

Vondelingenkamers: een schadelijke oplossing voor het kind?

Toetsing van de bevoegdheid van de wetgever tot strafbaarstelling van vondelingenkamers aan het schade- en het tolerantiebeginsel van De Roos

Tilburg University
Master Rechtsgeleerdheid

Verdiepend Strafrecht
Docent: M. van Noorloos

Auteur: Sjoukje Hendrickx
sjoukjhendrickx@live.nl

20 november 2015

Vondelingenkamers: een schadelijke oplossing voor het kind?

In een vondelingenkamer kunnen moeders hun baby achterlaten indien zij geen andere mogelijkheid meer zien en het besluit hebben genomen om afstand te doen van hun baby door deze ergens onbeschermd achter te laten.¹ Hierna krijgt de baby de nodige (medische) zorg en wordt deze aangeboden ter adoptie. In Europa werden de eerste vondelingenluiken in 1198 ingericht in vondelingenhuizen om babymoord een halt toe te roepen.² In tegenstelling tot andere Europese landen bestaan er in Nederland geen vondelingenluiken. Wel zijn er sinds september 2014 door Stichting Beschermd Wieg vondelingenkamers geopend in Groningen, Middelburg, Oudenbosch en Papendrecht. Stichting Beschermd Wieg heeft het streven om in de toekomst in iedere stad een vondelingenkamer te openen.³ Tevens heeft het Isala Ziekenhuis in Zwolle op 4 november jl. bekend gemaakt om in 2016 als eerste ziekenhuis in Nederland een vondelingenkamer te gaan openen. De Haan, werkzaam bij het Isala Ziekenhuis als gynaecoloog, heeft in samenwerking met Stichting Beschermd Wieg het initiatief genomen voor de komst van deze vondelingenkamer.⁴ Door de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen is positief gereageerd op het initiatief. Volgens hen biedt het achterlaten van een kind op straat minder overlevingskansen, dus wie kan hier tegen zijn?⁵

De problematiek rondom de vondelingenkamers is sinds enige tijd onderwerp van discussie. Op 19 juni 2015 zijn wederom Kamervragen gesteld over het toenemende aantal vondelingenkamers. Staatssecretaris Dijkhoff van Veiligheid en Justitie heeft hierop geantwoord dat het openstellen en het beschikbaar houden van een vondelingenkamer (zonder dat daarin een kind wordt neergelegd) niet strafbaar is en dat de huidige wetgeving onvoldoende mogelijkheden biedt om actief op te treden tegen de vondelingenkamers. Tevens gaf Dijkhoff aan de ontwikkelingen omtrent vondelingenkamers nauwgezet te volgen om te bezien of aanpassing van de wetgeving noodzakelijk is.⁶ Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat vondelingenkamers worden verboden. Deze kwestie omtrent vondelingenkamers leidt dan ook tot de volgende vraag: *in hoeverre is strafbaarstelling van vondelingenkamers in lijn met het schade- en het tolerantiebeginsel, behorende tot de criteria voor strafbaarstelling van De Roos?* In verband met de omvang van deze paper is dit onderzoek beperkt tot het schade- en het tolerantiebeginsel, zijnde de twee belangrijkste criteria van De Roos. Als eerste worden de criteria voor strafbaarstelling van De Roos in het algemeen besproken waarna het beginsel van de aannemelijkheid en motivering van de schade en het tolerantiebeginsel uitgebreid worden uitgewerkt. Aan deze criteria wordt vervolgens de mogelijke bevoegdheid van de wetgever tot strafbaarstelling van vondelingenkamers getoetst. Tot slot zal worden afgesloten met een conclusie.

¹ Stichting Beschermd Wieg, 'Opvang & Stappenplan Beschermd Wieg', www.beschermdeWieg.nl

² NIDAA, 'Opvang van vondelingen via vondelingenluiken', www.nidaa.nl

³ NIDAA, 'Opvang van vondelingen via vondelingenluiken', www.nidaa.nl

⁴ Isala, 'Isala eerste ziekenhuis met vondelingen', www.isala.nl

⁵ Van der Wal, *Eindhovens Dagblad* 5 november 2015, p. 15.

⁶ *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, 2972, p. 2.

1. Criteria voor strafbaarstelling van De Roos

Strafbaarstelling betreft de vraag of bepaald gedrag strafbaar zou moeten worden gesteld. Veelal wordt tot uitgangspunt genomen dat het strafrecht als ‘ultimum remedium’ wordt gezien en dat noodzaak en nut van strafbaarstelling van bepaald gedrag aannemelijk dient te worden gemaakt.⁷ In 1987 presenteerde De Roos in zijn dissertatie ‘Strafbaarstelling van economische delicten’ een toetsingsschema bestaande uit zes criteria voor strafbaarstelling. Aan de hand van deze criteria dient te worden getoetst om te bepalen of voorgenomen strafbaarstelling van bepaald gedrag wel wenselijk is. De criteria van De Roos houden in dat het moet gaan om een schadelijke gedraging (het beginsel van de aannemelijkheid en motivering van de schade); dat de veroorzaakte schade niet wordt getolereerd binnen een democratische samenleving (het tolerantiebeginsel); of er alternatieve middelen beschikbaar zijn dan het inzetten van het strafrecht (het subsidiariteitsbeginsel); of het inzetten van het strafrecht een evenredige reactie is (het proportionaliteitsbeginsel); of de delictomschrijving voldoende duidelijk kan worden omschreven (het legaliteitsbeginsel) en als laatste of de strafbaarstelling effectief en handhaafbaar zal zijn in de praktijk (het beginsel van praktische hanteerbaarheid en effectiviteit). Volgens De Roos is de wetgever enkel bevoegd tot strafbaarstelling indien een bepaalde gedraging zowel schadelijk is als dat de gedraging niet kan worden getolereerd ten behoeve van de individuele vrijheid. Of vervolgens van deze bevoegdheid gebruik dient te worden gemaakt hangt af van toetsing aan de overige vier criteria.⁸

Ondanks dat het toetsingsschema primair is ontworpen voor economische delicten en de Roos in zijn dissertatie over een crimineel-politieke studie spreekt, bevat het schema gezichtspunten waaraan strafbaarstelling in algemene zin kan worden geanalyseerd en beoordeeld. De Roos beschrijft het toetsingsschema dan ook als ‘een soort denkbeeldig rasterwerk, dat als een zeef kan werken.’⁹ Het kan dus voorkomen dat in bepaalde gevallen niet alle zes criteria aan bod komen of volgens een vaste volgorde worden behandeld.¹⁰ Het toepassen van het toetsingsschema kan dan ook worden gezien als een ordeningsinstrument voor het afwegen van argumenten voor- en tegen strafbaarstelling, zonder dwingende uitkomst.¹¹ Hierdoor zijn de criteria voor strafbaarstelling van De Roos bruikbaar voor diverse situaties waarbij kan worden afgevraagd of bepaald gedrag strafbaar zou moeten zijn, zoals in onderhavig geval.

2. Het beginsel van de aannemelijkheid en motivering van de schade

Het schadebeginsel betreft het eerste criterium van De Roos en houdt in dat in de eerste plaats sprake dient te zijn van een gedraging (geen intentie, neiging en dergelijke) die schade toebrengt aan derden. Bijkomend dient het schade-oordeel op rationele wijze tot stand te komen waarbij sprake dient te zijn van zowel normatief-morele als empirische componenten. De wetgever heeft met betrekking tot het morele aspect de plicht om kritisch na te gaan of het morele oordeel voldoet aan de criteria van oprechtheid en consistentie. Het morele oordeel mag niet berusten op of bestaan uit vooroordelen, pure emoties, rationalisaties en napraterij. De eis van rationaliteit impliceert dat bij empirische componenten het schade-oordeel zoveel mogelijk dient te worden onderbouwd met resultaten afkomstig uit wetenschappelijk onderzoek.¹²

⁷ De Hullu 2012, p. 15.

⁸ De Roos 1987, p. 54.

⁹ De Roos 1987, p. 53.

¹⁰ De Roos 1987, p. 54.

¹¹ Groenhuijsen 1991, p. 5.

¹² De Roos 1987, p. 54.

Voordat een gedraging als problematisch en schadelijk kan worden aangemerkt dient de wetgever volgens De Roos in kaart te brengen welke maatschappelijke factoren van belang zijn voor de bewuste gedraging. Een zo eenduidig mogelijke definitie van problematische context, problematische gedragingen en de schade geldt als voorwaarde voor de eventuele bevoegdheid tot strafbaarstelling van de staat.¹³ Daarnaast dient het problematische gedrag en de structurele achtergrond van de gedraging duidelijk geïdentificeerd te worden. De schade dient als gevolg van de gedraging helder in beeld te worden gebracht. Dit dient zoveel mogelijk te gebeuren door middel van feiten en cijfers zodat de in gevaar gebrachte belangen kunnen worden aangewezen. Naast het in kaart brengen van de gevolgen voor de betrokkenen, waaronder de slachtoffers, daders en derden, en de frequentie van de bewuste gedraging, dient ook van juridische en andere relevante regelingen een beeld te worden geschetst. Hierdoor kan een beeld worden verkregen van gedrag beïnvloedende effecten en van de (in)consistentie van de relevante wetgeving. Tot slot kunnen rechtsvergelijkende gegevens in het onderzoek worden betrokken zoals jurisprudentie, de wijze waarop met de betreffende gedraging in andere landen wordt omgegaan en de handhaving daarvan.¹⁴

Met betrekking tot de schade geldt dat de wetgever de schade moet stellen door deze nauwkeurig te omschrijven en door deze te bewijzen. Dit wordt ook wel ‘in dubio pro libertate’ genoemd. De wetgever zou niet tot strafbaarstelling mogen overgaan indien redelijke twijfel bestaat over de vraag of de gedraging de beweerdte schade tot gevolg heeft en over de vraag of de schade inderdaad de beweerdte omvang en importantie bevat. Beslissingen betreffende strafbaarstelling dienen dan ook te worden gemotiveerd als voorwaarde voor een rationeel debat en een rationeel genomen beslissing. Immers, indien motivering achterwege blijft wordt door de wetgever geen inzicht verschaft in de wijze waarop en waarom de beslissing is genomen. Dit bemoeilijkt kritiek hetgeen onwenselijk is.¹⁵

2.1 Kritiek op het schadecriterium

Volgens De Roos kunnen aan het schadecriterium geen al te hoge verwachtingen worden ontleend omdat het begrip schade inherent vaag en algemeen is. Desondanks is De Roos van mening dat het schadecriterium een onmisbaar begrip is voor strafbaarstelling omdat het kan dienen als uitgangspunt voor het verdere debat.¹⁶ Dat de Roos stelt dat aan het schadecriterium geen al te hoge verwachtingen kunnen worden ontleend is merkwaardig te noemen aangezien het schadecriterium door De Roos zelf onder de belangrijkste twee criteria van het toetsingsschema wordt geschaard. Immers, indien toetsing aan het schade- en het tolerantiebeginsel positief uitvalt is de wetgever volgens De Roos bevoegd tot strafbaarstelling.

In de literatuur bestaan diverse uitlatingen over het schadecriterium als voorwaarde voor strafbaarstelling. Zo hecht Mill belang aan het schadecriterium. Hij hanteert de opvatting dat je de belangen van anderen, voor zover deze belangen als rechten worden beschouwd, niet mag schaden. Strafbaarstelling dient naar zijn mening achterwege te blijven indien rechten van anderen niet worden geschonden. Enkel indien er sprake is van schade of er een bepaald risico op schade bestaat voor een individu of publiek dient de wetgever over te gaan tot strafbaarstelling van de gedraging dat de schade of het risico daarop veroorzaakt.¹⁷

De Hullu stelt het schadecriterium als toetssteen voor strafbaarstelling ter discussie. Naar zijn mening kan het schadecriterium als maatstaf voor strafbaarstelling gelden, maar heeft het

¹³ De Roos 1987, p. 55.

¹⁴ De Roos 1987, p. 56.

¹⁵ De Roos 1987, p. 57.

¹⁶ De Roos 1987, p. 42.

¹⁷ Buruma 2005, p. 48.

weinig onderscheidend vermogen. Evenals Mill dient de wetgever volgens De Hullu dan ook juist op dreigende schade te anticiperen in plaats van dat schade aan bepaalde maatstaven dient te voldoen en empirisch dient te worden vastgesteld.¹⁸

Tevens meent Groenhuijsen dat bij dreigende schade niet hoeft te worden afgewacht tot het risico op de schade zich heeft verwezenlijkt. Volgens Groenhuijsen dient de wetgever te anticiperen op gedragingen waarvan veel schade wordt verwacht. Een nog niet strafbaar gestelde gedraging welke veel schade tot gevolg heeft kan leiden tot grote maatschappelijke verontwaardiging en onrust waardoor sanctionering van de gedraging wordt bemoeilijkt.¹⁹

Uit bovenstaande opvattingen blijkt dat overeenstemming bestaat over de opvatting dat schade op zich geen vereiste is voor strafbaar stellen van gedrag, maar dat ook dient te worden geanticipeerd op dreigende schade of gedragingen welke een risico op schade vormen. Dit staat haaks op het schadecriterium van De Roos. Tevens is het lastig, zo niet onmogelijk, om dreigende schade aan bepaalde maatstaven te toetsen of vast te stellen. De schade is dan immers nog niet ingetreden. Toetsing aan het schadecriterium zou, in mijn opinie, het strafbaar stellen van een gedraging welke mogelijk schade tot gevolg kan hebben, niet in de weg mogen staan. Hierdoor wordt strafbaarstelling van onwenselijk gedrag immers bemoeilijkt. Tegelijkertijd hangt het van de omstandigheden en de omvang van de te verwachten schade af wanneer op de gedraging dient te worden geanticipeerd. Indien de te verwachten schade groot is, is het aannemelijk dat hierop vooraf wordt geanticipeerd, terwijl dit bij relatief weinig schade niet noodzakelijk is.

3. Toetsing aan het schadebeginsel

In paragraaf 2 is het beginsel van de aannemelijkheid en motivering van de schade uiteen gezet. In deze paragraaf wordt de mogelijke strafbaarstelling van het openen en beschikbaar stellen van vondelingenkamers getoetst aan het schadebeginsel van De Roos. Middels toetsing aan het schadecriterium kan deels worden beoordeeld of de wetgever bevoegd is tot strafbaarstelling.

Dreigende of te verwachten schade

De wetgever draagt zoals hierboven uiteen gezet de bewijslast voor het omschrijven en het aannemelijk maken van de schade. Bij dreigende of te verwachten schade wordt dit bemoeilijkt. In de kwestie omtrent de vondelingenkamers gaat het om de vraag of, en zo ja, welke schade wordt veroorzaakt door het openen en beschikbaar stellen van vondelingenkamers. Aangezien er sinds de opening van de eerste vondelingenkamer in september 2014 nog geen kind is achtergelaten in een vondelingenkamer, is reeds nog geen schade veroorzaakt. Wel gaat het in onderhavige kwestie om dreigende schade of te verwachten schade. Gemiddeld worden één tot twee kinderen per jaar te vondeling gelegd in Nederland.²⁰ Dit is relatief weinig, maar de kans bestaat dat gebruik wordt gemaakt van de vondelingenkamers zolang deze zijn geopend. Uit onderzoek is tevens gebleken dat het bestaan van een voorziening voor vondelingen geen invloed heeft op het aantal overleden of te vondeling gelegde kinderen.²¹ Hieruit kan worden geconcludeerd dat het bestaan van vondelingenkamers geen positief of negatief effect heeft op het te vondeling leggen van kinderen.

¹⁸ De Hullu 2012, p. 17.

¹⁹ Groenhuijsen 1993, p. 6.

²⁰ NIDAA, 'Vondeling leggen', www.nidaa.nl

²¹ De Jong en Vonk, AA 2013/2, p. 113.

De schade is in deze kwestie niet uit te drukken in cijfers, maar wellicht wel in belangen en rechten die kunnen worden geschonden door het openen en het beschikbaar stellen van vondelingenkamers. Indien wordt gekeken naar de eventueel in het geding zijnde rechten komt het volgende in beeld. Het te vondeling leggen van een kind dat nog niet de leeftijd van zeven jaar heeft bereikt, door het hulpeloos achter te laten, is strafbaar op grond van artikel 256 en 259 Wetboek van Strafrecht. Het anoniem achterlaten van een kind is in strijd met artikel 236 lid 1 Wetboek van Strafrecht, het afstammingsrecht, en artikel 7 lid 1 Internationaal Verdrag Inzake de Rechten van het Kind, het kind heeft immers het recht om te weten wie zijn biologische ouders zijn. Tevens is in het geval van het anoniem achterlaten van een kind artikel 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 9 IVRK in het geding. Het kind heeft het recht om bij zijn ouders op te groeien en om contact met hen te houden. De belangen van het kind bestaan in deze kwestie dus voornamelijk uit het afstammingsrecht en het recht op ‘family life’.

Met het openen en het beschikbaar stellen van vondelingenkamers wordt op zichzelf geen strafbaar feit gepleegd doordat geen sprake is van een overschreden norm zolang er geen kind wordt achtergelaten in de vondelingenkamer. Hierdoor is dus momenteel ook geen sprake van het gedogen van vondelingenkamers. Indien wel een kind anoniem wordt achtergelaten in de vondelingenkamer maakt Stichting Beschermd Wieg zich schuldig aan deelneming aan verduistering van staat op grond van artikel 236 lid 1 Wetboek van Strafrecht.²² De door Stichting Beschermd Wieg gehanteerde werkwijze gaat als volgt. In de vondelingenkamer ligt een envelop met (medische) informatie voor degene die het kind achterlaat. Tevens bevindt zich in de envelop een puzzelstukje dat aan een ander puzzelstukje past. Dat andere puzzelstukje blijft bij het kind. Mocht de moeder zich binnen zes maanden nadat ze het kind heeft achtergelaten alsnog bedenken, dan kan ze terugkomen op haar besluit. Middels het puzzelstukje kan zij zich dan identificeren. Stichting Beschermd Wieg legt niet de verplichting op aan de moeder om haar gegevens achter te laten. Mocht ze dit wel doen dan worden de gegevens in een kluis bewaard totdat het kind de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt.²³ Doordat Stichting Beschermd Wieg de moeder dus niet verplicht om haar gegevens achter te laten en het puzzelstukje niet als identificatiemiddel kan worden aangemerkt omdat het geen persoonsgegevens bevat, handelt de stichting in strijd met het afstammingsrecht. De stichting maakt immers door het openen en het beschikbaar stellen van de vondelingenkamer en de gehanteerde werkwijze het recht op afstamming van het daarin achtergelaten kind onzeker.

De Verenigde Naties hebben dan ook op 8 juni 2015 aangedrongen om zo snel mogelijk maatregelen te nemen tegen de zogenoemde ‘baby-boxes’. Ook al is er nog geen kind achtergelaten in de vondelingenkamers, de Verenigde Naties zijn van mening dat door het beschikbaar stellen van de vondelingenkamers het afstammingsrecht wordt geschonden en beveelt dan ook aan om zo snel mogelijk maatregelen te nemen om de vondelingenkamers te sluiten.²⁴

De standpunten van de Raad voor de Kinderbescherming en de Kinderombudsman sluiten aan bij het standpunt van de Verenigde Naties en stellen dat met het beschikbaar stellen van de vondelingenkamers wordt voorbij gegaan aan belangrijke rechten van kinderen, zoals het recht om op te groeien bij de eigen ouders of familie en – indien dit niet mogelijk is – om in ieder geval hun afkomst te kennen. Daarnaast voert de Raad voor de Kinderbescherming aan dat het risico bestaat dat een vondelingenkamer misbruikt wordt door andere personen dan de moeder

²² WBOM, ‘Strafrechtelijke aspecten van de vondelingenkamer in een babyhuis’, d.d. 27 juni 2013, p. 35.

²³ Stichting Beschermd Wieg, ‘Stichting Beschermd Wieg’, www.beschermdewieg.nl

²⁴ Concluding observations on the fourth periodic report of the Netherlands van het Kinderrechtencomité van de Verenigde Naties (8 juni 2015), *UN Doc CRC/C/NDL/CO/4*, p. 7.

om zich van een in hun ogen ongewenst kind te ontdoen.²⁵ Zoals bijvoorbeeld in het geval van incest, eerwraak of verstoting uit de eigen gemeenschap.²⁶ In dit geval dienen zowel de belangen van het kind als die van de moeder te worden beschermd.

De Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming kent zowel aan het recht op leven als het afstammingsrecht gewicht toe. Volgens de Raad dient te worden gezocht naar een oplossing die beide rechten beschermt. De Raad acht de vondelingenkamers geen toereikende oplossing voor zowel de moeder als voor het kind. Met betrekking tot de vondelingenkamers adviseert de Raad om de oprichting van nieuwe vondelingenkamers niet te bevorderen, maar tegelijkertijd wordt ook het advies gegeven om deze niet te verbieden. Dit staat haaks op elkaar. De Raad geeft hiervoor als reden dat de problematiek van moeders die hun kind te vondeling willen leggen complex is, maar ook beperkt in omvang omdat jaarlijks slechts enkele moeders hun kind (anoniem) ergens achterlaten.²⁷

Ook Fiom heeft een visie opgesteld met betrekking tot de vondelingenkamers. Ook zij voeren aan dat het onwenselijk is om een kind anoniem te kunnen achterlaten in een vondelingenkamer doordat het kind geen informatie heeft over de eigen afstamming. Tevens neemt het aantal te vondeling gelegde of gedode kinderen niet af door de aanwezigheid van een vondelingenkamer. Daarnaast bestaat de kans dat door het bestaan van de vondelingenkamers meer kinderen (anoniem) worden achtergelaten en dat het op termijn als een maatschappelijk geaccepteerde oplossing wordt aanvaard. Fiom wijst net als de Raad voor de Kinderbescherming op het risico dat misbruik wordt gemaakt van vondelingenkamers doordat het als een makkelijke manier wordt gezien om je anoniem van een kind te kunnen ontdoen. Daarnaast wijst Fiom als enige op het belang van ‘family life’ van de vader. De vondelingenkamer ontnemt de vader de mogelijkheid om zijn kind te (leren) kennen, contact te houden en mogelijk zelf op te voeden.²⁸

Door bovengenoemde organisaties en instellingen wordt voornamelijk het afstammingsrecht het meest belangrijk gevonden in de kwestie met betrekking tot de vondelingenkamers. Hierbij sluit ik mij aan. Het afstammingsrecht en het recht op ‘family life’ zijn immers internationaal erkende rechten welke niet zomaar opzij kunnen worden geschoven. Tevens is de Nederlandse staat, op grond van artikel 7 en 8 IVRK en relevante jurisprudentie,²⁹ verplicht om de identiteit van het kind te beschermen en zo nodig te herstellen. Het afstammingsrecht is een recht waarmee rekening dient te worden gehouden en dat dient te worden beschermd. Dit dient te gebeuren door middel van het strafrechtelijk opsporingsapparaat. Het probleem is echter dat hiervan slechts gebruik kan worden gemaakt indien sprake is van een strafbaar feit en dat is door het enkel openen en het beschikbaar stellen van vondelingenkamers niet het geval. Hierdoor is het onmogelijk voor de Nederlandse staat om aan haar verplichtingen op grond van het IVRK te voldoen.

Naast de geschonden rechten en belangen kan ook andere schade worden gevonden. Doordat het te vondeling leggen van kinderen relatief weinig voorkomt in Nederland, heeft dit grote maatschappelijke impact indien een kind te vondeling wordt gelegd en krijgt het specifieke geval veel media-aandacht. Deze media-aandacht en nieuwsgierigheid kunnen schadelijke en onwenselijke gevolgen hebben voor zowel de ouders als voor het kind.³⁰

²⁵ Raad voor de Kinderbescherming, ‘Geen voorstander van vondelingenkamers of vondelingenluiken’, 20 augustus 2014.

²⁶ De Jong en Vonk, AA 2013/2, p. 112.

²⁷ Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ), ‘Advies vondelingenkamer en babyhuis’, d.d. 28 augustus 2014.

²⁸ Fiom, ‘Missie en visie’, www.fiom.nl

²⁹ HR 15 april 1994, NJ 1994, 608.

³⁰ NIDAA, ‘Opvang Kinderbescherming’, www.nidaa.nl

Alternatieve mogelijkheden

De problematiek rondom het te vondeling leggen van kinderen is complex. Meestal verkeert een (pas bevallen) moeder in nood en ziet geen andere uitweg dan het kind achter te laten in de hoop dat het wordt gevonden. Anoniem bevallen is in Nederland juridisch gezien onmogelijk. Een moeder bevalt in dat geval immers zonder dat zij daarbij haar persoonsgegevens achterlaat. Na ontslag uit het ziekenhuis of het opvanghuis waar zij is bevallen, blijft de moeder anoniem en kan het kind later niet meer achterhalen wie zijn biologische ouders zijn. Dit is in strijd met het afstammingsrecht. Wel bestaat de mogelijkheid tot bevallen onder geheimhouding. Na de bevalling kan het kind dan onder geheimhouding worden afgestaan ter adoptie. De gegevens van de moeder worden geheim gehouden voor derden maar haar naam wordt wel vermeld op de geboorteakte van het kind. Hierdoor blijft het mogelijk om te achterhalen wie de moeder is van het kind en is bevallen onder geheimhouding geen alternatief voor het te vondeling leggen of het doden van kinderen. Het is immers onwaarschijnlijk dat een moeder die de zwangerschap verdringt, wel een bevalling met geheimhouding zal plannen.³¹ Tot slot bestaat in Nederland de mogelijkheid om het kind na de geboorte af te staan ter adoptie.

In het buitenland bestaan andere alternatieven. In plaats van vondelingenkamers wordt in België, Duitsland en andere Europese landen veelal gebruik gemaakt van een vondelingenluik, ook wel babyklappe, babyfenster, raam des levens of babyschuif genoemd.³² Dit betreft een luik waar de baby in kan worden gelegd zonder dat aan de moeder hulp wordt geboden. Dit verschilt van de Nederlandse vondelingenkamers waar de moeder door een druk op een knop om hulp kan vragen zolang zij zich in de vondelingenkamer bevindt.³³ De vondelingenluiken voorzien in het buitenland in een behoefte waarvoor niet altijd een alternatief bestaat. Doordat de vondelingenluiken daar als ultimum remedium worden gezien wordt daartegen niet actief opgetreden en worden de vondelingenluiken dus ook niet expliciet verboden.³⁴ Ondanks dat vondelingenluiken in andere landen als ultimum remedium worden gezien, speelt daar nog steeds de problematiek van het te vondeling leggen of het doden van kinderen. Sinds de invoering van de vondelingenluiken is het aantal gedode of te vondeling gelegde kinderen niet afgenomen. Hierdoor bestaat veel kritiek op de vondelingenluiken en heeft Duitsland aangegeven de vondelingenluiken op termijn te willen sluiten.³⁵ Vondelingenluiken kunnen dus niet als geschikt alternatief voor de vondelingenkamers worden gezien.

Daarnaast is het in Duitsland wel mogelijk om vertrouwelijk te kunnen bevallen en is het in Frankrijk mogelijk om anoniem te kunnen bevallen. Dit wordt in Frankrijk ook wel ‘sous X’ genoemd. Deze kinderen die anoniem zijn afgestaan ondervinden veel problemen met betrekking tot hun identiteit. Het niet op kunnen sporen van je eigen biologische ouders wordt door hun onaanvaardbaar bevonden. Zij hebben enkel de mogelijkheid om middels de Nationale Raad voor Toegang tot Persoonsgegevens hun biologische wortels te achterhalen.³⁶ Dit voorbeeld maakt duidelijk dat anoniem bevallen geen aanvaardbaar alternatief is voor het anoniem achterlaten van een kind in een vondelingenkamer aangezien anoniem bevallen problemen met zich meebrengt met betrekking tot het recht om te weten wie je bent en van wie je afstamt.

³¹ NIDAA, ‘Bevallen onder geheimhouding’, www.nidaa.nl

³² NIDAA, ‘Opvang van vondelingen via vondelingenluiken’, www.nidaa.nl

³³ Stichting Beschermd Wieg, ‘Stichting Beschermd Wieg’, www.beschermdewieg.nl

³⁴ Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ), ‘Advies vondelingenkamer en babyhuis’, d.d. 28 augustus 2014.

³⁵ Fiom, ‘Missie en visie’, www.fiom.nl

³⁶ Fiom, ‘Factsheet Bevallen onder geheimhouding’, www.fiom.nl

3.1 Tussenconclusie

Aldus kan voorlopig worden geconcludeerd dat de schade met betrekking tot het openen en ter beschikking stellen van vondelingenkamers voornamelijk bestaat uit het gevaar dat kinderen anoniem worden achtergelaten. Dit is in strijd met het afstammingsrecht en het recht op 'family life' waardoor de belangen van het kind worden geschonden. Hiermee wordt voldaan aan het derden-criterium, maar niet aan de eis van aannemelijkheid van de schade. De omvang van de schade is relatief klein doordat weinig kinderen te vondeling worden gelegd, maar kan in het geval van het individu een enorme impact hebben. Het recht om te weten wie je bent en van wie je afstamt is immers van groot belang om niet in de anonimiteit te verdwijnen. Bovendien blijken de vondelingenkamers, ondanks dat deze goed zijn bedoeld, een schijnoplossing voor zowel het kind als de moeder. De vondelingenkamers werken het te vondeling leggen of het achterlaten van kinderen in vondelingenkamers in de hand. In het buitenland blijken vondelingenluiken ook geen oplossing voor het te vondeling leggen van kinderen. Tevens is het te vondeling leggen van kinderen die nog geen zeven jaar oud zijn, strafbaar in Nederland en zou strafbaarstelling van vondelingenkamers in lijn moeten zijn met deze norm. Het openen en beschikbaar stellen van vondelingenkamers kan immers als een 'uitnodiging' worden gezien tot het te vondeling leggen van kinderen, hetgeen onwenselijk is. Daarnaast is anoniem bevallen juridisch niet mogelijk in Nederland vanwege strijd met het afstammingsrecht. De vraag die rijst is dan ook waarom het anoniem achterlaten van een kind in een vondelingenkamer dan wel juridisch mogelijk zou moeten zijn? Voorlopig kan worden geconcludeerd dat toetsing aan het schadebeginsel meer argumenten voor dan tegen strafbaarstelling met zich meebrengt.

4. Het tolerantiebeginsel

Het tolerantiebeginsel betreft het tweede criterium van De Roos en houdt in dat de veroorzaakte schade niet wordt getolereerd binnen een democratische samenleving. De tolerantiegedachte vindt zijn basis in de gedachte dat een ieder de vrijheid toekomt om zich naar eigen inzicht en naar eigen mogelijkheden te ontplooiën, hetgeen een zekere mate van onderlinge verdraagzaamheid vereist. De erkenning van de individuele vrijheid wordt als een zelfstandige waarde gezien. Hierdoor is het mogelijk dat, ook al wordt aan het schadecriterium van De Roos voldaan, op grond van het tolerantiebeginsel toch van strafrechtelijk ingrijpen dient te worden afgezien, ook al is er sprake van aannemelijke schade. Reden hiervoor kan bestaan uit het tolereren van gebruiken die afwijken van normen en waarden. De tolerantiegedachte heeft behalve verticale betekenis (relatie burger/overheid) ook horizontale betekenis, dus tussen burgers onderling.³⁷

De Roos omschrijft het tolerantiebeginsel als volgt. Ook indien op verdedigbare gronden, welke niet berusten op vooroordelen, npraterij en dergelijke, een bepaalde gedraging schadelijk is, bestaat nog steeds de mogelijkheid tot onthouding tot strafbaarstelling van gedrag indien strafbaarstelling een te vergaande inbreuk op de individuele vrijheid inhoudt.³⁸

Daarnaast omvat het tolerantiebeginsel ook het antipaternalisme. Antipaternalisme houdt in dat wanneer iemand door bepaalde gedragingen enkel zichzelf schaadt, en dus geen derden, de staat zich dient te onthouden van interventie. Dit sluit aan bij de opvatting van Mill dat strafbaarstelling naar zijn mening achterwege dient te blijven indien rechten van anderen niet worden geschonden.³⁹ De staat kan niet interveniëren indien iemand enkel zichzelf schade berokkent. Dit omdat het de individuele vrijheid van de burger betreft.

³⁷ De Roos 1987, p. 58.

³⁸ De Roos 1987, p. 59.

³⁹ Buruma 2005, p. 48.

4.1 Kritiek op het tolerantiebeginsel

Met betrekking tot het tolerantiebeginsel meent De Hullu dat het criterium evenals het schadecriterium weinig onderscheidend vermogen heeft. Omdat onduidelijk is hoeveel tolerantie door een ieder wil of moet worden opgebracht voor een bepaalde gedraging, is het tolerantiebeginsel geen harde toetssteen. Desondanks acht hij het tolerantiebeginsel een zinvol aandachtspunt bij voorgenomen strafbaarstelling.⁴⁰ Waarom het tolerantiebeginsel zinvol wordt geacht laat De Hullu in het midden. Dit is jammer aangezien hij wel motiveert waarom het tolerantiebeginsel geen harde toetssteen is voor strafbaarstelling.

5. Toetsing aan het tolerantiebeginsel

In paragraaf 4 is het tolerantiebeginsel uiteen gezet. In deze paragraaf wordt de mogelijke strafbaarstelling van het openen en beschikbaar stellen van vondelingenkamers getoetst aan het tolerantiebeginsel van De Roos. Evenals het schadecriterium betreft het tolerantiebeginsel een 'limiting principle'.⁴¹ Middels toetsing aan het tolerantiebeginsel kan tot slot worden beoordeeld of de wetgever bevoegd is tot strafbaarstelling.

Uit paragraaf 3 is gebleken dat bij het anoniem achterlaten van een kind in een vondelingenkamer de schade voornamelijk bestaat uit geschonden rechten en belangen van het kind waaronder het afstammingsrecht en het recht op 'family life'. Echter, doordat er nog geen kind (anoniem) is achtergelaten in een van de vondelingenkamers, is er voornamelijk sprake van dreigende schade of te verwachten schade welke wordt verwezenlijkt zodra er wel een kind in de vondelingenkamer wordt achtergelaten. Het is dan ook de vraag of het enkel openen en het beschikbaar stellen van vondelingenkamers daadwerkelijk schadelijk is. Dit maakt toepassing van het tolerantiebeginsel op onderhavig geval lastig omdat het tolerantiebeginsel pas aan de orde komt indien schade als gevolg van een bepaalde gedraging aangenomen dient te worden.⁴² Immers, pas wanneer schade aannemelijk is kan worden getoetst of deze niet wordt getolereerd binnen een democratische samenleving. Om de toetsing voort te kunnen zetten wordt daarom uitgegaan van aannemelijke schade. Het is immers zinvol om te bekijken of de tolerantiegedachte een rol speelt bij de strafbaarstelling van vondelingenkamers.

In onderhavig geval speelt het antipaternalisme geen rol aangezien Stichting Beschermd Wieg met het openen en beschikbaar stellen van vondelingenkamers niet enkel schade toebrengt aan zichzelf, maar aan derden zoals het kind dat (anoniem) wordt achtergelaten in de vondelingenkamer en aan de moeder indien haar kind door een ander wegens misbruik in de vondelingenkamer wordt achtergelaten. Daarnaast dient te worden getoetst of strafbaarstelling een te vergaande inbreuk op de individuele vrijheid inhoudt. In onderhavig geval zou dit betekenen dat de strafbaarstelling van vondelingenkamers inbreuk maakt op de vrijheid om een kind achter te laten in een vondelingenkamer en op de vrijheid om een voorziening te openen waar kinderen (anoniem) kunnen worden achtergelaten. Hierover kan verschillend worden gedacht. Dit punt blijft dan ook 'vaag' omdat onduidelijk is hoeveel tolerantie door een ieder wil of moet worden opgebracht voor deze gedraging. In mijn opinie is het iemands eigen keuze om afstand te nemen van zijn of haar kind, maar dan wel op een wijze die niet in strijd is met het afstammingsrecht en het recht op 'family life', zoals bijvoorbeeld afstand van het kind ter adoptie. Het openen en het beschikbaar houden van vondelingenkamers dient naar mijn mening dan ook niet te worden getolereerd. Aan de andere kant kan worden betoogd dat de vrijheid om een vondelingenvoorziening te openen en beschikbaar te stellen niet dient te worden getolereerd omdat het immers in strijd is met het afstammingsrecht en het recht op 'family life' indien een

⁴⁰ De Hullu 2012, p. 17.

⁴¹ De Roos 1987, p. 58.

⁴² De Roos 1987, p. 58.

kind anoniem wordt achtergelaten in de vondelingenkamer. Voorts wordt veelal betoogd dat bij vondelingekamers het recht op leven prevaleert boven het afstammingsrecht. De gedachte heerst dat men liever een levend kind heeft dat niet weet van wie hij of zij afstamt, dan een te vondeling gelegd kind dat het niet overleeft of een bewust gedood kind.⁴³ Dit suggereert ten onrechte dat de vondelingekamers dienen te worden getolereerd.

5.1 Tussenconclusie

Doordat bij het anoniem achterlaten van een kind in een vondelingenkamer de schade voornamelijk bestaat uit geschonden rechten en belangen van het kind waaronder het afstammingsrecht en het recht op ‘family life’, maar er nog geen kind (anoniem) is achtergelaten in een van de vondelingekamers, is er enkel sprake van dreigende schade. Hierdoor wordt schade als gevolg van het openen en het beschikbaar stellen van een vondelingenkamer nog niet aangenomen omdat geen sprake is van aannemelijk gemaakte schade. Dit maakt toepassing van het tolerantiebeginsel op onderhavig geval lastig omdat het tolerantiebeginsel pas aan de orde komt indien schade als gevolg van een bepaalde gedraging aangenomen dient te worden. Slechts indien schade aannemelijk is kan worden getoetst of deze niet wordt getolereerd binnen een democratische samenleving. Daarnaast speelt het antipaternalisme geen rol aangezien Stichting Beschermd Wieg met het openen en het beschikbaar stellen van vondelingekamers niet enkel schade toebrengt aan zichzelf. Op dit punt hoeft de staat zich dus niet te onthouden van interventie. Tot slot is het de vraag of strafbaarstelling een te vergaande inbreuk op de individuele vrijheid inhoudt en of we als maatschappij het openen en het beschikbaar stellen van vondelingekamers toch niet zouden moeten tolereren om vrijheid niet te beperken? Over dit punt blijft onduidelijkheid bestaan omdat onduidelijk is hoeveel tolerantie een ieder wil of moet opbrengen voor deze gedraging,

6. Conclusie

In deze paper stond de volgende vraag centraal: *in hoeverre is strafbaarstelling van vondelingekamers in lijn met het schade- en het tolerantiebeginsel, behorende tot de criteria voor strafbaarstelling van De Roos?* Deze vraag impliceert de onderliggende vraag of de wetgever bevoegd is tot het strafbaar stellen van vondelingekamers op grond van het schade- en het tolerantiebeginsel van De Roos. Immers, indien aan beide criteria is voldaan is strafbaarstelling gerechtvaardigd. De belangrijkste vraag, en het eerste criterium, in deze kwestie is of schade kan worden aangenomen. Hierop dient ontkennend te worden geantwoord zolang er nog geen kind (anoniem) in een van de vondelingekamers is achtergelaten. Er wordt thans geen norm overtreden met het enkel openen en het beschikbaar stellen van een vondelingenkamer. Op dit moment is de wetgever op grond van het schadecriterium dus niet bevoegd tot strafbaarstelling en kan strafbaarstelling niet worden gerechtvaardigd. Dit verandert zodra er wel een kind anoniem wordt achtergelaten in een vondelingenkamer. In dat geval wordt door Stichting Beschermd Wieg het afstammingsrecht en het recht op ‘family life’ geschonden en is de stichting schuldig aan deelneming van verduistering van staat. Dit sluit aan bij het standpunt van staatssecretaris Dijkhoff van Veiligheid en Justitie. Het verdient dan ook aanbeveling om de ontwikkelingen omtrent vondelingekamers nauwgezet te volgen om te bezien of aanpassing van de wetgeving noodzakelijk is.⁴⁴ Omdat op dit moment slechts sprake is van dreigende of te verwachten schade en dus niet wordt voldaan aan het schadecriterium, komt het tweede criterium, het tolerantiebeginsel, nog niet aan de orde. Dit is wel het geval indien er een kind wordt achtergelaten in een vondelingenkamer en schade aannemelijk is doordat de belangen van het kind worden geschonden. In dat geval is het de vraag of de gedraging, oftewel het openen en beschikbaar houden van een vondelingenkamer, niet wordt

⁴³ Van der Wal, *Eindhovens Dagblad* 5 november 2015, p. 15.

⁴⁴ *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, 2972, p. 2.

getolereerd binnen een democratische samenleving. Dit kan een heikel punt zijn omdat hierover verschillende opvattingen bestaan. Immers, veelal wordt een vondelingenkamer als positief ervaren, terwijl deze sympathieke bedoeling een ontoereikende oplossing is voor zowel het kind als voor de moeder. Hierdoor is de wetgever, zodra er een kind anoniem wordt achtergelaten in een van de vondelingenkamers, bevoegd om in actie te komen. Of vervolgens van deze bevoegdheid gebruik dient te worden gemaakt hangt af van toetsing aan de overige vier criteria van De Roos.

Door vondelingenkamers strafbaar te stellen wordt uitgegaan van generale preventie. Hierdoor kan het punt waarop hulp kan worden geboden aan moeders naar voren worden verplaatst en kan meer worden ingezet op hulp tijdens de zwangerschap in plaats van hulp na de geboorte. Dit maakt het mogelijk om het probleem bij de kern aan te pakken.

Bronvermelding

M. de Jong & M. Vonk, Het vondelingenluikje: sympathiek bedoeld, maar een ontoereikende oplossing voor moeder en kind, *AA* 2013, afl. 2, p. 110-113.

H. van der Wal, 'Ik hoop dat er nooit een vondeling in ligt', *Eindhovens Dagblad* 5 november 2015.

Y. Buruma, *De dreigingsspiraal. Onbedoelde neveneffecten van misdaadbestrijding*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005, p. 41-76.

M. S. Groenhuijsen, 'Criteria voor strafbaarstelling', *DD* 1993, p. 1-6.

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012.

Th. A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten. Een crimineel-politieke studie*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 53-79.

Concluding observations on the fourth periodic report of the Netherlands van het Kinderrechtencomité van de Verenigde Naties (8 juni 2015), *UN Doc CRC/C/NDL/CO/4*

Raad voor de Kinderbescherming, 'Geen voorstander van vondelingenkamers of vondelingenluiken', 20 augustus 2014.

Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ), 'Advies vondelingenkamer en babyhuis', d.d. 28 augustus 2014.

WBOM, 'Strafrechtelijke aspecten van de vondelingenkamer in een babyhuis', d.d. 27 juni 2013.

Aanhangsel Handelingen II 2014/15, 2972.

HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608.

Fiom, 'Factsheet Bevallen onder geheimhouding', www.fiom.nl

Fiom, 'Missie en visie', www.fiom.nl

Isala, 'Isala eerste ziekenhuis met vondelingen', www.isala.nl

NIDAA, 'Bevallen onder geheimhouding', www.nidaa.nl

NIDAA, 'Opvang Kinderbescherming', www.nidaa.nl

NIDAA, 'Opvang van vondelingen via vondelingenluiken', www.nidaa.nl

NIDAA, 'Vondeling leggen', www.nidaa.nl

Stichting Beschermde Wieg, 'Opvang & Stappenplan Beschermde Wieg', www.beschermdeWieg.nl.

Stichting Beschermde Wieg, 'Stichting Beschermde Wieg', www.beschermdeWieg.nl