kunnen afbreken te voorkomen. Daarnaast zorgt een machtiging uithuisplaatsing ook voor meer rechtszekerheid wanneer een pasgeborene ter observatie een korte periode in het ziekenhuis wordt opgenomen.

Ten aanzien van het verzoek tot verlening van een machtiging uithuisplaatsing tijdens de zwangerschap, kan worden geconcludeerd dat deze machtiging niet door iedere rechtbank wordt verleend nu er logischerwijs pas uitvoering aan de machtiging kan worden gegeven wanneer het kindje is geboren. Zelfs als de machtiging al wordt verleend, kan het zo zijn dat het Bureau Jeugdzorg niet overgaat tot daadwerkelijke uithuisplaatsing, maar de machtiging gebruikt als “stok achter de deur”. Het betreft feitelijk een verzoek over een in de toekomst gelegen moment, namelijk de geboorte van het kindje. Daarnaast is de geboorte van het kind niet alleen een toekomstige gebeurtenis, maar ook een onzekere gebeurtenis nu het niet zeker is of het kind levend ter wereld zal komen. De wet voorziet niet in de mogelijkheid van een voorwaardelijke machtiging tot uithuisplaatsing en is in dat opzicht dus niet legitiem. Afgaande op de rechtbank Rotterdam behoort de verlening van een machtiging zonder *voorafgaand* verhoor van de ouders niet afhankelijk te zijn van een onzekere toekomstige gebeurtenis en dient de noodzakelijkheid van de machtiging ex nunc te worden beoordeeld. Daarnaast voorziet de wet in de mogelijkheid tot de genoegzame voorziening dat een kind direct na de geboorte met een spoedmachtiging uit huis kan worden geplaatst. Zodoende kan er worden geconcludeerd dat er in bepaalde gevallen overhaaste aanvragen door de Raad voor de Kinderbescherming worden gedaan of dat er overhaaste beslissingen door de kinderrechter worden genomen. Daarnaast is een gekoppeld verzoek tot voorlopige ondertoezichtstelling met machtiging uithuisplaatsing irrelevant wanneer het kindje onder toezicht wordt gesteld vanaf het moment van levensvatbaarheid nu een eenmaal verleende machtiging vervalt wanneer deze niet binnen drie maanden tot plaatsing heeft geleid. Concluderend dient een machtiging uithuisplaatsing van een pasgeborene die ten tijde van de zwangerschap wordt verzocht, te worden afgewezen zolang het kindje nog niet levend ter wereld is gekomen.

Om het toezicht op de opvoeding en verzorging te waarborgen en een stabiele en veilige thuissituatie waarin het kindje op termijn ter wereld zal komen te creëren en te handhaven, is het van groot belang dat de gezinsvoogd een vertrouwensband met de ouders opbouwt. Het vertrouwen van de ouders in hulpverleningsinstanties en de bereidheid om mee te werken is minimaal wanneer van tevoren al vaststaat dat Bureau Jeugdzorg voornemens is om een machtiging uithuisplaatsing te verzoeken bij de kinderrechter.

Zoals geconcludeerd, komt het in de praktijk met regelmaat voor dat er pas spoedmaatregelen in gang worden gezet op het moment dat het kind ieder moment kan worden geboren. Deze onverwachte voorlopige ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing zijn dermate traumatisch, dat het bijzonder moeilijk voor de gezinsvoogd zal zijn om het vertrouwen van de moeder te winnen in de hulpverlening waaraan haar kind zonder haar medeweten en medewerking is onderworpen. Vaak zal het voorgenomen verzoek tot voorlopige ondertoezichtstelling en machtiging uithuisplaatsing voor de aanstaande moeder verborgen worden gehouden omdat er gevreesd wordt voor onderduiking of een vlucht naar het buitenland. Wanneer het aanwenden van vrijwillige hulp in een van de eerste stadia van de zwangerschap, dus voor het moment van levensvatbaarheid, niet slaagt, kan er gepleit worden voor het aanwenden van een gekwalificeerde gezinsvoogd na deze periode die in staat is een vertrouwensband met de ouders op te bouwen. Deze vertrouwensband is van wezenlijk belang om te zorgen dat de moeder tijdens de zwangerschap goed voor zichzelf en haar aanstaande kindje zorgt en de maatregelen die, al dan niet in een vrijwillig kader, vanaf de geboorte moeten worden getroffen de instemming van de moeder hebben. Op die manier kan een gezinsvoogd zorgen dat de belangen van het kind optimaal worden beschermd en dat tegelijkertijd de hechtingsband tussen de ouders en de pasgeborene behouden blijft, zelfs indien een (voorlopige) uithuisplaatsing na de geboorte onvermijdelijk blijkt. De vroege hechting is van wezenlijk belang voor de verdere ontwikkeling van het kind. De traumatische ervaring van een onverwachte voorlopige ondertoezichtstelling en machtiging uithuisplaatsing direct na de geboorte dient zoveel mogelijk vermeden te worden. Bovenal omdat de belangrijke band tussen moeder en kind hierdoor ernstig wordt geschaad.

Een ondertoezichtstelling, en daarmee ook een eventuele uithuisplaatsing, is bedoeld als tijdelijke maatregel waarbij de ouderlijke verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van het kind zoveel mogelijk wordt behouden. Wanneer een kind langdurig uit huis is geplaatst, is er sprake van discrepantie tussen de juridische en de feitelijke positie van de ouders nu de pleegouders langere tijd de dagelijkse verzorging en opvoeding op zich nemen en er dus sprake kan zijn van een hechting tussen de pleegouders en het kind. Het tijdsverloop dient daarom goed te worden bewaakt. Daarbij geldt dat hoe langer de uithuisplaatsing duurt, hoe moeilijker de opvoedingswerkelijkheid omkeerbaar wordt. Zeker bij jonge kinderen is het zeer belangrijk om tot een stabiel opvoedingsperspectief te komen.

Trillium en Project Pleegzorg 2

Omdat er in de rechtspraktijk veel onduidelijkheid bestond over de duur van de uithuisplaatsing, is het project Trillium en het daaropvolgende Project Pleegzorg 2 opgestart ter herziening van de pleegzorg. In het kader van deze projecten is er gepleit voor twee varianten van pleegzorg, namelijk een zogenaamde zorgvariant en een opvoedingsvariant. Zoals al doet vermoeden, zorgt voornamelijk de opvoedingsvariant voor erg veel frictie nu er sprake is van een permanente plaatsing. Naar aanleiding van de evaluatie van de herziene ondertoezichtstelling, concludeerde de onderzoekers van het Verwey-Jonker Instituut in 2000 al dat de afstemming tussen de gezagsbeperkende en gezagsbeëindigende kinderbeschermingsmaatregelen niet optimaal is. Wanneer het gaat om een langdurige uithuisplaatsing, is een ondertoezichtstelling niet de meest passende maatregel en zal er volgens de onderzoekers moeten worden overgegaan tot ontheffing uit het gezag van de ouders. Trillium en Project Pleegzorg 2 sluiten zich hierbij aan. Zodoende zijn er onvoldoende mogelijkheden om het permanente karakter van de plaatsing juridisch vorm te geven. Wanneer de ouders zich duurzaam bereid verklaren het kind in een pleeggezin te laten opgroeien, mag het niet mogelijk zijn de ouders gedwongen uit het gezag te ontheffen en de pleegouders als voogden van het kind te benoemen. De toepassing van pleegzorg als opvoedingsarrangement in het kader van een ondertoezichtstelling naar positief recht is daarom niet wenselijk. De bevindingen en aanbevelingen van bovenstaande onderzoekers, komen niet expliciet terug in het wetsvoorstel tot herziening van de kinderbeschermingsmaatregelen. Wel pleit het wetsvoorstel voor gezagsbeëindiging na de “aanvaardbare” termijn van ondertoezichtstelling met uithuisplaatsing.

Ouders kunnen uit het gezag worden ontheven wanneer zij ongeschikt of onmachtig zijn hun plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen. In beginsel kan hen het gezag in het kader van ontheffing niet worden ontnomen wanneer zij zich hiertegen verzetten, behoudens enkele uitzonderingen. De opmerkelijkste uitzondering is het blokkaderecht dat de pleegouders hebben wanneer een kind vrijwillig is geplaatst. Wanneer de ouders uit het gezag worden ontheven, krijgen de pleegouders bij voorkeur de voogdij over het kind. Ontzetting is de ontneming van het feitelijk en juridisch gezag dat een in gebreke stellend en verwijtbaar karakter kent. In het huidige recht is dit de meest ingrijpende kinderbeschermingsmaatregel. Bij een ontzetting wordt zowel het feitelijk als juridisch ouderlijk gezag ontnomen en is er sprake van een in gebreke stellend en verwijtbaar karakter. De ouder is in dit geval onwaardig het gezag uit te oefenen. Tussen ontheffing en ontzetting zit naast een verschil in karakter van de maatregel een verschil in het belang dat het kind bij de ontneming van het gezag heeft. Een ontheffing wordt uitgesproken wanneer het belang van het kind zich daar niet tegen verzet, terwijl een ontzetting alleen kan worden uitgesproken als dit in het belang van het kind noodzakelijk is.

In beginsel is het niet mogelijk om een gedwongen ontheffing uit te spreken wanneer de ouders blijken hebben gegeven van duurzame bereidheid hun kind in een pleeggezin te laten opgroeien. Wanneer het belang van het kind echter gebaat is bij stabiliteit en continuïteit in zijn opvoedingssituatie, behoeft deze bepaling heroverweging. De duurzame bereidheid dient zodoende wel in de beoordeling te worden betrokken, maar mag niet zonder meer in de weg staan aan een gedwongen ontheffing. Het wetsvoorstel tot herziening van de kinderbeschermingsmaatregelen speelt hierop in door de gronden voor gezagsbeëindiging meer op het

belang van het kind te richten in plaats van op de tekortkoming van de ouders in de opvoeding en het in stand houden van hun opvoedingsrecht in de zin van art. 5 IVRK.

Om een gezagsbeëindiging te kunnen rechtvaardigen, zal er aan de vereisten van art. 8 lid 2 EVRM moeten worden voldaan. Om een gezagsbeëindiging beter te kunnen onderbouwen, zal deze in overwegende mate vooraf worden gegaan door een ondertoezichtstelling. Hieraan ligt ten grondslag dat de gezagsbeëindiging “noodzakelijk” moet zijn. De gezagsbeëindigende maatregel komt in het licht van stabiliteit en continuïteit in de opvoeding van het kind ex art. 20 IVRK na de “aanvaarbare” termijn nadrukkelijk aan de orde.

Mocht het wetsvoorstel ongewijzigd het parlementaire traject doorlopen, dan zal er sprake zijn van een splitsing tussen de tijdelijke gezagsbeperkende maatregel en de definitievere gezagsbeëindigende maatregel. Tot op heden is het eerder regel dan uitzondering dat er wordt aangevangen met een zo licht mogelijke kinderschermingsmaatregel. In de toekomst zal het echter mogelijk zijn hieraan voorbij te gaan en de keuze te maken voor een direct gezagsbeëindigende maatregel. In het kader van de bescherming van het ongeboren kind staat het op strafrechtelijk gebied ter discussie of het gebruik van alcohol of drugs door de aanstaande moeder een grond is voor zware mishandeling. Het recht op zelfbeschikking van de moeder staat recht tegenover de blijvende geestelijke vertraging, lichamelijke groei en ontwikkeling van het kindje. Hoewel mishandeling van een *levensvatbaar* ongeboren kind tot op heden nog nooit heeft geleid tot een veroordeling, kan het feit mogelijk worden aangemerkt als een strafbaar feit dat zich richt tegen de belangen van het kind, wat een grond voor gezagsbeëindiging in verwijtbare zin kan opleveren.

§ 9.1.13 Ontneming gezag bij verwaarlozing van één kind

Naar positief recht kan de ouder over meerdere kinderen van het gezag worden ontzet wanneer de verzorging of opvoeding van één kind wordt verwaarloosd. In het kader van de bescherming van het ongeboren kind, rijst de vraag hoever deze bepaling strekt. Noch ontheffing, noch ontzetting heeft betrekking op toekomstige kinderen. Een steevaste grond voor ontzetting van het ouderlijk gezag is een bewezen alcohol- of drugsverslaving in combinatie met de verwaarlozing van de opvoeding over oudere broertjes of zusjes. De aanstaande moeder schaaft het belang van het kind in ernstige mate en maakt zich daardoor schuldig aan afkeurenswaardig gedrag. In de toekomst zullen de ontheffing en de ontzetting van het ouderlijk gezag worden vervangen door de gezagsbeëindigende maatregel. Een belangrijk verschil met de huidige grond voor ontheffing van het gezag is dat instemming van de ouders niet langer is vereist bij de gezagsbeëindigende maatregel. Zodoende kan er met een gezagsbeëindigende maatregel worden aangevangen wanneer bij voorbaat al duidelijk is dat de ouders niet binnen een redelijke termijn hun verantwoordelijkheid kunnen of zullen nemen. Met deze maatregel is het mogelijk een ouder het gezag direct te ontnemen wanneer het kind wordt geboren. Aansluiting kan daarom worden gezocht bij het huidige artikel tot ontzetting waarbij de ouder het gezag kan worden ontnomen over meerdere kinderen wanneer de opvoeding en verzorging van één kind in ernstige mate wordt verwaarloosd. Er bestaat discussie over de positie van het ongeboren kind, aangezien de bepaling niet van toepassing zou zijn op toekomstige kinderen. Wanneer een kind wordt aangemerkt als reeds geboren, is het dus mogelijk een kind al bij voorbaat zodra het wordt geboren aan het ouderlijk gezag te onttrekken.

§ 9.1.14 Zelfbeschikking zwangere vrouw en ontwikkeling ongeboren kind

Het recht van “een ieder” op leven wordt beschermd door art. 2 lid 1 EVRM. In de literatuur staat ter discussie of “een ieder” ook het ongeboren kind omvat. Uit jurisprudentie over het begrip “everyone” blijkt dat een ongeboren vrucht geen absoluut recht op leven heeft, maar niet is uitgesloten dat het kind bescherming van het EVRM geniet vanaf een bepaald moment. Vanaf welk moment, ligt binnen de “margin of appreciation” van verdragsstaten. Over het algemeen wordt gesteld dat zodra er sprake is van zelfstandige levensvatbaarheid, er ook sprake is van bescherming van het EVRM. Naar Nederlands positief recht komt een ongeboren kind geen rechtspersoonlijkheid toe voordat het wordt geboren. Artikel 1:2 BW merkt een kind immers aan als nooit te hebben bestaan wanneer het dood ter wereld komt. Ingrijpen in het kader van de bescherming van de ongeboren vrucht stuit dus juist in het bijzonder tijdens de pre-levensvatbare fase af

op het zelfbeschikkingsrecht van de zwangere vrouw. De aanstaande moeder is “baas in eigen buik”. Wanneer een ongeboren vrucht op basis van de preambule van het IVRK en art. 1:2 BW wordt aangemerkt als reeds geboren zo dikwijls zijn belang dit vordert, kan worden verdedigd dat de ouders in combinatie met art. 1:247 BW na het verval van hun wettelijk recht op abortus, verplicht zijn hun kindje te verzorgen en op te voeden en de verantwoordelijkheid hebben voor het geestelijk en lichamelijk welzijn van het kind, zijn veiligheid, alsmede het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid. Er is dus sprake van een botsing tussen het recht op ontwikkeling van het ongeboren kind en het recht op lichamelijke integriteit van de aanstaande moeder.

De grens van levensvatbaarheid als norm van beschermwaardigheid kan ter discussie worden gesteld. Zo kan er juist in het begin van de zwangerschap al ernstige schade optreden, bijvoorbeeld door ongezond gedrag van de zwangere. De vraag dringt zich dan op of, en zo ja onder welke omstandigheden, het zelfbeschikkingsrecht van de zwangere vrouw omwille van de beschermwaardigheid van de ongeborene, rehtens kan en wellicht moet worden ingeperkt. Om het zelfbeschikkingsrecht van de zwangere vrouw in te perken ter bescherming van het ongeboren kind, dient er te worden voldaan aan de eisen als gesteld in art. 8 lid 2 EVRM. Deze eisen zien toe op de rechtmatigheid en noodzaak van inmenging van hulpverleningsinstanties, tevens dient er sprake te zijn van een ultimum remedium.

Wet Bopz

De Wet Bopz biedt de mogelijkheid om een voorlopige machtiging te verlenen tot opname in een psychiatrisch ziekenhuis. De aanstaande moeder dient te lijden aan een geestesstoornis en dient als gevolg hiervan een gevaar voor zichzelf en voor een ander die aan haar zorg is toevertrouwend te vormen. Ten aanzien van de bescherming van het ongeboren kind is deze mogelijkheid niet toereikend nu de vraag is of een ongeboren kind vanaf vierentwintig weken als een “ander” in de zin van de Wet Bopz kan worden aangemerkt. Daarnaast kan worden aangetekend dat de machtiging tot opneming geenszins behandeling van de zwangere vrouw afdwingbaar maakt, daarom staat ter discussie of een aanstaande ouder daadwerkelijk te verplichten is tot een gezonder leven met deze maatregel. Het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg zal mogelijk de Wet Bopz vervangen en maakt mogelijk minder ingrijpende vormen van dwang mogelijk dan alleen “opneming”.

Wetboek van Strafrecht

Het strafbaar stellen van het toebrengen van letsel aan een ongeboren kind staat ter discussie. Bij de vraag of mishandeling van een ongeboren kind strafbaar is, speelt de vraag of het kind levensvatbaar is. Wanneer het leven van een levensvatbaar kind wordt beschermd, dient ook het recht op lichamelijke integriteit te worden beschermd. Erg complex is de vraag of het gebruik van alcohol of drugs door de moeder in de zwangerschap gekwalificeerd kan worden als zware mishandeling. Het gebruik van middelen door de moeder is te rechtvaardigen wanneer er een succesvol beroep kan worden gedaan op het zelfbeschikkingsrecht. Anderzijds kunnen de gevolgen voor het ongeboren kind groot zijn, nu het ter wereld kan komen met een harddrugs- of alcoholverslaving. De schade die hierdoor dreigt te ontstaan, is van blijvende aard. De afkickverschijnselen die bij het kindje tweeweg kunnen worden gebracht, kunnen worden aangeduid als een storing van de verstandelijke vermogens die langer dan vier weken duurt. In die zin kan er sprake zijn van het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel. Een veroordeling van de moeder voor het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel aan het kindje door het gebruik van een aanzienlijke hoeveelheid alcohol of drugs, lijkt derhalve in de toekomst niet expliciet uitgesloten.

§ 9.2 Aanbevelingen

In deze paragraaf zullen er een aantal aanbevelingen worden gedaan ten behoeve van de bescherming van het ongeboren kind.

§ 9.2.1 Verschuiving moment van ingrijpen

Vooraf in de embryonale fase kunnen schadelijke invloeden op de ontwikkeling van de vitale organen van de

ongeboren vrucht inwerken. Omdat deze fase zo cruciaal is voor de ontwikkeling en de mogelijk toegebrachte schade door een alcohol- of drugsverslaving blijvend van aard is, kan er gepleit worden voor een mogelijkheid tot ingrijpen in het beginstadium van de zwangerschap. Naar positief recht zal dit betoog echter afketsen op de levensvatbaarheidsgrens van het ongeboren kind en het recht op abortus van de aanstaande moeder die beiden overeenkomen met vierentwintig weken zwangerschap. In die zin zou het wenselijk zijn dat hulpverleningsinstanties als bijvoorbeeld het Bureau Jeugdzorg de ouders in een veel eerder stadium, in ieder geval vòòr deze vierentwintig weken, uitdrukkelijk hun zorgen uiten en hulp in een vrijwillig kader aanbieden ter bescherming van het ongeboren kind. Een verzoek op het moment dat het kind ieder moment ter wereld kan komen tot voorlopige ondertoezichtstelling met een spoedmachtiging tot uithuisplaatsing, dient het belang van en de hechtingsband tussen de ouders en de pasgeborene allerminst. Het aanwenden van hulp in een vrijwillig kader in de vorm van een wekelijks gesprek, een huisbezoek, het op orde brengen van een kinderkamer e.d. en het benadrukken dat een kindbeschermingsmaatregel voornemens is wanneer de ondersteuning en zorg in vrijwillig kader niet wordt aanvaard, kan een (voorlopige) ondertoezichtstelling wellicht afwenden.

§ 9.2.2 Termijn voorlopige ondertoezichtstelling

De termijn voor voorlopige voogdij is bepaald op standaard zes weken met de mogelijkheid voor de rechter de duur te bepalen op twaalf weken. Ook in het geval van een voorlopige ondertoezichtstelling kan worden gepleit voor een dergelijke mogelijkheid. Enerzijds kan er worden aangevoerd dat een termijn van minder dan drie maanden voorlopige ondertoezichtstelling te kort is om te komen tot indiening van een voldoende, met onderzoek onderbouwd verzoekschrift tot definitieve ondertoezichtstelling. Anderzijds maakt een vervaltermijn van zes weken de periode van rechtsonzekerheid voor de ouder zo kort mogelijk. Bezien kan worden of de ernst van de voorlopige ondertoezichtstelling en de inbreuk die deze maatregel op het privéleven van de ouders maakt, een termijn van drie maanden rechtvaardigt. Eveneens is de zorgvuldigheid van het onderzoek een waarborg voor de ouder waarmee zijn rechtszekerheid is gediend. Aanbevolen kan daarom worden dat de duur van de voorlopige ondertoezichtstelling van een ongeboren kind wordt afgestemd op het concrete geval en er uit moet worden gegaan van tweetal soorten bedreigingen welke zijn te onderscheiden in een directe bedreiging in de gezondheid en ontwikkeling door middelenmisbruik van de moeder en in zorgen omtrent de opvoedingscapaciteiten in bijvoorbeeld het geval van verstandelijk beperkte ouders, ouders met psychische problematiek of een zeer traumatisch verleden. Wanneer er sprake is van een geringe directe bedreiging dient er te worden gepleit voor een voorlopige ondertoezichtstelling van kortere duur dan de reguliere drie maanden.

§ 9.2.3 Aansluiting wetsvoorstellen

De aanhaling van civielrechtelijke kindbeschermingsbepalingen en de Wet Bopz kunnen worden aangemerkt als “creatieve noodsprongen” die in beginsel niet zijn bedoeld voor het beschermen van de ontwikkeling van een ongeboren kind. In het wetsvoorstel tot herziening van de kindbeschermingsmaatregelen zou daarom aparte aandacht moeten worden besteed aan de voorwaarden waaronder bescherming kan en moet worden geboden aan het ongeboren kind.¹¹¹ Het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg zou wellicht hand in hand met het wetsvoorstel tot herziening van de kindbeschermingsmaatregelen kunnen voorzien in een bepaling die de bescherming van het ongeboren kind waarborgt. Zo kan er worden gepleit voor een bepaling waarin de (verslaafde) aanstaande moeder in een vrijwillig kader wordt aangeraden afspraken met Bureau Jeugdzorg, de William Schrikker Groep, de verloskundige, de gynaecoloog, het consultatiebureau e.d. te maken en na te komen op straffe van te nemen kindbeschermingsmaatregelen, ook vòòr de periode van vierentwintig weken.

Wanneer de in het onderzoeksplan aangehaalde initiatiefnota van mevrouw Van Dijken met betrekking tot onverantwoord ouderschap in de toekomst mocht lijden tot een wetsvoorstel, is het wenselijk aansluiting te zoeken bij de huidige bepaling tot ontneming van ouderlijk gezag door grove verwaarlozing van de

¹¹¹ E.C.C. van Os & A.C. Hendriks, “Wie is de baas over de baarmoeder?”, *FJR* 2010, 70, p. 184.

verzorging of opvoeding van een of meerdere kinderen. Deze bepaling zou niet toezien op de ontneming van het gezag over toekomstige, nieuwgeboren kinderen. Een ontsnapping lijkt tot op heden mogelijk door te stellen dat een kind als reeds geboren kan worden aangemerkt zo dikwijls zijn belang dit vordert op grond van art. 1:2 BW. Deze onduidelijkheid en “creatieve noodsprong” is zeer onwenselijk en behoeft wellicht een wijziging zodat er sprake is van rechtszekerheid.

§ 9.2.4 Aanvaardbare termijn

Wat er onder de “aanvaardbare” termijn wordt verstaan waarbinnen het doel van de ondertoezichtstelling in de toekomst moet zijn bereikt, is zeer onduidelijk. DCI pleitte in haar advies expliciet voor opname van deze aanvaardbare termijn in de wet. Deze aanvaardbare termijn zou moeten worden ingevuld op grond van sociaal wetenschappelijke kennis, hetgeen niet is meegenomen in het wetsvoorstel. Zodoende is het van belang dat jurisprudentie na inwerkingtreding van de wet daar op korte termijn vorm aan geeft. In het wetsvoorstel tot herziening van de kindbeschermingsmaatregelen wordt gepleit voor een kortere aanvaardbare termijn voor zeer jonge kinderen dan voor oudere kinderen. DCI pleit voor een maximale termijn van een jaar voor kinderen van nul tot en met vijf en voor een maximale termijn van twee jaar voor kinderen van zes tot en met elf jaar. In het licht van stabiliteit en continuïteit in de opvoeding van een kind ex art. 20 IVRK is het wenselijk en aan te bevelen deze “aanvaardbare” termijn alsnog in de wet te verwerken om rechtszekerheid en rechtsgelijkheid voor het kind, de pleegouders en de ouders te creëren.

§ 9.2.5 Toekennen rechten aan het ongeboren kind

Het EHRM heeft zich beperkt uitgelaten over de vraag wat er in de eerste volzin van art. 2 lid 1 EVRM onder “een ieder” en onder “leven” moet worden verstaan. Er is op nationaal en internationaal niveau een verschil in de interpretatie van deze begrippen. Op internationaal niveau bestaat er wel eensgezindheid over het toebehoren van een ongeboren vrucht tot de menselijke soort. De potentie van de ongeborene uit te groeien tot een persoon, verdient daarom wel bescherming op grond van menselijke waardigheid. Omtrent de gelijkstelling van een ongeboren vrucht aan een persoon, bestaat geen overeenstemming. Daarom acht het EHRM het onder deze omstandigheden onwenselijk en zelfs onmogelijk om te bepalen dat een ongeboren vrucht een persoon is in de zin van het EVRM. Aansluitend op de heer Barkhuysen, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden (UL), is de “margin of appreciation” van de lidstaten niet wenselijk ten aanzien van de uitleg van fundamentele verdragsartikelen als art. 2 EVRM, “strikt toezicht door het EHRM op de juridische kwalificatie van daarin opgenomen termen is gelet op de aard van de betreffende rechten vereist.”¹¹²

Aanbevolen kan daarom worden dat het EHRM uitsluitel geeft omtrent de drie interpretaties van art. 2 EVRM met betrekking tot het ongeboren leven. In het eerste geval heeft art. 2 EVRM geen enkele betrekking op een ongeboren kind. In het tweede geval komt een ongeboren kind een recht op leven toe dat nader te bepalen inperkingsgronden kent die momenteel niet expliciet uit art. 2 EVRM voortvloeien. Hierbij kan worden gedacht aan het enkel toekennen van het recht aan een levensvatbare, ongeboren vrucht. In het derde geval heeft de ongeboren vrucht een absoluut recht op leven. Probleem bij de laatste optie is dat dit niet strookt met de totstandkomingsgeschiedenis van het EVRM, nu ten tijde van de ondertekening in het merendeel van de lidstaten abortus onder bepaalde voorwaarden reeds was toegestaan.¹¹³ In het licht van het recht op abortus van de zwangere vrouw, verdient het toekennen van het recht op leven aan enkel een levensvatbare vrucht de voorkeur om de “creatieve noodsprongen” in het huidige recht te ondervangen.

¹¹² T. Barkhuysen, “Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse bestuursrecht”, in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (preadviezen uitgebracht voor de algemene vergadering van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004), Den Haag: VAR 2004, p. 42.

¹¹³ ECRM 13 mei 1980, nr. 8416/78, LJN AC3038, NJ 1981, 110, m.nt. E.A. Alkema (X/Verenigd Koninkrijk).

Evaluatie

In het onderzoeksplan is de initiatiefnota met betrekking tot onverantwoord ouderschap die op 10 juni 2010 door mevrouw Van Dijken werd ingediend, aangehaald. Vanwege het bereik en de omvang van het onderzoek is de verwerking van deze initiatiefnota in de scriptie vervallen. Temeer vanwege het vertrek van mevrouw Van Dijken uit de Tweede Kamer en de behandeling van de nota die per 27 april 2011 pas weer is opgepakt door mevrouw Eijssink van de Partij voor de Arbeid (PvdA).¹¹⁴ Deze initiatiefnota pleitte voor het voorkomen van nieuwgeboren kinderen die wederom slachtoffer zouden worden van een ernstig falende opvoeding wegens geestelijke of lichamelijke verwaarlozing. Zodoende zou in een dergelijke gezinssituatie de geboorte van kinderen voorspelbaar problematisch zijn en zou dit niet bijdragen aan het welzijn van bestaande kinderen, noch zou het ouders helpen uit een neergaande spiraal te komen. Schrijnende en traumatische situaties waaraan kinderen kunnen worden blootgesteld, zouden de vraag op werpen of er geen omstandigheden kunnen zijn waarbij tenminste aan de orde kan worden gesteld of het wel verstandig is dat dergelijke ouders, bij ongewijzigde omstandigheden, opnieuw kinderen krijgen. In deze nota stelde mevrouw Van Dijken voor om een bijkomende bepaling om tijdelijk geen kinderen te krijgen, te koppelen aan een rechterlijke uitspraak met betrekking tot het opleggen van een kindbeschermingsmaatregel. Om te voorkomen dat een nieuw kind slachtoffer wordt, stelt zij als ultimatum remedium de oplegging van gedwongen anticonceptie door de rechter voor.¹¹⁵ De oplegging van deze verplichte anticonceptiemaatregel bleek nogal gevoelig te liggen bij de afstudeerorganisatie en is tot op heden niet te verantwoorden met de mensenrechten. Wanneer de initiatiefnota mocht lijden tot een wetsvoorstel, is het een interessant onderwerp dat kan lijden tot het schrijven van een vervolgscrip

Tevens is het in het onderzoeksplan aangehaalde interview met een gezinsvoogd van de William Schrikker Groep komen te vervallen. Hoewel dit interview nieuwe oogpunten had kunnen opleveren ten aanzien van de ervaren knelpunten in de literatuur en rechtspraktijk, zou één enkel interview niet representatief zijn. Daarnaast werd de tijd die beschikbaar was voor het onderzoek en de scriptie als erg krap ervaren om een dergelijk onderdeel fieldresearch in de scriptie te verwerken.

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 405, nr. 3, p. 1.

¹¹⁵ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 405, nr. 2, p. 1-20.

Jurisprudentielijst

ECRM 13 mei 1980, nr. 8416/78, *LJN* AC3038, *NJ* 1981, 110, m.nt. E.A. Alkema (*X/Verenigd Koninkrijk*).
EHRM 8 juli 2004, nr. 53924/00, *LJN* AR3871, *AB* 2005, 10, m.nt. B.C. van Beers (*Vo/Frankrijk*).

HR 7 april 2000, *NJ* 2000, 563.
HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606.
HR 4 april 2008, *NJ* 2008, 506.

Hof 's-Gravenhage 23 juni 2010, *LJN* BN0691.
Hof 's-Hertogenbosch 22 april 1976, *NJ* 1977, 52.

Rb. Amsterdam 21 februari 2006, nr. 64/126.
Rb. Arnhem 10 november 2008, *LJN* BG3849.
Rb. Arnhem 2 februari 2009, *LJN* BH1556.
Rb. Arnhem 29 april 2009, *LJN* BI2829.
Rb. Arnhem 15 juli 2009, *LJN* BJ2692.
Rb. Arnhem 20 oktober 2009, *LJN* BK9430.
Rb. 's-Gravenhage 19 juni 2008, *LJN* BD4910.
Rb. Groningen 10 oktober 2008, *LJN* BG4372.
Rb. Groningen 30 oktober 2008, *LJN* BG4377.
Rb. Roermond 26 juni 2009, *LJN* BJ0644.
Rb. Rotterdam 9 mei 2006, *LJN* AX2185.
Rb. Rotterdam 23 juli 2008, *LJN* BD8461.
Rb. Utrecht 10 april 2008, *LJN* BC9962.
Rb. Zwolle 17 mei 2010, *LJN* BM5559.

Literatuurlijst

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen, "Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse bestuursrecht", in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (preadviezen uitgebracht voor de algemene vergadering van de Vereniging voor Bestuursrecht 2004), Den Haag: VAR 2004.

Berghmans e.a. 2009

R. Berghmans e.a., "Dwangmogelijkheden te beperkt. Bescherm foetus tegen verslaafde moeder", *MC* 2009.

Van Bommel & Van Deutekom 2003

M. van Bommel & M. van Deutekom (red.), *Hulp in eigen omgeving. Ambulantisering in de hulpverlening*, Bohn Stafleu van Loghum 2003.

Boonstra 2010

J. Boonstra, "Ongeboren kind ook onder toezicht", *De Stentor* 28 mei 2010.

Van der Burght & Doek 2002

G. van der Burght & J.E. Doek, *Pitlo. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Duijst 2009

W.L.J.M. Duijst, *Gezondheidsstrafrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Enkelaar & Van der Does 2009

A.C. Enkelaar & A.M.I. van der Does, "Ouderlijke (on)verantwoordelijkheid, al voor de geboorte", *FJR* 2009, 3.

Den Hartogh 2010

G.A. den Hartogh, "Prenatale en postnatale schade", *NJB* 2010.

Huygens 2009

A. Huygens, "Preventie van prenatale schade", *FJR* 2009, 4.

Kievits & Adriaanse 2007

F. Kievits & M.T. Adriaanse, "Prenatale kindermishandeling", *NTvG* 2007.

Koens & Vonken 2010

M.J.C. Koens & A.P.M.J. Vonken, *Personen- en familierecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2010.

Kottenhagen 2008

R.J.P. Kottenhagen, "Botsende rechten van moeder en ongeboren kind", *TvGR* 2008.

Leenen, Gevers & Legemaate 2007

H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers & J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel 1: Rechten van de mens in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007.

Van Leeuwen & Teeuw 2007

J. van Leeuwen & R. Teeuw, "Prenataal mishandelen bestaat", *Trouw* 15 september 2007.

Van der Linden, Ten Siethoff & Zeijlstra-Rijpstra 2009

A.P. van der Linden, F.G.A. ten Siethoff & A.E.I.J. Zeijlstra-Rijpstra, *Jeugd en recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009.

Mat 2009

J. Mat, "Baby Hendrikus mag weer naar huis. Zorg bij zwakbegaafde ouders", *NRC* 30 april 2009.

Van Montfoort & Slot 2009

A.J. van Montfoort & N.W. Slot, *Handboek Deltamethode Gezinsvoogdij. De nieuwe methode voor de uitvoering van de ondertoezichtstelling*, Utrecht: MOGroep 2009.

Mook-Kanamori e.a. 2010

D.O. Mook-Kanamori e.a., "Risk factors and outcomes associated with first trimester fetal growth restriction", *JAMA* 2010.

Nieuwenhuis, Stolker & Valk 2009

J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Burgerlijk Wetboek. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2009.

"Ontwerp-wet herziening kindbeschermingsmaatregelen", *DCI* 15 februari 2008, www.ecpat.sitespirit.nl (zoek op *ontwerp-wet*), laatst geraadpleegd op 23 mei 2011.

Van Os & Hendriks 2010

E.C.C. van Os & A.C. Hendriks, "Wie is de baas over de baarmoeder?", *FJR* 2010, 70.

Punselie 2006

E.C.C. Punselie, *Voor een pleegkind met recht een toekomst. Een studie naar de (rechts)positie van (pleeg)ouders en (pleeg)kinderen in geval van langdurige uithuisplaatsing*, Deventer: Kluwer 2006.

Ruinaard-Joossen 2009

T.C.A. Ruinaard-Joossen, *Kinderen eerst: in de rechtbank. Herziening kindbeschermingsmaatregelen in de praktijk* (bachelorscriptie JHS Tilburg), 2009.

De Savorin Lohman e.a. 2010

J. de Savorin Lohman e.a., *Met recht onder toezicht gesteld. Evaluatie herziene OTS-wetgeving*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 2000.

Stuyven 2010

K. Stuyven e.a., *Groot worden. De ontwikkeling van baby tot adolescent*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2010.

Vlaardingerbroek e.a. 2008

P. Vlaardingerbroek e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2008.

"Wanneer kan de kinderrechter een ondertoezichtstelling uitspreken?", www.rijksoverheidoverheid.nl (zoek op *ondertoezichtstelling*), laatst geraadpleegd op 23 mei 2011.