

# Artikel

## Wanneer gaat ‘baas in eigen buik’ te ver?

Een onderzoek naar de juridische mogelijkheid om anticonceptie te verplichten

Mr. T.P.L.H. Röther\*

Kan verplichte anticonceptie worden opgelegd aan een moeder met een schizoaffectieve stoornis en verlaagde intelligentie, waarvan eerder al vier kinderen uit huis zijn geplaatst en die de adviezen van hulpverleners van ‘Nu Niet Zwanger’ niet opvolgt? Deze vraag lag voor aan de rechtbank Rotterdam op 12 maart 2020.<sup>1</sup> Het juridische debat omtrent verplichte anticonceptie kreeg een onverwachte wending na de invoering van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (hierna: Wvggz) op 1 januari 2020. Sinds de inwerkingtreding van de Wvggz zijn er verscheidene, uiteenlopende rechterlijke uitspraken geweest over de (on)mogelijkheid om verplichte anticonceptie op te leggen aan vrouwen met een psychiatrische stoornis op grond van de Wvggz.<sup>2</sup> In dit artikel zal ik een oordeel vellen over de juridische mogelijkheid en wenselijkheid van het opleggen van verplichte anticonceptie aan moeders met een psychiatrische stoornis op grond van de Wvggz. Hiervoor zal ik eerst inzoomen op het juridische kader waarin het debat over het opleggen van verplichte anticonceptie zich bevindt. Daarna zal ik een analyse verstrekken van de artikelen 3:2 lid 2 sub a en 3:2 lid 2 sub h Wvggz met bijbehorende jurisprudentie over verplichte anticonceptie. Vervolgens zal ik ingaan op het advies van Advocaat-Generaal (hierna: A-G) Lückers en de daaropvolgende uitspraak van de Hoge Raad van 9 december 2022.<sup>3</sup> Ten slotte zal ik uiteenzetten op welke manier verplichte anticonceptie

naar mijn mening een rol kan spelen in het Nederlandse rechtsstelsel.

### Het juridische kader van verplichte anticonceptie

Met betrekking tot het juridische kader is het allereerst van belang om te vermelden dat toekomstige niet-verwekte kinderen geen *recht* hebben om niet geboren te worden. Het recht om niet geboren te worden vormt primair de grondslag van de vordering van de eisende partij in zogenaamde wrongful life-cases. In Nederland is een van de bekendste wrongful life-zaken het Baby Kelly-arrest. De Hoge Raad verwijst in dit arrest enerzijds naar de onwenselijke praktijk dat kinderen in de toekomst hun ouders gaan aanspreken omdat zij niet geboren hadden willen worden (interfamilial warfare) en anderzijds naar het risico dat verloskundigen in de toekomst eerder een abortus zouden kunnen gaan aanbevelen om eventuele aansprakelijkheid te voorkomen (defensive medicine).<sup>4</sup> Dit maakt volgens de Hoge Raad dat er geen recht op niet-bestaan is; alleen de moeder kan de beslissing rondom abortus en het bestaan van het kind nemen.<sup>5</sup> In de literatuur wordt wel kritisch gereageerd op deze argumentatie, omdat respectievelijk de abortusbeslissing onder de ‘parental immunity’ zou vallen, wat impliceert dat de rechter slechts marginaal mag toetsen, én dat de bij de klinische genetica betrokken beroeps-

\* Mr. T.P.L.H. Röther is masterstudent Rechtsgeleerdheid, tracé familie- en jeugdrecht, aan Tilburg University.

1 Rb. Rotterdam 12 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2489.

2 H. van Kolschooten & C. van der Vleuten, ‘Van verplichte geestelijke gezondheidszorg naar verplichte anticonceptie?’, *NJB* 2022/620, p. 740.

3 HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1850.

4 HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, r.o. 4.15-4.17.

5 HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, r.o. 4.13.

groepen in de eerste plaats verantwoordelijk zijn voor het opstellen en handhaven van kwaliteitseisen.<sup>6</sup>

Daarnaast is er in de literatuur ook nog veel discussie over wat de ‘schade’ in wrongful life-procedures precies is. In dit kader wordt door voorstanders van het arrest gewezen op het ethische bezwaar dat het toewijzen van deze vorderingen zou suggereren dat een gehandicapt leven minder waard is dan een gezond leven, alsmede op het bezwaar dat de schade moet worden vastgesteld door het gehandicapte leven af te zetten tegen het enige alternatief: niet-bestaan, wat niet te waarderen valt. Tegenstanders van het arrest wijzen juist op artikel 6:97 BW, waarin staat dat als de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden geschat, deze moet worden begroot.<sup>7</sup> Ondanks deze kritieken worden dergelijke wrongful life-vorderingen in tal van andere landen systematisch afgewezen door de rechter, wat vooral nog dus ook de realiteit is in Nederland.<sup>8</sup>

Als reeds verwekte kinderen al geen recht op niet-bestaan hebben, hebben toekomstige kinderen dit zeker niet. Een ander – meer fundamenteel argument – waarom toekomstige kinderen geen recht op niet-bestaan hebben, heeft te maken met de notie van rechtssubjectiviteit. In beginsel is men pas een drager van rechten als men een rechtssubject is, en dat is in Nederland in principe pas vanaf de geboorte. Wel is er de nasciturus fictie van artikel 1:2 BW waarmee de juridische geboorte voor de feitelijke geboorte plaatsvindt. In dit kader is het onderscheid tussen niet-verwekte, toekomstige kinderen en reeds verwekte, ongeboren kinderen (foetussen) van belang. Artikel 1:2 BW is niet geschreven om toekomstige kinderen rechten toe te kennen.<sup>9</sup> Dit blijkt uit het feit dat dit artikel het heeft over ‘zwangere vrouwen’, alsmede de tweede volzin van het artikel die de fictie ongedaan maakt indien het kind levenloos ter wereld komt. Door het opleggen van verplichte anticonceptie zal de bevruchting nooit plaatsvinden en zal het kind dus ook nooit geboren worden, waardoor het kind wordt geacht nooit te hebben bestaan. Een alternatief zou kunnen zijn om in plaats van rechten te spreken van een belang van het toekomstige kind bij niet-bestaan. In de literatuur wordt echter beargumenteerd dat ook dit niet mogelijk is, omdat enkel entiteiten met een (toekomstig) bewustzijn belangen kunnen hebben. Hierdoor is het toekomstige kind een juridisch ongrijpbare entiteit.<sup>10</sup> Wel refereert de preambule van het IVRK naar het ongeboren kind, maar dit is slechts bedoeld om verdragsluitende staten de ruimte te geven om zelf een invulling te geven aan de rechten van het ongeboren kind, vanwege het uitblijven van consensus tussen de verdragsluitende staten over dit onderwerp. Het verdrag bevat geen expli-

ciete bepaling tot de bescherming van het ongeboren kind.<sup>11</sup>

Tegenover deze ongrijpbare juridische status van het toekomstige kind staan (grond)rechten van de moeder. Het meest in het oog springend is het recht op privé-, familie- en gezinsleven van artikel 8 EVRM. Volgens het EHRM vormen onvrijwillige medische behandelingen een inbreuk op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Dat geldt ook als de behandeling op zichzelf niet of nauwelijks belastend is.<sup>12</sup> Het zelfbeschikkingsrecht dat ten grondslag ligt aan artikel 8 EVRM is echter geen absoluut recht blijkens het tweede lid van dit artikel.<sup>13</sup> Hierdoor moet voor elke inbreuk van dit artikel worden onderzocht of deze gerechtvaardigd kan worden doordat deze bij wet is voorzien en voldoet aan de beginselen van proportionaliteit, subsidiariteit en doelmatigheid. Voor de proportionaliteitstoets is voor verplichte anticonceptie in het bijzonder van belang dat hoe groter de inbreuk op de menselijke waardigheid, hoe strenger het EHRM zal oordelen over de rechtvaardiging van de inmenging.<sup>14</sup> In de juridische literatuur is er veel discussie of aan deze rechtvaardigingsgronden wordt voldaan bij het al dan niet tijdelijk opleggen van verplichte anticonceptie. Het uitblijven van consensus kan niet los worden gezien van het gebrek aan EHRM-jurisprudentie over verplichte anticonceptie. Het EHRM heeft alleen besloten dat een onomkeerbare en definitieve inbreuk op het recht op voortplanting te ver gaat en hoe dan ook in strijd is met artikel 8 EVRM.<sup>15</sup> Daarnaast is het enkele feit dat er sprake is van een verstandelijke handicap bij een of beide ouders niet voldoende om een inbreuk te maken op artikel 8 EVRM via bijvoorbeeld het opleggen van verplichte anticonceptie.<sup>16</sup> Deze jurisprudentie geeft echter geen antwoord op de vraag of een tijdelijke beperking van het recht op voortplanting wél is toegestaan. Bovendien maakt verplichte anticonceptie ook een inbreuk op andere (grond)rechten van de vrouw, zoals het recht op procreatie van artikel 12 EVRM, het recht op gezondheid van in artikel 12 VN-Vrouwenverdrag en het verbod op discriminatie van vrouwen van artikel 16 VN-Vrouwenverdrag. Bij de bespreking van de nationale mogelijkheden voor het opleggen van verplichte anticonceptie – door middel van de analyse van de Wvvgz – is het dus belangrijk om te onthouden dat er nog geen duidelijkheid is over of verplichte anticonceptie tegen de achtergrond van het internationale recht wel toelaatbaar is.

Ingezoomd op de nationale wetgeving is het belangrijk om te vermelden dat onder de Wet Bopz – de voorganger van de Wvvgz – rechters uiterst terughoudend waren met het toestaan van verplichte anticonceptie; slechts

6 C.J.J.M. Stolker & M.P. Sombroek-Van Doorn, ‘De wrongful life-vordering: schadevergoeding of euthanasie?’, *NTBR* 2003/9, p. 505.

7 C.J.J.M. Stolker & M.P. Sombroek-Van Doorn, *NTBR* 2003/9, p. 501-502.

8 C.J.J.M. Stolker, ‘Ja, geléerd zijn jullie wel! Over de status van de rechtswetenschap’, *NJB* 2003, p. 766 e.v.

9 L. ten Haaf, ‘Verplichte anticonceptie op basis van de Wvvgz en de juridische status van het toekomstige kind’, *TvGR* 2023/3, p. 208.

10 L. ten Haaf, *TvGR* 2023/3, p. 208-209.

11 S. Meuwese, *Handboek Internationaal Jeugdrecht*, Nijmegen: Ars Aequi 2005, p. 46.

12 EHRM 9 maart 2004, 61827/00, par. 82-83.

13 Zie ook EHRM 3 november 2011, 57813/00, par. 116.

14 V. van Gerven & S. Lierman, *Veertig jaar later, Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechele: Kluwer 2010, p. 547.

15 EHRM 8 juni 2011, 18968/07, par. 116-120.

16 EHRM 24 maart 1988, 13441/87, par. 67-72.

in zeldzame situaties werd deze maatregel wel genomen, waar gelijk veel kritiek op kwam.<sup>17</sup> Daarnaast had de ‘opsplitsing’ van de Wet Bopz in enerzijds de Wzd en anderzijds de Wvggz niet tot doel om de dwanggronden van verplichte zorg te verruimen.<sup>18</sup> Op basis van artikel 1:1 lid 2 Wvggz kan verplichte zorg onder de Wvggz alleen worden opgelegd om ernstig nadeel voor de betrokkene of *een ander* te voorkomen. Uit artikel 1:4 Wvggz vloeit voort dat de betrokkene zich ook moet verzetten tegen de noodzakelijke zorg. Artikel 3:3 Wvggz bevat de criteria voor het opleggen van verplichte zorg. Dit artikel bevat het ultimium remedium-beginsel en de codificatie van de beginselen van proportionaliteit, subsidiariteit en doelmatigheid. Het ultimium remedium-beginsel houdt in dat verplichte zorg een uiterste middel is dat alleen overwogen kan worden wanneer de mogelijkheden van vrijwillige zorg zijn uitgeput.<sup>19</sup> Dit betekent ook dat binnen de mogelijkheden van verplichte zorg voor de minst ingrijpende vorm van dwang moet worden gekozen, bijvoorbeeld ambulante zorg in plaats van zorg in een instelling. In het licht van verplichte anticonceptie brengt het ultimium remedium-beginsel met zich mee dat er in de fase voor de bevruchting aandacht moet worden geschonken aan actieve ontmoediging, waarbij men bijvoorbeeld kan denken aan het door de overheid gesubsidieerde programma ‘Nu Niet Zwanger.’

## Verplichte anticonceptie en de Wvggz

Uit de jurisprudentie vloeit voort dat er in elke casus drie vragen moeten worden beantwoord om te bepalen of de Wvggz een grondslag kan vormen om verplichte anticonceptie op te leggen in een specifieke casus. Ten eerste de vraag of verplichte anticonceptie wel onder de reikwijdte van de Wvggz in het algemeen valt. Hierbij gaat het vooral om de vraag of toekomstige, niet-verwekte kinderen als ‘een ander’ kunnen worden aangemerkt zoals bedoeld in artikel 1:1 Wvggz. De memorie van toelichting van de Wvggz heeft het alleen over reeds verwekte, ongeboren kinderen, waardoor dit in twijfel kan worden getrokken.<sup>20</sup> De rechtbank Zeeland-West Brabant stapt over het onderscheid tussen reeds verwekte kinderen en toekomstige kinderen heen door hen – zij het indirect – allemaal als ‘een ander’ aan te merken.<sup>21</sup> In andere uitspraken wordt verplichte anticonceptie onder de reikwijdte van de Wvggz geschaard, vanwege het ernstige nadeel dat een eventuele zwan-

gerschap zou veroorzaken voor de betrokkene *zelf*.<sup>22</sup> Deze opvatting van het begrip ‘een ander’ lijkt aannemelijker doordat geen enkele rechter verplichte anticonceptie heeft opgelegd om alleen het ernstige nadeel van het toekomstige kind af te wenden.

Ten tweede de vraag of de Wvggz een grondslag biedt om verplichte anticonceptie op te leggen. De mogelijke vormen van verplichte zorg staan opgesomd in artikel 3:2 Wvggz. De a-grond gaat over het toedienen van vocht, voeding en medicatie, alsmede het verrichten van medische controles, medische handelingen en therapeutische maatregelen ter behandeling van een psychische stoornis of somatische aandoening. De h-grond gaat over het aanbrengen van beperkingen in de vrijheid het eigen leven in te richten, die tot gevolg hebben dat de betrokkene iets moet doen of nalaten. Lagere rechters zijn het niet eens over onder welke grond verplichte anticonceptie valt. Zo beargumenteert de rechtbank Amsterdam dat de a-grond niet kan worden gebruikt omdat verplichte anticonceptie ‘*geen behandeling betreft van een psychische stoornis of, vanwege die stoornis, van een somatische aandoening.*’ Doordat de betrokkene werd beperkt in haar vrijheid om een gezin te stichten alsmede haar bewegingsvrijheid in de vorm van verlof, oordeelt de rechtbank dat de h-grond van toepassing is.<sup>23</sup> De rechtbank Rotterdam ziet dit anders en oordeelt dat verplichte anticonceptie ‘*als medicatie of medische behandeling moet worden beschouwd (de a-grond), en daarmee niet onder sub h kan vallen.*’<sup>24</sup> Meer fundamentele kritiek op de h-grond vloeit voort uit het feit dat deze grond moet worden gezien als een restcategorie.<sup>25</sup> In dat licht zou men zich kunnen afvragen of de inbreuk die verplichte anticonceptie maakt op de lichamelijke integriteit van de betrokkene niet verder gaat dan met deze grond is bedoeld.

Ten derde de vraag of er bij het opleggen van verplichte anticonceptie wordt voldaan aan de criteria en doelen van respectievelijk artikel 3:3 Wvggz en artikel 3:4 Wvggz. In tegenstelling tot de twee voorgaande vragen is de invulling hiervan zeer casuïstisch. Het is dan ook niet verrassend dat de lagere rechters ook deze criteria verschillend interpreteren, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Een voorbeeld hiervan met betrekking tot het ultimium remedium-beginsel is de stelling van de rechtbank Zeeland-West-Brabant die luidt: ‘*de enkele mededeling van betrokkene dat ze wil dat haar hormoon-implantaat eruit gaat, rechtvaardigt nog niet dat er over gegaan mag worden tot het gedwongen toedienen van anticonceptie*’ tegenover de stelling van de rechtbank Noord-Nederland die luidt: ‘*betrokkene heeft op dit moment weliswaar vrijwillig een Implanon laten plaatsen, maar door de psychiater en curator wordt aangegeven dat betrokkene deze zo weer kan laten verwijderen. Deze verwachting is reëel aangezien betrokkene ook naar eigen in-*

17 H. van Kolfschooten & C. van der Vleuten, *NJB* 2022/10, p. 742.

18 *Kamerstukken II* 2009/10, 32399, nr. 3, p. 56-57.

19 R.B.M. Keurentjes, *De Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg, Handleiding voor de praktijk*, Den Haag: Sdu 2021, p. 31.

20 *Kamerstukken II* 2009/10, 32399, nr. 3, p. 56.

21 Rb. Zeeland-West-Brabant 12 oktober 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:5539, r.o. 4.5.3.

22 Zie o.a. Rb. Noord-Nederland 20 oktober 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3684; Rb. Rotterdam 8 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9178; Rb. Den Haag 14 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11864.

23 Rb. Amsterdam 2 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6383, r.o. 5.2.

24 Rb. Rotterdam 12 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2489, r.o. 2.2.2.

25 *Kamerstukken II* 2015/16, 32399, nr. 25, p. 157.

zicht en zonder overleg met de curator haar spiraaltje heeft laten verwijderen', hetgeen volgens de rechtbank het gedwongen toedienen van anticonceptie wél rechtvaardigt.<sup>26</sup>

## A-G Lückers en de Hoge Raad over verplichte anticonceptie

Met al deze verdeeldheid onder lagere rechters is de roep om duidelijkheid te verschaffen groot. In het advies van A-G Lückers aan de Hoge Raad van 2 september 2022 komt zij tot de conclusie dat de Wvvgz in beginsel geen basis kan bieden voor het opleggen van verplichte anticonceptie. Uit het advies zijn hiervoor drie soorten argumenten te herleiden: het eerste – en tevens meest fundamentele – argument is dat de Wvvgz naar zijn aard en strekking geen rekening kán houden met het toekomstige kind. Door hun gebrek aan rechtssubjectiviteit kunnen toekomstige kinderen niet als 'een ander' worden aangemerkt, waardoor zij niet onder het toepassingsbereik van de Wvvgz vallen. Er is volgens de A-G alleen ruimte om gedwongen anticonceptie te scharen onder artikel 3:2 lid 2 onder a Wvvgz als een zwangerschap ernstig nadeel zou opleveren voor de betrokkene zelf.<sup>27</sup> Ten tweede stelt de A-G dat het gebruik van de Wvvgz als grondslag voor verplichte anticonceptie voor rechtsongelijkheid zorgt, wat vanuit twee verschillende dimensies benaderd wordt. De eerste dimensie is ongelijkheid tussen vrouwen onderling. De A-G verwoordt dit als volgt: *'Het gebruik van de Wvvgz voor dit doeleinde leidt er ook toe dat andere mensen bij wie verplichte conceptie om even goede reden zou kunnen worden toegepast niet kunnen worden bereikt.'*<sup>28</sup> De tweede dimensie is ongelijkheid tussen mannen en vrouwen. De A-G gebruikt hiervoor de volgende redenering: *'de focus op vrouwen als rechtssubject van verplichte anticonceptie als verplichte zorgmaatregel werkt rechtsongelijkheid in de hand, nu er tevens kan worden ingezet op vormen van anticonceptie voor mannen.'*<sup>29</sup> Ten derde wijst de A-G op spanning met het rechtszekerheidsbeginsel, omdat uit zowel de wettekst als de toelichting bij de Wvvgz niet blijkt of artikel 3:2 lid 2 Wvvgz beoogt een vergaande maatregel als verplichte anticonceptie als vorm van verplichte zorg toe te staan.<sup>30</sup>

In de literatuur is er door sommige auteurs kritisch gereageerd op deze argumenten van de A-G. Tegen het argument van rechtsongelijkheid wordt ingebracht dat het beter is om ongewenste zwangerschappen van vrouwen met een ernstige psychische stoornis tegen te houden via de Wvvgz dan helemaal geen ongewenste zwan-

gerschappen tegen te kunnen houden. Daarnaast betwijfelen deze auteurs of er wel sprake is van gelijke gevallen, omdat een vrouw met een gediagnosticeerde psychische stoornis en een zwangerschapswens – bij een machtiging op grond van de Wvvgz – onder toezicht staat van zorgprofessionals, wat bij andere individuen met wellicht een soortgelijk gebrek aan ouderschaps capaciteiten niet het geval is. Bovendien wordt erop gewezen dat zorgverleners van de Wvvgz een rechterlijke beschikking in de praktijk lang niet altijd opvolgen. Een arts zal geen anticonceptie verplicht toedienen als dat niet in overeenstemming is met de professionele standaard en de arts niet eerst alles heeft geprobeerd om de betrokkene van de noodzaak van ingrijpen te overtuigen.<sup>31</sup>

In zijn uitspraak van 9 december 2022 – dat volgt op het advies van A-G Lückers – komt de Hoge Raad evenals de A-G tot de conclusie dat de Wvvgz geen grondslag kan bieden voor verplichte anticonceptie om ernstig nadeel van het toekomstige, niet-verwekte kind af te wenden.<sup>32</sup> De Hoge Raad spitst zijn argumentatie echter vooral toe op het rechtszekerheidsbeginsel. Daarnaast stelt de Hoge Raad expliciet dat artikel 3:2 lid 2 onder a Wvvgz een grondslag voor verplichte anticonceptie kan vormen in situaties *'waarin een zwangerschap voor de betrokkene medisch onverantwoord is omdat de zwangerschap of de bevalling zelf een aanzienlijk risico op levensgevaar of op ernstig lichamelijk letsel of ernstige psychische schade voor de betrokkene meebrengt'* indien dit uitdrukkelijk in de zorgmachtiging is opgenomen en de rechter voldoet aan hoge motiveringseisen.<sup>33</sup> De h-grond kan volgens de Hoge Raad nooit gebruikt worden voor verplichte anticonceptie, omdat deze *'slechts ziet op andere zorgvormen dan het verrichten van medische handelingen en therapeutische maatregelen.'*<sup>34</sup>

## De toekomst van verplichte anticonceptie in het Nederlandse rechtstelsel

In mijn optiek is de Wvvgz-jurisprudentie over verplichte anticonceptie niet zozeer gebaseerd op het geloof dat de Wvvgz inhoudelijk meer ruimte heeft gecreëerd voor het opleggen van verplichte anticonceptie, maar meer een poging van rechters om een doorbraak te forceren in de ellenlange impasse van het (politieke) debat rondom verplichte anticonceptie. Mijns inziens impliceert dit de noodzaak van de maatregel, waardoor er – gelet op bovenstaande argumenten van de A-G in combinatie met de ingrijpendheid van de maatregel – een aparte wettelijke grondslag voor verplichte anticonceptie moet ko-

26 Rb. Zeeland-West-Brabant 27 mei 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:6887, r.o. 3.6. tegenover Rb. Noord-Nederland 20 oktober 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3684, r.o. 2.9.

27 HR 2 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:786, r.o. 3.53.

28 HR 2 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:786, r.o. 3.53.

29 H. van Kolschooten & C. van der Vleuten, *NJB* 2022/620, p. 745.

30 HR 2 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:786, r.o. 3.51.

31 A.C. Hendriks, M.P. Sombroek-Van Doorn & M.C. Vries, 'Geen verplichte anticonceptie meer aan personen met een ernstige psychische aandoening', *NJB* 2022/2176, p. 2511.

32 HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1850, r.o. 4.

33 HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1850, r.o. 3.2.3.

34 HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1850, r.o. 3.2.5.

men. Voorafgaand aan deze wettelijke grondslag moet er echter één belangrijke hobbel worden genomen: het toekomstige kind zal juridisch gestalte moeten krijgen in het Nederlandse rechtssysteem. Dit is naar mijn mening het beste te bereiken door de formulering van artikel 1:2 BW aan te passen.

Allereerst komt een specifieke wettelijke grondslag het rechtszekerheidsbeginsel – waar de Hoge Raad veel waarde aan hecht – ten goede, en daarmee ook het vereiste van artikel 8 EVRM dat een inbreuk op het recht op privé- en familielevens bij wet moet zijn voorzien. Enkel het bestaan van een wettelijke grondslag is mijns inziens echter niet genoeg om de rechtszekerheid van de betrokkene voldoende te waarborgen. Dit komt omdat de omstandigheden waaronder een inperking van mensenrechten mogelijk is, zo duidelijk mogelijk omschreven moeten zijn.<sup>35</sup> Aan de andere kant is het in strijd met het EVRM om hele groepen mensen volledig uit te sluiten van het krijgen van kinderen.<sup>36</sup> Hierin moet dus een middenweg worden gevonden, wat kan via het opstellen van een aandachtspuntenlijst, waarin omstandigheden staan opgesomd die *zouden kunnen leiden* tot ernstig nadeel van het toekomstige kind. Zulke omstandigheden zijn bijvoorbeeld: een verstandelijke beperking bij de betrokkene, een middelenverslaving bij de betrokkene en eerder uit huis geplaatste kinderen. Deze aandachtspuntenlijst zal in ieder geval limitatief moeten zijn en de gronden moeten kunnen cumuleren. Deze aandachtspuntenlijst zorgt ervoor dat alle ongewenste zwangerschappen in theorie kunnen worden voorkomen in plaats van slechts de ongewenste zwangerschappen waarbij de onwenselijkheid voortvloeit uit een psychische stoornis van de vrouw, hetgeen het geval zou zijn onder de Wvzgz. De wettelijke grondslag zal tevens een toetsing aan de beginselen van proportionaliteit, subsidiariteit en doelmatigheid moeten bevatten. Door deze beginselen is het enkele feit dat er een of meerdere omstandigheden uit de aandachtspuntenlijst naar voren zijn gekomen, niet voldoende om verplichte anticonceptie op te kunnen leggen. De rechter zal in elk individueel geval moeten motiveren waarom de omstandigheden leiden tot een reëel risico op ernstig nadeel van het kind. Daarnaast brengen deze beginselen onder andere met zich mee dat de maximale duur van de maatregel en de evaluatiefrequentie expliciet in de wet moeten worden opgenomen, en dat de betrokkene *in beginsel* de vorm van anticonceptie zelf mag kiezen. Voorts zal de wet ook het ultimatum remedium-beginsel als uitgangspunt moeten hebben; de mogelijkheden van vrijwillige anticonceptie moeten zijn uitgeput. Ook moet het duidelijk zijn wanneer dit het geval is, waarvoor een protocol kan worden opgesteld.<sup>37</sup> Hier zouden zaken in kunnen staan als deelname aan Nu Niet Zwanger of een afgeronde consultatie van zorgprofessionals met een specialisatie op

het gebied van de problematiek van de vrouw. Wanneer de aandachtspuntenlijst en het protocol interdisciplinair worden opgesteld, kunnen artsen in de praktijk vertrouwen op de gegrondheid van de rechtelijke uitspraak waarin verplichte anticonceptie wordt opgelegd. Ten slotte moet de wet tevens een grondslag vormen om verplichte anticonceptie aan mannen op te kunnen leggen met het oog op het gelijkheidsbeginsel. Voorwaarde hiervoor is wel dat er anticonceptiva voor mannen beschikbaar komen die een vergelijkbare inbreuk maken op de lichamelijke integriteit en praktisch even effectief zijn als de anticonceptiva die voor vrouwen reeds beschikbaar zijn. Indien dergelijke anticonceptiva op de markt komen, zal de rechter zich moeten afvragen wie het risico op ernstig nadeel voor het kind in het leven roept om te bepalen of gedwongen anticonceptie moet worden opgelegd aan de man, de vrouw of allebei.

## Samenvatting

Concluderend staat het vast dat gedwongen anticonceptie een grote inbreuk maakt op de lichamelijke integriteit en het zelfbeschikkingsrecht van de vrouwen met een zwangerschapswens wiens situatie aanleiding geeft tot grote zorgen voor het toekomstige, niet-verwekte kind. Bovendien is dit primair een maatregel die aan vrouwen wordt opgelegd, waardoor gedwongen anticonceptie ook kan worden gezien als discriminatie van vrouwen ten opzichte van mannen. Tegenover deze rechten staat de ongrijpbare juridische status van het toekomstige kind, aangezien een toekomstig kind geen recht heeft om niet geboren te worden, gelet op de wrongful life-jurisprudentie en het ontbreken van rechtssubjectiviteit, én geen belangen kan hebben wegens het ontbreken van een bewustzijn. Uit de Wvzgz-jurisprudentie over verplichte anticonceptie vloeit voort dat lagere, nationale rechters het niet eens zijn over of verplichte anticonceptie onder de a-grond dan wel de h-grond van artikel 3:2 lid 2 Wvzgz valt, en hoe de Wvzgz-beginselen ultimatum remedium, proportionaliteit, subsidiariteit en doelmatigheid ingevuld dienen te worden. De Hoge Raad neemt de onduidelijkheid weg door te concluderen dat alleen artikel 3:2 lid 2 sub a Wvzgz een grondslag kan vormen voor verplichte anticonceptie in de situatie dat een zwangerschap of bevaling ernstig nadeel zou veroorzaken voor de betrokkene zelf. Naar mijn mening is er een aparte wettelijke grondslag nodig voor verplichte anticonceptie die wél rekening kan houden met de belangen van het toekomstige kind en aan strenge eisen moet voldoen. Hiermee kan worden voorkomen dat ‘baas in eigen buik’ daadwerkelijk te ver gaat.

35 I. Boerefijn, 'Verplichte anticonceptie voor vrouwen is in strijd met mensenrechten', *NJB* 2017/1758, p. 2327.

36 H. Kalthoff, *Verstandelijk beperkte ouders. Wat betekent het voor een kind om verstandelijk beperkte ouders te hebben?*, Utrecht: Nederlands Jeugdinstituut 2015, p. 10.

37 H. van Kolschooten & C. van der Vleuten, *NJB* 2022/620, p. 744.