



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Medisch beroepgeheim en de zorgplicht van de arts bij
kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders**
Sombroek-van Doorm, M.P.

Citation

Sombroek-van Doorm, M. P. (2019, February 19). *Medisch beroepgeheim en de zorgplicht van de arts bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders. Meijers-reeks*. Boom Juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/68879>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/68879>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/68879> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Doorm M.P. van

Title: Medisch beroepgeheim en de zorgplicht van de arts bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders

Issue Date: 2019-02-19

DEEL II

Medisch beroepsgeheim en de zorgplicht
van de arts bij kindermishandeling in de
rechtsverhouding tussen arts, kind en
ouders

6 | De ‘scope’ van het wettelijke begrip kindermishandeling

6.1 INLEIDING

In dit tweede deel van dit proefschrift gaat mijn aandacht uit naar de vraag hoe het medisch beroepsgeheim en de daarmee nauw samenhangende zorgplicht functioneren bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders en in dit hoofdstuk vindt daartoe een analyse plaats van het begrip kindermishandeling dat thans in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo is neergelegd.

Het fenomeen kindermishandeling staat sinds de tweede helft van de vorige eeuw steeds meer in de belangstelling. De kinderarts Kempe beschreef in de jaren 60 van de vorige eeuw oude en nieuwe botbreuken bij kinderen die door de uitvinding van röntgenapparatuur zichtbaar werden. Kempe sprak van het *Battered Child Syndrome*.¹ Die botbreuken waren immers het gevolg van fysiek geweld door ouders jegens hun kind. Het was dus niet zo dat deze het gevolg waren van broze botten – *bone fragility* – wat aanvankelijk werd gedacht.

Deze bevindingen waaiden over naar Nederland. Daar kreeg het fenomeen dat ouders hun kind fysiek mishandelden de benaming ‘kindermishandeling’. Ofschoon het in eerste aanleg vooral de aandacht van artsen trok, kregen al rap ook andere wetenschappen – zoals de gedrags- en pedagogische wetenschappen – aandacht voor dit fenomeen. Het ging immers veeleer om *home fragility* in plaats van *bone fragility*.² Kindermishandeling is een kwetsbaarheid van gezinnen en van kinderen in die gezinnen.

De aanpak van kindermishandeling bleek niet eenvoudig. Voor artsen was het van meet af aan niet vanzelfsprekend om over signalen en vermoedens van kindermishandeling te spreken vanwege het medisch beroepsgeheim. Teneinde intercollegiaal overleg mogelijk te maken werd in 1972 het Bureau Vertrouwensarts inzake kindermishandeling opgericht.³ Zo kon binnen de

1 Kempe e.a., *Journal of the American Medical Association* 1962, p. 105. Baartman (2009, p. 36-37) wijst er terecht op dat al zeven jaar eerder dergelijke bevindingen waren beschreven door Woolley & Evans, maar dat artikel kreeg minder aandacht dan dat van Kempe c.s. Zie Woolley & Evans, *JAMA* 1955.

2 Baartman 2005, p. 4. Baartman kwam op de gedachte van ‘home fragility’ na het zien van een door een aardbeving in Italië ontwricht huis. Kindermishandeling gaat over ontwrichting niet van het huis maar binnen het huis. Het gaat over ontwrichte gezinnen.

3 Baartman 2009, p. 18.

beroepsgroep onderling advies worden gegeven en konden ervaringen worden gedeeld.

De betrokkenheid van ook anderen bij de aanpak van kindermishandeling resulteerde in een versnippering van de jeugdhulp in de tweede helft van de vorige eeuw. Hierdoor was de aanpak van kindermishandeling niet effectief. De toenmalige Wjvh moest een antwoord geven op de versnipperde hulpverlening bij de aanpak ervan. Een exponent daarvan is de oprichting van één Advies- en Meldpunt Kindermishandeling (hierna: *AMK*). Dat kwam in de plaats van het Bureau Vertrouwensarts inzake Kindermishandeling.

Aan het AMK konden artsen voortaan advies vragen of (een vermoeden van) kindermishandeling melden. Het AMK was ook hét aanspreekpunt voor andere professionals en voor burgers in het algemeen. Het AMK had vervolgens tot taak een melding van kindermishandeling te onderzoeken binnen de daarvoor gegeven wettelijke kaders in de Wjvh. Daartoe moest het begrip kindermishandeling uiteraard wél gedefinieerd worden.⁴

In 1989 is het begrip kindermishandeling in art. 34a lid 3 van de Wjvh neergelegd. Ofschoon de Wjvh in 2005 plaatsmaakte voor de Wjz die vervolgens in 2015 is vervangen door de Jw, bleef de wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling ook in die wetten ongewijzigd (art. 1.1 Wjz en art. 1.1.1 Jw).⁵ In al deze regelingen wordt onder kindermishandeling verstaan:

‘Elke vorm van voor een minderjarige bedreigende of gewelddadige interactie van fysieke, psychische of seksuele aard, die de ouders of andere personen ten opzichte van wie de minderjarige in een relatie van afhankelijkheid of van onvrijheid staat, actief of passief opdringen, waardoor ernstige schade wordt berokkend of dreigt te worden berokkend aan de minderjarige in de vorm van fysiek of psychisch letsel.’⁶

Kennelijk was er voor de wetgever geen aanleiding het begrip in de elkaar opvolgende wetten anders te omschrijven.⁷ Ook de reden voor opname van het begrip kindermishandeling in die wetten blijkt samen te hangen met het afbakenen van het taakgebied van de instantie waaraan kindermishandeling kan worden gemeld.⁸ Was dat onder de Wjz nog steeds het AMK, onder vigeur van de Jw werd dit – door de samenvoeging van het AMK met het Steunpunt Huiselijk Geweld – het Advies- en Meldpunt Huiselijk geweld en Kindermis-

4 *Kamerstukken II* 1990/91, 21938, nr. 1-2, p. 3-5; *Kamerstukken I* 2000/01, 27842, A, p. 7; *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 12 (MvT).

5 Art. 1.1 Wjz, *Stb.* 2004, 306 en art. 1.1.1 Jw, *Stb.* 2014, 105.

6 Art. 34a lid 3 Wjvh, *Stb.* 1989, 358. Zie ook art. 1.1 Jw, *Stb.* 2014, 105.; art. 1.1.1 Wmo 2015, *Stb.* 2014, 280.

7 Vgl. Baartman 2009, p. 10-11, p. 61-63 en p. 74.

8 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 2-3 (MvT).

handeling (hierna: AMHK).⁹ Uit de toelichting op de Jw blijkt dat samenvoeging een volgende stap is in de noodzakelijke samenwerking tussen deze twee instanties die ertoe leidt dat kindermishandeling – een vorm van huiselijk geweld – gemeld wordt bij één herkenbaar meldpunt: het AMHK.¹⁰ Het AMHK wordt in de overige communicatie – en ook in dit proefschrift – 'Veilig Thuis' genoemd.¹¹

Het begrip kindermishandeling is behalve in de Jeugdwet sinds 2015 ook in de Wet maatschappelijke ondersteuning opgenomen (art. 1.1.1 Wmo); dit hangt samen met het gegeven dat de uitvoering van de taken van Veilig Thuis vanaf 2015 onder de verantwoordelijkheid van de gemeenten is komen te vallen en dat is in die wet geregeld.¹²

De wettelijke definitie van het begrip kindermishandeling zoals thans neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo vormt de hoeksteen van de maatregelen die de wetgever heeft genomen in de bestrijding van kindermishandeling. Uit voorgaande wordt duidelijk dat die wettelijke definitie in oorsprong niet bedoeld is voor de arts die ermee te maken krijgt. Deze was immers bedoeld voor het AMK dat bij zijn werkzaamheden van deze wettelijke omschrijving van kindermishandeling moest uitgaan en in het bijzonder bij de beoordeling van een melding van kindermishandeling of een vermoeden ervan.¹³

Die oriëntatie op het AMK, thans Veilig Thuis, maakt een analyse van de wettelijke definitie vanuit het perspectief van de arts interessant. De taakstelling van Veilig Thuis en van de arts verschillen uiteraard, terwijl daarvoor toch dezelfde wettelijke definitie wordt gehanteerd. Die wettelijke definitie vormt dus ook voor de arts het normatief-juridisch kader voor het handelen bij kindermishandeling of vermoedens daarvan. Het begrip kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo is immers uitgangspunt in de wettelijke en professionele maatregelen waaraan artsen bij de aanpak van kindermishandeling zijn gebonden.¹⁴ Daarom is een analyse van de wettelijke definitie van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo in dit proefschrift nodig.

9 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 32-33 (MvT); *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 10, p. 48.

10 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 32-33; *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 3, p. 17.

11 *Kamerstukken II* 2016/17, 28345, nr. 182; *Kamerstukken I* 2013/14, 33684, A (gewijzigd voorstel van de wet); *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 32-33 (MvT). Zie voor de introductie van het begrip Veilig Thuis: *Nieuwsbrief ondersteuningsprogramma AMHK* (VNG 2013); website Nederlands Jeugdinstituut: <https://www.nji.nl/Kindermishandeling-Beleid-Ontwikkelingen> (laatst geraadpleegd 29 januari 2018).

12 Art. 1.1.1 Wmo 2015, *Stb.* 2014, 280; *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 35, p. 17.

13 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 12 (MvT).

14 Zie par. 7.2.3 voor de bespreking van de wettelijke regelingen. Zie par. 8.4-8.8 voor de bespreking van de professionele regelingen (KNMG-meldcode 2015 en KNMG-afwegingskader 2018).

Opzet deel II

In hoofdstuk 6 vindt de analyse plaats van de wettelijke definitie van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo. De volgende elementen uit de wettelijke begripsomschrijving worden in dit hoofdstuk geanalyseerd en waar zinvol geproblematiseerd: (1) 'minderjarige' (par. 6.3); (2) 'elke vorm van een bedreigende of gewelddadige interactie van fysieke, psychische of seksuele aard' (par. 6.4); (3) 'ouders of andere personen' en 'een relatie van afhankelijkheid of onvrijheid' (par. 6.5); (4) 'actief of passief opdringen' (par. 6.6) en (5) '(dreigende) ernstige schade in de vorm van fysiek of psychisch letsel' (par. 6.7).

Het onderzoek in hoofdstuk 6 richt zich niet op de vraag of het een verstandige keuze is deze definitie als uitgangspunt te nemen of dat, zoals Baartman voorstelt, een andere definitie hiervoor in de plaats zou moeten worden gesteld.¹⁵ In hoofdstuk 6 gaat het om de vraag wat vanuit het perspectief van de arts de betekenis en de scope is van deze wettelijke omschrijving van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo mede in het licht van het nieuwe afwegingskader op grond waarvan de arts ernstige signalen van kindermishandeling móet melden.¹⁶

In de analyse worden waar functioneel, de strafbepalingen van mishandeling betrokken (artikelen 300-304 Sr). In de preventie en aanpak van kindermishandeling wordt immers ook gebruik gemaakt van strafrechtelijke normen. De uitwerking van het begrip mishandeling in de artikelen 300-304 Sr en de interpretatie ervan kunnen van toegevoegde waarde zijn voor de analyse van de wettelijke definitie van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo.

Hoofdstuk 7 richt zich op het analyseren van de wettelijke regelingen waarin de bevoegdheid respectievelijk de plicht is neergelegd voor de arts om de zwijgplicht te doorbreken in geval van kindermishandeling of een vermoeden ervan. Wat betekenen – in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders – deze regelingen voor het medisch beroepsgeheim en de zorgplicht? Hoe verhouden deze regelingen zich tot conflict van plichten als uitzondering op de zwijgplicht en dat een restrictief toetsingskader kent waardoor 'spreken' allerminst vanzelfsprekend is?¹⁷

In hoofdstuk 8 wordt de professionele regelgeving geanalyseerd zoals deze is vervat in het onderdeel 'kindermishandeling' uit de KNMG-meldcode (2015) en het KNMG-afwegingskader (2018).

De KNMG stelt reeds sinds 2008 dat, in geval van kindermishandeling, het uitgangspunt is dat de arts 'spreekt-tenzij'. Kennelijk kent de KNMG een verant-

¹⁵ Zie voor een herziene definitie en reacties daarop: Baartman 2009.

¹⁶ *Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* 2017, p. 12-13, behorend bij Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291. Zie par. 7.2.3.5.

¹⁷ Zie par. 5.4.1.

woordelijkheid toe aan artsen het medisch beroepsgeheim eerder te doorbreken dan op grond van het leerstuk van conflict van plichten mogelijk zou zijn. Dat leerstuk is immers gebaseerd op een 'zwijgen-tenzij'. Onderzocht wordt of het accent inderdaad is verschoven richting 'spreken' en zo ja, waaruit dat precies blijkt en wat daarvoor de grondslag is. Daarbij wordt ook aandacht besteed aan de verhouding tussen conflict van plichten en de zorgplicht die ex art. 7:453 BW op de arts rust, omdat beide in de KNMG-meldcode (2015) als mogelijke juridische basis worden aangedragen voor het zonder toestemming van betrokkenen doorbreken van de zwijgplicht. De bevindingen van hoofdstuk 8 worden ten slotte vergeleken met die van hoofdstuk 7.

In hoofdstuk 9 richt mijn onderzoek zich op de wijze waarop de rechter, met name de tuchtrechter, omgaat met het medisch beroepsgeheim en de zorgplicht bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders. Houdt de rechter vast aan de uitgangspunten van het medisch beroepsgeheim en de uitzonderingen die in het algemeen voor het doorbreken ervan gelden, of geven de uitspraken blijk van méér ruimte voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim? Hiertoe zijn rechterlijke uitspraken onderzocht gedurende de periode vanaf 1 september 2008 tot 1 februari 2018. De spanning met het stevig in de wet verankerde medisch beroepsgeheim is door het in de KNMG-meldcode geplaatste accent op 'spreken, tenzij' het grootst in deze periode. Incidenteel komen ook uitspraken aan de orde waarop een eerdere KNMG-meldcode van toepassing is (2002, 2004), maar dat zal zijn omdat de desbetreffende uitspraak blijk geeft van het anticiperen op de accentverschuiving richting een 'spreken, tenzij'. Dit hoofdstuk beoogt inzicht te geven in grondslag(en) en toetsingskader(s) die voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders in de (tucht)rechtspraak worden gehanteerd.

In hoofdstuk 10 concludeer ik over de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken en de mogelijke spanning daartussen. Een en ander leidt tot een voorstel voor een toetsingsmodel voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders. Hierbij wordt de betekenis van de zorgplicht in relatie tot de zwijgplicht van de arts belicht en de keuze van de wetgever ter bestrijding van kindermishandeling het medisch beroepsgeheim te doorbreken, juridisch vormgegeven.

6.2 WETTELIJKE OMSCHRIJVING VAN HET BEGRIP KINDERMISHANDELING (ART. 1.1 JW EN ART. 1.1.1 WMO)

Hieronder worden de volgende elementen uit de wettelijke begripsomschrijving geanalyseerd en waar zinvol geproblematiseerd: (1) 'minderjarige' (par. 6.3); (2) 'elke vorm van een bedreigende of gewelddadige interactie van fysieke, psychische of seksuele aard' (par. 6.4); (3) 'ouders of andere personen' en 'een

relatie van afhankelijkheid of onvrijheid' (par. 6.5); (4) 'actief of passief opdringen' (par. 6.6) en (5) '(dreigende) ernstige schade in de vorm van fysiek of psychisch letsel' (par. 6.7).

6.3 'MINDERJARIGE'

Wat precies onder een 'minderjarige' zoals neergelegd in de wettelijke definitie van het begrip kindermishandeling in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo wordt verstaan, blijkt niet uit de wettekst en evenmin uit de parlementaire geschiedenis van het wettelijke begrip kindermishandeling. Daarin wordt het begrip 'minderjarige' niet nader geëxpliciteerd. Toch ligt het voor de hand om dat begrip te preciseren, niet alleen om de eventuele verplichtingen of bevoegdheden van de arts in dat kader af te bakenen, maar ook omdat voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim bij (vermoedens van) mishandeling van bijvoorbeeld meerderjarige verstandelijk gehandicapten een ander toetsingskader geldt.¹⁸

6.3.1 De definitie uit Boek 1 BW

Het ligt voor de hand aansluiting te zoeken bij de civielrechtelijke definitie van minderjarigen (art. 1:233 BW): zij die de leeftijd van 18 jaar nog niet hebben bereikt en die evenmin meerderjarig zijn verklaard (cf. art. 1:253ha BW).¹⁹

Hiervan uitgaande dienen twee kwesties te worden geïdentificeerd: (1) vallen *ongeborenen* ook onder de wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling en (2) hoe verhouden de leeftijdsgrenzen in de Jw/Wmo zich tot die in de Wgbo waarin andere leeftijdsgrenzen gelden?²⁰ De antwoorden op deze vragen blijken immers niet uit de wettelijke definitie van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo.

In dergelijke onduidelijke gevallen zoals wanneer het niet direct evident is of het slachtoffer onder het bereik van de wettelijke definitie van kindermishandeling valt, wordt in dit onderzoek gesproken van het *grijze gebied*. Dit omvat ook de situatie waarin de arts een vermoeden heeft van kindermishandeling. Hoe de arts daarmee volgens de KNMG-meldcode (2015) en het KNMG-afwegingskader (2018) moet omgaan, komt aan de orde in hoofdstuk 8.

18 Zie onderdeel 'Huiselijk geweld' in de KNMG-meldcode 2015, p. 69. De KNMG benadrukt dat ofschoon de aanpak van volwassenengeweld vergelijkbaar is met die van kindermishandeling, met betrekking tot informatieverstrekking aan derden in dit kader meer terughoudendheid is geboden dan in geval van kindermishandeling in geval toestemming voor informatieverstrekking van de volwassene ontbreekt.

19 In gelijke zin definitie WHO 2002, p. 59 waarin gesproken wordt van 'under 18 years of age.' Zie ook art. 1 IVRK (20 november 1989), *UN Doc A/RES/44/25*.

20 Zie voor beschrijving van de leeftijdsgrenzen in de Wgbo: par. 3.2.1. en par. 3.5.3.

6.3.2 Zijn ongeborenen 'minderjarigen'?

Voor het beantwoorden van de vraag of en zo ja, in hoeverre, de ongeborene onder het begrip minderjarige valt in de context van de wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling, geeft de parlementaire geschiedenis van de artikelen waarin de wettelijke omschrijving van kindermishandeling is neergelegd – art. 34a lid 3 Wjvh, art. 1.1 Wjz, art. 1.1 Jw, en art. 1.1.1 lid 1 Wmo – weinig houvast.

Aansluiting kan worden gezocht bij regelingen die zien op het treffen van kinderbeschermingsmaatregelen.²¹ Daaruit zou immers kunnen blijken dat ongeborenen beschermwaardig zijn en daarin ligt voor de arts een belangrijke reden om eventueel ook voor die groep een melding te doen. De ongeborene kan dan immers door het treffen van die maatregelen tegen verdere schade worden beschermd. Daarvoor is dan wel eerst een melding van kindermishandeling of een vermoeden ervan door de arts vereist.

In de parlementaire geschiedenis van de regelingen die zien op het treffen van kinderbeschermingsmaatregelen wordt aangeknoopt bij art. 1:2 BW. Art. 1:2 BW bepaalt dat het kind waarvan de vrouw zwanger is als reeds geboren wordt aangemerkt zo dikwijls zijn belang dat vordert.²² Tot die belangen worden gezondheids- en ontwikkelingsbelangen gerekend.²³

Voor ongeborenen kunnen op grond van art. 1:2 BW kinderbeschermingsmaatregelen worden getroffen.²⁴ Hierbij valt te denken aan maatregelen zoals het onder toezicht plaatsen van de ongeborene op grond van art. 1:255 BW. De te benoemen gezinsvoogd geeft in het belang van de ongeborene de zwan- gere aanwijzingen die zij op grond van art. 1:263 lid 2 BW moet opvolgen. Ook kan de ondertoezichtstelling gecombineerd worden met het uit huis plaatsen van het kind als het eenmaal geboren is op grond van art. 1:265a BW juncto art. 1:265b BW. In de praktijk van de gezondheidszorg wordt in een dergelijk geval ook wel gesproken van een 'uitbuikplaatsing'.²⁵

Er bestaat discussie over de betekenis van de levensvatbaarheidsgrens die ligt op 24 weken zwangerschap bij het treffen van dergelijke maatregelen. Die

21 *Kamerstukken II* 2015/16, 29323, nr. 97, p. 2; *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 35, p. 22; *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3, p. 9 (MvT); *Kamerstukken II* 2007/08, 31001, nr. 46, p. 5.

22 Art. 1:2 BW, *Stb.* 1969, 257.

23 Asser/De Boer 2010/26, p. 22; Rb. Roermond 26 juni 2009, ECLI:NL:RBROE:2009:BJ0644.

24 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 35, p. 22; *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3, p. 9 (MvT); *Kamerstukken II* 2007/08, 31001, nr. 46, p. 5. Opgemerkt zij hier dat behalve kinderbeschermingsmaatregelen uiteraard via de Wet BOPZ in bepaalde situaties vergaand kan worden ingegrepen in de bewegingsvrijheid van de moeder. Deze paragraaf richt zich evenwel op het begrip kindermishandeling in relatie tot het melden ervan met het oog het kind tegen verdere mishandeling te beschermen. Zie voor de jurisprudentie voetnoot 31.

25 Voor het wijzen op de in de praktijk doorgaans gebruikte term 'uitbuikplaatsing' dank ik verpleegkundige verslavingszorg J.F. van Noort.

grens is door de medische wetenschap in Nederland bepaald en tot dat moment heeft de moeder het recht de zwangerschap af te breken. De discussie over die levensvatbaarheidsgrens in het licht van te treffen kinderbeschermingsmaatregelen is in zoverre relevant voor de arts dat als blijkt dat voor de ongeborene die die grens nog niet is gepasseerd géén beschermingsmaatregelen kunnen worden getroffen, hij zich wel de vraag moet stellen of het zinvol is het medisch beroepsgeheim te doorbreken. Die doorbreking moet er immers wel op zijn gericht schade te voorkomen en dat kan door het treffen van die kinderbeschermingsmaatregelen.²⁶

Uit de jurisprudentie over het treffen van kinderbeschermingsmaatregelen blijkt zonder meer dat als de ongeborene de levensvatbaarheidsgrens van 24 weken is gepasseerd dergelijke maatregelen in het belang van de ongeborene kunnen worden getroffen. Die ongeborenen zijn zonder meer beschermwaardig. Geldt dit ook zo voor de ongeborene die de grens nog niet is gepasseerd of is levensvatbaarheid een criterium voor het toekennen van kinderbeschermingsmaatregelen?

De preambule bij het IVRK waarin wordt benadrukt dat ‘ieder kind zo wel voor als na de geboorte’ bijzondere bescherming en zorg nodig heeft, staat hier in beginsel niet aan in de weg.²⁷ Hier zij opgemerkt dat iedere verdragsstaat een ‘margin of appreciation’ toekomt ten aanzien van het trekken van de grens vanaf welk moment de ongeborene in aanmerking komt voor kinderbeschermingsmaatregelen.²⁸ Uit de Nederlandse parlementaire geschiedenis over het treffen van prenatale kinderbeschermingsmaatregelen blijkt weliswaar dat aanvankelijk betekenis werd toegekend aan de praktijk waarin de grens van 24 weken zwangerschap werd aangehouden voor het treffen van maatregelen, maar ook dat deze grens niet langer maatstaf is of zou moeten zijn voor het treffen van kinderbeschermingsmaatregelen.²⁹

Uit de door mij onderzochte jurisprudentie over het treffen van maatregelen ten behoeve van de bescherming van ongeborenen is in enkele uitspraken de vraag aan de orde in hoeverre de levensvatbaarheidsgrens maatgevend is voor het treffen van kinderbeschermingsmaatregelen.³⁰ Die vraag speelt in de meeste gevallen geen rol omdat in verreweg de meeste zaken de desbetreffende

26 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 35, p. 22; *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 32, p. 35 en p. 155 (MvT); Zie voor het verzoek van de RvdK aan de kinderrechter n.a.v. een melding in geval van kindermishandeling art. 3.1 Jw, *Stb.* 2014, 105.

27 Preambule IVRK, overweging 9 (20 november 1989), *UN Doc A/RES/44/25*; General Comment no. 15, CRC/C/GC/15, p. 8-14 en p. 232-234; General Comment no. 13, CRC/C/GC/13, p. 27.

28 *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3, p. 9 (MvT); *Kamerstukken II* 2007/08, 31001, nr. 46, p. 5; Hendriks 2009, p. 36-38; Lawson & Schermers 1999, p. XXVI.

29 *Kamerstukken II* 2015/16, 29323, nr. 97 (reactie op RSJ advies Prenatale kinderbescherming en de rol van de overheid). Vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3, p. 9 (MvT); *Kamerstukken II* 2007/08, 31001, nr. 46, p. 5.

30 Rb. Zeeland-West-Brabant 22 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:2587, *GJ* 2017/101; Rb. Dordrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV6246, *NJ* 2012/442.

ongeborene de levensvatbaarheidsgrens van 24 weken zwangerschap reeds is gepasseerd.³¹ Aansluiting wordt aldaar gezocht bij art. 1:2 BW voor het treffen van kinderbeschermingsmaatregelen en uiteraard wordt getoetst aan de criteria die voor het treffen van dergelijke maatregelen gelden.

Een bekende uitspraak waar de vraag wél aan de orde is in hoeverre de levensvatbaarheidsgrens maatgevend is voor het treffen van kinderbeschermingsmaatregelen, is de uitspraak van de Dordtse kinderrechter uit 2012.³² In casu ging het om een vrouw die 17 weken zwanger was en met eerwraak werd bedreigd. De RvdK had de rechter om een voorlopige ondertoezichtstelling van de ongeborene gevraagd. De kinderrechter nam de korte duur van de zwangerschap als maatstaf voor het niet treffen van de gevraagde kinderbeschermingsmaatregel:

'Nu de moeder zeventien weken zwanger is, komt de ongeboren vrucht geen bescherming toe en kan een maatregel van voorlopige ondertoezichtstelling niet worden uitgesproken.'³³

Tegenover deze uitspraak, staat de uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant. De rechtbank overwoog dat in de jurisprudentie doorgaans pas na 24 weken zwangerschap toepassing wordt gegeven aan art. 1:2 BW als dit voor de ongeboren vrucht van belang wordt geacht, maar dat in uitzonderlijke gevallen hiervan wordt afgeweken.³⁴ De kinderrechter benadrukt in deze zaak waarin het ging om een vrouw die 16 weken zwanger was en blowde bij wijze van zelfmedicatie, dat gelet op de huidige inzichten ten aanzien van de (vroeg) ontwikkeling van foetussen, het wetsvoorstel verplichte GGZ en de wetsgeschiedenis, over het toepassen van die 24 weken grens anders kan worden gedacht. In casu was de kinderrechter evenwel van oordeel dat het feit dat de moeder blowde bij wijze van zelfmedicatie, niet maakt dat er een ernstig vermoeden bestaat dat de grond van een ondertoezichtstelling is vervuld, met name nu de moeder wel contact heeft met de nodige hulpverleningsinstanties. Hier was dus niet doorslaggevend – zoals wél bij de Dordtse

31 Rb. Overijssel 2 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:7072 (vrouw is langer dan 24 weken zwanger, rechter stelt ongeborene onder toezicht en verleent machtiging tot uithuisplaatsing vanaf de geboorte); Hof Leeuwarden 28 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0232, *PFR-Updates.nl* 2013/0026 (vrouw is langer dan 24 weken zwanger, ongeboren kind is in eerste aanleg onder toezicht gesteld en machtiging tot uithuisplaatsing is verleend vanaf de geboorte); Rb. Roermond 26 juni 2009, ECLI:NL:RBROE:2009:BJ0644 (vrouw is 26 weken zwanger, rechter stelt ongeboren kind onder voorlopige voogdij van Bureau Jeugdzorg); Rb. Rotterdam 23 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD8461 (ongeborene wordt binnenkort geboren, rechter stelt kind voorlopig onder toezicht maar wijst verzoek tot uithuisplaatsing af); Zie ook: Enkelaar & Van der Does, *FJR* 2009, p. 8.

32 Rb. Dordrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV6246, *NJ* 2012/442 (geen kinderbeschermingsmaatregel vanwege 17 weken zwangerschap).

33 Rb. Dordrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV6246, *NJ* 2012/442, r.o. 5.4.

34 Rb. Zeeland-West-Brabant 22 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:2587, *GJ* 2017/101.

rechter in 2012 – dat de ongeborene de levensvatbaarheidsgrens van 24 weken nog niet was gepasseerd. Er volgde een toetsing in volle omvang aan de wettelijke voorwaarden voor het treffen van een VOTS ongeacht het niet gepasseerd zijn van de levensvatbaarheidsgrens. Deze voorwaarden staan genoemd in art. 1:255 lid 1 BW en de voorwaarde waaraan i.c. niet is voldaan is die genoemd onder a van art. 1:255 BW, namelijk dat de zorg die in verband met het wegnemen van de bedreiging noodzakelijk is voor de minderjarige of voor zijn ouders of de ouder die het gezag uitoefent, door dezen niet of onvoldoende wordt geaccepteerd. Volgens de kinderrechter is hiervan geen sprake en doen de ouders juist hun best om hun leven weer op de rit te krijgen en is er contact met de nodige hulpverleningsinstanties.³⁵

Ook uit diverse uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat prenatale kinderbeschermingsmaatregelen op ieder moment mogen worden uitgesproken door de rechter mits deze noodzakelijk, doelmatig en proportioneel zijn.³⁶ Dat is ook logisch, omdat het genoegzaam bekend is dat het nog niet geboren kind juist in de eerste weken van de zwangerschap door verslaving van de moeder aan roken, drank of drugs bijzonder ernstige, blijvende schade kan oplopen en de vrucht dus vanaf de conceptie alle mogelijke vormen van bescherming verdient.³⁷ Bovendien is die grens voor levensvatbaarheid in het leven geroepen als juridisch criterium voor het legaal afbreken van de zwangerschap. Met Sijmons ben ik het eens dat het treffen van kinderbeschermingsmaatregelen, het recht van de zwangere op abortus onverlet laat.³⁸ Oftewel: zolang een vrouw niet gekozen heeft voor afbreking van haar zwangerschap, dient de gezondheid van het toekomstige kind te worden beschermd. Het beschermen van de ongeborene die in zijn ontwikkeling of veiligheid wordt bedreigd, is immers van een andere orde, omdat genoegzaam bekend is dat ook in de eerste weken van de zwangerschap ernstige schade kan ontstaan door bijvoorbeeld de levensstijl van de moeder. Daarom zie ik geen reden waarom er een grens van 24 weken zou moeten gelden. De ongeborene die de grens voor levensvatbaarheid nog niet is gepasseerd maar wel in ernstige mate in een gezonde

35 Rb. Zeeland-West-Brabant 22 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:2587, *GJ* 2017/101 onder 'beoordeling'.

36 Wortmann aangehaald in Weijers, *FJR* 2015, p. 235. De volgende uitspraken worden aangehaald: HvJ EU, ECLI:EU:C:2011:669, C-34/10, 18 oktober 2011 (Oliver Brüstle tegen Greenpeace eV); EHRM 8 april 2003, 11057/02 (Haase tegen Duitsland); EHRM 12 juli 2001, 25702/94 (K. en T. tegen Finland). Zie voorts EHRM 26 mei 2011, Appl. No. 27617/04, r.o. 186 (P.R. tegen Poland); EHRM 8 juli 2004, Appl. No. 53924/00, r.o. 75-77 & r.o. 86 (Vo. tegen France); EHRM 13 februari 2003, Appl. No. 42326/98, concurring opinion judge Ress, r.o. 3 (Odièvre tegen France); zie ook EHRM 16 december 2010, Appl. No. 25579/05 (A, B en C tegen Ierland).

37 Zie voor kritische reacties: Hendriks, *AA* 2010, p. 304-306; Weijers, *FJR* 2015, p. 234; Wortmann, *NJ* 2012/442; Vlaardingerbroek, *JPf* 2012/82 annotaties bij Rb. Dordrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV6246, *NJ* 2012/442.

38 Sijmons, *FJR* 2009, p. 15.

ontwikkeling wordt bedreigd, heeft bescherming van rechtswege nodig. Art. 1:2 BW staat hieraan niet in de weg.³⁹

In het verlengde hiervan zie ik ook geen reden waarom het wettelijk begrip kindermishandeling niet ruim zou moeten worden opgevat: iedere ongeborene, dus ook die tussen 0-24 weken zwangerschap, valt onder het element 'minderjarige' uit de wettelijke omschrijving. Dat ruime begrip dient als uitgangspunt te gelden in het kader van de beslissing ten aanzien van het al dan niet doorbreken van het medisch beroepsgeheim in geval van kindermishandeling door ouders. De vraag die in het begin van deze paragraaf is gesteld, namelijk of de ongeborene onder 'minderjarige' uit de wettelijke definitie van het begrip kindermishandeling valt, laat zich derhalve bevestigend beantwoorden.

6.3.3 Het begrip 'minderjarige' in de Jw/Wmo en in de Wgbo

In afwijking van de algemene regeling van meerderjarigheid en minderjarigheid in Boek 1 BW gelden in de Wgbo andere leeftijdsgrenzen die er volgens Leenen c.s. toe leiden dat er in feite sprake is van een verlaging van de meerderjarigheidsgrens van 18 naar 16 jaar.⁴⁰

Volgens art. 7:447 BW zijn patiënten van 16 of 17 jaar immers bekwaam – zonder inmenging van de ouders – een geneeskundige behandelingsovereenkomst ten behoeve van zichzelf aan te gaan. Voor alle verrichtingen die in het kader van die overeenkomst worden uitgevoerd, zal worden volstaan met de toestemming van de minderjarige. Volgens de toelichting sluit deze ontwikkeling aan bij de toenemende zelfstandige deelname aan het rechtsverkeer door de minderjarigen met als logisch gevolg dat zij zelf een beroep doen op medische hulpverleners.⁴¹ Ofschoon de 16- of 17-jarige patiënt zelf de geneeskundige behandelingsovereenkomst aangaat en aansprakelijk is voor de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen, is van een algehele gelijkstelling aan de meerderjarige toch niet in alle volledigheid sprake. De verantwoordelijkheid voor het betalen van de rekening ligt immers in beginsel nog steeds bij de ouders en niet bij de patiënt van 16 of 17 jaar.⁴²

Leeftijdsgrenzen spelen ook een rol in de discussie over het begrip kindermishandeling. Baartman bepleit om seksueel misbruik slechts onder het door hem voorgestelde begrip kindermishandeling te laten vallen voor zover het gaat om afgedwongen seksuele contacten met een kind jonger dan 16 jaar.⁴³ Ofschoon begrijpelijk vanuit de strafrechtelijke context waarin de leeftijdsgrens

39 *Kamerstukken II* 2015/16, 29323, nr. 97 (reactie op RSJ-advies Prenatale kinderscherming en de rol van de overheid).

40 Leenen e.a. 2017, p. 130.

41 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p.19 (MvT). Zie voorts par. 3.5.2.

42 *Zie Concluding Observations: Netherlands* (26 oktober 1999), CRC/C/15/Add.114, par. 19. Bruning 2006, p. 14.

43 Baartman 2009, p. 95.

van 16 jaar op dit gebied in diverse bepalingen in het Wetboek van Strafrecht is neergelegd, is die keuze niet goed verdedigbaar vanuit het beschermingsperspectief van de minderjarige. De minderjarige van 16 of 17 jaar heeft immers in die situatie juist hulp en zorg. Daartoe moet een arts ook een melding kunnen doen aan Veilig Thuis teneinde passende hulp voor kind en gezin in gang te zetten. Temeer, omdat uit diverse onderzoeken blijkt dat jeugdigen die mishandeld worden in sterke mate afhankelijk zijn van, en loyaal blijven aan, de mishandelende, misbruikende ouder(s).⁴⁴ Ook wordt in diverse studies gewezen op de ongelijke machtsverhouding tussen het kind en de persoon die mishandelt/misbruikt, waardoor de jeugdige niet goed in staat is voor zichzelf op te komen.⁴⁵ In General Comment 13 bij art. 19 IVRK is de afhankelijkheid van het kind als volgt verwoord:

‘The Committee considers that, while respecting the evolving capacities and progressive autonomy of the child, all human beings below the age of 18 years are nonetheless “in the care of” someone, (...).’⁴⁶

Uit dit citaat kan worden afgeleid dat doordat het kind onder de ‘care’, de zorg, van een persoon valt, doorgaans de ouder(s), deze primair afhankelijk is van die ouder(s). Juist als in die zorgrelatie sprake is van kindermishandeling, is het kind gebaat bij bescherming van buitenaf. Dat geldt voor iedere minderjarige, ook de patiënt van 16 of 17 jaar.

Het heeft geen betoog dat het criterium dat een 16 of 17-jarige volgens de Wgbo in staat is om ‘zelfstandig een geneeskundige behandelingsovereenkomst aan te gaan’ van een andere orde is dan dat uit de Jw, waarin het immers gaat om het beschermen van de jeugdige tegen kindermishandeling. Daarom zou in de sfeer van de geneeskundige behandeling moeten gelden dat de arts die een patiënt van 16 of 17 jaar onder zijn hoede heeft, een melding van kindermishandeling kan resp. moet doen,⁴⁷ ondanks dat de Wgbo in de woorden van Leenen c.s. in feite de meerderjarigheidsgrens heeft verlaagd.⁴⁸ In geval van onduidelijkheid over de hiërarchie tussen wettelijke regelingen geldt immers dat de regeling die de patiënt de meeste bescherming biedt, voorrang geniet.⁴⁹ De Wgbo is dus niet een *lex specialis* ten opzichte van de Jw/Wmo, waarin geldt dat onder het begrip minderjarige ieder kind onder de achttien jaar valt. Dit betekent dat de arts die wordt geconfronteerd

44 Van de Putte e.a. 2013, p. 6-7; Alink e.a. 2011, p. 19; Van IJzendoorn e.a. 2007, p. 18 en p. 137; Willems 1998, p. 9 en p. 20-21. Vgl. Baartman 2009, p. 95.

45 Weijers, *FJR* 2005, p. 170; Baartman, *FJR* 2012, p. 50; Willems 1998, p. 459-461 en p. 532.

46 General Comment no. 13, CRC/C/GC/13, p. 12.

47 In dit hoofdstuk wordt gesproken van ‘kan resp. moet melden’. Wanneer de arts *kán* melden en wanneer hij dit *móet* in geval van kindermishandeling, wordt besproken in hoofdstuk 8 van dit proefschrift.

48 Leenen e.a. 2017, p. 130.

49 Leenen e.a. 2017, p. 98.

met mishandeling van zijn patiënt van 16 of 17 jaar oud, bijvoorbeeld een melding kan resp. moet doen aan Veilig Thuis zodat passende jeugdhulp kan worden gestart.

6.4 'ELKE VORM VAN EEN BEDREIGENDE OF GEWELDDADIGE INTERACTIE VAN FYSIEKE, PSYCHISCHE OF SEKSUELE AARD'

In de wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling gaat het om 'elke vorm' van een bedreigende of gewelddadige interactie van fysieke, psychische of seksuele aard. Over de reikwijdte van het wettelijke begrip kindermishandeling vermeldt de memorie van toelichting op de Wjvh:

'gelet op de veelvuldige vormen waarin kinderen kunnen worden mishandeld, wordt een ruime omschrijving van het begrip kindermishandeling voorgesteld'.⁵⁰

Uit dit citaat blijkt dat de wetgever de vorm waarin de kindermishandeling plaatsvindt niet te precies heeft willen omschrijven. Dat is logisch want de ontwikkeling van het begrip is dat het zich rap heeft verruimd. Aan de oorspronkelijke betekenis van fysiek geweld door ouders met fysiek letsel (botbreuken) tot gevolg, voegden zich immers snel andere – ook geweldloze – vormen van kindermishandeling toe. Seksueel misbruik, verwaarlozing, het getuige zijn van geweld tussen ouders (dus zonder zelf klappen te krijgen), seksuele omgang met een kind op vrijwillige basis, en aantasting van veiligheid en welzijn schaarden zich in de loop van de tijd onder het begrip kindermishandeling.⁵¹ Dit is wat Baartman noemt de 'horizontale verruiming' van het begrip.⁵² Binnen de diverse vormen van kindermishandeling doen zich vervolgens variaties voor. Zo kan 'verwaarlozing' zowel 'fysiek' als 'emotioneel' zijn. Hier spreekt Baartman van een 'verticale verruiming'.⁵³

Aan de wieg van die verruimingen in horizontale en verticale zin staan de toenemende sensibiliteit voor de rechten van het kind en de steeds sterker wordende positie van het kind als rechtssubject onder invloed van het IVRK.⁵⁴ Kindermishandeling is aldus een rekbaar, dynamisch begrip waaronder ook

⁵⁰ *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 13.

⁵¹ Baartman 2009, p. 92.

⁵² Baartman 2009, p. 66-67.

⁵³ Baartman 2009, p. 67-69.

⁵⁴ Zie bijv. EHRM 3 oktober 2017, nr. 23022/13, ECLI:CE:ECHR:2017:1003JUD002302213 (D.M.D. tegen Roemenië) waarin het Europees Hof kindermishandeling verbindt met het begrip waardigheid/dignity: 'Such a value is consistent with both evolving international law on human rights and the developing psychological perspective in jurisprudence. Respect for the dignity of children is consonant with provision of those elements important to their growth as full members of the community. Assuring basic dignity to the child means that there can be no compromise in condemning violence against children, whether accepted as "tradition" or disguised as "discipline".'

nieuwe vormen van kindermishandeling zijn te brengen, maar we hebben wel te maken met één en dezelfde definitie in vele wetten. Die open formulering leidt tot interpretatievragen die hieronder aan de orde komen en in het bijzonder tot de vraag in hoeverre de arts van alle vormen van kindermishandeling een melding dient te doen. Die vraag komt aan de orde in 8.5 en 8.6.

Baartman wijst er terecht op dat kindermishandeling steeds vaker als onrecht jegens kinderen wordt gezien; en dan is het nog maar een kleine stap om elke vorm van onrecht als kindermishandeling te kwalificeren.⁵⁵ Hij wijst erop dat het heterogene begrip kindermishandeling inmiddels alle situaties omvat, 'primair die van kinderen thuis, die een bedreiging vormen voor veiligheid en/of welzijn van een kind'.⁵⁶ Het is een 'sociaal construct' en de invulling ervan is afhankelijk van de wijze waarop op een bepaald moment de verhouding tussen plichten, rechten en belangen van kinderen, van ouders en van de maatschappij wordt belicht, aldus Baartman.⁵⁷ Hoe meer vormen van kindermishandeling, des te meer signalen en risicofactoren van kindermishandeling er zijn die wijzen in de richting van kindermishandeling en die door de arts onderzocht moeten worden. Dat dit zo is blijkt wel als men de relatie legt tussen de toename van het aantal beschreven vormen in de elkaar opvolgende, toonaangevende⁵⁸ studies naar prevalentie van kindermishandeling in Nederland (NPM-studie 2005 en NPM-studie 2010) en de beschreven signalen en risicofactoren in de elkaar opvolgende KNMG-meldcodes. In de NPM-studies, waarin de wettelijke definitie van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo uitgangspunt is, is een toename te zien van circa 40 beschreven vormen van kindermishandeling in 2005 naar 60 in 2010.⁵⁹ Hieruit blijkt dus dat onder het begrip zich dus telkens nieuwe vormen van kindermishandeling scharen. Dit is uiteraard toe te schrijven aan nieuwe inzichten over welk gedrag schadelijk is voor kinderen. Een recente vorm van kindermishandeling is bijvoorbeeld het getuige zijn van huiselijk geweld. Die toename van beschreven vormen van kindermishandeling blijkt op zijn beurt

⁵⁵ Baartman 2009, p. 50-51.

⁵⁶ Baartman, *FJR* 2012, p. 49. Kortleven 2013, p. 174-209. Zie voor de samenhang kindermishandeling en huiselijk geweld: *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 116 (MvT); *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 32 (MvT); *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 3, p. 2-3 (MvT); *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3, p. 7-8 (MvT); *Kamerstukken II* 2001/02, 28168, nr. 3, p. 50 (MvT); *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 12-13 (MvT); *Kamerstukken II* 1990/91, 21938, nrs. 1-2, p. 4. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 29 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:10113, *EB* 2016/39, r.o. 4.3. Hierin overwoog het Hof dat de echtscheidingsstrijd tussen ouders zo hevig was dat de kinderen hieronder in ernstige mate te lijden hadden. Er was sprake van kindermishandeling.

⁵⁷ Baartman 2009, p. 7; Kole 2013, p. 6.

⁵⁸ Zie Prinsen, *NJB* 2017a, p. 1328. Auteur benadrukt – en bekritiseert – de statuut van de NPM-2005 en NPM-2010, waarvan de uitkomsten de basis vormen voor overheidsbeleid op het gebied van preventie, interventie, rechtspraak, hulpverlening en overig beleid. Ook in wetenschappelijk onderzoek is het een veel genoemde referentie. Vgl. Alink e.a., *NJB* 2017, p. 3079 e.v.

⁵⁹ Vgl. Van IJzendoorn e.a. 2007, p. 63-65 tegenover Alink e.a. 2011, p. 37-43.

weer van betekenis in de context van het melden van vermoedens van kindermishandeling door artsen. Het aantal signalen en risicofactoren die wijzen in de richting van kindermishandeling in de KNMG-meldcodes is eveneens toegenomen tussen 2008 en 2015.⁶⁰ Dit wijst in de richting van een kruisbestuiving: hoe meer uitingsvormen van kindermishandeling worden beschreven (zoals in de toonaangevende NPM-studies), des te meer signalen en risicofactoren er voor artsen zijn die wijzen in de richting van kindermishandeling. Met een toename van signalen en risicofactoren, groeit ook hetgeen waarover artsen een melding kunnen doen.

Ter illustratie van wat de NPM-studie als vormen van kindermishandeling benoemt, volgt hieronder een overzicht dat ik ten behoeve van de overzichtelijkheid heb ingedeeld naar gedragingen van fysieke, psychische of seksuele aard zoals gehanteerd in de wettelijke omschrijving.

Van fysieke aard

- a. Opzettelijk toebrengen van lichamelijke schade door een doen (al dan niet met behulp van een voorwerp, wapen of vreemde substantie) of een nalaten (verwaarlozing of toestaan van fysieke mishandeling).⁶¹ Voorbeelden zijn: slaan met een stok, verbranden met een vloeistof of vuur, vergiftigen, verdrinken, stompen, schoppen, bijten, schudden (Shaken Baby Syndrome), gooien, met opzet laten vallen, steken, wurgen.⁶²
- b. Fysieke verwaarlozing; voorbeelden zijn: ouders die weigeren het kind noodzakelijke zorg te verlenen of om de verantwoordelijkheid over het kind te nemen door bijvoorbeeld te vertrekken als ouder zonder vooraf te zorgen dat het kind de nodige zorg en supervisie krijgt. Ontoereikende verzorging door het thuislaten van jonge kinderen zonder toezicht.⁶³
- c. Benadeling van de fysieke gezondheid zoals gebrek aan preventieve gezondheidszorg.
- d. Zogenoemde onvrijwillige verwaarlozing.⁶⁴ Dit laatste houdt in dat het kind niet wordt voorzien van de nodige zorg of diensten als gevolg van lichamelijk of financieel onvermogen van de ouder/verzorger (door bijvoorbeeld opname in ziekenhuis van ouder, overlijden van ouder, ziekte etc.).

Van psychische aard

- a. Emotionele mishandeling en/of bedreiging met mishandeling. Hierbij valt te denken aan bewegingsbeperkende gedragingen als middel voor straf

60 KNMG-meldcode 2015, p. 55 en p. 57-61 (45 risicofactoren en circa 150 signalen); KNMG-meldcode 2008, p. 39-47 (15 risicofactoren en circa 75 signalen).

61 Alink e.a. 2011, p. 37.

62 Alink e.a. 2011, p. 37. Deze vormen zijn beschreven teneinde een internationale vergelijking mogelijk te maken (zij komen overeen met de Amerikaanse prevalentiestudie) en invulling te geven aan het wettelijk begrip kindermishandeling.

63 Alink e.a. 2011, p. 39.

64 Alink e.a. 2011, p. 41 en p. 186.

of controle zoals het vastbinden van het kind op bed, of opsluiten in een kast of het toestaan ervan. Ook verbale of emotionele mishandeling wordt hiertoe gerekend zoals het kleineren, denigreren van het kind of het kind tot zondebok maken. Kenmerkend voor emotionele mishandeling is het systematische patroon van de gedraging; er moet sprake zijn van een bepaalde herhaling om van emotionele mishandeling te kunnen spreken, aldus Alink c.s.⁶⁵

- b. Emotionele verwaarlozing. Hier gaat het om het tekortschieten door de ouders (of anderen van wie het kind afhankelijk is, zoals stiefouders), te weinig koesteren en genegenheid hebben voor het kind, te weinig aandacht hebben voor de (emotionele) ontwikkeling van het kind (overbescherming of kijken van pornografie met het kind), huiselijk geweld waarvan het kind getuige is, niet ingrijpen bij onaangepast gedrag (drugs gebruik, criminaliteit), in gebreke blijven de noodzakelijke zorg te zoeken of deze te weigeren.⁶⁶
- c. Verwaarlozing van het onderwijs; het bewust toestaan van chronisch pijnbelen; thuishouden van het kind zonder legitieme redenen; weigeren van ouders om gediagnosticeerde leerproblemen te laten behandelen zonder bijzondere reden hiertoe;
- d. benadelen van de psychische gezondheid zoals gebrek aan preventieve gezondheidszorg;
- e. problemen met kinderbescherming, voogdij;
- f. ernstige problemen van ouders zoals alcohol- of drugsmisbruik, prostitutie.⁶⁷

Van seksuele aard

In de wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling is een onderscheid gemaakt tussen fysieke, psychische en seksuele mishandeling. Reden waarom seksuele mishandeling als aparte vorm is opgenomen en niet onder de twee andere vormen is gevat, is aldus de toelichting op de Wjz, dat deze omschrijving het mogelijk maakt aan seksuele mishandeling expliciet aandacht te besteden. Hierbij kan immers ook sprake zijn van opdringen van handelingen van de kant van de ouder of een andere persoon zonder directe geweldpleging. Bovendien, aldus de toelichting is het van belang de samenhang van de drie vormen van kindermishandeling te benadrukken.⁶⁸

⁶⁵ Alink e.a. 2011, p. 40 en p. 179.

⁶⁶ Alink e.a. 2011, p. 40 en p. 184.

⁶⁷ Alink e.a. 2011, p. 40 en p. 183.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 13.

Alink c.s. noemen als voorbeelden: (a) seksuele mishandeling; penetratie of genitaal contact met of door het kind;⁶⁹ en (b) het niet nemen van stappen door een ouder om een kind te beschermen tegen seksuele mishandeling.⁷⁰

Terug naar de wettelijke definitie van kindermishandeling. Het element 'bedreigende of gewelddadige interactie van fysieke, psychische of seksuele aard' doet interpretatievragen rijzen. Is bijvoorbeeld niet elke gewelddadige interactie ook een bedreigende interactie? Baartman stelt terecht dat in de beleving van een kind dit zonder meer het geval is en in dit licht het onderscheid tussen 'bedreigend' en 'gewelddadig' dus overbodig is.⁷¹ Het komt mij echter voor dat dit niet zo is indien met 'bedreigende interactie' het tegenovergestelde bedoeld wordt van 'gewelddadige interactie': een 'geweldloze interactie'. Is dit ook wat de wetgever bedoelt?

Steun voor die gedachte dat bedreigende interacties zien op geweldloze interacties geeft de memorie van toelichting op de Wjvh. Daaruit blijkt immers dat om van kindermishandeling te spreken zoals bedoeld in de wet, er in sommige gevallen in het geheel geen sprake hoeft te zijn van het gebruik van geweld. Dit is een evidente verbreding van de aanvankelijke betekenis van kindermishandeling (fysiek geweld). Ook bijvoorbeeld seksuele handelingen zónder directe geweldpleging vallen onder het wettelijk begrip kindermishandeling, aldus de toelichting.⁷² Hiermee bedoelt de wetgever dat ook *vrijwillige* seksuele omgang met kinderen onder de noemer van kindermishandeling is te brengen. Dit hangt samen met het indertijd geldende gedoogbeleid dat inhield dat *vrijwillige* seksuele omgang met kinderen van 12 jaar en ouder was toegestaan. Daarop was immers veel kritiek geweest, omdat het de ongelijke verhouding tussen volwassene en kind miskent en de ernst van de schade die daaruit voor het kind op termijn kan ontstaan.⁷³ In dit licht verbaast het niet dat in de toelichting wordt benadrukt dat – ook al zou de minderjarige het seksueel contact vrijwillig ondergaan – het risico op ernstige schade op termijn aanwezig is.⁷⁴ Dit blijkt ook uit de NPM-studie (2010) waarin gesproken wordt van seksuele mishandeling zonder gewag te maken van de term 'geweld' of 'gewelddadig'. Sterker nog: ook het niet nemen van stappen door een ouder (geweldloze interactie) tegen seksuele mishandeling is een vorm van mishandeling.

Het onderscheid tussen bedreigende en gewelddadige interactie kan worden verduidelijkt aan de hand van de situatie waarin er sprake is van huiselijk geweld tussen ouders, terwijl het kind daarvan getuige is. Het huise-

69 Alink e.a. 2011, p. 37 en p. 177.

70 Alink e.a. 2011, p. 37.

71 Baartman 2009, p. 57.

72 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 13.

73 Willems 1998, p. 505-519. Vgl. Baartman 2009, p. 95.

74 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 13; Willems 1998, p. 505-519. Vgl. Baartman 2009, p. 95 (zie ook onder 6.3).

lijk geweld speelt zich af tussen ouders, maar voor het kind is die interactie bedreigend omdat ernstige schade optreedt of in de toekomst kan optreden ten gevolge van het beleven van dat geweld tussen zijn ouders; ook al krijgt het kind zelf geen klappen.

Een bedreigende interactie kenmerkt zich door geweldloze gedragingen met kans op toekomstige ernstige schade op korte of langere termijn voor het kind. Bedreigende interactie contrasteert dus met gewelddadige interactie, al is dit niet direct helder en zou 'interactie met of zonder geweld' een duidelijker formulering zijn. In par. 6.7 zal het element 'ernstige schade' uit de wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling worden besproken en daar zal blijken dat ofschoon bedoeld als een onderscheidend element, het toch aanleiding geeft voor het ontstaan van een grijs gebied.

Bovenstaande leidt er wel toe dat om van kindermishandeling zoals bedoeld in de wet te kunnen spreken, niet vereist is dat het gaat om een interactie *mét* het kind, maar dat het ook kan gaan om een interactie – wat Baartman terecht noemt – '*ten opzichte van* het kind'. Dat is ruimer dan 'met het kind'. Volgens Baartman is het blootstellen van een kind aan geweld tussen eigen ouders niet een interactie met het kind, maar wel een vorm van doen en laten. Zou evenwel een begrenzing van het begrip kindermishandeling gewenst zijn, dan zal deze interpretatie hieraan niet bijdragen.⁷⁵ De wettelijke definitie geeft zelf aanleiding voor dergelijke interpretaties doordat deze nu eenmaal niet uitblinkt in duidelijkheid en begrenzing, zoals ook in het navolgende zal blijken.

De wetgever heeft het ruime begrip kindermishandeling willen verduidelijken door een begrenzing aan te brengen daar waar het gaat om gewelddadige interacties. Volgens de memorie van toelichting moet – om van kindermishandeling zoals bedoeld in de wet te kunnen spreken – het optreden van de ouder immers 'buitenproportioneel' zijn of 'de opvoeding niet dienen'.⁷⁶ Alleen dan is er sprake van kindermishandeling zoals bedoeld in de wet.

Hier beoogt de wetgever duidelijkheid te bieden zodat bijvoorbeeld het begrip kindermishandeling kan worden onderscheiden van de zogeheten 'corrigerende tik'. Ofschoon een welkome begrenzing – al was het maar omdat van het 'labelen' van gedrag als kindermishandeling een stigmatiserende invloed uitgaat – heeft het beoogde onderscheid niet zonder meer het gewenste onderscheidend effect. Volgens sommigen is het geven van een tik verstoken van enig positief opvoedkundig effect en zou het daarom wel degelijk kunnen worden gekwalificeerd als kindermishandeling.⁷⁷ Anderen daarentegen, zoals Weijers, menen dat dit afhangt van de situatie. Om te bepalen of bij het gebruik van fysiek geweld, zoals het slaan van het kind, sprake is van kindermishande-

⁷⁵ Baartman 2009, p. 87.

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 30316, nr. 3, p. 1-2 en p. 4; zie ook *Kamerstukken II* 2005/06, 30316, nr. 6, p. 9 en *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 13.

⁷⁷ Kortleven 2013, p. 213-214; Raat e.a., *MC* 2014, p. 1563; Willems, *FJR* 2005, p. 94-95.

ling zijn er volgens Weijers aanvullende criteria nodig. Zo maakt het volgens hem verschil of een klap incidenteel wordt gegeven of stelselmatig.⁷⁸ Indien het om een incidentele klap gaat, betekent het volgens hem nog niet dat er sprake is van kindermishandeling. Er is dus ook hier sprake van een grijs gebied waarin onduidelijkheid bestaat wanneer er nu wel of niet sprake is van kindermishandeling.

Een uitstapje naar het strafrecht leert dat wat betreft het onderscheid tussen mishandeling en de corrigerende tik de omstandigheden van het geval bepalend zijn. Dit blijkt onder meer uit een uitspraak van de Hoge Raad in een zaak waarin een vader was beschuldigd van mishandeling (art. 304 Sr), maar stelde dat hij 'slechts' een corrigerende tik had uitgedeeld aan zijn 15-jarige dochter. Zij hing rond in een winkelcentrum, wilde niet met haar vader meekomen, haar vrienden lachten wat en vervolgens trok vader de dochter in de auto. De dochter sloeg haar vader, waarna hij haar met de vlakke hand terug-sloeg. De Hoge Raad volgde de overweging van het Hof dat 'gelet op hetgeen uit het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep is komen vast te staan, te weten de futiele aanleiding tot het slaan, de wijze waarop en de omstandigheden waaronder is geslagen en de leeftijd van de dochter van de verdachte, is (..) zo ouders hun kinderen in het kader van de opvoeding al zouden mogen slaan, niet (..) gebleken dat in casu sprake was van een dergelijke uit opvoedkundig oogpunt bezien verantwoorde corrigerende tik.'⁷⁹

In de strafrechtelijke bepalingen van mishandeling geldt bovendien, anders dan in de wettelijke definitie van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo, het vereiste van opzet. Mishandeling is immers beperkt tot het opzettelijk toebrengen van pijn of lichamelijk letsel of het opzettelijk benadelen van de gezondheid (art. 304 lid 4 Sr).⁸⁰ Het opzet moet gericht zijn op het gevolg.⁸¹ Zo had in bovengenoemde zaak de vader zijn dochter met de vlakke hand geslagen waardoor zij een stekende pijn voelde.

78 Weijers, *FJR* 2005, p. 173; Auteur baseert zich op de empirische studies van Baumrind, *Child Development* 1966; Baumrind, *Family Relations* 1996.

79 HR 4 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU1657, r.o. 3.4.

80 Onder opzet valt ook het voorwaardelijk opzet, oftewel het willens en wetens aanvaarden van de aanmerkelijke kans dat het gevolg intreedt. Bij het bepalen van het 'willens' – dat inhoudt het voor lief nemen van het gevolg – zijn de omstandigheden waaronder deze is verricht van belang. Bepaalde gedragingen, zoals in geval van eenvoudige mishandeling een ander tegen het lichaam slaan of schoppen, kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op het toebrengen van pijn of letsel dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans hierop heeft aanvaard, aldus HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, *NJ* 2008/375, m.nt. N. Keijzer.

81 Het strafrechtelijk opzet moet gericht zijn op het teweegbrengen van het gevolg. Pijn en lichamelijk letsel (art. 300 lid 1 Sr). Zwaar lichamelijk letsel (art. 302 Sr). In art. 300 lid 2 Sr is het gevolg (zwaar lichamelijk letsel) geobjectiveerd. Het causaal verband tussen gedrag en zwaar lichamelijk letsel is toereikend voor toepassing van de verhoogde strafmaat.

Met het uitdelen van een pijnlijke klap is aan het delictsbestanddeel ‘opzet’ voldaan.⁸²

De reden om ‘opzet’ niet als constitutief element op te nemen in de wettelijke definitie van kindermishandeling is er uiteraard in gelegen dat ook niet opzettelijke gedragingen wel degelijk zeer schadelijk voor het kind kunnen zijn, nu of in de toekomst, en daarom onder de bredere definitie van kindermishandeling zijn te scharen. Men denke aan wat in de NPM-studie (2010) ‘onvrijwillige verwaarlozing’ wordt genoemd, verwaarlozing als gevolg van lichamelijk of financieel onvermogen van de ouder/verzorger. Een gedraging kan dus in sommige gevallen wel als kindermishandeling worden gekwalificeerd maar zonder dat deze strafbaar is. Dat in een dergelijk geval wel zorg moet worden geboden aan kind en gezin is precies datgene wat de ruimere definitie van kindermishandeling mogelijk maakt.

Toch is niet gezegd dat ‘opzet’ bij het kwalificeren van gedrag als kindermishandeling geen enkele rol speelt. Het geldt als een gezichtspunt dat helpt bij het kwalificeren van gedrag terzake. Zo vermeldt de NPM-studie (2010) opzet expliciet: het ‘*opzettelijk* toebrengen van lichamelijke schade’. Weijers noemt het karakter van de interactie (slaan met de hand of gebalde vuist), de voorbereiding van de interactie (eventueel gebruik van hulpmiddelen) en mededaderschap.⁸³ Soms vermeldt de NPM-studie (2010) de opzettelijkheid impliciet zoals waar gesproken wordt van ‘de *weigerachtige* houding van ouders de juiste zorg te geven dan wel ouderlijke verantwoordelijkheid te nemen waardoor de gezondheid, de veiligheid of het welzijn van kinderen wordt geschaad (fysieke verwaarlozing). Het komt mij voor dat weigerachtigheid van de ouders een objectivering is van het opzet waarmee ouders niet handelen waar handelen geboden is. Opzet en de objectivering ervan helpt een gedraging uit het grijze gebied te halen en te kwalificeren als kindermishandeling, maar een constitutief element is het niet in de wettelijke definitie ervan zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo.

Het komt mij voor dat roekeloos gedrag, zónder dat sprake is van opzet, ook een gezichtspunt is. Te denken valt aan het neerzetten van het kind op het aanrecht naast een gloeiende bakplaat. Indien verbranding volgt, dan is er weliswaar geen sprake van opzet, maar wel van wat in het civiele recht wordt verwoord als ‘een in laakbaarheid aan opzet grenzende mate van schuld, oftewel bewuste roekeloosheid’.⁸⁴ Of in het strafrecht: ‘van zeer onvoorzichtig gedrag waarmee een zeer ernstig gevaar in het leven wordt geroepen, terwijl

82 Zie ook HR 27 november 1933, ECLI:NL:HR:1933:221, NJ 1934, p. 76.

83 Weijers, *FJR* 2005, p. 173; Hij ontleent deze aanvullingen onder meer aan het onderzoek van Baumrind, *Child Development* 1966 en Baumrind, *Family Relations* 1996.

84 HR 27 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0559, NJ 1992/496; zie ook Hartlief, *WPNR* 2005, p. 953.

de verdachte zich daarvan bewust is (bewuste schuld) of had moeten zijn (onbewuste schuld).⁸⁵

Een ander gezichtspunt ter kwalificatie van het gedrag terzake is het systematische patroon in de gedragingen.⁸⁶ Sterker nog: voor sommige vormen van kindermishandeling geldt mijns inziens dat er altijd sprake moet zijn van een repetitieve gedraging. Men denke aan verwaarlozing. Een eenmalig bespotten of niet koesteren van het kind maakt nog niet dat ouders het kind verwaarlozen; het bij herhaling bespotten of niet koesteren wel. Steun voor deze gedachte geeft Baartman die meent dat om van verwaarlozing van een kind te kunnen spreken er sprake moet zijn van een bepaalde duur van de zorg die de volwassene heeft voor het kind.⁸⁷

Zoveel is duidelijk, dat dergelijke gezichtspunten helpen gedragingen uit het grijze gebied te halen en te kwalificeren als kindermishandeling. Tegelijkertijd betekent de nood aan gezichtspunten dat de wettelijke definitie die duidelijkheid niet *per se* biedt. De ruimte die de definitie geeft door 'elke vorm' van een bedreigende of gewelddadige interactie eronder te scharen, betekent niet dat het direct evident is of er in een bepaald geval sprake is van kindermishandeling.

Het drieluik 'fysieke, psychische en seksuele aard' dat de gedraging kenmerkt, zorgt evenmin voor een begrenzing. Interacties die niet onder dit drieluik zijn te scharen, zou ik niet weten te bedenken. Sterker nog: 'interacties van seksuele aard' is een overbodige toevoeging omdat deze immers eveneens van fysieke en/of psychische aard zijn. Reden om deze termen toch op te nemen in de wettelijke definitie was, aldus de toelichting, ter accentuering dat het gedoogbeleid dat vrijwillige seksuele omgang met kinderen van 12 jaar en ouder was toegestaan, voorbij was.⁸⁸

Samenvattend geeft de wettelijke definitie van kindermishandeling met het element 'elke vorm van bedreigende of gewelddadige interactie van fysieke, psychische of seksuele aard' geen heldere afbakening en duidelijkheid. Hierdoor ontstaat een grijs gebied, waarin voornoemde gezichtspunten een uitkomst bieden voor het duiden van de gedraging. Sterker nog: deze zijn voor die duiding, maar ook voor de duiding of een gedraging geldt als 'ernstige mishandeling', onontbeerlijk. Uit het afwegingskader – dat de KNMG sinds juli 2018 aan de KNMG-meldcode (2015) als addendum heeft opgenomen – valt

85 HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0139, NJ 1997/199; Hof Amsterdam 9 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2110, S&S 2015/124; *Kamerstukken II* 2001/02, 28484, nr. 3, p. 12; Machielse, in: *NLR* aant. 6.6 (online, laatst bijgewerkt op 2 oktober 2015).

86 Weijers, *FJR* 2005, p. 173; Auteur wijst bijv. op het karakter van de interactie (slaan met de hand of gebalde vuist), de voorbereiding van de interactie (eventueel gebruik van hulpmiddelen) en mededaderschap. Hij ontleent deze aanvullingen onder meer aan het onderzoek van Baumrind, *Child Development* 1966 en Baumrind, *Family Relations* 1996.

87 Baartman 2009, p. 93.

88 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 13; Willems 1998, p. 505-519. Vgl. Baartman 2009, p. 95 (zie ook onder 6.3).

bijvoorbeeld af te leiden dat de stelselmatigheid, het voortduren of het zich herhalen van het gedrag dat zorgt voor een onveilige situatie van het kind, bepalend zijn voor het duiden van die situatie als structurele onveiligheid. Artsen zijn vanaf 1 januari 2019 verplicht een dergelijk signaal van ernstige mishandeling te melden aan Veilig Thuis en de ernst van dat signaal wordt dus ingevuld met behulp van het gezichtspunt 'stelselmatigheid'.⁸⁹ Uit de wettelijke definitie valt dit niet direct af te leiden.

In het licht van bovenstaande rijst de vraag of andere elementen uit de wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo het begrip kindermishandeling scherper afbakenen. Het gaat hier tenslotte om het definiëren van wat kindermishandeling wel is, en wat niet. Het doen van een melding ervan door een arts is bovendien niet zonder stigmatiserend effect, dus enige begrenzing maar ook houvast zou ook in dit licht welkom zijn.

6.5 'OUDERS OF ANDERE PERSONEN' EN 'EEN RELATIE VAN AFHANKELIJKHEID OF ONVRIJHEID'

Het derde element uit de wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling betreft 'ouders of andere personen' tot wie het kind in 'een relatie van afhankelijkheid of onvrijheid' staat. Onder 'ouders' worden verstaan de biologische of sociale ouders (stiefouders, adoptiefouders, pleegouders). Toch kunnen, aldus de memorie van toelichting op de Wjvh, ook andere personen die niet direct in een verzorgingsrelatie tot het kind staan zoals de ouders, maar in een vergelijkbare relatie, zich schuldig maken aan kindermishandeling zoals bedoeld in de wet.⁹⁰ Te denken valt, aldus de toelichting, aan personen die gedurende kortere of langere tijd de verantwoordelijkheid voor het fysieke of psychische welzijn dragen.⁹¹ Dit kunnen ooms, burens of professionals zijn die uit hoofde van hun beroep in relatie tot het kind staan, zoals leiders van de kinderopvang, groepsleiders, onderwijzend personeel en de oppas. Zij vallen onder de begripsomschrijving.⁹²

De begrenzing van de groep anderen dan de ouders ligt, of althans zou moeten liggen, in de termen 'relatie van afhankelijkheid of onvrijheid'. Een relatie van onvrijheid betreft die relatie waaraan het kind zich niet of moeilijk kan onttrekken, aldus de memorie van toelichting op de Wjvh; ze is toegevoegd

⁸⁹ KNMG-afwegingskader 2018, p. 7. Te raadplegen op: <https://www.knmg.nl/actualiteit-opinie/nieuws/nieuwsbericht/nieuw-afwegingskader-en-stappenplan-bij-knmg-meldcode-kindermishandeling-en-huiselijk-geweld-1.htm> (laatst geraadpleegd op 20 juli 2018). Hierop wordt in par. 8.6 teruggekomen.

⁹⁰ *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 29.

⁹¹ *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 29. Vgl. Reactie Bruning in: Baartman 2009, p. 147.

⁹² *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 29.

omdat de aanduiding 'afhankelijkheidsrelatie' niet alle relevante situaties omvat.⁹³

Wordt hier evenwel de scope van het begrip kindermishandeling niet teveel opgerekt, want kenmerkt een relatie tussen een kind en een volwassene zich niet, zoals Baartman terecht opmerkt, altijd door een zekere mate van afhankelijkheid en onvrijheid aan de kant van het kind, en van de macht aan de kant van de volwassene(n)? Baartman benadrukt terecht dat eenieder subtiel of onverhuld macht uitoefent op een manier die het kind onvrij maakt.⁹⁴ In dit licht opent de term 'onvrijheid' de deur naar een scala van personen die bijvoorbeeld door grootte, gewicht, kracht, of positie misbruik maken van het kind en/of een zekere verantwoordelijkheid jegens het kind niet nakomen. Als een vreemde een kind verkracht, dan kan alleen al vanwege het verschil in macht, grootte of kracht het kind zich niet aan die verkrachting onttrekken en is er in die zin dus sprake van 'onvrijheid'. Dat zou deze persoon onder het bereik van de wettelijke definitie kunnen brengen. Hier kan tegenin worden gebracht dat het kind geen enkele relatie met de vreemde heeft, terwijl dit wel een wettelijk vereiste is ('relatie van onvrijheid'). Voor een beter begrip van wat met 'relatie' wordt bedoeld, biedt de memorie van toelichting echter maar weinig houvast. Er wordt hooguit gesproken van situaties waarin de volwassene gedurende kortere of langere tijd de verantwoordelijkheid voor het fysieke of psychische welzijn draagt. Dit sluit de vreemde die het kind verkracht niet zonder meer uit van de wettelijke definitie.⁹⁵ Een vreemde die het kind verkracht, onttrekt zich immers aan de verantwoordelijkheid voor het fysieke en psychische welzijn van het kind dat wordt verkracht.

Met het opnemen van de relatie van afhankelijkheid of onvrijheid als constitutief element in de wettelijke definitie van kindermishandeling – dat wellicht te rechtvaardigen is in die zin dat er speciale regels nodig zijn gericht op het verlenen van hulp aan het kind en gezin – schiet de wetgever zijn doel voorbij. Het leidt immers niet tot een duidelijke afbakening van de groep plegers. Bruning merkt terecht op dat art. 19 IVRK op dit punt duidelijker is geformuleerd door te bepalen dat het moet gaan om iemand anders dan ouder(s) of voogd(en) die de zorg voor het kind heeft.⁹⁶ Zij benadrukt dat het bij de groep 'anderen dan ouders' gaat, of althans zou moeten gaan, om de groep professionals die een kind een groot deel van de dag (onderwijs, kinderopvang, ambulante daghulp) of de dag en nacht (residentiële plaatsingen) onder hun hoede hebben en dus niet de loverboy of de onbekende. Uit de memorie van toelichting op de Wjvh blijkt evenwel dat ook gedacht is aan kortere periodes. Zoveel is duidelijk dat dit in het geheel niet blijkt uit de gekozen bewoordingen van de wetgever en evenmin dat het in de kern zou

93 *Kamerstukken II 2000/01, 27842, nr. 3, p. 13 en p. 29.*

94 Baartman 2009, p. 60.

95 *Kamerstukken II 2000/01, 27842, nr. 3, p. 29.*

96 Reactie Bruning in: Baartman 2009, p. 147 en p.150.

moeten gaan om een relatie van zorg of verzorging, terwijl juist dat laatste onontbeerlijk is voor de begrenzing van de groep plegers.

Het voorstel van Bruning om meer aansluiting te zoeken bij het IVRK waarin ouders, verzorgers of anderen met verantwoordelijkheid voor de verzorging of bescherming van een kind genoemd worden, is in het licht van bovenstaande verstandig. Het legt het accent op datgene waarom het gaat. Juist in een relatie van verzorging of zorg is het kind immers kwetsbaar. Niet voor niets wordt in het strafrecht mishandeling in die context ook als strafverzwarende omstandigheid gezien (cf. art. 304 Sr). Ook de KNMG blijkt (extra) gewicht toe te kennen aan het feit dat schadelijke gedragingen zich juist in die relatie voltrekken. Zo is het gebrek aan basale verzorging van het kind (eten, drinken, kleding en onderdak) immers geoormerkt als een signaal van ernstige kindermishandeling.⁹⁷ Het komt mij voor dat niet de afhankelijkheid van het kind deze relatie typeert, maar de schadelijke gedraging van de volwassenen in die relatie. Dit geldt bijvoorbeeld ook voor het onnodig toedienen van medicijnen of het onthouden van noodzakelijke medische hulp aan het kind of het verrichten van onnodige zorg of het nalaten van de benodigde zorg.⁹⁸ Het zijn vormen van kindermishandeling die, omdat ze in een relatie waarin het kind verzorging behoeft en de volwassene terzake een verantwoordelijkheid draagt, leiden tot de kwalificatie ‘ernstige signalen van kindermishandeling’ en die dus op grond van het Besluit van 23 juni 2017 vanaf 1 januari 2019 móeten worden gemeld aan Veilig Thuis. De wettelijke definitie van kindermishandeling zelf geeft niet aan wat als ernstig heeft te gelden. De invulling door de beroepsgroep is daarvoor onontbeerlijk. Daarbij speelt dus de relatie van zorg of verzorging een onderscheidende rol en de verantwoordelijkheid van de volwassene in die relatie jegens het kind. Deze gezichtspunten helpen het grijze gebied te verkleinen door de groep plegers te begrenzen die zich schuldig kunnen maken aan kindermishandeling.

6.6 ‘ACTIEF OF PASSIEF OPDRINGEN’

Uit de memorie van toelichting op de Wjvh blijkt dat kindermishandeling zich voordoet als de ouder of een andere persoon gedragingen ‘opdringt’ die het kind in ernstige mate schade berokkenen of kunnen berokkenen.

97 KNMG-afwegingskader 2018, p. 7. Te raadplegen op: <https://www.knmg.nl/actualiteit-opinie/nieuws/nieuwsbericht/nieuw-afwegingskader-en-stappenplan-bij-knmg-meldcode-kindermishandeling-en-huiselijk-geweld-1.htm> (laatst geraadpleegd op 20 juli 2018). Hierop wordt in hoofdstuk 8 teruggekomen.

98 KNMG-afwegingskader 2018, p. 7. Te raadplegen op: <https://www.knmg.nl/actualiteit-opinie/nieuws/nieuwsbericht/nieuw-afwegingskader-en-stappenplan-bij-knmg-meldcode-kindermishandeling-en-huiselijk-geweld-1.htm> (laatst geraadpleegd op 20 juli 2018). Hierop wordt in hoofdstuk 8 teruggekomen.

Het opnemen van de term 'opdringen' in de wettelijke definitie zou kunnen impliceren dat 'niet-opdringen' niet zou kunnen leiden tot kindermishandeling. Dat lijkt me niet juist, omdat gedragingen die niet aan het kind worden opgedrongen immers ook kunnen leiden tot schade bij het kind, zoals wanneer een kind verwaarloosd wordt. Die onduidelijkheid heeft de wetgever wellicht getracht weg te nemen door de wat vreemd klinkende uitdrukking 'passief opdringen' toe te voegen en dit als volgt te omschrijven:

'Hiermee wordt aangegeven dat ook het ernstig verwaarlozen van kinderen, het niet geven van primaire lichamelijke of geestelijke verzorging, tot kindermishandeling wordt gerekend. Hierbij hoort dus ook het niet nemen van stappen door bijvoorbeeld een ouder om een kind te beschermen tegen mishandeling.'⁹⁹

Uit dit citaat valt af te leiden dat volgens de wetgever van 'passief opdringen' sprake is als het gaat om het níet bieden van zorg of bescherming tegen kindermishandeling, dus om een nalaten dat leidt tot ernstige schade voor het kind, nu of in de toekomst. Oftewel: als een volwassene tot wie het kind in een relatie van afhankelijkheid of onvrijheid staat, het kind niet beschermt tegen kindermishandeling, maakt deze persoon zich zelf schuldig aan kindermishandeling. In het strafrecht wordt dit ook wel het mishandelen door nalaten genoemd.¹⁰⁰ Dit geldt dus voor de arts, althans voor zover hij tot de categorie 'andere personen dan de ouders' wordt gerekend, die geen actie onderneemt terwijl zijn patiënt slachtoffer is van kindermishandeling (zie onder 6.5).

Deze terminologische keuze van de wetgever (actief of passief opdringen) is op zijn minst ongelukkig te noemen. In de eerste plaats vanuit taalkundig oogpunt. 'Passief opdringen' is immers een contradictio in terminis; als gaat het om een inactieve activiteit. En 'actief opdringen' is een pleonasme omdat beide termen dezelfde eigenschap hebben, namelijk die van handelen. Afgezien van het verwrongen taalgebruik is het verschil tussen actief en passief ook niet in alle situaties duidelijk. Men denke aan het getuige zijn van geweld tussen ouders: is dit een actief opdringen (doordat sprake is van fysiek geweld) of een passief opdringen waarbij de vraag is of het dan gaat om het nalaten van de ouders niet gewelddadig te zijn in het bijzijn van hun kinderen of omdat het kind geen onderdeel is van het fysieke geweld?

Baartman wijst er terecht op dat 'passief opdringen' bedoeld is om niet alleen interacties tussen ouder en kind te omvatten, maar ook die tussen ouders onderling en waarvan wel degelijk een schadelijk effect uitgaat voor het kind. Deze benadering 'trekt' het getuige zijn van geweld tussen ouders binnen het wettelijke begrip kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo. Maar duidelijk blijkt dit uit de bewoordingen 'passief of actief

99 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 13; hierin wordt benadrukt dat ouders er goed aan doen zich bij de opvoeding van hun kind van elke fysieke bestraffing te onthouden.

100 Machielse, *NLR*, art. 300 Sr, aant. 4 (online, laatst bijgewerkt op 26 mei 2015).

opdringen' niet. Mij wordt niet duidelijk waarom de wetgever voor deze verwrongen en taalkundig zwakke terminologie heeft gekozen, terwijl een simpel 'doen of nalaten' de lading beter zou dekken en veel duidelijker is, nog afgezien van de vraag of dit daadwerkelijk wat toevoegt. Want verwaarlozing valt al onder de term 'bedreigende interactie' uit de definitie van kindermishandeling ook zonder de toevoeging dat het om een nalaten gaat, evenals getuige zijn van huiselijk geweld.

Wat hiervan zij, voor de arts is van belang dat hij weet dat, om van kindermishandeling te kunnen spreken, het (inderdaad) kan gaan om een doen of een nalaten. Daarnaast ontstaat er een bijzondere verantwoordelijkheid voor de arts om te handelen in geval van kindermishandeling door de term 'passief opdringen'. Indien hij immers zelf nalaat overeenkomstig de professionele standaarden de minderjarige te behandelen van wie hij vermoedt of weet dat deze wordt mishandeld, waardoor verdere (dreigende) ernstige schade niet wordt afgewend, dan maakt hij zich *sensu strictu* schuldig aan een (passieve) vorm van kindermishandeling. Het signaleren van kindermishandeling begaan door primair een ander dan de arts, kan dus gevolgen hebben voor het kwalificeren van het gedrag van de arts ter zake.

6.7 '(DREIGENDE) ERNSTIGE SCHADE IN DE VORM VAN FYSIEK OF PSYCHISCH LETSEL'

Van kindermishandeling zoals bedoeld in de wet is sprake als de gedraging (doen, nalaten) leidt tot ernstige schade in de vorm van fysiek of psychisch letsel of tot dreigende ernstige schade. De memorie van toelichting op art. 34a lid 3 Wjvh vermeldt over ernstige schade:

'Essentieel element in de omschrijving is de schade die een kind in ernstige mate wordt berokkend. Deze schade kan van lange of korte duur zijn, en kan onmiddellijk zichtbaar zijn maar ook pas op lange termijn ontstaan of aanwezig blijken te zijn.'¹⁰¹

Kenmerkend voor kindermishandeling zoals bedoeld in de wet is dus blijkens het citaat dat het gaat om: (1) ernstige schade die *is* berokkend of (2) ernstige schade die *wordt* berokkend. Het geciteerde expliciteert dus dat schade als zodanig niet zonder meer leidt tot de kwalificatie kindermishandeling, maar dat hiervoor *ernstige* schade een vereiste is.

Nu 'ernstige schade' bedoeld is als een onderscheidend element in de wettelijke omschrijving van kindermishandeling, is het des te opvallender dat deze term niet verder door de wetgever wordt toegelicht. Temeer omdat, zoals de KNMG terecht stelt, de woordcombinatie 'ernstige schade' en 'dreigt te

¹⁰¹ Kamerstukken II 2000/01, 27842, nr. 3, p. 13.

worden berokkend' ruimte voor interpretatie geeft. Het blijkt in de praktijk niet altijd even goed in te schatten voor de arts 'of het opvoedingsgedrag van de ouders ernstige negatieve gevolgen heeft voor het kind. En schade die dreigt te worden berokkend is niet direct aantoonbaar', aldus de KNMG.¹⁰²

Uiteraard is de ernst van de schade in sommige gevallen wél direct waarneembaar zoals bij fysiek letsel dat dusdanig van aard is dat het gaat om wat in het strafrechtelijk jargon wordt genoemd 'zwaar lichamelijk letsel of letsel dat de dood ten gevolge heeft' (art. 302 Sr). Het betreft hier situaties waarin ernstige schade is berokkend en waarin de ernst van de schade evident is. Dat er in dergelijke gevallen van kindermishandeling sprake is zoals bedoeld in de wet, staat niet ter discussie.

Anders is dit als de schade (nog) niet direct aantoonbaar ernstig is. De arts kan in die situatie weliswaar het vermoeden hebben dat er sprake is van ernstige schade of dat deze nog zal optreden, maar of dat zal gebeuren is nog niet zichtbaar of ongewis. Toch kan bijvoorbeeld niet-zichtbare schade ten gevolge van psychisch letsel dat een kind lijdt ten gevolge van het gedrag van ouders evenzo ernstig zijn als fysieke schade, zo niet ernstiger omdat het dikwijls langduriger van aard is, aldus terecht Baartman.¹⁰³ De ernst van dergelijke schade wordt doorgaans pas in de loop van de ontwikkeling van het slachtoffer manifest.

Van Veen bepleit dat iedere schade ten gevolge van kindermishandeling aan te merken is als ernstig.¹⁰⁴ Dat lijkt mij evenwel een cirkelredenering: het inschatten of aantonen van de ernst van de schade gaat vooraf aan het kunnen bepalen of er in een specifiek geval sprake is van kindermishandeling en niet andersom.

De KNMG geeft, in geval de arts zich in het grijze gebied bevindt waarin hij vermoedt dat (ernstige) schade kan optreden, blijk van een inkleuring van de wettelijke definitie van kindermishandeling die niet overeenkomt met de letterlijke bewoordingen ervan. De arts moet volgens de KNMG-meldcode (2015) immers een reële inschatting maken van het risico op *schade*, alvorens zijn vermoeden van kindermishandeling te melden aan Veilig Thuis. Niet vereist is dus dat hij een reële inschatting maakt van het risico op *ernstige* schade. Voor de arts is het, aldus de KNMG, al lastig in te schatten of schade in de toekomst zal ontstaan, laat staan wat de ernst van die mogelijke schade zal zijn.¹⁰⁵ Om de wettelijke definitie hanteerbaar te maken heeft de KNMG het vereiste dat het moet gaan om *ernstige* schade die dreigt te worden berokkend, teruggeschroefd tot het maken van een reële inschatting door de arts van het risico op *schade*. Het woordje 'reële' reflecteert de objectivering van het vermoeden van de arts door het stappenplan te doorlopen en door gezichtspunten

102 KNMG-meldcode 2015, p. 20.

103 Baartman 2009, p. 88.

104 Van Veen, *TvGR* 2010, p. 519 en p. 522; zie ook Bol & Dute, *TvGR* 2014, p. 19.

105 KNMG-meldcode 2015, p. 20.

te benutten zoals de aard en oorzaak van het letsel, de aard en leeftijd van het kind (eventueel extra kwetsbaarheid), de aanwezigheid van het kind bij structureel huiselijk geweld, het gebruik van wapens en andere middelen.¹⁰⁶

Die inkleuring betekent dat in het grijze gebied de arts méér ruimte heeft voor het doen van een melding aan Veilig Thuis dan op grond van de wettelijke definitie van kindermishandeling. Daar geldt immers dat het moet gaan om de strengere variant van dreigende *ernstige* schade. Hierdoor ontstaan er voor de arts in feite twee verschillende begrippen kindermishandeling. Eén zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo en één zoals uitgewerkt in de KNMG-meldcode voor het grijze gebied. Dit is zonder meer het gevolg van de onwerkbaarheid van het element 'dreigende ernstige schade' uit de wettelijke definitie voor artsen in de praktijk.

De eigen inkleuring van de KNMG van het begrip kindermishandeling is in het licht van het voor artsen belangrijke adagium *primum non nocere* alleszins begrijpelijk. Juist het voorkomen van (verdere) toekomstige schade – psychisch of fysiek – is bij uitstek iets waarop het artsenberoep van oudsher ziet. In dit licht is het ook begrijpelijk dat de KNMG niet uitgaat van de scherpere definitie in het Wetboek van Strafrecht waar immers geldt dat letsel moet zijn opgetreden. Deze sluit immers het voorkomen van toekomstige schade uit. Echter, in het licht van het medisch beroepsgeheim is die inkleuring op zijn zachtst gezegd opmerkelijk omdat met het loslaten van het wettelijk uitgangspunt dat het moet gaan om '*ernstige* schade', de arts toch méér ruimte krijgt om het medisch beroepsgeheim te doorbreken.

6.8 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is gebleken dat de 'scope' van de wettelijke definitie van het begrip kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo ruim is. Er is sprake van een open en soms onduidelijke formulering. Hierdoor blijft de precieze invulling en reikwijdte van de wettelijke definitie van kindermishandeling soms ongewis. In die gevallen waarin het voor de arts niet direct evident is dat in een bepaalde situatie sprake is van kindermishandeling zoals bedoeld in de wet, komt hij in een grijs gebied. Dat kan zijn omdat onduidelijk is of in een bepaalde situatie van een 'minderjarige' kan worden gesproken, of omdat onduidelijk is of een bepaalde pleger of gedraging eronder valt of juist niet. Soms is er ook ongemak met de wettelijke definitie zoals daar waar het gaat om dreigende ernstige schade ten gevolge van de gedraging. Van het grijze gebied kan ook sprake zijn als de arts een vermoeden heeft van kindermishandeling en dat alsnog nader moet onderzoeken. Daarop kom ik in hoofdstuk 8 terug.

106 KNMG-meldcode 2015, p. 32.

Terugblikkend op de bevindingen in dit hoofdstuk is het volgende te concluderen met betrekking tot de onduidelijkheid die en het ongemak dat de wettelijke definitie van kindermishandeling voor artsen oproept of kan oproepen.

In par. 6.3.2 bleek de reikwijdte onduidelijk van het begrip 'minderjarige' uit de wettelijke definitie van kindermishandeling. Zo is voor de arts niet *a priori* duidelijk of ongeborenen onder de wettelijke definitie vallen en of de levensvatbaarheidsgrens van 24 weken daarbij een rol van betekenis speelt. Het is van belang dat artsen goed inzicht hebben in de scope van de wettelijke definitie omdat deze immers richtinggevend is bij het eventueel doen van een melding aan Veilig Thuis. In par. 6.3.2 is betoogd dat alle ongeborenen onder de reikwijdte van de wettelijke definitie van kindermishandeling vallen.

Weer een andere onduidelijkheid met betrekking tot de invulling van het begrip 'minderjarige' ontstaat bij de groep patiënten van 16 of 17 jaar. Deze zijn immers in de Wgbo bekwaam zelfstandig een behandelingsovereenkomst aan te gaan en als zodanig vrijwel geheel gelijkgesteld aan meerderjarigen. Dit zou kunnen impliceren dat zij niet onder het begrip 'minderjarigen' vallen, waardoor de arts ook geen melding van kindermishandeling kan of moet doen aan Veilig Thuis. Dat wettelijke begrip geldt immers als uitgangspunt voor het doen van een melding. Onder 6.3.2 is betoogd dat – vanuit het oogpunt van bescherming van de patiënt van 16 of 17 jaar – deze groep onder de reikwijdte van de wettelijke definitie valt. Ofschoon Veilig Thuis ook meldpunt is voor huiselijk geweld tussen volwassenen, geldt in die context een strenger toetsingskader voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim en dat is niet alleen in het licht van de ongelijke machtsverhouding tussen de patiënt van 16 of 17 jaar en zijn ouders, maar ook vanwege de loyaliteit van het kind richting ouders in algemene zin, eens te meer reden om de patiënt van 16 of 17 jaar als minderjarige aan te merken. Zo kan immers een melding van kindermishandeling aan Veilig Thuis worden gedaan en jeugdhulp in gang worden gezet.

Niet alleen wat betreft de mogelijke slachtoffers van kindermishandeling roept de wettelijke definitie van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo interpretatievragen op. Dit is ook het geval wat betreft de plegers ervan. De reikwijdte van de groep 'andere personen dan ouders' wordt weliswaar begrensd, althans dat is de bedoeling van de wetgever, door de begrippen 'relatie van afhankelijkheid of onvrijheid' die de volwassene met het kind heeft. Deze begrippen zijn evenwel te vaag en te weinig afbakenend. De ongelijke machtsverhouding tussen volwassene en kind maakt het kind immers al snel 'onvrij' in de zin dat het zich moeilijk of niet aan die volwassene kan onttrekken. Het is bovendien niet de afhankelijkheid van het kind dat de relatie typeert, althans dat zou niet moeten, maar het niet-nakomen van de verantwoordelijkheid die op de volwassene rust in die zorg of verzorgingsrelatie. Dat is de kern, of althans zou dit moeten zijn, om van kindermishandeling te kunnen spreken. In de huidige bewoordingen van de wettelijke definitie

van kindermishandeling komt dit niet goed uit de verf. Daarvoor zijn de begrippen 'afhankelijkheid' en 'onvrijheid' te vaag.

Overigens is het wel zo dat ook in deze benadering de arts die geen actie onderneemt (in de wettelijke definitie onhandig geformuleerd door 'passief opdringen') terwijl hij signalen ontvangt van kindermishandeling over zijn minderjarige patiënt, zich *sensu stricto* ook zelf schuldig maakt aan een passieve vorm van kindermishandeling (zie onder 6.6). In de zorgrelatie tot het kind heeft hij nu eenmaal ook de verantwoordelijkheid actie te ondernemen als er sprake is of kan zijn van kindermishandeling. Het niet ondernemen van actie is bedreigend of kan bedreigend zijn voor de gezonde en veilige ontwikkeling van het kind en kan tot (ernstige) schade leiden. Het signaleren van kindermishandeling begaan door primair een ander dan de arts, kan dus gevolgen hebben voor het kwalificeren van het gedrag van de arts ter zake.

Verder blijkt er nog enig ongemak met de wettelijke definitie van kindermishandeling te bestaan wat betreft de 'corrigerende tik'. Deze valt – dat was althans de gedachte van de wetgever bij de totstandkoming van de definitie – niet onder de wettelijke definitie van kindermishandeling, maar daarover bestaat inmiddels wel discussie. In onze samenleving, die zich kenmerkt door een toenemende sensibiliteit voor de rechten van het kind en de steeds sterker wordende rechtspositie van het kind, wordt immers verschillend gedacht over het nut van zo'n tik in pedagogische zin (zie onder 6.4); niet voor niets geldt er inmiddels een verbod op slaan in de opvoeding (art. 1:247 lid 2 BW). De dynamiek over wat toelaatbaar gedrag is en wat niet, wordt geen halt toegeroepen door de bewoordingen van de definitie. Integendeel, deze geven juist toe aan die dynamiek en dat maakt ook dat dergelijke discussies kunnen ontstaan. Het begrip is simpelweg te weinig afbakenend door de gekozen formulering ervan; en daardoor wordt het grijze gebied verruimd.

Ten slotte bleek het element 'ernstige (dreigende) schade' niet het door de wetgever beoogde onderscheidende effect te hebben (zie onder 6.7). Sterker nog: voor artsen is gebleken dat de wettelijke definitie op dit punt niet goed werkbaar is in de praktijk. Het is al lastig om het risico op toekomstige (dreigende) schade in te schatten, laat staan dat op *ernstige* schade. Dit heeft ertoe geleid dat de KNMG haar beroepsgroep voorschrijft slechts de reële kans op *schade* in te schatten. Het gevolg van een dergelijke, noodzakelijke, invulling van het begrip kindermishandeling – deze moet tenslotte wel werkbaar zijn voor de arts – is dat er twee begrippen 'kindermishandeling' in omloop zijn. De scope van het begrip kindermishandeling zoals uitgewerkt in de KNMG-meldcode (2015) is in feite op dit punt nog ruimer dan de wettelijke definitie van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo. De arts kan immers zonder de *ernst* van de dreigende schade in te schatten een melding doen aan Veilig Thuis. Het accent komt hierdoor te liggen op het beschermen van het kind tegen (verdere) schade; de ernst van die schade is daaraan ondergeschikt. Zo krijgt de arts meer ruimte het medisch beroepsgeheim te doorbreken dan op grond van een strikte interpretatie van het begrip

kindermishandeling mogelijk zou zijn. Deze conclusie nuanceert de gedachte dat de wettelijke definitie de hoeksteen is voor het doen van een melding van kindermishandeling door artsen; die lijkt toch veeleer de invulling van de definitie te zijn die de KNMG daaraan geeft vooral daar waar het gaat om het grijze gebied. Dit kan dus ook tot gevolg hebben dat de scope van het wettelijke begrip kindermishandeling wordt opgerekt.

In het licht van het onduidelijke en op bepaalde punten onwerkbaar ruime begrip kindermishandeling is in dit hoofdstuk gekeken naar de mogelijk toegevoegde waarde van de strafrechtelijke definitie van mishandeling (art. 300 Sr e.v.). Deze is immers minder ruim en scherper gesteld.¹⁰⁷ Niet alleen is een constitutief element in de delictsomschrijving van mishandeling het 'opzet'. Dat moet gericht zijn op het gevolg. Aangegeven is dat die vergelijking ertoe leidt dat het strafrechtelijke element opzet een belangrijk gezichtspunt kan zijn bij het bepalen of er sprake is van kindermishandeling in de zin van art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo. Maar ook moet schade in de vorm van lichamelijk of psychisch letsel *zijn* opgetreden. Toekomstige schade is dus uitgesloten.

Anders is dit in de definitie van *kindermishandeling* zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo waarin immers ruimte is om gedragingen die nog niet (aantoonbaar) hebben geleid maar in de toekomst kunnen leiden tot ernstige schade als kindermishandeling te kwalificeren (grijs gebied). Ofschoon het te beschermen belang in het Wetboek van Strafrecht alsmede in de Jw en de Wmo hetzelfde is – het gaat immers om de bescherming van het menselijk lichaam, leven en de lichamelijke integriteit (met inbegrip van de gezondheid) – is het doel verschillend. In de Jw en Wmo gaat het niet om strafbaarstelling, maar om het bieden van hulp aan kind en gezin. Dat dit vervolgens betekent dat de op Veilig Thuis georiënteerde definitie ruim en weinig specifiek is waardoor er veel onder te brengen is, blijkt van ondergeschikt belang vanuit het perspectief van het te beschermen geboren of ongeborn kind (zie par. 8.6).

Echter, voor de arts is deze definitie van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo niet zonder meer goed werkbaar gebleken, maar aan de andere kant biedt aanhaken bij de beperktere definitie van mishandeling in het strafrecht in zoverre geen uitkomst omdat het tot de kern van het artseneroep behoort schade nu maar zeker ook in de toekomst te voorkomen en juist dat laatste is uitgesloten in de strafrechtelijke bepaling van mishandeling.

Ten slotte is gebleken dat de arts in de wettelijke definitie van kindermishandeling geen antwoord zal vinden op de vraag welke signalen nu als dusdanig ernstig zijn te bestempelen dat deze ingevolge het Besluit van 23 juni 2017 en het daarbij behorende afwegingskader vanaf 1 januari 2019 moeten

107 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 122 (MvT); *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 25 en p. 35 (MvT); *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 3, p. 2-3 (MvT); Dörenberg, *TvGR* 2014, p. 641.

worden gemeld aan Veilig Thuis. Wel is in dit hoofdstuk gebleken dat hiervoor aanvullende gezichtspunten behulpzaam zijn. De *stelselmatigheid* van een gedraging is bijvoorbeeld bepalend voor het kunnen duiden van een onveilige situatie, maar ook het feit dat juist in de *zorgrelatie* tussen kind en volwassene benodigde zorg wordt onthouden of onnodige zorg wordt verleend, terwijl die volwassene terzake een verantwoordelijkheid draagt, leidt tot een acute onveilige situatie voor het kind die als dusdanig ernstig worden gekwalificeerd door de KNMG dat de arts hiervan vanaf 1 januari 2019 melding móet doen aan Veilig Thuis. Dergelijke gezichtspunten helpen de arts dus niet alleen bij het duiden van situaties in het grijze gebied, maar sterker nog: ook bij het duiden van ernstige signalen van kindermishandeling zoals vereist op grond van het Besluit van 23 juni 2017 en het daarbij behorende afwegingskader.