

Vergaderjaar 2005–2006

30 316

Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek teneinde een bijdrage te leveren aan het voorkomen van het gebruik van geestelijk of lichamelijk geweld jegens of van enige andere vernederende behandeling van kinderen in de verzorging en opvoeding

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 23 mei 2005 en het nader rapport d.d. 22 september 2005, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 24 februari 2005, no. 05.000666, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek teneinde een bijdrage te leveren aan het voorkomen van het gebruik van geestelijk of lichamelijk geweld jegens of van enig andere vernederende behandeling van kinderen in de opvoeding, met memorie van toelichting.

Met het wetsvoorstel wordt beoogd het tweede lid van artikel 247 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) te wijzigen. De wijziging bevat twee elementen. Voorgesteld wordt te bepalen dat ook de zorg en de verantwoordelijkheid voor de veiligheid van het kind tot de verzorging en opvoeding behoort. Verder wordt uitdrukkelijk bepaald dat geestelijk en lichamelijk geweld of enig andere vernederende behandeling niet mogen worden toegepast in de verzorging en opvoeding van het kind.

De Raad maakt onder meer opmerkingen over de effectiviteit en de reikwijdte van het voorstel. Hij is van oordeel dat in verband met deze opmerkingen het wetsvoorstel nader dient te worden overwogen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 24 februari 2005, nr. 05.000666, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 23 mei 2005, nr. W03.05 0047/I, bied ik U hierbij aan.

1. Effectiviteit

Kindermishandeling is een ernstig maatschappelijk probleem.² Het wetsvoorstel wil een bijdrage leveren aan de oplossing daarvan. De voorgestelde tweede volzin van artikel 1:247, tweede lid, BW wil nadrukkelijker dan thans het geval is de toepassing van alle vormen van kindermishandeling, inclusief een vernederende behandeling van kinderen, bij de verzorging en opvoeding uitsluiten. Zowel het «pak voor de broek», als het regelmatig en hard slaan van kinderen en het toebrengen van ernstig letsel zijn een vorm van mishandeling. Naar de Raad veronderstelt wil het wetsvoorstel vooral een bijdrage leveren aan het voorkómen van lichamelijke bestraffing of een vernederende behandeling als een normaal onderdeel van de opvoeding.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Memorie van toelichting, Algemeen, paragraaf 1 Inleiding.

Tot nu toe werd het verbod om in de verzorging en opvoeding kinderen te mishandelen verondersteld besloten te liggen in de verantwoordelijkheid van de ouders voor het welzijn van hun kinderen. Het verbod wordt in het wetsvoorstel geëxpliciteerd door middel van een bij de verzorging en opvoeding in acht te nemen norm. Het is de Raad opgevallen dat de memorie van toelichting nauwelijks motiveert waarom er thans behoefte bestaat aan de voorgestelde explicitering van een bestaande norm.

Het voorgestelde middel van explicitering in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek van een bepaalde verantwoordelijkheid van de ouder ten opzichte van zijn kind roept de vraag op naar de verhouding met het bestaande strafrechtelijke verbod van kindermishandeling. Het gaat dan niet om de sporadische tik op de vingers en ook niet om de zware mishandeling, maar om de lichamelijke straf die regelmatig wordt gegeven of om de terugkerende vernederende behandeling. In die gevallen geldt het strafrechtelijke verbod van kindermishandeling. Dat verbod wordt in de bedoelde situaties wellicht niet of minder goed gehandhaafd, maar daarin kan verandering komen door vergroting van inzicht bij hulpverleners om vermoedens van mishandeling vroegtijdig te signaleren en deze vervolgens te melden bij de Advies- en meldpunten kindermishandeling en door een andere prioritering binnen het openbaar ministerie.

Als beoogde effecten noemt de toelichting het meer bespreekbaar maken van het onderwerp bestraffen van kinderen zowel voor ouders als voor hulpverleners. De geëxpliciteerde norm zou ook behulpzaam kunnen zijn bij de concretisering van de grond voor ondertoezichtstelling en zou een reflexwerking hebben op het ouderlijk tuchtigingsrecht als rechtvaardigingsgrond voor het strafrechtelijk verbod van kindermishandeling. Maar vooral is beoogd de attitude van ouders ten aanzien van de lichamelijke bestraffing of de vernederende behandeling van kinderen te beïnvloeden. Uit rechtsvergelijkend onderzoek met betrekking tot 4 van de – inmiddels – 13 landen ter wereld die in hun wetgeving een dergelijke norm hebben opgenomen, blijkt dat het effect van een dergelijke wettelijke regeling op de beïnvloeding van de attitude niet aantoonbaar is.¹ Wil een dergelijke norm enig effect hebben, dan zal de invoering vergezeld moeten gaan van een groot aantal andere maatregelen, zoals publiekscampagnes over geweld in de opvoeding. De memorie van toelichting noemt een aantal andere maatregelen. Op zichzelf zouden de effecten echter ook door middel van een effectievere handhaving van het bestaande strafrechtelijke verbod van kindermishandeling bereikt kunnen worden, zeker in combinatie met andere maatregelen.

Gelet op het voorgaande adviseert de Raad, mede in het licht van het bestaande strafrechtelijke verbod van kindermishandeling, de noodzaak van de voorgestelde toevoeging van een tweede zin aan artikel 247 van Boek 1 BW nader te bezien.

Onverminderd het voorgaande merkt de Raad het volgende op.

1. Effectiviteit

De Raad veronderstelt met juistheid dat het wetsvoorstel vooral een bijdrage wil leveren aan het voorkómen van lichamelijke bestraffing of een vernederende behandeling van kinderen als een normaal onderdeel van de opvoeding. Hij memoreert hierbij dat het verbod om in de verzorging en opvoeding kinderen te mishandelen tot nu toe verondersteld werd besloten te liggen in de verantwoordelijkheid van de ouders voor het welzijn van hun kinderen. Het is de Raad, zo stelt hij, opgevallen dat de memorie van toelichting nauwelijks motiveert waarom er thans behoefte bestaat aan de voorgestelde explicitering van de bestaande norm.

Om een aantal redenen ben ik van mening dat de bestaande norm, behelzende het verbod op het gebruik van geweld in de verzorging en opvoeding, geëxpliciteerd dient te worden. De belangrijkste reden is dat het expliciteren van de ouderlijke verantwoordelijkheid op dit punt een bijdrage kan leveren aan de preventie van kindermishandeling. Door met zoveel woorden in de wet te bepalen dat er geen ruimte is voor de toepassing van geweld in de opvoeding zal de bewustwording van de ouders hierover toenemen. Deze verhoogde bewustwording zal vermoedelijk een discussie op gang brengen over wat wel en niet toelaatbaar is in de opvoeding. De toepassing van geweld tegen kinderen kan daardoor worden voorkomen (primaire preventie). Daarnaast is het de verwachting dat het voor hulpverleners eenvoudiger zal worden om het gebruik van geweld in de opvoeding bespreekbaar te maken,

¹ Fysieke bestraffing van kinderen. NIZW 2003, bladzijde 28, 41, 49 en 61.

en dat zij de ouders eerder kunnen overtuigen van de noodzaak om hulp te aanvaarden bij de opvoeding van hun kinderen. Hierdoor kan erger worden voorkomen (secundaire preventie). Tot slot zal de norm een bijdrage kunnen leveren aan de vroegtijdige signalering van kindermishandeling door professionals en burgers, alsmede de melding daarvan aan daartoe aangewezen instanties, in het bijzonder de advies- en meldpunten kindermishandeling. Naar aanleiding van de melding kan zo nodig een maatregel van kinderbescherming worden geïnitieerd (tertiaire preventie).

Ook voor kinderen die worden mishandeld, kan de norm een steun in de rug zijn. Zij hebben immers recht op een geweldvrije opvoeding en dit maakt het makkelijker voor kinderen om «hun geheim» te bespreken op school of met iemand anders die zij vertrouwen. In sommige gevallen zullen zij hun ouders hier ook rechtstreeks op aanspreken.

Ook de ontwikkelingen in internationaal verband versterken de behoefte om de ouderlijke verantwoordelijkheid te expliciteren. Het wetsvoorstel geeft uitvoering aan de aanbeveling die op 30 januari 2004 aan Nederland is gedaan door het VN-Comité dat toezicht houdt op de naleving van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK). Het VN-Comité is van mening dat het IVRK onder meer dwingt tot het opnemen van een dergelijke bepaling in de nationale wetgeving. Ook in de recente conclusies van juli 2005 van het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR), het onafhankelijke deskundigencomité dat toeziet op de naleving van het Europees Sociaal Handvest (ESH), is een vergelijkbare opvatting te vinden. Het ECSR wijst erop dat artikel 17 van het ESH een wettelijk verbod vereist op alle vormen van geweld tegen kinderen, zoals op school, in andere instellingen, thuis en elders. Om deze reden is aangegeven dat Nederland op dit moment (nog) niet voldoet aan artikel 17 ESH dat verplichtingen inzake de bescherming van kinderen bevat¹. Daarnaast heeft de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa een vergelijkbare aanbeveling gedaan om te komen tot een «Europe-wide ban on corporal punishment of children».

De Raad geeft in zijn advies aan dat de explicitering van de ouderlijke verantwoordelijkheid in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek de vraag oproept naar de verhouding met het bestaande strafrechtelijk verbod van kindermishandeling. Hij adviseert mede in het licht hiervan om de voorgestelde toevoeging aan artikel 247 nader te bezien.

Met de Raad meen ik dat het belangrijk is dat de bestrijding van kindermishandeling effectief wordt aangepakt. Anders dan de Raad meen ik evenwel niet dat de mogelijkheid om ook door andere maatregelen kindermishandeling tegen te gaan aanleiding zou moeten vormen om af te zien van een verduidelijking van de wet. Deze verduidelijking vormt geen substituut voor andere maatregelen, maar een aanvulling die aan dezelfde doeleinden bijdraagt. Zo kan vergroting van inzicht bij hulpverleners, een doel dat de Raad terecht naar voren haalt, ook door een verduidelijking van de wet en de publiciteit en aandacht voor de problematiek van kindermishandeling, bevorderd worden. Daarbij zal strafrechtelijke handhaving alleen nooit een toereikende oplossing kunnen zijn. Hiervoor zijn andere maatregelen nodig.

Ik wil graag benadrukken dat dit wetsvoorstel niets verandert aan de strafbaarstelling van kindermishandeling: kindermishandeling is en blijft strafbaar. In die gevallen dat strafrechtelijk optreden opportuun is, zal het openbaar ministerie vervolging instellen. Ik verwijs hierbij ook naar het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en de Wegenverkeerswet 1994, in verband met de herijking van een aantal wettelijke strafmaxima waarin wordt voorgesteld om de gevangenisstraf voor eenvoudige mishandeling van ten hoogste twee jaren te wijzigen in een gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren². Door deze wijziging wordt de maximumstraf voor eenvoudige mishandeling gericht tegen kinderen vier jaren (artikel 304 WvSr).

Bij de bestrijding van kindermishandeling staat de veiligheid van het kind voorop. Het voorkomen van kindermishandeling, waaraan dit wetsvoorstel een bijdrage wil leveren, is daarbij van zeer groot belang. Een effectievere handhaving van het bestaande strafrechtelijk verbod van kindermishandeling zal dit preventieve effect maar ten dele kunnen bereiken, alleen al omdat toepassing van het strafrecht lang niet altijd in het belang van het kind zal zijn, nu de gezinssituatie daardoor ver(der)gaand kan worden ontwricht. Het zal in veel gevallen meer voor de hand liggen dat beide ouders zelf hulp zoeken voor de gezinsproblemen of dat een melding wordt gedaan bij het advies- en

¹ European Social Charter, European Committee of Social Rights, Conclusions XVII-2 (nog niet gepubliceerd). De conclusies ten aanzien van Nederland zijn in een voorlopige redactie te vinden op de website van het Europees Sociaal Handvest (http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Esc/).

² Kamerstukken I 2004/05, 28 484, nr. A, Artikel I, onder 000 (artikel 300 lid 1 WvSr).

meldpuntkindermishandeling, dat vervolgens een onderzoek zal instellen en de noodzakelijke hulp op gang zal brengen al dan niet in een gedwongen kader. Zoals aangegeven beoogt het wetsvoorstel onder meer discussies te stimuleren dat «fysieke bestraffing van kinderen niet mag» waardoor de ouders eerder hulp zullen zoeken voor hun problemen. Indien zij zelf die stap niet zetten, zal de norm kunnen bijdragen aan de vroegtijdige signalering en aanpak door bijvoorbeeld het onderwijs, de jeugdzorg, familie of burens.

De memorie van toelichting is in deze zin aangevuld.

2. Reikwijdte van het voorstel

a. *Onduidelijk is of het voorstel ook verbiedt een «corrigerende tik» te geven. De terminologie in de tweede volzin van het voorgestelde tweede lid van artikel 1:247 BW is deels afkomstig uit artikel 19 van het Verdrag inzake de rechten van het kind («geestelijk of lichamelijk geweld»).¹ De woorden «vernederende behandeling» zijn – naar de Raad aanneemt – ontleend aan artikel 3 EVRM. Uit de gebruikte termen kan worden afgeleid dat de gestelde norm niet de «corrigerende tik» omvat.² Volgens de memorie van toelichting kan een «corrigerende tik» normaal gesproken niet gekwalificeerd worden als kindermishandeling in de zin van artikel 300 jo artikel 304 Wetboek van Strafrecht. De memorie van toelichting vermeldt echter ook als eerste beoogd effect van de norm «het wegnemen van het beeld dat slaan erbij hoort». De Raad merkt op dat de meest eenvoudige vorm van mishandeling is het opzettelijk een ander pijn laten ondervinden. Ook de zogenoemde «droge klap» valt onder mishandeling.*

De Raad adviseert in de memorie van toelichting te verduidelijken dat een «corrigerende tik», mede gelet op het in beginsel ruime verbod van kindermishandeling, buiten de reikwijdte van de voorgestelde bepaling valt.

b. *De tweede volzin van het tweede lid van artikel 1:247 BW vangt aan met de woorden «In overeenstemming met de ouderlijke verantwoordelijkheid». Over de betekenis van deze zinsnede geeft de memorie van toelichting geen uitsluitsel. Wel wordt duidelijk dat het verbod om in de verzorging en opvoeding kinderen te mishandelen wordt verondersteld besloten te liggen in de verantwoordelijkheid van de ouders voor het welzijn van hun kinderen.³ In het licht daarvan is de zinsnede «In overeenstemming met de ouderlijke verantwoordelijkheid» naar het oordeel van de Raad overbodig. Hij adviseert de zinsnede te laten vervallen en het overblijvende zinsdeel te herformuleren.*

c. *Voorgesteld wordt een nieuw element op te nemen in de omschrijving van het begrip «verzorging en opvoeding» in artikel 1:247, tweede lid, BW: de zorg en verantwoordelijkheid voor de veiligheid van het kind. «Veiligheid» is een onbepaald begrip, dat veel kan omvatten, zoals ook een gevoel van geborgenheid in het gezin. Volgens de artikelsgewijze toelichting brengt de gewijzigde bepaling tot uitdrukking dat de ouders verantwoordelijk zijn voor de veiligheid van het kind buiten het gezin, in verbanden waar derden bijdragen aan de opvoeding en ontplooiing van het kind.⁴ Deze beperking in de uitleg valt niet te lezen in de tekst van het voorstel.*

Voorts is geen rekening gehouden met de «reflexwerking» van deze nieuwe invulling van de ouderlijke verantwoordelijkheid op andere normen, zoals de grond voor de ondertoezichtstelling van artikel 1:254, eerste lid, BW. Ingevolge deze bepaling is ondertoezichtstelling mogelijk, indien de zedelijke of geestelijke belangen van de minderjarige ernstig worden bedreigd en andere middelen ter afwending van deze bedreigingen hebben gefaald of, naar is te voorzien, zullen falen. Een notie als bedreiging van de veiligheid van het kind komt in deze grond niet voor.

De Raad adviseert de zorg en verantwoordelijkheid voor de veiligheid van het kind in artikel 1:247, tweede lid, BW nader te bezien.

2. Reikwijdte van het voorstel

a. Het wetsvoorstel verbiedt, naast de toepassing van geestelijk geweld of vernederende behandeling, de fysieke bestraffing van kinderen («corporal punishment»). Hieronder valt iedere vorm van geweld die wordt gebruikt als opvoedingsmiddel. In de praktijk blijkt het begrip «geweld» niettemin verschillend te worden geïnterpreteerd. Er zijn ouders die geweldgebruik kwalificeren als een verantwoord correctiemechanisme. Dat is niet een interpretatie die verenigbaar is met dit wetsvoorstel. Ieder opzettelijk een

¹ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting, derde alinea.

² Zie onder andere Kamerstukken II 1992/93, 22 855 (R 1451), nr. 3, bladzijde 29–30.

³ Memorie van toelichting, paragraaf 1, Inleiding, vierde alinea.

⁴ Memorie van toelichting, artikelsgewijs, bij artikel 247, tweede lid, tweede alinea.

ander pijn laten ondervinden is een vorm van geweldsuitoefening in de zin van dit wetsvoorstel.

Geweldsuitoefening levert in beginsel ook in strafrechtelijke zin mishandeling op. Zoals de Raad terecht opmerkt, is de meest eenvoudige vorm van mishandeling het opzettelijk een ander pijn laten ondervinden. Hieruit kan geconcludeerd worden dat iedere vorm van fysieke bestraffing die opzettelijk wordt gegeven en bij het kind pijn veroorzaakt, in beginsel onder de norm te scharen is. De reflexwerking van de voorgestelde aanpassing van het Burgerlijk Wetboek brengt met zich mee dat de ruimte om geweldsuitoefening jegens kinderen in het strafrecht niet als mishandeling aan te merken, verkleind wordt.

Tegelijk kan evenwel niet worden gesteld dat elke tik die de bedoeling tot corrigeren heeft, geweld oplevert. Een tik op de vingers die voorkomt dat een snoepje geplunderd wordt, is geen geweld. Ook het stevig beetpakken van een kind om te voorkomen dat het iets gevaarlijks doet, valt niet onder het toepassen van geweld, omdat alsdan niet het bestraffen maar het voorkomen overheerst. Wel kan gesteld worden dat ieder opzettelijk een ander pijn laten ondervinden een vorm van geweldsuitoefening in de zin van dit wetsvoorstel is. Iedere vorm van fysiek bestraffen van een kind na een incident valt om die reden onder de norm en is derhalve niet verenigbaar met het gebod. De memorie van toelichting is conform bovenstaande verduidelijkt.

b. Het advies van de Raad is gevolgd.

c. Het is niet de bedoeling om een beperkte uitleg te geven aan het begrip veiligheid, namelijk dat ouders hun kinderen niet met opzet in een onveilige situatie buiten het gezin mogen brengen. Het gaat ook om het beschermen van de veiligheid binnen het gezin. De memorie van toelichting is aangevuld. In de grond voor de ondertoezichtstelling (artikel 1:254 BW) wordt niet met zoveel woorden tot uitdrukking gebracht dat een bedreiging van de veiligheid van het kind buiten het gezin hier ook onder valt. Dit betekent echter niet dat, indien de ouders het kind bewust in een onveilige situatie buiten het gezin brengen, het kind nooit onder toezicht kan worden gesteld. Er zijn situaties denkbaar waarin een ondertoezichtstelling noodzakelijk is om de veiligheid van het kind te garanderen, omdat de ouders hun kinderen bewust aan onveilige situaties blootstellen. Zo weten of vermoeden ouders soms dat hun kind mishandeld of misbruikt wordt door een derde, terwijl het kind daar wel naartoe wordt gebracht. Ik zie hierin dan ook geen aanleiding om de toevoeging te schrappen.

3. Verhouding tot het ouderlijk tuchtigingsrecht

Ingevolge de nadere invulling van de verantwoordelijkheid van de ouders voor de verzorging en opvoeding van de kinderen zou het zogenoemde ouderlijk tuchtigingsrecht («castigatio paterna») niet meer als rechtvaardigingsgrond kunnen worden ingeroepen wanneer kindermishandeling ten laste is gelegd, aldus de memorie van toelichting.¹ In de rechtspraak en literatuur wordt aangenomen dat het ouderlijk tuchtigingsrecht op zeer beperkte schaal wordt aanvaard.² Omdat de toelichting ook betoogt dat het verbod van kindermishandeling reeds besloten ligt in de bestaande civielrechtelijke norm dat ouders verantwoordelijk zijn voor het welzijn van hun kinderen, is het niet zonder meer begrijpelijk waarom de explicitering van deze norm in het civiele recht ertoe zou leiden dat het ouderlijk tuchtigingsrecht niet langer als rechtvaardigingsgrond bij een verdenking van kindermishandeling ingeroepen zou kunnen worden (wat er ook zij van de wenselijkheid van deze rechtvaardigingsgrond).

De Raad adviseert in de toelichting duidelijk te maken waarom aannemelijk is dat de explicitering van een reeds bestaande norm in het voorgestelde tweede lid van artikel 1:247 BW kan leiden tot het uitsluiten van de hierboven vermelde rechtvaardigingsgrond.

3. Verhouding tot het ouderlijk tuchtigingsrecht

De Raad adviseert om in de toelichting duidelijk te maken waarom aannemelijk is dat de explicitering van een reeds bestaande norm kan leiden tot het uitsluiten van het ouderlijk tuchtigingsrecht als rechtvaardigingsgrond. In paragraaf 2, onder a, heb ik verduidelijkt wat de reikwijdte van het voorstel is. Hieruit volgt ook dat voor een ouderlijk tuchtigingsrecht als zodanig geen ruimte meer is. Tuchtigen wordt gekoppeld aan begrippen als «kastijden» en «het door lichamelijke straf trachten te verbeteren». Bij bestraffingen waaraan

¹ Memorie van toelichting, paragraaf 3.3, Beoogde effecten, Strafrecht.

² Vergelijk HR 10 september 1996, DD 97 004. Hazewinkel-Suringa/Rommelink, vijftiende druk, 1996, bladzijde 358 en De Hullu, Materieel Strafrecht, tweede druk, 2003, bladzijde 357–358.

in deze context wordt gedacht, bestraffingen waarvan ook «rietjes» en andere hulpstukken een element kunnen vormen, is het pijnlement per definitie zo manifest dat de strafbaarstelling van mishandeling van toepassing is. Ik meen dan ook dat het niet wel denkbaar is dat een verdachte met succes een beroep kan doen op het ouderlijk tuchtigingsrecht als rechtvaardiging voor mishandeling.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner