

Informed consent ten aanzien van medische verrichtingen

Een pleidooi voor een flexibele en persoonsgerichte omgang met de leeftijdsgrenzen

Charlotte Zegveld & Madeleine van Rossum¹

Voor verrichtingen ter uitvoering van een geneeskundige behandelingsovereenkomst is de toestemming van de patiënt vereist die daartoe voldoende geïnformeerd moet zijn. Waar eerder het advies van de hulpverlener leidend was, is door de wetwijziging van artikel 7:448 BW, van kracht sinds januari 2020, dit vereiste van *informed consent* steeds meer in het teken komen te staan van 'samen beslissen' ook wel *shared decision making* genoemd. Voor het toestemmingsvereiste voor minderjarigen gelden echter objectieve leeftijdsgrenzen en lijkt de daadwerkelijke wils(on)bekwaamheid niet het uitgangspunt. In deze bijdrage wordt onderzocht hoe deze leeftijdsgrenzen zich verhouden tot het model van *shared decision making*.

1. Inleiding

Voor verrichtingen ter uitvoering van een geneeskundige behandelingsovereenkomst is de toestemming van de patiënt vereist (artikel 7:450 BW). De vrijheid om een medische behandeling te ondergaan of te weigeren is immers wezenlijk 'vital' in het licht van de beginselen van zelfbeschikking en autonomie.² Hoewel het recht op informatie ook een zelfstandig recht is, is dit recht nauw verbonden met het toestemmingsvereiste. Om een geldige toestemming te kunnen geven, moet de patiënt door de hulpverlener immers adequaat geïnformeerd zijn. Beide rechten in samenhang worden ook wel aangeduid als het vereiste van 'informed consent'.³ Het vereiste van informed consent geeft uitdrukking aan het grote gewicht dat wordt verbonden aan de persoonlijke wil van het individu en diens subjectieve waarden. Dit element wordt ondersteund door de wetwijziging van artikel 7:448 BW, van kracht sinds januari 2020.⁴ Met deze wetwijziging is het vereiste van informed consent in het teken komen te staan van 'samen beslissen' ook wel *shared decision making* genoemd.

Voor de wetwijziging zou de informatieplicht van de hulpverlener het klassieke medische model representeren, waarin het advies van de hulpverlener leidend is in plaats van de wensen van de patiënt.⁵ Dit beeld van de zorgrelatie

is de laatste jaren veranderd.⁶ Naast het informeren van de patiënt wordt grote waarde gehecht aan overleg tussen hulpverlener en patiënt en dienen in het besluitvormingsproces de persoonlijke wensen en de situatie van de patiënt steeds in ogenschouw te worden genomen. Met betrekking tot het toestemmingsvereiste voor minderjarigen gelden echter objectieve leeftijdsgrenzen. Vanaf zestien jaar dient een minderjarige zelf toestemming te geven voor iedere medische verrichting die hij of zij zal ondergaan. Voor kinderen tussen twaalf en zestien jaar is dubbele toestemming vereist en dienen zowel de wettelijke vertegen-

Informed consent heeft een duidelijke juridische betekenis

woordigers van het kind (ouder(s) of voogd) en kind toestemming te geven en voor kinderen jonger dan twaalf jaar is slechts de toestemming van de wettelijke vertegenwoordigers vereist. In deze bijdrage gaan wij in op de vraag of en op welke manier het persoonsgerichte relatiemodel van

shared decision making schuurt met de objectieve leeftijds-grenzen voor het geven van toestemming voor verrichtingen ter uitvoering van een geneeskundige behandelings-overeenkomst ten behoeve van minderjarigen.

2. Informatie en toestemming en de geneeskundige behandelingsovereenkomst

2.1. Informed Consent

In de jaren zeventig van de vorige eeuw vindt er een omslag plaats in het denken over de rechtspositie van de patiënt. Het tot dan toe 'natuurlijke' gezag van de arts die weet wat goed is voor zijn patiënten wordt ter discussie gesteld en zelfbeschikking wordt een belangrijke norm. Aanvankelijk wordt het recht op zelfbeschikking uitgelegd als een afweerrecht tegen bemoeienis van buitenaf, maar al in de jaren negentig wordt de gezondheid van en de zorg aan de patiënt meer gezien als een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de arts en de patiënt.⁷ Het vereiste van informed consent, neergelegd in artikel 7:448 jo. 7:450 BW, is een van de belangrijkste uitgangspunten binnen het gezondheidsrecht en is terug te voeren op het zelfbeschikkingsrecht en de autonomie van de patiënt.⁸

Kern van deze artikelen in samenhang is dat een patiënt slechts een beslissing kan nemen indien hij adequaat is geïnformeerd en dat de hulpverlener geen enkele verrichting ter uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, dus geen behandeling, maar ook geen onderzoek, kan doen zonder de geïnformeerde toestemming van de patiënt.⁹ De verantwoordelijkheid voor het verstrekken van informatie en toestemming ligt bij de hulpverlener.¹⁰ Informed consent heeft een duidelijke juridische betekenis en op gebrekkige uitvoering van het informed consent-vereiste kan een hulpverlener via het klachtrecht, het tuchtrecht of het civiele recht worden aangesproken.¹¹ Informed consent is een hulpmiddel; door communicatie en interactie worden therapeutische doelen ondersteund.¹² Juist deze opvatting wordt gedragen door de wetswijziging van artikel 7:448 BW als gevolg waarvan 'overleg' een expliciet en wettelijk vereiste vormt voor informed consent. Hiermee wordt een op de persoon

van de patiënt gerichte en dus subjectieve benadering voorgestaan.

2.2. Een expliciete wettelijke verankering van een persoonsgerichte benadering

In de memorie van toelichting¹³ wordt de wetswijziging van artikel 7:448 BW gepresenteerd als een wezenlijke aanpassing ten aanzien van het informed consent-model van voor de wetswijziging. Het is echter de vraag of het vereiste van informed consent daadwerkelijk fundamenteel anders dient te worden uitgelegd en toegepast. Een aantal wijzigingen expliciteert immers alleen wat ook al voor het wetsvoorstel volgde uit de literatuur en jurisprudentie. Denk bijvoorbeeld aan de plicht om de patiënt te informeren over behandelmogelijkheden die de informerende hulpverlener niet zelf aanbiedt of uitvoert, maar die wel door een andere zorgaanbieder worden aangeboden.¹⁴ Ook opvattingen over de betekenis ten aanzien van zelfbeschikking en autonomie laten zien dat al in de jaren negentig het inzicht bestond dat de functie van de informed consent meer is dan een afweerrecht of keuzevrijheid en tevens ziet op zelfontplooiing. Keuzen dienden toen al weloverwogen te worden gemaakt en te passen bij de patiënt. Aangenomen werd dat dit zelfreflectie vereist over wat voor die patiënt in het leven belangrijk is, en dat daarbij de dialoog met anderen een belangrijke rol kan vervullen.¹⁵ De tuchtcolleges voor de geneeskunde lijken er echter rekening mee te houden wanneer een klacht, ingediend na 2020, betrekking heeft op feiten die zich voor de wetswijziging hebben voorgedaan. In die gevallen wordt immers een lichtere maatstaf gehanteerd ten aanzien van het informed consent-vereiste.¹⁶

Toch is onzes inziens de tegenstelling tussen het vereiste van informed consent voor de wetswijziging en na de wetswijziging niet zo groot als de memorie van toelichting ons doet geloven. Door de tekstuele wijziging in artikel 7:448 BW heeft samen beslissen echter wel een expliciete en wettelijke grondslag gekregen. Hierdoor sluit de toon van het artikel beter aan bij de maatschappelijke ontwikkelingen hieromtrent, maar ook bij de gangbare juridische interpretatie van informed consent

Auteurs

1. Mr. dr. C.B.M.C. Zegveld is assistent professor Digitalization of Health and Well-being bij het Department Private, Business & Labour Law (PBLL) van Tilburg University. Prof. mr. M.M. van Rossum is hoogleraar Privaatrecht bij het Departement Rechtswetenschappen van de Open Universiteit en werkzaam bij het Department Private, Business & Labour Law (PBLL) van Tilburg University. Met dank aan prof. dr. T.F.E. (Eric) Tjong Tjin Tai voor zijn commentaar bij een eerdere versie.

Noten

2. EHRM 5 december 2013, GJ 2014/50, ECLI:NL:XX:2013:291 (Arskaya/Ukraine).
3. H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische

uitgevers 2020, p. 115.

4. Besluit van 10 juli 2019, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 5 juni 2019 tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Jeugdwet en enkele andere wetten ter verbetering van patiëntgerichte zorg en het opnemen van een wettelijke regeling voor het inzagerecht in het medisch dossier van een overleden patiënt (Stb. 2019, 224), Stb. 2019, 284.

5. Kamerstukken II 2017/18, 34994, nr. 3 (MvT), p. 3.

6. Kamerstukken II 2017/18, 34994, nr. 3 (MvT), p. 3.

7. A.C. Hendriks e.a., *Thematische wetsevaluatie. Zelfbeschikking in de zorg*, Den Haag: ZonMW 2013, p. 25-26.

8. Dit geldt niet alleen voor het Nederland-

se gezondheidsrecht. Zie Cascão over informed consent en digitale ontwikkelingen in: R. Cascão, 'Informed Consent, Data Protection, and Technological Change in Europe', *Medicine and Law* 2023, 42(1), p. 79-96.

9. Vgl. H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2020, p. 127 en Asser/Tjong Tjin Tai (7-IV) 2022/418.

10. Vgl. A.C. Hendriks e.a., *Thematische wetsevaluatie. Zelfbeschikking in de zorg*, Den Haag: ZonMW 2013, p. 25-26; en H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2020, p. 128.

11. J. Legemaate, *Patiëntenrechten in wetgeving en rechtspraak. Staat van de gezondheidszorg 2006: Patiëntenrechten*, Amsterdam: Inspectie voor de Gezond-

heidszorg 2006, p. 32.

12. J. Legemaate, *Patiëntenrechten in wetgeving en rechtspraak. Staat van de gezondheidszorg 2006: Patiëntenrechten*, Amsterdam: Inspectie voor de Gezondheidszorg 2006, p. 32; en H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2020, p. 115.

13. Kamerstukken II 2017/18, 34994, 3 (MvT), p. 4-6.

14. J. Legemaate, 'Aanpassingen WGBO', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2018 (42), p. 558.

15. A.C. Hendriks e.a., *Thematische wetsevaluatie. Zelfbeschikking in de zorg*, Den Haag: ZonMW 2013.

16. CTG 4 juli 2022, ECLI:NL:TGZCTG:2022:127; CTG 4 juli 2022, ECLI:NL:TGZCTG:2022:128.



© Shutterstock

in de rechtspraak en literatuur.¹⁷ De wetswijzing benadrukt dat een subjectieve op de patiëntgerichte benadering is vereist. Daar komt bij dat de wetswijziging ook een enorme stimulans is voor de zorgpraktijk om zorg te verlenen waarbij de strikt persoonlijke behoeften en wensen van de patiënt in ogenschouw worden genomen.

Opmerkelijk is dat deze subjectieve benadering niet het uitgangspunt lijkt te zijn als het om de leeftijdsgrenzen ten aanzien van het toestemmingsvereiste gaat.

3. Leeftijdsgrenzen voor minderjarigen en het toestemmingsvereiste

3.1. Bescherming, rechtszekerheid en doelmatigheid versus autonomie en zelfbeschikking

Leeftijdsgrenzen ten aanzien van minderjarigen zijn ingegeven door het beschermingsbeginsel, de rechtszekerheid en doelmatigheid.¹⁸ Minderjarigen worden als een kwetsbare groep beschouwd en verdienen bescherming, adequate bijstand en vertegenwoordiging.¹⁹ Een doelmatige procesgang en besluitvorming worden hiermee gewaarborgd.²⁰ Zoals in paragraaf 2.1. aangegeven hangt het toestemmingsvereiste ten nauwste samen met het recht op zelfbeschikking en autonomie van de betrokkene. Juist dit recht kan strijd opleveren met de beginselen die ten grondslag liggen aan de leeftijdsgrenzen ten aanzien van minderjarigen. Het beschermingsbeginsel dat meebrengt dat wanneer

Leeftijdsgrenzen ten aanzien van minderjarigen zijn ingegeven door het beschermingsbeginsel, de rechtszekerheid en doelmatigheid

iemand die niet in staat is weloverwogen beslissingen te nemen, beschermd en vertegenwoordigd moet worden, kan immers worden gezien als een inperking van zelfbeschikking en autonomie. De autonomie van een individu en het recht om zijn leven naar eigen inzicht in te richten vallen onder het bereik van artikel 8 EVRM. Het recht op eerbiediging van iemands privéleven dient immers ruim te worden opgevat. Het EHRM overwoog in dit verband:

'(...) the concept of 'private life' is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person (...).²¹

Het recht op de lichamelijke of psychische integriteit van een minderjarige kan in het gedrang komen wanneer hij

beperkt wordt in zijn beslissingsvrijheid door leeftijds-grenzen of vertegenwoordigingsconstructies. Dit klemt temeer indien de minderjarige in staat is tot het weloverwogen nemen van beslissingen, met andere woorden wilsbekwaam is.

3.2. *Handelings(on)bekwaamheid vs. wils(on)bekwaamheid en het toestemmingsvereiste*

Rechtshandelingen zijn uitsluitend handelingen die, naar hun aard, gericht zijn op een of meer bepaalde rechtsgevolgen.²³ Het sluiten van een geneeskundige behandelingsovereenkomst is een rechtshandeling op basis waarvan de hulpverlener gehouden is zorg te verlenen. De totstandkoming van de geneeskundige behandelingsovereenkomst impliceert echter niet dat hiermee ook toestemming is gegeven voor alle medische verrichtingen ter uitvoering van deze overeenkomst.²³ Hiermee wordt afgeweken van het algemene overeenkomstenrecht waarin wilsovereenstemming met betrekking tot de overeenkomst doorgaans ook betekent dat met alle deelverplichtingen is ingestemd. Voor de geneeskundige behandelingsovereenkomst geldt een strengere eis die meebrengt dat de patiënt per verrichting toestemming kan weigeren en in beginsel ook om uitdrukkelijke toestemming moet worden verzocht.²⁴ De toestemming voor verrichtingen ter uitvoering van een geneeskundige behandelingsovereenkomst kan, tevens als het sluiten van de overeenkomst, gekwalificeerd worden als een rechtshandeling;²⁵ het beoogde rechtsgevolg ziet op de legitimering van de medische verrichting. Dit betekent dat het geven van rechtsgeldige toestemming dus wieso vereist dat de verklaring waarin de toestemming tot uitdrukking komt, wordt ondersteund door een op rechtsgevolg gerichte wil (artikel 3:33 BW). Om weloverwogen toestemming te verlenen moet een persoon dus wilsbekwaam zijn. Wilsbekwaamheid dan wel wilsonbekwaamheid is als zodanig niet in het BW gedefinieerd. Een in de praktijk gehan-

teerde definitie van wilsonbekwaamheid is: iemand is wils-onbekwaam als hij:

- informatie niet kan begrijpen en afwegen;
- niet begrijpt wat de gevolgen van zijn besluit zijn;
- en/of geen besluit kan nemen.²⁶

In tegenstelling tot de handelingsbekwaamheid wordt of iemand wilsbekwaam is dus in beginsel niet bepaald door objectieve maatstaven. Voor de vraag of iemand wilsbekwaam is dient de geestelijke gesteldheid van de betreffende persoon per geval te worden beoordeeld.²⁷ Daarbij is de context steeds relevant. Wilsonbekwaamheid geldt voor één bepaalde situatie ('ter zake'). Bij elke volgende situatie moet de arts opnieuw beoordelen of de patiënt wel of geen beslissing kan nemen. Het is best mogelijk dat iemand bepaalde beslissingen wel en andere beslissingen niet kan nemen.²⁸ Om dit goed te kunnen beoordelen is overleg tussen de behandelaars, en de patiënt, eventueel vertegenwoordigd door bijvoorbeeld een naast familielid, van groot belang.²⁹ Opmerkelijk is dat de leeftijdsgrenzen ten aanzien van het toestemmingsvereiste gebaseerd zijn op de gedachte dat een kind beneden de twaalf jaar in de regel niet in staat is tot een redelijke waardering van de eigen belangen ter zake van een medische verrichting.³⁰ Ten aanzien van medische verrichtingen worden twaalfminners dus in beginsel wils-onbekwaam geacht.³¹ De wilsonbekwaamheid wordt hier-

In tegenstelling tot de handelingsbekwaamheid wordt of iemand wilsbekwaam is in beginsel niet bepaald door objectieve maatstaven

17. Vgl. J. Legemaate, 'Aanpassingen WGBO', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2018 (42), p. 558.

18. Zie bijvoorbeeld: H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2020, p. 119; F.M. de Kievit, 'Wie beslist? De autonomie van minderjarigen in het geven van toestemming voor een medische beslissing', *FJR* 2018/16, p. 15.

19. J.H. Lieber, 'De procesbekwaamheid van kinderen in het procesrecht', *FJR* 2020/55, p. 263.

20. C.C.M. van Leeuwen, 'Het hoorrecht van het civiele jeugdrecht gaat over grenzen', *FJR* 2017/56, p. 268; F.M. Kievit, 'Wie beslist? De autonomie van minderjarigen en het geven van toestemming voor een medische behandeling', *FJR* 2018/16, p. 15; J. Dorscheid, 'Medische behandeling', *Ars Aequi*, april 2018, p. 293.

21. EHRM 29 april 2009, ECLI:NL:XX:2002:AP0678 (*Pretty/UK*), NJ 2004/543, m.nt. E.A. Alkema. Zie ook T.

Wuyts, 'Autonomie in het personenrecht: de rol van artikel 8 EVRM en het EHRM in een samenleving in beweging – deel 1', *FJR* 2023/4, p. 1.

22. J.Hijma e.a., 'Rechtshandeling en overeenkomst', Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 3.

23. *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, 3 (MvT), p. 12; Asser/Tjong Tjin Tai (7-IV) 2022/418; H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2020, p. 127.

24. Asser/Tjong Tjin Tai (7-IV) 2022/418.

25. Vgl. C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling*, Serie Onderneming en Recht (diss. Nijmegen), Nijmegen: Wolters Kluwer 2016, p. 299. Zie tevens B. Blanckenburg e.a., 'Access to Justice voor 12- tot 16-jarigen bij niet-nakoming van de geneeskundige behandelingsovereenkomst', *TvJR* 2020, p. 98.

26. Uit de parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken II* 1991/92, 21239, nr. 20, p. 3; *Kamerstukken II* 1991/92, nr. 11, p.

39), blijkt dat de wetgever deze definiëring als uitgangspunt neemt. De KNMG conformeert zich aan deze definitie in het Stap- penplan Artsenfederatie KNMG 2004. Dit stappenplan is als bijlage 9 opgenomen bij het WGBO-rapport deel 2, van J.M. Witmer & R.P. de Roode d.d. 15 juni 2004. Vgl. C.J. van de Klippe, *Maandblad voor de geestelijke Volksgezondheid* 1990/2, p. 123-128.

27. J. Legemaate, 'Criteria voor wilsonbekwaamheid', *NJB* 1992/6, p. 190-193; J. Legemaate, 'De rechtspositie van de wilsonbekwame patiënt: stand van zaken', *TvGR* 1994/6, p. 119-128.

28. H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2020, p. 151; C. Blankman, *Bekwaamheid in het familie- en gezondheidsrecht*, In *verbondenheid*, Opstellen aangeboden aan P. Vlaardingebroek, ter gelegenheid van zijn emeritaat, Deventer: Wolters Kluwer 2017/5, p. 164.

29. Ministerie van Justitie en Veiligheid 2007, *Handreiking voor de beoordeling van wilsbe-*

kwaamheid (voor de hulpverlener), p. 9 en 12; R.B.J. Knuiman e.a., 'Medische behandeling van meerderjarige wilsonbekwame patiënten', *Maandblad voor de geestelijke gezondheidszorg* 2006, p. 628-637.

30. *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, 3 (MvT), p. 32.

31. Zie onder meer: art. 7:468 BW: vertegenwoordiging van de wilsonbekwame patiënt onder de twaalf jaar; vergelijkbare bepalingen: art. 77a e.v. Wetboek van Strafrecht: bijzondere bepalingen voor minderjarigen van twaalf-achtien jaar: kinderen onder de twaalf jaar worden geacht geen strafbaar feit te kunnen plegen; art. 1:253t lid 4 BW, art. 809 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering: hoorrecht van kinderen van twaalf jaar of ouder. Zie ook C.M.M. van Leeuwen, 'Het hoorrecht in het civiele jeugdrecht gaat over grenzen', *FJR* 2017/56, p. 263.

mee gekoppeld aan een objectieve leeftijdsgrens wat haaks staan op een persoon- en situatiegerelateerde benadering. Hieronder lichten wij de leeftijdsgrenzen die bestaan voor het geven van toestemming ten aanzien van verrichtingen ter uitvoering van een geneeskundige behandelingsovereenkomst verder toe.

3.3. Leeftijdsgrenzen binnen de groep van minderjarigen en het toestemmingsvereiste

Vanaf achttien jaar is iemand in beginsel handelingsbekwaam. In afdeling 7:7.5 BW wordt ten aanzien van de geneeskundige behandelingsovereenkomst een uitzondering gemaakt op deze algemene leeftijdsgrens en wordt een leeftijdsgrens van zestien jaar gehanteerd.³²

Een zestienjarige is bekwaam tot het aangaan van een behandelingsovereenkomst ten behoeve van zichzelf en tot het verrichten van rechtshandelingen die met de overeenkomst onmiddellijk verband houden; denk hierbij aan de aanschaf van medicijnen.³³ De wetgever veronderstelt dat het noodzakelijke inzicht hiervoor bij zestienplussers in beginsel aanwezig is.³⁴ Kinderen jonger dan zestien jaar kunnen niet zelf een geneeskundige behandelingsovereenkomst aangaan en dienen te worden vertegenwoordigd door hun ouders of voogd.³⁵

Het geven van toestemming dient te worden onderscheiden van het sluiten van de behandelingsovereenkomst en kent voor minderjarigen een (deels) eigen regime. In artikel 7:450 lid 2 BW wordt het toestemmingsvereiste voor kinderen tussen de twaalf en zestien jaar nader uitgewerkt. Indien de patiënt minderjarig is en de leeftijd van twaalf, maar nog niet die van zestien jaren heeft bereikt, is tevens de toestemming van de ouders die het gezag over hem uitoefenen of van zijn voogd vereist. Hierop is echter een nuancering aangebracht. De verrichting kan zonder toestemming van ouders of voogd worden uitgevoerd, indien zij kennelijk nodig is om ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen of indien de patiënt ook na de weigering van de toestemming, de verrichting weloverwogen blijft wensen. Voor een minderjarige van twaalf tot zestien jaar geldt dus in beginsel een regime van 'dubbele toestemming'. De wetgever heeft hier uitdrukkelijk gekozen voor een vaste leeftijdsgrens in plaats van het flexibele 'oordeel des ondersheids'.³⁶

Uit artikel 7:465 lid 1 BW volgt dat in het geval een kind jonger is dan twaalf jaar de wettelijke vertegenwoordigers van het kind, het kind niet alleen vertegenwoordigen bij het aangaan van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, maar tevens toestemming dienen te verlenen voor verrichtingen ter uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Toestemming van het kind zelf is dus niet vereist. Blijkens de parlementaire geschiedenis betekent dit echter niet dat de mening van de minderjarige jonger dan twaalf jaar geen enkele rol zou kunnen spelen. Het staat de hulpverlener vrij deze minderjarige om zijn oordeel te vragen. De hulpverlener moet immers bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht houden.³⁷ Onder omstandigheden kan dit zelfs inhouden dat een verrichting die door de ouders wordt gewenst toch niet plaatsvindt omdat de twaalfminner ter zake zodanige ernstige bezwaren kenbaar heeft gemaakt dat deze bezwaren door de hulpverlener vanuit zijn professionele overtuiging doorslaggevend

Complicerende factor is dat een kind in veel gevallen twee ouders heeft en deze het niet altijd met elkaar eens zijn

moeten worden geacht.³⁸ In dit geval dient de arts een beroep te doen op artikel 7:465 lid 6. BW. De verrichting dient overigens in die situatie wel te worden uitgevoerd indien zij kennelijk nodig is teneinde ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen. Ook in de omgekeerde situatie: het kind wenst een medisch noodzakelijke behandeling en de ouders weigeren, kan de hulpverlener ingevolge artikel 7:465 lid 4 BW, van zijn plicht tot het verkrijgen van toestemming door de ouders ontslagen worden indien het niet-behandelen niet verenigbaar is met de zorg van een goed hulpverlener.³⁹

Complicerende factor is dat een kind in veel gevallen twee ouders heeft en deze het niet altijd met elkaar eens zijn. Over hoe in deze situatie dient te worden gehandeld verwijzen wij naar de richtlijn van de KNMG⁴⁰ die hier betrekking op heeft. Overigens kan een kind bij ernstige conflicten met zijn wettelijke vertegenwoordigers ook door een bijzonder curator worden vertegenwoordigd die alsdan de hier bedoelde toestemming kan geven: artikel 1:250 BW.

Tot slot verdient het opmerking dat met het oog op een kindbeschermingsmaatregel een uitzondering kan worden gemaakt op het toestemmingsregime als neergelegd in afdeling 7:7.5 BW inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst. In het kader van een onder-toezichtstelling kan op basis van artikel 1:265h BW de vervangende toestemming voor een medische handeling door de kinderrechter worden verleend. Probleem van deze maatregel is echter dat het realiseren ervan tijd kost. Deze tijd is er niet in acute situaties waardoor in dat geval de arts een beroep zal moeten doen op artikel 7:465 lid 4 BW en daarmee het ontbreken van de toestemming van de ouders mag negeren.⁴¹ Ook buiten noodsituaties is het bovendien maar de vraag of de procedure van artikel 1:265h BW moet prevaleren boven artikel 7:465 lid 4 BW aangezien een kindbeschermingsmaatregel formalisering van het conflict betekent en een kindbeschermingsdossier oplevert.⁴²

3.4. Verhouding leeftijdsgrenzen en wils(on)bekwaamheid

Leeftijdsgrenzen dienen zoals hiervoor is opgemerkt de rechtszekerheid en doelmatigheid en stellen het beschermingsbeginsel van kinderen voorop. Het wettelijk systeem wil voorkomen dat van geval tot geval beoordeeld moet worden of de minderjarige wilsbekwaam is en zijn toestemming kan geven. Daadwerkelijke wilsbekwaamheid is echter niet aan een leeftijd gekoppeld waardoor er een discrepantie kan bestaan tussen de juridische- en de feitelijke situatie. Zo kan een minderjarige van tien jaar, al dan niet door eigen ziekte-ervaring, voldoende bevattingvermogen hebben om een weloverwogen

Duidelijk is dat de wettelijke leeftijdsgrenzen niet in alle gevallen samenvallen met het onderscheid tussen wilsbekwaamheid en wilsonbekwaamheid

beslissing over een medische behandeling te geven. Uit onderzoek⁴³ blijkt dat kinderen jonger dan twaalf jaar voldoende wilsbekwaam kunnen zijn beslissingen te nemen over een medische behandeling of de deelname aan een medisch-wetenschappelijk onderzoek. Empirisch onderzoek toont aan dat kinderen die jonger zijn dan 9,6 jaar in het algemeen wilsonbekwaam zijn ten aanzien van medische besluiten en kinderen die ouder zijn dan 11,2 jaar bekwaam.⁴⁴ Het gemiddelde omslagpunt van wilsonbekwaamheid naar wilsbekwaamheid ligt op 10,4 jaar.⁴⁵ Het gaat hier echter over gemiddelden. De leeftijd waarop een kind wilsbekwaam wordt is dus niet voor ieder kind hetzelfde.

Duidelijk is dat de wettelijke leeftijdsgrenzen niet in alle gevallen samenvallen met het onderscheid tussen wilsbekwaamheid en wilsonbekwaamheid. In geval wettelijke vertegenwoordigers, kind en hulpverlener op één lijn zitten, is dit geen probleem, maar in conflictsituaties kan het zelfbeschikkingsrecht van het kind in het gedrang komen.

In afdeling 7.7.5 BW inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst en ook in andere gezondheidsregelingen, zoals de Wvvgg, de WZD en de WTL, maar ook in het personen- en familierecht, speelt het onderscheid tussen wilsbekwaamheid en wilsonbekwaamheid een belangrijke rol. Leeftijdsgrenzen weerspiegelen de vooronderstellingen die men heeft ten aanzien van wilsbekwaamheid van groepen patiënten ten behoeve van de rechtszekerheid en de beschermingsgedachte. Wilsbekwaamheid is echter, als opgemerkt in paragraaf 3.2, contextueel bepaald en situatiegerelateerd. Met betrekking tot sommige (ingrijpende) beslissingen kan een patiënt bijvoorbeeld wilsonbekwaam zijn, terwijl hij ten aanzien van eenvoudige medische handelingen wel een beslissing kan nemen. Strikte leeftijdsgrenzen doen daarmee niet altijd recht aan het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Dit vereist

immers dat altijd de persoon van de patiënt moeten worden meegewogen, wat in overeenstemming zou zijn met de huidige persoonsgebonden benadering in het gezondheidsrecht. In deze lijn ligt ook het advies van de Staatscommissie Herijking ouderschap over de leeftijdsgrenzen ten aanzien van het hoorrecht van kinderen in civiele procedures⁴⁶. De Staatscommissie is van oordeel dat het belang van het kind niet kan worden ingevuld zonder hierin het kind te kennen, op een wijze die recht doet aan de zich ontwikkelende vermogens (leeftijd en rijpheid) van een kind. Het huidige wettelijke kader voor het horen van kinderen gaat uit van een leeftijdsgrens van twaalf jaar. Voor de specifieke leeftijdsgrens van twaalf jaar zijn naar het oordeel van de Staatscommissie nauwelijks objectieve argumenten aan te dragen. Volgens de Staatscommissie zou het al dan niet horen van kinderen bij voorkeur niet aan de hand van een leeftijdsgrens moeten worden bepaald, maar juist per geval moeten worden beoordeeld.⁴⁷ Een verschuiving van leeftijdsgrenzen is te vinden in de regeling voor actieve levensbeëindiging van 1- tot 12-jarigen die uitzichtloos en ondraaglijk lijden en die aansluit bij de LZA/LP⁴⁸ voor pasgeborenen. Opvallend is bovendien dat artikel 12 IVRK geen leeftijdsgrenzen kent voor het kunnen geven van je mening en kinderen inspraak moeten hebben in zaken die hun aangaan. Uit artikel 12 lid 1 IVRK volgt dat het kind zijn mening moet kunnen vormen en vrijelijk moet kunnen uiten in alle aangelegenheden die hem aangaan en dat aan zijn mening passend belang moet worden gehecht in overeenstemming met zijn leeftijd en rijpheid. Met rijpheid wordt hier bedoeld de mate waarin het kind een redelijke, onafhankelijke mening kan geven. Dat moet per kind beoordeeld worden. Niet de leeftijd van het kind, maar zijn capaciteiten zullen dus bepalend moeten zijn voor het gewicht dat aan zijn mening moet worden toegekend.⁴⁹

32. R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade. De geneeskundige behandeling en de aansprakelijkheid bij schade van de patiënt*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 167.

33. *Kamerstukken II 1989/1990, 21561, nr. 3 (MvT)*, p. 30; R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade. De geneeskundige behandeling en de aansprakelijkheid bij schade van de patiënt*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 167-168.

34. *Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3 (MvT)*, p. 19.

35. R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade. De geneeskundige behandeling en de aansprakelijkheid bij*

schade van de patiënt, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 167.

36. *Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3 (MvT)* p. 20.

37. *Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3 (MvT)* p. 32.

38. *Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3 (MvT)* p. 32.

39. H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2020, p. 141.

40. Toestemming en informatie bij de behandeling van minderjarigen, KNMG-wegwijzer 2019 knmg.nl/advies-richtlijnen/dossiers/rechten-minderjarigen, geraadpleegd 13 op oktober 2023.

41. H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2020, p. 141.

42. Vgl. H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2020, p. 141.

43. I. Hein, *Children's competence to consent to treatment or research*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2015.

44. I. Hein, *Children's competence to consent to treatment or research*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2015, p. 77.

45. I. Hein, *Children's competence to consent to treatment or research*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2015, p. 131.

46. Rapport van de Staatscommissie Herij-

king Ouderschap, *Kind en ouders in de 21e eeuw*, Den Haag: Xerob/OBT 2016.

47. Rapport van de Staatscommissie Herijking Ouderschap, *Kind en ouders in de 21e eeuw*, Den Haag: Xerob/OBT 2016, p. 391, 392; C.C.M. van Leeuwen, 'Het hoorrecht in het civiele jeugdrecht gaat over grenzen', *FJR* 2017/56, p. 266.

48. Regeling beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen, BWBR0037570 geldend van 1 februari 2024.

49. C.E. Parree, 'Actieve levensbeëindiging bij 1- tot 12-jarigen', *TvJr* 2022/3, p. 97.

4. Evaluatie

Zoals hiervoor beschreven is de verhouding tussen hulpverlener en patiënt verschoven van het klassieke relatie-model waarin het advies van de hulpverlener centraal stond in plaats van de wensen van de patiënt naar een model waarin de informed consent van de patiënt in het teken is komen te staan van samen beslissen/shared decision making. Naast het informeren van de patiënt wordt grote waarde gehecht aan overleg tussen hulpverlener en patiënt en behoren in het besluitvormingsproces de persoonlijke voorkeuren en de situatie van de patiënt steeds

Wij zien mogelijkheden om ook binnen het huidige wettelijke kader de wils(on)bekwaamheid van het kind voorop te stellen

betrokken te worden. Deze subjectieve inslag sluit naadloos aan bij de toetsing van wilsbekwaamheid, waarbij de persoonlijke benadering voorop staat en het gaat om de vraag of de betreffende persoon voor een specifiek geval in staat is een weloverwogen beslissing te nemen en daarvan de gevolgen te kunnen overzien.

Voor het geven van toestemming van minderjarige gelden echter in beginsel objectieve leeftijdsgrenzen die haaks lijken te staan op de subjectieve benadering van informed consent en de toetsing van wilsbekwaamheid. Zo worden kinderen onder de twaalf jaar categorisch onbekwaam geacht en standaard door hun ouders of voogd vertegenwoordigd. Hoewel kinderen tussen de twaalf en zestien jaar óók zelf toestemming dienen te geven voor een medische behandeling brengt het vereiste van dubbele toestemming mee dat ook zij hierbij afhankelijk zijn van hun wettelijke vertegenwoordigers. Daadwerkelijke wils(on)bekwaamheid is dus in beginsel niet het criterium waaraan getoetst wordt, waardoor er situaties zullen zijn waarin door toepassing van de leeftijdsgrenzen het kind wordt geschaad in zijn autonomie.⁵⁰ Dit neemt uiteraard niet weg dat de arts ook jonge patiënten moet informeren passend bij hun bevattingsvermogen. Goed hulpverlenerschap houdt bovendien in dat de wensen en behoeften van het kind moeten worden meegewogen in de beslissing. Dit is onzes inziens een stap in de goede richting, maar zonder hieraan enige vorm van inspraak te koppelen, blijft dit vooralsnog een tandeloos recht.

De wet biedt mogelijkheden om uitzonderingen te maken op de leeftijdsgrenzen bij het geven van toestemming. Denk aan de situatie dat een arts een jong kind tegen de wens van de ouders toch behandelt, indien niet-behandelen niet verenigbaar is met de zorg van goed hulpverlener of dat het kind tussen de twaalf en zestien jaar een behandeling krijgt zonder toestemming van de ouders omdat het kind de behandeling weloverwogen blijft wensen. Wij pleiten ervoor de leeftijdsgrenzen met betrekking tot het toestemmingsvereiste voor een medische verrichting in de praktijk niet strikt te hanteren en de uitzonderingsmogelijkheden die de wet biedt, niet alleen in uitzonderlijke gevallen toe te passen. Onzes inziens brengt goed hulpverlenerschap immers mee dat de wils(on)bewaamheid van het kind in beginsel bepalend moet zijn. We sluiten daarmee aan bij het advies van de Staatscommissie Herijking ouderschap ten aanzien van het hoorrecht van kinderen. Door de leeftijdsgrenzen soepel te handteren sluiten wij ook aan bij de verschuiving in het denken over kinderen die het IVRK heeft teweeggebracht: van object waarover wordt beslist, naar rechtssubject dat een eigenstandige inbreng heeft in beslissingen die hem of haar aangaan.⁵¹ Wij zien dus mogelijkheden om ook binnen het huidige wettelijke kader de wils(on)bekwaamheid van het kind voorop te stellen en achten het niet noodzakelijk dat de wetgever een nieuwe regeling ontwerpt met flexibele leeftijdsgrenzen. Wel is onzes inziens hiervoor vereist dat dit uitgangspunt, ten behoeve van de autonomie en het zelfbeschikkingsrecht van het kind door de praktijk en rechtspraak wordt omarmd.

Wij realiseren ons dat het loslaten van strikte leeftijdsgrenzen de rechtszekerheid kan inperken en de praktische uitvoerbaarheid kan belemmeren en daarom ook mogelijk onwenselijk is. Wij hebben begrip voor de praktijk waarin men graag zal werken met heldere richtlijnen. Toch denken wij dat juist het flexibel omgaan met leeftijdsgrenzen de hulpverlener kan helpen goede en bij de patiënt passende zorg te kunnen verlenen. Wanneer het kind wilsbekwaam kan worden geacht, dient strikte hantering van de leeftijdsgrenzen los te worden gelaten, waardoor de weloverwogen toestemming van de minderjarige kan prevaleren. Hierdoor zal shared decision making niet alleen betekenen dat de persoonlijke wensen, behoeften en omstandigheden van het kind worden meegewogen, maar zal – indien de minderjarige hiertoe in staat is – zijn stem ook daadwerkelijk doorslaggevend zijn. •

⁵⁰. Zie ook in deze lijn: J. Legemaate, 'De wilsbekwaamheid van minderjarige patiënten', *FJR* 2016/33, p. 136; F.M. Kievit, 'Wie beslist? De autonomie van minderjarigen in het geven van toestemming voor

een medische behandeling', *FJR* 2018/16, p. 15.

⁵¹. Rapport van de Staatscommissie Herijking Ouderschap, *Kind en ouders in de 21e eeuw*, Den Haag: Xerob/OBT 2016, p. 390.