



NEMESIS

mei/juni 1990

DE PARADOX
VAN DE ZELFBESCHIKKING

PENETRATIE
VAN HET VROUWENLICHAAM

3

DE DNA-PROEF



NEMESIS

3 NEMESIS

Jaargang 6, mei/juni 1990, nummer 3

Versijnt zes maal per jaar

Redactie:

Len Andringa, Jet Isarin, Mies Monster,
Dorien Pessers, Heikelien Verrijn Stuart,
Mieke Vosman.

Medewerkers:

José J. Bolten, Karin van Elderen,
Wendelien E. Elzinga, Nora Holtrust,
Ineke de Hondt, Gerdie Ketelaars,
Selma Sevenhuijsen, Elies Steijger,
Sarah van Walsum, Bemadette de Wit,
Ria Wolleswinkel.

Redactiesecretariaat:

Heikelien Verrijn Stuart-redactiesecretaris,
Diana Sells-redactiemedewerkster,
Singel 373, 1012 WL Amsterdam,
tel. 020-249433/275991.

Nemesis:

Nemesis is een uitgave van Samsom
H.D. Tjeenk Willink bv.
De stichting Nemesis is één van de deelne-
mende organisaties in het Clara Wichmann
Instituut, het Wetenschappelijk Instituut
Vrouwen en Recht.

Abonnementen:

f 61,- per jaar (Bfr. 1340) losse nummers:
f 11,95 (Bfr. 265).
Opbergband te bestellen door overmaking
van f 15,- (Bfr. 330) op postrekening-
nummer 24929 t.n.v. Intermedia bv te
Alphen aan den Rijn, onder vermelding van
opbergband Nemesis.

Abonnementen-administratie:

Samsom H.D. Tjeenk Willink bv, Postbus 4,
2400 MA Alphen aan den Rijn,
telefoon 01720-66822.
Abonnementen kunnen schriftelijk tot
uiterlijk 1 december van het lopende abon-
nementsjaar worden opgezegd. Bij niet-
tijdige opzegging wordt het abonnement
automatisch met een jaar verlengd.
Voor België:
Kluwer Editorial, Santvoortbeeklaan 21-23,
2100 Deume, telefoon (03) 3600211.

Reprorecht:

Het overnemen, evenals het vermenigvul-
digen van artikelen en illustraties is slechts
geoorloofd na schriftelijke toestemming van
de redactie.

Aanbevolen citeerwijze:

Nemesis 1990 nr. 1, pag...

Omslagontwerp en lay-out:

Fenna Westerdiep, Amsterdam.

Advertenties Nemesis:

Voor de opgave van advertenties en tarie-
ven, contact opnemen met Intermedia bv,
Postbus 4, 2400 MA Alphen aan den Rijn.
tel. 01720-66491.

I N H O U D S O P G A V E

VAN DE REDACTIE

103 Mies Monster

De paradox van de zelfbeschikking
Arbeidsvreugd en kinderzegen

ARTIKEL EN

105 Carol Smart

Penetrating women's bodies
The problem of law and medical technology

114 Jolie Ermers

Kindermoord in de negentiende eeuw
En om de vrouw verging het kind

123 Theo de Roos

Slachtoffer, verdachte en de DNA-proef
Moet de DNA-proef wettelijk worden geregeld?

ACTUALITEIT EN

Samenstelling: Gerdie Ketelaars en Heikelien Verrijn Stuart
Rechtspraak

130 Nr 92: Hof Arnhem, 6 maart 1990

Sexueel misbruik hulpverlener

134 Nr 93: College voor Medisch Tucht recht Eindhoven, 18 december 1989

Sexueel misbruik hulpverlener

134 Nr 94: Hof 's-Hertogenbosch, 19 januari 1990

Geen erkenning tegen de wil van de moeder

135 Nr 95: Hof Amsterdam, 29 januari 1990 m.nt. Nora Holtrust en Ineke de Hondt

Geen erkenning tegen de wil van de moeder

138 Nr 96: CRvB, 28 februari 1990 m.nt. Len Andringa

AWW en samenwonenden

140 Nr 97: RvB Amsterdam, 21 maart 1990

AAW en AWW. Anticumulatie

140 Nr 98: RvB Roermond, 23 februari 1990 m.nt. Len Andringa

AAW en AWW. Anticumulatie

144 Nr 99: CRvB, 4 januari 1990

Verzekeringsplicht echtgenoten van directeur-groootaandeelhouders

144 Nr 100: RvB Roermond, 5 december 1989

AAW gehuwde vrouw. Echtgenoot werkt in buitenland en is daar verzekerd

146 Nr 101: Rb Arnhem, 11 mei 1989

Incest. Psychologisch onderzoek niet in belang kind.

147 Nr 102: Commissie voor de Politieklachten, 7 juni 1989

Politie maakt inbreuk op rechten verdachte

Wetgeving

148 Gelijke behandeling in de AAW — Len Andringa

148 Circulaire zwangerschaps- en bevallingsverlof

STRIP

Karin van Elderen



lid van de nederlandse
organisatie van
tijdschriftuitgevers n.o.t.u.

ISSN 0922 - 0801

*And thou, who never yet of human wrong
Left the unbalanced scale, great Nemesis!*

(Byron) *Childe Harold's Pilgrimage, Canto IV*

*Arbeidsvreugd en
kinderzegen*

De paradox van de zelfbeschikking

'Heel wat bewegingen, van vrouwen en mannen, van homo's en hetero's hebben geprobeerd zich uit de maatschappelijk opgelegde normalisering te bevrijden. Hun "bevrijding" leidde, juist omdat ze veel elementen van het bestreden dispositief overnamen, echter vooral tot nieuwe disciplineringen en normaliseringen, die vaak even dwingend waren als de oude'.

Hans Achterhuis in 'Het rijk van de schaarste', pag. 272

Waar het krijgen van kinderen in de huidige tijd bijkans in een geur van heiligheid staat is kindermoord, beschreven in een van de bijdragen van dit nummer, voor velen onvoorstelbaar. Toch zijn zowel kindermoord als de geur van heiligheid een uiting van hetzelfde fenomeen.

Hoe kinderliefde in voorgaande eeuwen werd beleefd is nooit tot in de finesses te reconstrueren. Eén ding is echter zeker. Het krijgen van kinderen buiten huwelijk was volgens de heersende normen verwerpelijk. De verantwoordelijkheid voor het handhaven van die norm was opgedragen aan vrouwen. Aangenomen mag worden dat de norm veelvuldig werd overtreden. Dramatische gevolgen werden daar aan verbonden met de opkomst van de loonarbeid. Het is niet toevallig dat de categorie vrouwen, die haar eigen kind ombracht, voornamelijk bestond uit dienstboden. Huispersoneel in brede zin, tuinlieden, stalknechten, dienstboden, vormde lange tijd de grootste en vrijwel enige groep personeel in loondienst. Tot de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst bestond het arbeidsrecht uit drie bepalingen over de huur en verhuur van werklieden en dienstboden. In nog oudere tijden werd de arbeidsverhouding tussen meesters, mevrouwen en huispersoneel geregeld door plaatselijke keuren.

Daarin zijn vele opmerkingen over ontucht, verleiding, of onbetamelijke te vinden. Er waren algemene bepalingen over dienstboden die 'zich kwamen te verlopen in hoerery'. Meer in het bijzonder was soms bepaald dat als een van de knechten de dienstbode had 'comen te beslapen of beswangren' hij haar moest trouwen. De dienstboden evenwel die zich lieten 'beslaapen van haar broodheeren' hadden geen aanspraak op alimentatie of kraamkosten voor eventuele spruiten. Voor de rechter gold veelal de regel dat de meester op zijn woord werd geloofd. De sanctie op het wangedrag was ontslag, soms vergezeld van straffen, vrijwel altijd met inhouding van loon. In enkele streken gold in dat geval zelfs een verbod om zich elders in de stad als dienstbode te verhuuren.

De boodschap was duidelijk. Wie zich niet aan de normen hield werd uit de gemeenschap gestoten. Met die uitstoting was men tevens uitgesloten van de toegang tot de middelen van bestaan. De vrouw in kwestie had derhalve de keuze tussen twee kwaden: samen met haar kind tenondergaan of zich van het kind ontdoen. De 'keuze' voor het laatste was een zaak van overleven.

Desondanks bleek het samenstel van civiel-, arbeids- en strafrechtelijke regels niet in staat vrouwen in het gareel te houden en afdoende te disciplineren. Het overtreden van de norm was daarmee weliswaar een maatschappelijk probleem, iedere feitelijke overtreding echter werd teruggebracht tot een probleem van individuele vrouwen waarvoor zij individueel de prijs betaalden. Of er iets met de norm fout zou kunnen zijn werd niet als vraag opgeworpen.

De visie op ongehuwde moeders werd later een andere. De wettelijke disciplinerende ging over in morele disciplinerende. 'Gevallen vrouwen' werden overgeleverd aan de inmiddels in zwang gekomen liefdadigheid, naar speciale opvanghuizen gestuurd en min of meer gedwongen hun kinderen af te staan. Voor het overige veranderde er niet veel. De kinder-

tjes bleven wel leven maar de moeders werden nog steeds op dezelfde manier afgestraft. Uitsluiting van de toegang tot de middelen van bestaan was ook nu de sanctie. De wet op de arbeidsovereenkomst liet alle ruimte voor ontslag wegens zwangerschap. Op de later totstandgekomen Ziektewet- en Werkloosheidsuitkeringen bestond geen recht. Om de onzedelijkheid van de nog steeds omvangrijke groep dienstboden te bestrijden, werd aanbevolen haar vooral inwonend te doen zijn en haar niet te laten uitgaan. Dat de onzedelijkheid wel eens van binnenuit kon komen in plaats van van buitenaf, is niet aan de orde geweest.

Dat ook de morele disciplinerings niet effectief was, mag blijken uit het grote aantal kinderen dat in deze 'humanere' tijden in opvangtehuizen is geboren.

We leven thans in andere tijden met andere normen en andere wetten. Sinds een kleine dertig jaar zijn er effectievere voorbehoedsmiddelen. Op ongehuwde moeders rust niet meer het stigma van zedeloosheid. Het recht op - en zelfs de plicht tot - arbeid van vrouwen wordt algemeen erkend.

Maar het krijgen van kinderen wordt een steeds groter probleem voor alle vrouwen, getrouwd of onge-trouwd.

Kinderen mogen niet op een ongelegen moment komen. Niet als er geen plekje op de arbeidsmarkt is. Vorig jaar had een rapport van de Sociale Dienst in Rotterdam, waaruit zou moeten blijken dat opeens heel veel jonge, werkloze meisjes een kind kregen teneinde een hogere uitkering te krijgen, kennelijk zoveel nieuwsaarde dat het het NOS-journaal haalde. Over zedeloosheid werd niet gesproken, de kijkers kregen wel de impliciete boodschap mee dat er sprake was van onmaatschappelijk gedrag, van fraude wellicht.

Is er wel een dienstbetrekking, dan moet ook nog voorzichtige te werk worden gegaan. Een carrière kan alleen maar worden opgebouwd als er de eerste jaren geen kind komt. Dreigt die carrière realiteit te worden dan komt het verder nooit meer zo goed uit. De werkomgeving neemt het vrouwen kwalijk als zij een belangrijke post een tijdlang onbezet laten. De vrouw zelf blijft wachten op het geschikte moment, dat zich nooit zal aandienen omdat zo'n moment niet bestaat, de vraag of de bevruchting precies op het gewenste tijdstip plaats zal vinden nog daargelaten. Negatief 'plannen' is immers makkelijker dan positief 'plannen'. In de lagere regionen van de arbeidsmarkt wegen deze overwegingen minder zwaar, maar ook daar liggen de zaken niet simpel. Recht op ouderschapsverlof zal pas bestaan na een dienstbetrekking van een jaar bij een en dezelfde werkgever. Twee tegelijk zwangere collega's worden verwijtend aangekeken omdat ze een en ander niet beter hebben afgesproken.

Degene die het waagt tijdens de sollicitatie of de proeftijd zwanger te zijn is wel erg slecht af. Dat kan de baan, de zwangerschaps- en bevallings- of de WW-uitkering kosten. Het doet er bij dit alles niet toe of de bazen en collega's mannen zijn of vrouwen. Daartegenover staat een stoet van geleerden die vertelt dat er meer kinderen moeten komen in verband

met de ontgroening, de vergrijzing of de AOW. En in Trouw pleitte onlangs een functionaris van een Ziekenfonds ervoor vrouwen te bewegen maar jong kinderen te krijgen. Op oudere leeftijd doen zich vaker complicaties voor en dat kan de gemeenschap niet betalen.

Aan de hand van deze tegenstrijdige boodschappen moeten vrouwen hun leven inrichten en worden zij voor bijna onoplosbare dilemma's geplaatst. Kinderen krijgen is toegestaan, maar onder voorwaarden. Instituties, werkgevers, ziekenfondsen en wetenschappers bepalen wanneer en hoeveel.

Voor de zedelijkheidsmoraal kwam de arbeids- en economische moraal in de plaats. Met een groot aantal nieuwe taboes, nieuwe normen en een nieuwe vorm van disciplinerings. Een disciplinerings die merkwaardig genoeg veel effectiever lijkt dan de oude. Alom wordt, gehoorzaam aan de nieuwe norm, zorgvuldig en geconditioneerd gerekend, geteld, gepland, uitgesteld. Uit vrije wil. De morele disciplinerings heeft plaats gemaakt voor zelfdisciplinerings. Anticonceptiva staan daaraan ten dienste.

Hans Achterhuis geeft in *Het rijk van de schaarste* op verschillende plaatsen weer waar het om gaat bij het verschil tussen oude en nieuwe normen en tussen oude en nieuwe vormen van macht. Nieuwe normen dwingen ieder zich aan hetzelfde voorbeeld te onderwerpen, opdat iedereen op elkaar lijkt. De macht van vroeger sloot mensen uit, de nieuwe macht sluit mensen juist in. De bevrijding uit maatschappelijk opgelegde normen leidde vooral tot nieuwe disciplinerings en normalisering, vaak even dwingend als de oude. Trefzeker geldt dit voor de vrouwen van nu. De bevrijding van oude normen leidde slechts tot nieuwe onvrijheid. Vrouwen 'mogen' arbeid en kinderen combineren, zij 'mogen' de 'keuze' voor een kind maken. Binnen de grenzen die door de instituties zijn gesteld. Iedere keus heeft vergaande consequenties. Een dergelijk mogen heeft met vrijheid niets te maken. Het is geen wonder dat onder deze omstandigheden het krijgen van een kind tot heiligheid wordt verheven.

De parallel met vroeger tijden is evident. Het betreft nog steeds een essentieel maatschappelijk vraagstuk. Problemen worden echter, evenals vroeger, via normstellingen weggeredeneerd en gereduceerd tot een toevallig individueel probleem van individuele vrouwen, waar ieder voor zich de prijs voor betaalt. Ook nu wordt de vraag niet opgeworpen of er iets fout is met de norm.

Het feit dat er kinderen worden geboren is onverbrekelijk verbonden met het bestaan van de mens als soort. De soort is er evenwel nog nooit in geslaagd de gespannen verhouding tussen loonarbeid en voortplanting te doorbreken. De soort heeft er nog nooit blijk van gegeven het feit van de voortplanting in te kunnen passen in een concept dat recht doet aan de persoonlijke vrijheid van de mensen binnen die soort. Vrijheid en zelfbeschikking zijn kanten van dezelfde medaille. De twee componenten van zelfbeschikking, de economische en de lichamelijke, lijken elkaar echter uit te sluiten. Loonarbeid en kinderen krijgen verdragen elkaar niet. Vroeger niet en nu niet.

*The problem of law
and medical
technology*

The penetration of women's bodies

Het vrouwenlichaam is verzadigd van de negatieve betekenissen die het definiëren en diskwalificeren. Het is de plaats waar de geneeskunde en het recht binnendringen in het leven van vrouwen. Vrouwen worden gezien als de onbetrouwbare hoedsters van een lichaam dat symbool is van een mysterieuze seksualiteit en een gebrekkige voortplanting. Een strijd om de termen en de definities waarin het vrouwenlichaam gevangen zit, kan leiden tot een herovering van verloren gewaand gebied.

Women's bodies are a site of contested meanings. Feminist research has documented the extent to which women's bodies have been a focus of power struggles, but in this paper I want to build on these insights and ultimately to concentrate more on the question of how meanings are reproduced and sustained. We know, for example, that the medical profession has striven, with some success, to exercise what is now regarded by many as legitimate control over women's bodies (i.e. hospital rather than home births). We perhaps focus less on the meanings that have been produced in the process of exercising this control. Arguably we have paid less attention than we should to the production of deeply held views about diseased, contagious and sexualised bodies and malfunctioning reproductive organs all of which come in part to symbolise women — and even enter into women's consciousness.

In this paper I am interested in exploring how women's bodies have come to act as signifiers of negative attributes in the field of law. So I shall look at instances of the production of iconographies of negative difference with regard to the female body in legal discourse. It is of course essential to recognise the extent to which law and medicine interweave in this project, law often becoming extremely dependent upon medical discourse to fashion its own mode of regulation and imagery. However, I do not intend to look into origins. I am not suggesting that it all begins with law/medicine in the nineteenth century (which is my point of departure) because we know that misogynistic views of women's bodies predate this period. Indeed they are integral to a wide range of different cultural and religious beliefs. However, I want to begin to unravel the importance of the signification of women's bodies in law for contemporary feminism and I cannot do this without raising some historical pointers whilst necessarily avoiding a deeper historical analysis here.

I propose to explore a number of areas in which law has very specific things to say about women's bodies. However, firstly I need to consider two issues. The first is the significance of language structures to the understanding of difference and dominance. The second is the special place of law in the disqualification of alternative discourses like feminism. Basically I am interested in the power of law to define issues in a way contrary to feminist interests, but in addition to have its version of events given maximum credibility.

Language: difference and dominance

In this huge subject I only wish to highlight a few basic points. Feminism has consistently pointed to the place of language in women's oppression (Spender, 1980; Miller and Swift, 1980). However, as Cameron (1986) en Weedon (1987) have argued, the dominant feminist approach has been in the liberal humanist tradition. That is to say it has been assumed that language and reality are two separate entities, with language describing or representing the real. The main feminist critique is that the real has been

Deze lezing werd gehouden op de British Sociological Association Annual Conference van maart 1989 in Plymouth. De Nederlandse vertaling van Chrisje Brandts is te bestellen bij het Clara Wichmann Instituut.

misrepresented or misdescribed, rendering women invisible or attributing to women undesirable attributes. However, more recent feminist work has begun to explore language in terms of the construction of subjectivity. This has led to a denial of the fixity of meaning. We are no longer positing a feminist truth against a patriarchal lie, but acknowledging how meaning has been produced (through language) and offering alternative meanings. It is the political potential of challenging meaning which has become recognised as crucial to the feminist project (one example being the challenge to the meaning of pornography).

If we consider the role of language in the production of meaning we need also to consider how language reproduces meanings of difference and domination. This has been identified in the basic linguistic structure of binary opposites. It is argued that nothing has an intrinsic meaning, we understand the meaning of a thing in relation to its constructed opposite. Hence we operate a binary system of meanings of which core concepts are culture/nature, man/woman, good/bad, mind/body, masculine/feminine, rational/emotional, objective/subjective. As feminists (Harding, 1986) and others (Cousins, 1986) have pointed out, these are not just indicators of difference, but a process by which positive or negative evaluation is attributed to each side of the oppositional poles. Hence culture, man, mind, rationality, objectivity and masculinity become associated with the good and desirable, whilst nature, woman, body, emotionality, subjectivity and femininity are associated with the bad. In entering the world of symbolic meanings we come to know that less value is attached to one side of the binary division.

These points are perhaps now very familiar in feminist scholarship, however, we are yet to follow through with more detailed work on how this system of meanings operates within different discourses. I shall now turn to consider legal discourse.

The Power of Legal Discourse

In this section I wish to use concepts which derive from the work of Foucault (Gordon, 1980). I am particularly interested in his discussion of the relationship between truth and power. Firstly Foucault separates his meaning of truth from an idea of absolute or 'real' Truth. He states: '... by truth I do not mean the ensemble of truths which are to be discovered and accepted, but rather the ensemble of rules according to which the true and the false are separated and specific effects of power attached to the true.' (Gordon, 1980, p. 132) He goes on to state: "'Truth" is to be understood as a system of ordered procedure for the production, regulation, distribution, circulation and operation of statements. "Truth" is linked in a circular relation with systems of power which produce and sustain it, and to effects of power which it induces and which extend it. A "regime" of truth.' (Gordon, 1980, p. 133)

I wish to argue that law is its own regime of truth, one which dominates and excludes alternative accounts

based on different systems of knowledge. In turn law's claim to truth plays a major political and cultural part in forms of regulation which are detrimental to the lives of women (in their multiplicity).

Feminist scholarship in the field of law has recently turned its gaze to legal method and jurisprudence (Thornton, 1986, 1989; MacKinnon, 1987; Mossman, 1986; Bottomley, 1987; Smart, 1989). This interest grew out of an awareness that changing the content of law was not enough to achieve feminist aims. There is a parallel to developments in sociology here. As feminists within the discipline began to argue that women were excluded, they also began to realise that it was not enough to add women into the existing regime of knowledge, using the same tools, retaining the same frameworks etc. (Smith, 1974; Roberts, 1981; Harding, 1987). Feminist legal scholars have recognised this too. Catharine MacKinnon perhaps makes this most forcefully in the following passage: 'When (the state) is most ruthlessly neutral, it will be most male; when it is most sex blind, it will be most blind to the sex of the standard being applied. ... Once masculinity appears as a specific position, not just as the way things are, its judgements will be revealed in process and procedure, as well as adjudication and legislation.' (MacKinnon, 1983, p. 658). Margaret Thornton (1986) has referred to the androcentric standard in law. This is a standard which applies not only to judgments (examples of rape and incest cases are perhaps paramount here), but also in the very construction of what constitutes legal knowledge. It is here that the work of Mary Jane Mossman on traditional legal method is useful. She identifies three main elements in the construction of legal knowledge/truth, these are boundary definition, the definition of 'relevance' and case analysis. The first, boundary definition, is the process by which certain matters are identified as outside the realm of law, i.e. they may be defined as political or moral. The importance of this is not where the boundaries are drawn, but the way in which the drawing of boundaries confers neutrality on law. Hence judges are able to argue that it is their job to interpret the law, not to become enmeshed with politics etc. In so doing they can point to the boundaries which law creates and, in so doing, gain credibility. This works in two directions. It retains law as a field in which politics (i.e. feminism) should not be allowed to enter, and it appears to keep law out of subjectivity.

It is perhaps important to state at this stage that we know perfectly well that the boundary is not 'real'. I am most emphatically not trying to argue that law does what it says it does, nor am I arguing that it says one thing but 'really' does another, and that I know the reality of law. That work has been done many times over (Griffiths, 1977; Sachs and Wilson, 1978). I am however arguing that it is part of law's claim to truth; it is part of the regime of truth to which law makes claim. In so doing law positions itself in a political hierarchy and is better able to silence alternative discourses.

The second element identified by Mossman is the

definition of relevance. Every law student learns what is relevant to particular cases. Hence what may be relevant to individuals involved in disputes is not relevant to law. This issue is not in itself solely one of gender, but it may have specific gender implications in certain types of cases. Again rape is a good example. A woman's sexual history is relevant to a rape case and must be investigated (in spite of the 1976 Sexual Offences [Amendment] Act, see Adler, 1987), the accused's however is not. So when feminists complain about this process it is perhaps not enough to point to its oppressive nature in specific cases, but to consider how law can only 'hear' what is already defined as relevant to its interests.

The third element is case analysis or the rules of precedent. The study of previous cases is said to reveal an inexorable legal logic which always, ultimately, leads the good lawyer to the correct decision. Only the trained legal mind can fathom this logic and will know which cases are good law, and which are bad. The main point is that the accumulated history of individual legal decisions will throw up the answer to new legal conundrums. Again it is hardly necessary to refute this any more (see Sumner, 1979). The point is that these three elements go to make up what is called legal method, which in turn successfully separates law from other systems of knowledge. Arguably it also constitutes law's claim to truth and hence the power of law to disqualify alternative accounts.

This last point is important: whilst we might make the same claims for sociological knowledge, legal knowledge is already part of the structure and institutions of the state. To put it simply, law is more powerful, it is also far more resistant to any challenges made to the credibility of its claim to truth. Where feminist scholarship is concerned this means that law is far more resilient to its attempts to deconstruct legal method (one major exception being the Institute of Women's Law in Oslo; Dahl, 1987).

It might be useful at this stage if I construct an example which combines the points I have made about meaning and systems of knowledge, and legal method.

The power to disqualify

The rape trial distils and epitomises all of the problems that feminists have identified in relation to law. It is here we find the problem of legal method, the problem of the 'maleness' of law (as identified by MacKinnon, 1983) and the power of law to impose its view on individual actors as well as on a wider audience in terms of cultural meanings. It is also where women's bodies become the primary site of conflict over definitions. The rape trial is a quintessential moment in which law provides a specific meaning to women's bodies, reproducing cultural beliefs about female sexuality, but also constructing its own legal lexicon of the female body and rehearsing its own very powerful mode of disqualification.

There is not space here to detail feminist work on female sexuality and the challenge to cultural stereotypes (see Suleiman, 1986; Caplan, 1987; Haug, 1987; Mitchell, 1975). I am, therefore, taking for granted a position which discounts naturalism and focuses expressly on the ways in which the female body has become saturated with (hetero)sex; has come to mean (hetero)sex. Bits of women's bodies have become encoded with quite specific meanings whilst, at the same time, women have been constructed as having a relationship to their sexuality which presumes 1. an objective, separate entity outside consciousness and 2. with which they have not yet come to terms. What is interesting here is not whether women's bodies have been sexualised whilst men's have not (implying therefore that equal treatment would be the solution), but the way in which women's sexualised bodies are a point of entry for specific cultural values. Women's bodies carry a heavy burden in this respect. They are the site of sex, but also reproduction. Yet it would seem that women themselves are regarded as poor caretakers of what is most valuable — because women are the ones who are emotional, subjective, unreliable, impulsive etc. There is therefore a regime of meaning through which we construct female sexuality as naturally perverse and capricious.

Onto this foundation law projects its own narrow focus. The rape trial is interested in innocence and guilt (beyond all reasonable doubt), consent and non-consent, intent and lack of intent (*mens rea*). The core element would seem to be the issue of consent/non-consent. If a woman consents there is no rape. But the state of mind of the woman is read in terms of a general understanding of the emotionality, subjectivity, and capriciousness of women in matters of sex. This is, of course, not a particularly new insight so I want to add another dimension to this understanding. I have suggested that women's bodies are sexualised and that in a phallogocentric culture women's sexuality and sexual pleasure remains something of a mystery. Because women are seen as out-of-touch with their sexuality they are not reliable witnesses as to their own feelings. This goes further than the consent/non-consent issue because pleasure is construed as even more subjective than consent. So whilst we presume the rape trial is about proving consent, at another level it is about pleasure. If there is any suggestion of pleasure the issue of consent becomes immaterial. It is this that forms the real problem of the rape trial. Consider the following exchange from a rape trial followed by Adler.

Prosecution: And you say she consented?

Defendant: I didn't say she consented, or that she didn't.

Prosecution: Did she agree?

Defendant: She didn't agree.

Prosecution: Having said no at first, she just gave in?

Defendant: She enjoyed it.

Judge: The enjoyment wiped out her initial resistance — is that what you are saying?

Defendant: Yes.

(Adler, 1987, p. 10)

To some extent feminist work on rape has been misled by the focus on consent, the real issue is *pleasure*. The problem is that pleasure is even more opaque than the issue of consent. Who knows what pleasures women in our culture when we know that they do not know themselves?

But the problem of pleasure is not just one of whether it can be established or not. Rather it poses the problem of trying to define what is not pleasure in the field of sex. Since activities which some might find repellent can be defined as someone else's perverted pleasure, how can we ever be certain pleasure was not achieved?

It might be useful to consider the issues schematically.

innocence	guilt
lack of intent	intent
consent	non-consent
pleasure	?

In this scheme we can see that at least if non-consent can be shown there is a possibility of establishing guilt. However, if we have no category of non-pleasure in the field of sex, then the imputation of pleasure always undermines a woman's version of events. The question which remains however, is how, within the specific parameters of the rape trial, women find it so difficult to disassociate themselves from sexual pleasure. This would seem to occur through a process of reducing women to bits of their bodies, or more correctly their sexual parts in the recounting of the rape event.

Anna Clark (1987) has described how the evidence of assaulted women in rape trials has been treated since the eighteenth century. She points to the basic contradiction between the requirement for a woman to speak of her assault in public, and the shameful-ness attached to any woman who could speak of such things in public. Moreover, she indicates that as the trial has become more forensic in nature, women have been required to tell in greater and greater detail. In the 1980s a woman may not experience the same mechanism of shame experienced by a woman in the 1780s or 1880s, however, in the telling of her story which she must undertake in open court, she inevitably draws attention to her sexuality which becomes a spectacle, the main focus of the trial. The more she becomes the sexualised parts of her body, the more she can be discounted. In the context of the rape trial the woman's body, on which all attention is focused, becomes both the site of the alleged offence and a *conduit of disqualification*. In speaking of her parts we are reminded of the capriciousness of women in sexual matters, her closeness to nature and her mendacity and irrationality are implied. It is her body which is presumed to reveal the truth of the event (despite the woman herself). How was it clothed, was she wet, did she have an orgasm, did she cry, did she make noises of pleasure? It is her body that engendered the desire which was then enacted upon it. As women do not know their own minds in

relation to sex, can we ever be certain that this body did not experience pleasure even if the woman cannot admit to it? The woman is split into three parts, her mind, her body and her sexuality. Her sexuality is locked inside her body, but her mind is locked out. If we focus on the body (as happens in the trial) it may be possible to find evidence of sexual pleasure, her mind is in any case unreliable. The words she speaks therefore operate at a number of levels. She gives a legally acceptable account of the rape, this is her story strained through the requirements of the law. At the same time she speaks pornographically of vagina's, penises, breasts and buttocks and where and how they made contact. Simultaneously she invokes the unknown (unknowable?) quality of women's sexuality and sexual response, of irrational desires and subterranean, perverse pleasures.

In entering the rape trial the woman's body becomes the focus of the legal event but, when spoken of, her body disqualifies her as it is cross-examined in the light of legal reasoning and conventional wisdoms. It would be mistaken to take the rape trial out of context however. The disqualification of women in law through the process of associating her with a chaotic or unreliable body is not new, nor is it peculiar to this legal issue. Moreover we cannot assume that the meanings attached to women's bodies are always, and inevitably, the same. They may vary according to whether the issue is one of rape, birth, abortion, child custody, illegitimacy and so on. I will elaborate on this in relation to a few key issues which have focused on women's bodies in the nineteenth century and in the contemporary situation.

Historical perspectives on law and women's bodies

There is a growing number of studies which explore historically the relationship between law and women's bodies (Walkowitz, 1980; Edwards, 1981; Smith, 1981). Their focus has tended to be on examining how and why women's bodies (in terms of their sexual and reproductive capacities) have constituted a particular mode of regulation in law. These studies are not simply ones that identify a physiological difference and enquire how law treats this difference differently, rather they include analyses of how law constitutes the bodies of women in discourse, and how in turn notions about women's bodies (for instance as diseased, hysterical, immoral) have figured in the construction and practice of law.

Judith Walkowitz's study of prostitution in Victorian England is an excellent example of this. Through an examination of the Contagious Diseases Acts of the 1860s, Walkowitz shows how women's bodies, particularly those of working class women, came to be regarded as sites of dangerous sexuality. Their danger was not only moral, but also medical in that they were seen as carriers of disease. These views were translated into draconian legislative measures which allowed the local magistrates' courts to imprison working class women in lock hospitals and force punitive medical treatment upon them. The main contribution of this research for an understanding of

law, is not that it reveals a double standard, an inequality in the treatment of women and men, but rather that it provides a more profound understanding of how medical knowledge and legal discourse formed an alliance to regulate behaviours which were interpreted as injurious to public and individual health (moral and social). The significance of women's bodies, and the reasons why female rather than male bodies became problematic are clearly linked to gender domination, but also to the religious discourse of the moral crusades, superstition and medical knowledge about women's reproductive functions, the Victorian association of sex with disgust and guilt and the maintenance of male military morale. Walkowitz therefore reveals a complex and intricate web of associations between class, gender, medicine, law, sexuality and economics.

Edwards' (1981) work on law and sexual offences applies a similar approach to an understanding of the legal construction of, specifically, the female victim and, in general, women's culpability. Her focus differs from Walkowitz's in that she traces the inculcation of medical and common-sensical discourses on women's bodies into the practice of law in the forum of the rape trial. Hence she maps out how law silences women's complaints of sexual abuse and how law goes further to embrace notions of women's culpability in terms of false accusations or in inducing the 'seduction' in the first place. In Edwards' work, women are their sex in legal discourse. Hence notions about women's frigidity, fantasies, medical disorders, menstrual cycles are what constitute women in trials of sexual assault. She reveals that in this area at least, women were indeed constructed from bits of their bodies. Women were their sexual organs because medical discourse of the nineteenth century, on which the rape trial was heavily dependent, reduced women to their biological function, and this function was perceived as disordered.

These notions are developed by Smith in his work on law and insanity (1981). Smith argues that concepts of woman and of nature were to some extent interchangeable in the nineteenth century. Women were closer to nature, were overdetermined by their natures. Hence he maintains that there was a network of correspondences between women, nature, passivity, emotion and irresponsibility. These linkages were dependent upon the presumption of a split between mind and body, rationality and emotion, culture and nature which I discussed above. Because women were endowed with a reproductive capacity, it was argued that they remained closer to nature, by extension from this they were also less rational and less morally responsible for their behaviour. Smith develops these arguments in relation to infanticide which was an offence which was gradually distanced from murder, and was essentially the legal expression of a medically determined condition. The condition was puerperal insanity (now post-natal depression). The point Smith makes is that *all* women were deemed to be unstable, but especially so at times of child birth. Although not all women were deemed to be com-

pletely without responsibility (i.e. mad), cases of infanticide have shown how the law has readily abandoned judicial criteria for judging guilt in preference for the medical discourse on insanity (see Allen, 1987). His argument is that the medical discourse was deemed to be more appropriate to women's lives with their menstrual cycles, pregnancies, menopause, and parturitions. In effect this meant that women became subject to a less punitive penal regime — because of their chaotic reproductive organs. In contradistinction to Walkowitz's work, in this area we can see that the disqualification of women as rational beings extended certain benefits to them.

We can see that, in these key areas in law, women quite literally became their bodies, they were reduced to their reproductive functions. This is not to argue that women themselves do not acknowledge that their bodies (and changes to their bodies) are significant. But legal and medical discourses have tended to make women little more than their bodily functions and processes, or bits of bodies. Yet it would be an overstatement to argue that women were (and can be) only their bodies or bits of their bodies in law. There are areas of law where this reduction of women to their anatomy has diminished. For example women's bodies are no longer held to be a disqualification for entering professions, or entering into legal contracts. However, the linkage of the concepts women-bodies-nature which operated to deny women's responsibility (they can't help it), whilst ironically discovering them to be culpable (they bring it on themselves), remains a powerful element in the construction of women as legal subjects in the field of criminal law and, as I shall argue below, in the area of reproductive law. Having a female body becomes a *conduit of disqualification*, no less significant because it does not always have the same effect in all areas of law and legal activity.

Contemporary issues

Historical approaches to this question reveal the centrality of women's bodies to law, but also the significance of law's definition of the nature of women's bodies in a more general sense. But modern law does not necessarily operate in exactly the same way, albeit that nineteenth century conceptualisations of women's bodies are not entirely exorcised. Hence they may be seen to re-emerge in the modern rape trial, or in defence pleas when counsels raise the issue of Pre-Menstrual Tension (Luckhaus, 1985; Allen, 1984). They are also there when lawyers raise the standard of the reasonable man as a guide to judging behaviour under specific circumstances. Can women, with women's bodies, ever fit the category of reasonable man, and if not, does using the standard of the reasonable woman reduce the law to a laughing stock? (Allen, 1988)

These issues remain important but they should not blind us to newer struggles on the site of women's bodies. Modern medical technologies are extending

the potential scope of law to penetrate women's bodies and to construct different iconographies and regimes of meaning.

Modern technology has accumulated knowledge about women's bodies and reproductive capacities. Following from this it is now possible to extend legal regulation over the unborn foetus, indeed to protect the foetus against the mother in whose uterus it is developing (Gallagher, 1987). It is also possible to identify the biological parents of children through genetic 'fingerprinting' and hence it becomes possible to impose legal parental duties far more extensively. As technologies have developed, so different functions of the body, or elements of the body, become subject to new forms of legal regulation. For example, women's ova are now a matter of legal debate since they can be removed from one body and placed into another, while men's rights to children are becoming linked to genetic relationships (or simply sperm) rather than relying on legally established marital ties (Smart, 1987).

Whilst acknowledging that law can extend regulation into more and more intimate areas of the body and private life, we should also acknowledge that the law does not stand in one position. The law does not have a completely unified policy in relation to women or women's bodies. Hence we have coexisting legislation in the United Kingdom which, on the one hand, legalises medical abortions, and on the other seeks to protect foetal life. Moreover we can see that we have moved from a position where law simply acted punitively in relation to questions of bastardy or abortion, to a state of highly differentiated responses to new fields like adoption, in vitro fertilisation, surrogacy, contraception, AID, and the rights of embryo's. Some of these responses may appear more liberal than traditional legal strategies, but their power to intervene and inspect the private lives and lifestyles of women, should warn us against assuming that these modes are automatically less oppressive because they, for the most part, avoid criminal sanctions. Hence we can see that the development of law is not one of simple linear progress. Rather it is possible to perceive that law has entry into minute aspects of the life of the body and has the potential to regulate women's activities whilst appearing most liberal and benevolent. It is to these issues I shall now turn.

Reproductive Law

There is not an established area of law called Reproductive Law in the United Kingdom although there is a growing body of legislation and quasi legislative measures which relate to biological reproduction. Under this heading I would include measures on surrogacy, IVF and related techniques, abortion, illegitimacy, parental rights, foetal rights, infanticide, embryo experimentation, genetic manipulation and some aspects of inheritance laws. It is important to stress that all I am doing here is gathering existing legislation/measures under one heading. I am not attempting to create a new form of law such as Birth Law as promoted by Tove Stang Dahl (1987) in

Norway. Dahl's idea of Birth Law is based on a reconceptualisation of the nature of legislation so that it becomes more congruent with the material reality of women's lives and their needs. This is outside the scope of this paper, instead I shall concentrate on the existing situation arising from abortion, IVF and AID. I will attempt to argue that central to the development of legislation in these areas is an implicit understanding of women's bodies (as outlined above) but also the potential for creating new meanings and new conditions for regulation.

As in the field of rape, in the areas of reproduction and law women are little more than their bodies or bits of bodies. In this respect law has relied very heavily on medical discourses which have construed women as prisoners of their own wombs. This form of disqualification sits alongside an admittedly diminishing legal form of disqualification of women. By the latter I mean the legal tradition of presuming that women cannot be responsible for their affairs. Hence women have had different legal rights in relation to the guardianship of legitimate children, in terms of disposing of property or the ownership of property, in terms of occupations they could follow and so on. Certainly in terms of formal law women have now reached the status of adulthood, but in the field of reproduction this is constantly threatened by the dominance of the medical model of women in the grip of their hormones. It is also being threatened by a new definition of motherhood which is arising out of legal conflicts over child custody, surrogacy and abortion. This redefinition is challenging the modern legal presumption that mothers generally work for the best interests of their children. In the past this ideal of motherhood was threatened by the spectre of promiscuous sexuality (i.e. the adulterous wife could not be a good mother). More recently the sexualised body of the mother has returned in the form of the lesbian mother — but there are other dimensions as well. The mere fact that women terminate pregnancies, enter into surrogacy arrangements, conceive babies outside their wombs, opt for autonomous motherhood, or try to claim the sole custody of children, has begun to shift the terms of the debate towards one in which fathers are being redefined as the source of children's welfare. Ideas about women's bodies and women's relationship to their bodies are crucial to this redefinition. The case of *C. v S.* (The Times Law Report, 25 February 1987) provides an instance of what I mean.

The case of *C. v S.* involved two university students. The woman, suspecting she might be pregnant had taken the 'morning-after-pill', and thereafter believed she could not be. She was depressed at the time and was taking medication, but she also underwent an X-ray in the course of a medical examination. She then discovered she was in fact pregnant and decided to have a termination. By this time she was between 18 and 21 weeks pregnant. At this point her former boyfriend enters the scene being revealed as a Right to Lifer. He takes her to court to try to prevent the abortion taking place. The woman's right to an abortion was enshrined in

the 1967 Abortion Act and she had the support of doctors who argued that the medication and the X-ray would have damaged the foetus and that her health would be impaired by a continuation of the pregnancy. However, alongside this legislation exists the Infant Life Preservation Act 1929. Section I of this Act provides that 'any parent who, with intent to destroy the life of a child capable of being born alive, by any wilful act causes a child to die before it has an existence independent of its mother, shall be guilty of a felony' (see Kingdom, 1985 a and b).

This case was brought under this Act, it being argued that with the advances being made by medical science the 18-21 week old foetus was capable of being born alive. The case was not one of fathers' rights as the press tended to report it — although clearly it had implications for fathers' rights. It was in fact much more complex and subtle than a clash of rights. The putative father was attempting to use shifts in medical science to challenge an established principle that no foetus under 20 weeks was capable of being born alive. He failed to do so because the judge decided that the weight of medical evidence was against him. However, the attempt marked an important shift in the debate about who should adjudicate on women's bodies.

The woman's body

In *C. v S.* the woman's body was fully regulated by the medical profession. They had prescribed her drugs and administered the X-ray. She is clearly depicted as a woman out of control of her body but fortunately under the tutelage of her doctors. She does not look like a good prospect as a mother anyway. Indeed in the event of a custody conflict over a child born to such a woman she would be in a very poor position. (This is in fact more or less what happened in this case, because she had the baby and the father now has *de facto* custody, although to my knowledge this was not contested in court.) So we can construct a vision of the woman who may have an abortion but, by wanting it disqualifies herself as a mother. In seeking to control her reproductive function, she abdicates the right to care for its product.

There are other meanings to be derived from this case however. A crucial one is the separation of the foetus from the mother who is carrying it. This separation is of course the basis of the foetal rights movement and it is closely linked to the development of new medical technologies. We are increasingly able to conceptualise the foetus as separate from the mother through the (unreal) imagery of so-called test-tube babies (Stanworth, 1987), through ultrasound screening which allows direct access to the foetus by passing the mother (Farrant, 1985), and through the development of intensive care which does mean that (some) very premature babies can survive. The conceptualisation of the foetus as separate leads rapidly to the attempt to accord the foetus rights as a legal subject. The moral claim of a right to life becomes far more concrete and attaches itself to an identifiable being. The relationship between the mother and foetus is

also rendered more tenuous. In IVF and GIFT, most particularly in instances of multiple pregnancies, the mother becomes the incubator rather than the active producer. She is also diminished in comparison to the doctors who become the central actors.

This separation of mother and foetus in turn leads to a reconceptualisation of the mother as a potential threat to the entity inside her. So, for example, whilst smoking may be seen as a habit which causes harm to the individual, it becomes a harm to another separate being if the woman is pregnant. The next step becomes one of instituting legal protection against this kind of harm. So in North America there are moves to force women to have caesarean births and to undergo other involuntary procedures, there also arises the possibility of imprisoning women in hospitals and of allowing legal actions against mothers who have life-styles detrimental to their unborn offspring (Gallagher, 1987). We begin to see the re-emergence of the nineteenth century lock hospital which was used for women with suspected venereal disease. In the nineteenth century they were introduced to protect men, in the twentieth century they may be introduced to protect foetuses against their mothers. The point is that such draconian measures can be justified by the redefinition of mothers as unreliable bodies.

In these developments we can see the return of the iconography of the chaotic female body — but now grounded in modern science and not quasi superstition. There are no wandering wombs here, nor erroneous beliefs that men catch VD whilst women spread it. Rather we have a science which fits with modern liberal thinking on healthy bodies. Smoking and the use of drugs are bad for the health of the body, they are clearly bad for the foetus — obviously we should have measures to protect the foetus! It can become very hard to argue against such benevolent sounding thinking especially when it is grounded in a deep suspicion of women's unreliable bodies.

Further penetrations

It is possible to begin to map the various ways in which reproductive technologies are creating new sites for legal intervention. The creation of legal relationships can increasingly be based on laboratory results, whilst medical access to human ova and conceptuses raises new questions of ownership. Although the issue of ownership of children is now dead, the question of who owns, or has the right to control, gametes is another matter.

I am particularly interested in the former question, namely that of the creation of legal relationships. It is often remarked that the new reproductive technologies (especially IVF or full surrogacy) threaten the established basis of the family in which the married parents are presumed to raise their genetic offspring. However, in law the primary issue has always been the legal contract of marriage (between husband and wife) and not the biological relationship (between father and child) (Hoggett, 1981). The latter was

presumed to follow the form regardless of the realities of conception (Smart, 1987). The primacy of the legal relationship has diminished in recent years however with the rise in divorce and unwed motherhood. This has posed a major problem of how to attach men to children. In the area of illegitimacy there are currently provisions going through Parliament which will give unmarried fathers the right to share 'parental responsibility' for children with mothers (The Children Bill, 1988). This is not an automatic right but if granted it will put the father in the same legal position as the mother. In effect this means the end of autonomous motherhood outside marriage. This has further ramifications when reproductive technologies are concerned. The sperm donor (and possibly the male commissioning parent in surrogacy cases) will be in the same position as the unmarried father. At present it is proposed that the married mother who uses AID will be protected from any future demands made by him via the device of registering her husband as the father of her child. So where there is a legitimate husband on the scene the biological father can be excluded. However, the unmarried mother has no such protection. The solution made explicit in the Warnock Committee Report (1984) is to make AID in infertility clinics unavailable to unmarried women, but AID can be obtained informally. Under such circumstances the mother, particularly if she breaks the code of the non-sexual body by being lesbian, risks having to share legal rights with the donor. The ability of genetic fingerprinting to determine precisely who the genetic parents of a child are makes this almost inescapable. (Indeed the principle has been established in The Netherlands that an AID donor should be entitled to access to his child. The case involved a lesbian mother.) Medical penetrations therefore carry the potential of new forms of regulation, of reorganising paternal rights in a fashion independent of marriage but where fathers still exercise some control over the produce of women's bodies. Indeed it is hard to escape the conclusion that law can tolerate biological reproduction only if it proceeds under the gaze and supervision of the rational authority of the father. Women's bodies when unsupervised can generate chaos. They threaten to produce children without legally recognised fathers, they are subject to irrational emotions and they generate immoderate desires. Such bodies must clearly be confined.

Redefining women's bodies

Legal and medical discourses have set a specific agenda in which women's bodies become inevitably defined as problematic. The issue for feminism is how to re-define this definition. There have been strategies which have defied the idea of pregnancy as a disease, or have insisted on a woman's right to choose. However, these strategies can be problematic when applied to law. The claim to rights is now quite counter-productive (Berer, 1988; Kingdom, 1985). Women's rights can be matched by the claim to foetal rights, and in any case women are seen as having equal rights so that further claims are simply seen as

unjust prerogatives. It is also not entirely clear to me that the problem is one of rights or equality. I have not identified the centrality of women's bodies to law simply in order to argue that bodies should be ignored, or should be treated as if they are male bodies. I see no great benefit for women, for example, in having pregnancy treated as an illness in order for it to fit into the Sex Discrimination Act because this piece of legislation requires that a woman compares herself to a man in order to establish discrimination.

I am also uncertain that we can talk of a single strategy or practice as if a unified policy arises from our analysis. I have discussed law as a singular concept here to underline how it is constructed as if it were a unity. However, it is no such thing and so it is mistaken to presume a unified strategy will meet the various problems that law creates. It may also be important to consider strategies which avoid law altogether. Feminists have perhaps been too ready to turn to law, using rights discourse as if it were inherently progressive. More recently there have been attempts to go beyond a simple appeal to law to construct an alternative feminist jurisprudence (MacKinnon, 1987) or a Women's Law (Dahl, 1987). Such measures challenge the form as well as the content of law suggesting a new basis for concepts of justice and equity to replace existing doctrines. These are interesting developments, but they leave unanswered the question of why *law*, even feminist law, should continue to regulate so many areas of civil or private life. In the United Kingdom the tendency to turn to law for a solution is less marked than in North America or Scandinavia, but the influence of feminist legal scholarship and legal campaigns may begin to alter this orientation. In the desire to do something, tackling and reformulating law feels tangible. However, this overlooks what I regard as the juridogenic nature of law. Just as medicine may be iatrogenic, so law may create unforeseen wrongs in the process of enforcing rights. Empowering law does not necessarily empower women.

In a sense we have gone as far as we can go with law perceived in traditional campaigning or reformist terms. Feminists have pursued the equality route and the rights route and these goals have largely been achieved — but with little major effect. However, what these attempts have revealed is a much deeper problem. This problem is the way law constitutes a site of the production of meanings, in particular problematic meanings for those of us with women's bodies. Yet in being a site of the production of meanings, law also provides a site for contesting meanings — often in a very public way. The outcry over outrageous judgments in sexual abuse or rape cases is one instance of a contest over meaning and a gradual redefinition of the meaning of having a female body. Other areas of law may be less visible and do not provide such public forums. Nonetheless it is the (often hidden) meanings which law constructs and reproduces which are most problematic. We need to challenge these meanings through language, most particularly we need to confront the problem of the

law's claim to truth which disqualifies alternative visions and experiences which arise from the subjectivity of inhabiting women's bodies.

Bibliography

- Adler Z.: *Rape in Trial*, London, Routledge and Kegan Paul, 1987.
- Allen H.: *At the Mercy of her Hormones: Premenstrual Tension and the Law*, 1984, 'm/f' no 9, p. 19-44.
- Justice Unbalanced*, Milton Keynes, Open University Press, 1987.
- One Law for All Reasonable Persons*, 1988, Int. Jnl. Soc. of Law, Vol. 10 (40), p. 419-432.
- Berer M.: 'Whatever happened to "A Woman's Right to Choose"?' *Feminist Review* 1988, 29, p. 24-37.
- Bottomley A.: *Feminism in Law Schools*, in S. McLaughlin (ed.) 'Women and the Law', University College London, Faculty of Laws, Working Papers, 1987, no 5.
- Cameron D.: *What is the Nature of Women's Oppression in Language*, *Oxford Literary Review* 1986, Vol. 8 (1/2), p. 79-87.
- Caplan P.: *The Cultural Construction of Sexuality*, London, Routledge, 1987.
- Clark A.: *Men's Violence; Women's Silence*, London, Pandora, 1987.
- Cousins M.: *Men and Women as Polarity*, *Oxford Literary Review*, 1986, Vol. 8 (1/2), p. 164-169.
- Dahl T.S.: *Women's Law*, Oxford University Press, 1987.
- Edwards S.: *Female Sexuality and the Law*, Oxford, Martin Robertson, 1981.
- Farrant W.: *Who's for Amniocentesis? The Politics of Prenatal Screening*, in H. Homans (ed.) 'The Sexual Politics of Reproduction', Aldershot, Gower, 1985.
- Gallagher J.: *Prenatal Invasions and Interventions: What's wrong with Fetal Rights*, *Harvard Women's Law Journal*, 1987, Vol. 10, p. 9-58.
- Gordon C.: *Michel Foucault: Power/Knowledge*, Brighton, Harvester Press, 1980.
- Griffith J.A.C.: *The Politics of the Judiciary*, London, Fontana, 1977.
- Harding S.: *The Science Question in Feminism*, Milton Keynes, Open University Press, 1986.
- Feminism and Methodology*, (ed.) Milton Keynes, Open University Press, 1987.
- Haug F.: *Female Sexualization*, London 1987 (ed.), Verso
- Hoggett B.: *Parents and Children*, London 1981, Sweet and Maxwell
- Luckhaus L.: 'A Plea for PMT in the Criminal Law', in s. Edwards (ed.): *Gender, Sex and the Law*, London 1985, Croom Helm
- MacKinnon C.: *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, *Signs* 8, (2), p. 635-658.
- Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, London 1987, Harvard University Press
- Miller C. and Siwft K.: *The Handbook of Non-Sexist Writing*, London 1980, The Women's Press
- Mitchell J.: *Psychoanalysis and Feminism*, Harmondsworth 1975, Penguin
- Mossman M.J.: *Feminism and Legal Method: The Difference It Makes*, *Australian Jnl. of Law and Society* 1986, Vol. 3, p. 30-52.
- Roberts H.: *Doing Sociological Research*, London 1981 (ed.), Routledge and Kegan Paul
- Sache A. & Wilson J.H.: *Sexism and the Law*, Oxford 1978, Martin Robertson
- Smart C.: 'There is of course the distinction dictated by nature': *Law and the Problem of Paternity*, in M. Stanworth (ed.) op cit, 1987.
- Feminism and The Power of Law*, London 1989, Routledge
- Smith D.: *Womens perspective as a radical critique of sociology*, *Sociological Inquiry* 1974, Vol. 44 (1), p. 7-14.
- Smith R.: *Trial By Medicine*, Edinburgh 1981, Edinburgh University Press
- Spender D.: *Man Made Language*, London 1980, Routledge and Kegan Paul
- Stanworth M.: *Reproductive Technologies*, Cambridge 1987 (ed.), Polity Press
- Suleiman S.R.: *The Female Body in Western Culture*, Cambridge 1986, Harvard University Press
- Sumner C.: *Reading Ideologies*, London 1979, Academic Press
- Thornton M.: *Feminist Jurisprudence: Illusion or Reality?*, *Australian Jnl of Law and Society*, 1986, Vol. 3, p. 5-29.
- Hegemonic Masculinity and the Academy*, *International Jnl. of the Sociology of Law*, 1989, Vol. 17 (1)
- Walkowitz J.: *Prostitution and Victorian Society*, Cambridge 1980, Cambridge University Press
- Warnock M.: *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, London 1984, HMSO, Cmnd. 9314
- Weedon C.: *Feminist Practice and Poststructuralist Theory*, Oxford 1987, Blackwell

*En om de vrouw
verging het kind*

Kindermoord in de negentiende eeuw¹

Als een dreigende wolk hangt het verbod op kindermoord boven het recht op abortus in de eerste maanden van de zwangerschap. Werd kindermoord aan het begin van deze eeuw steeds meer de juridische uitdrukking van een medische toestand, nu dreigt door de voortschrijdende medische technologie een toenemende juridisering van het gedrag van vrouwen jegens hun (ongeboren) kind. Was het recht op abortus tot voor kort een mogelijkheid van de staat het verbod op kindermoord feitelijk tot gelding te brengen, nu is de grens tussen abortus en moord weer langzaam aan het vervagen.

In het juridische denken over abortus staat de levensvatbaarheid van de foetus centraal. En juist dat criterium zou wel eens de achillespees van het recht op abortus kunnen zijn. In een steeds vroeger stadium van de zwangerschap is de foetus levensvatbaar en daarmee duurt de onschuld, die met het recht op abortus gegeven was, steeds korter. De medische technologie voert ons terug naar een tijd waarin de ongewenste zwangerschap met schuld was omgeven.

In de negentiende eeuw, toen abortus provocatus niet alleen een strafbare, maar bovendien een levensgevaarlijke handeling was, werd een groot aantal ongewenste en veelal onwettige baby's in Nederland te vondeling gelegd. Van een niet verwaarloosbaar aantal pasgeborenen werd echter op rigoreuzer wijze afstand gedaan: zij werden gedood. Op de doodslag van een pasgeboren kind stond krachtens het vanaf 1811 vigerende strafrecht de doodstraf, te voltrekken aan de worgpaal.² De berechting ervan viel tussen 1811 en 1838 onder de competentie van het Hof van Assise, nadien onder de competentie van het Provinciaal Gerechtshof (1838-1886). Het vonnis kon ter cassatie worden voorgedragen aan de Hoge Raad. Voorts was in artikel 319 de strafmaat vastgelegd ingeval van een 'onwillige manslag'.³ Dit delict werd berecht door de Correctionele Rechtbank.

Kindermoord blijkt geen fenomeen uit een ver en barbaars verleden te zijn. In Nederland kwam het tot in onze eeuw verrassend vaak voor. Zelfs tegenwoordig stuiten we sporadisch op een krantebericht over de vondst van een babylijkje of een kindermoord.⁴

De strafrechtelijke vervolging in Nederland van kindermoord in de negentiende eeuw en de beeldvorming rondom het delict en de daderessen tonen dat kindermoord, historisch gezien, in West-Europa primair als een zedendelict is benaderd. De justitiële vervolging ervan hing daarom nauw samen met de staatspolitiek inzake zedenvraagstukken en met de sancties op overtredingen van seksuele gedragsnormen.

Omvang van infanticide in de negentiende eeuw

Infanticide kent vele gedaanten, meer of minder verhuld. Een incident dat zich vanouds in het schemergebied tussen ongeluk en opzet bewoog, was dat van doodligging van een baby; het kind werd tussen de ouders in in bed genomen om het warm en stil te houden en raakte noodlottig bekned. Saillant in dit verband is dat in een veel verder verleden, namelijk in het laat-middeleeuwse Engeland doodligging zo'n frequente doodsoorzaak van baby's was dat hierover in het kerkelijk recht een aparte bepaling was opgenomen. Doodligging werd gelijk gesteld aan manslag: 'Eek if a woman by negligence overlyeth her child, it is homicide.'⁵ In de negentiende-eeuwse Registers van Strafzaken van de Arrondissementsrechtbank van Amsterdam kwam doodligging echter vrijwel niet meer voor. In de enige zaak waarbij sprake was van doodligging, bekende de 23-jarige E.S.J. van der Heijden in een gasthuis bevallen te zijn van een levend kind en 'dat zij het voornemen heeft opgevat om het kind om het leven te brengen, teneinde haar schande te bedekken; dat zij daartoe, na het kind gedoopt te hebben, er met haar rug op is blijven liggen, totdat zij bemerkte, dat er geen leven meer in was.'⁶

Bij andere, meer verholde vormen van infanticide kan men denken aan blootstelling aan honger, kou en andere vormen van fatale verwaarlozing, wel aangeduid met 'homicidal neglect'.⁷

Kindermoord is vaak, misschien zelfs in het merendeel van de gevallen, in het verborgene gebeven. Onderzoekers spreken van een omvangrijk 'dark

number'.⁸ De ontdekking ervan beruiste min of meer op toeval en veel hing af van de aangiftebereidheid van personen in de nabije omgeving.

Ook in het negentiende-eeuwse Amsterdam moet infanticide vaak in het verborgene zijn gebleven. Een aanwijzing daarvoor vormden de op toeval berustende, troosteloze, ontdekkingen van lijkjes van pasgeborenen die nooit aan de anonimiteit zijn ontsnapt. Ze kwamen onbedoeld bovendien in de Amsterdamse grachten of werden aangetroffen in de omgeving van kerkhoven, in nauwe stegen, enzovoorts. In 1848 vinden wij bijvoorbeeld aantekening van 'het vinden van een kinderlijkje op het stoepje van de pastorie der Mozes en Aaronkerk op de Houtgracht'.⁹ In datzelfde jaar werd er ironisch genoeg proces-verbaal opgemaakt tegen de passante Reintje Melesie wegens 'het (weder) in het water werpen van een kind in November waarvan het lijkje is drijvende gevonden door A. Hanover in de Vest bij de Weteringbarrière'.¹⁰

Om een impressie te geven van de verhouding tussen ontdekking van kinderlijkjes en vervolging van kindermoord: in Amsterdam werden er tussen 1835 en 1870 circa 400 anonieme zuigelingenlijkjes geregistreerd; in diezelfde periode zijn er 25 rechtszaken tegen vrouwen aanhangig gemaakt en werden nog eens 15 kindermoordzaken geseponneerd. Sepot volgde bijvoorbeeld in de zaak van 'Elisabeth Rode, 27 jaren, geboren te Schellenburg in Hanover, wonende te Amsterdam. Het onmiddellijk na hare bevalling van het leven benemen en in het secreet werpen van een voldragen kind van het vrouwelijk geslacht ten huize van den broodbakker Behringer op de Waal vermoedelijk in den nacht van 27 op 28 november. 5 december gearresteerd. 21 december buiten vervolging en in vrijheid gesteld'.¹¹ Alhoewel uit het register niets blijkt over de reden van sepot, kon die vaak erin gelegen zijn dat van tevoren al duidelijk was dat de levende geboorte van het kind onbewijsbaar was door de staat van ontbinding.

De gegevens zijn dus vooral onthullend als vingerwijzing voor het hoge 'dark number' rondom infanticide, maar ook illustreren zij dat het slechts in een relatief laag aantal gevallen van kindermoord tot een rechtszaak kwam. Bovendien is er sprake van opmerkelijke fluctuaties in de registratie van vondelingen, anonieme zuigelingenlijkjes en van verdenking van kindermoord in de Registers van Strafzaken. Zo leidden jaren van voedselschaarste, prijsstijgingen en hongercrises in het midden van de negentiende eeuw (1845-1849, 1854-1858) tot een drastische toename van de aantallen pasgeborenen die te vondeling werden gelegd of de dood vonden.¹² Deze explosieve toename laat zich aflezen uit de Registers van Strafzaken, waarin het aantal processen-verbaal vrijwel verdubbelde. De justitiële autoriteiten reageerden op de crisis kennelijk met een verhoogde alertheid. In perioden voorafgaand aan de hongerejaren en daarna (1840-1845, 1860-1870) werd opvallend weinig melding gemaakt van verlaten van pasgeborenen kinderen. Het is niet aannemelijk dat dit in deze perioden in zulke lage frequenties voorkwam. Abortus was levensgevaarlijk, moeilijk realiseerbaar en strafbaar. Rekening moet daarom worden gehouden met een

aanzienlijke onderregistratie van misdrijven tegen kinderen.

Dienstboden als delinquenten?

Het was vrijwel exclusief één groep uit de vrouwelijke populatie die de beklagdenbank bevolkte in rechtszittingen over een kindermoord. Mannen werden uiterst sporadisch voor een kindermoord vervolgd en in zo'n geval in de regel vrijgesproken. Zoals we later ook bij het strafvervolgingsbeleid ten aanzien van het te vondeling leggen van kinderen zullen zien, werd het mankeren van verzorgingsverantwoordelijkheden of het plegen van wandaden ten aanzien van kinderen uitsluitend vrouwen ten laste gelegd. De verwekkers van dit onwelkome kroost worden in de meeste dossiers dan ook niet vermeld. In die zin was infanticide een typisch vrouwendelict.

In het negentiende-eeuwse Nederland waren het vooral ongehuwde dienstboden, met een gemiddelde leeftijd van 26 jaar en inwonend bij hun werkgevers, die terecht moesten staan voor een kindermoord.¹³ Er wordt wel op gewezen dat vrouwelijke dienstboden een kwetsbare groep vormden; door hun leeftijd waren zij seksueel aantrekkelijk, door inwoning leefden ze letterlijk onder handbereik van hun broodheren en mannelijke collega's en geïsoleerd van familiecontrole en -bescherming.¹⁴ Dienstboden figureerden ook als de meest prominente beroepsgroep in een studie, waarin een causaal verband werd aangetoond tussen perioden van langdurige schaarste en hongercrises in het negentiende-eeuwse Noord-Holland en de verlaten van zwangere vrouwen door hun vrijers of partners.¹⁵ Op hun beurt werden de onwettige kinderen van deze alleenstaande moeders vaak door hen verlaten.

Dienstboden als 'risicogroep' dus, in een maatschappelijke situatie waarin premaritale sex een wijdverbreide praktijk was, maar waarin voor een vrouw en haar familie schande kleefde aan een zwangerschap die niet door een huwelijk werd gevolgd? Ten dele. Een relativering die op haar plaats is, is dat een zeer groot deel van de vrouwelijke beroepsbevolking tot in onze eeuw een broodwinning vond in huiselijke diensten (in 1890 rond de 50 procent).¹⁶ Even significant als verklaring van de dominante aanwezigheid van dienstboden als beklagden is, dat deze vrouwen — die niet alleen onder één dak met hun werkgever woonden, maar vaak ook kamer en bed deelden met een mededienstbode — geen privacy kenden en over een uiterst marginale manoeuvreerruimte beschikten om een kind onopgemerkt te doen verdwijnen.

Blijkens hun getuigenissen vormde het kind zolang het leefde een onaanvaardbaar risico van ontdekking. Uit angst verraden te worden door het huilen van de zuigeling, brachten ze het vóór het eerste krijten om het leven.¹⁷ Dienstboden bevielen vaak letterlijk tussen de bedrijven door, nadat zij hun zwangerschap maandenlang verborgen hadden gehouden. Tegenover veelal alerte werkgeefsters, die via het wasgoed de 'maandelijksse stonden' van hun dienstpersoneel controleerden, moest worden volgehouden dat 'de regelen' wel vaker lange tijd achterwege bleven. Zo staat in een verslag van een rechtszitting in 1855 te

lezen: 'dat zoowel de moeder van Van Loen (de ex-werkgever en verwekker van het kind) als later hare eigene moeder [...] haar meermalen, met het oog op haar figuur en het wegblijven der maanzuivering hebben gevraagd of zij zwanger was en zij verdachte zulks steeds heeft ontkend, omdat van Loen het haar verzocht heeft.'¹⁸ Ook nieuwsgierige en toespelingen makende familie, collega's en buurtgenoten moesten om de tuin worden geleid.

Ontdekking van de zwangerschap zou leiden tot het verlies van baan en bestaansmiddelen, tot de perspectiefloosheid van een armoedig en gestigmatiseerd leven van 'gevallen vrouw'. Het zou een streep trekken door de ambitie van deze, in meerderheid uit de arbeidersklasse afkomstige vrouwen, om via het dienstbodenbestaan een spaarfonds op te bouwen voor een 'respectabel' huwelijk en zo te ontkomen aan armoede.¹⁹

Het ging om vrouwen op wie de heersende sexuele en huwelijksmoraal van toepassing was en die zich daarnaar gedroegen met de ambivalentie tussen veronderstelde kuisheid en normale vrijgepatronen, die getolereerd werden zolang er geen zwangerschap optrad. Een vrouw, eenmaal ongehuwd zwanger, had reden zich verloren en vergooid te voelen. Het lijkt dat feit te zijn dat de weg opende naar de hardnekkige ontkenning van de zwangerschap en uiteindelijk — in een uiterste poging het lot te keren — naar kindermoord en niet zelden ook naar prostitutie.²⁰

Dezelfde marginale bewegingsvrijheid die sommige vrouwen tot een kindermoord dreef, was tegelijkertijd de primaire oorzaak van de ontdekking van het delict. Het corpus delicti werd gevonden in of rondom het huis van de werkgever; de poging tot verberging was doorgaans een blijk van onmacht. De kinderen werden gevonden in latafels, aardappelmelders, secreten, vuilnisbakken en dergelijke.

Maar ook was de aangiftebereidheid van de omgeving groot bij deze dienstbodendelicten. De werkgeversfamilie had immers een reputatie van burgerfatsoen op te houden (waarbij het in dienst houden van een zwangere meid gold als een erkenning van schuld aan die zwangerschap). Mededienstboden vrijwaarden zich van elke schijn van hulp aan hun onfortuinlijke collega. Meestal waren zij degenen die de werkgevers alarmeerden. Zo verklaarde een Arnhemse keukenmeid 'dat zij in de vroege morgen van 28 december gehoord heeft dat hare kameraad, de tegenwoordige beschuldigde, die met haar in hetzelfde vertrek sliep, haar koffer opende [...] dat zij toen eensklaps een geluid als van een schreiend kind hoorende haar vroeg wat dat was waarop beschuldigde zeide dat dit zenuwen in haar buik waren; dat getuige [...] omdat de zaak haar zóó vreemd voorkwam, het aan mevrouw heeft medegedeeld, die zich naar boven spoedde [...]'.²¹ Vrouwen uit de naaste omgeving werden opgeroepen als getuigen à charge die tijdens de rechtzittingen gedetailleerde informatie verschaften over het gebeurde.

Het zijn naar mijn mening deze hoge kans op ontdekking en de aangiftebereidheid van de omgeving, die de dienstboden als vrijwel enige groep verdachten voor het gerecht brachten.

De hoge frequentie van het vinden van pasgeborenen

zonder dat nader onderzoek werd ingesteld, het geringe aantal kindermoordzaken dat tot een rechtszaak leidde en de vrijwel exclusieve vervolging van een groep uit de vrouwelijke populatie, namelijk die welke een uitzonderlijk risico liep voor ontdekking van de gepleegde misdrijven; dit alles doet vermoeden dat Justitie in feite een tamelijk terughoudend vervolgingsbeleid voerde inzake infanticide.

De smalle marge tussen tevondelinglegging en kindermoord

De angst voor ontdekking dreef deze vrouwen aldus tot kindermoord. Het te vondeling leggen van het kind werd kennelijk door hen te riskant geacht. Dit is des te opmerkelijker omdat in het negentiende-eeuwse Amsterdam pasgeborenen nog zeer frequent te vondeling werden gelegd. In de hongerjaren stegen in Amsterdam niet alleen de geregistreerde vondsten van anonieme zuigelingenlijkes naar de tientallen per jaar, maar ook die van vondelingen.²² In een enkel geval werd op zo'n kind een briefje gevonden: 'genaamd Maria, uit angst en armoede, geloof gereformeerd'.²³

Het te vondeling leggen van een kind was een strafbaar feit.²⁴

Het werd berecht door de Correctionele Rechtbank. Hoewel wettelijk een maximale gevangenisstraf van een jaar kon worden opgelegd, legde de Correctionele Rechtbank Amsterdam in de regel een gevangenisstraf op van 3 maanden en een geldboete van f 8,—. Deze vrijheidsstraf werd niet zelden via een Koninklijk Besluit sterk bekort of zelfs kwijtgescholden voor de natuurlijke moeders van de vondelingen, om hen in staat te stellen hun kind te verzorgen.

Na 1851 werd de strafmaat per individueel geval bepaald. De standaardstraf werd nu 14 dagen gevang, waarbij opvalt dat eenzame opsluiting zijn intrede deed als straf die de rechter kon opleggen als hij in 'de geaardheid van de schuldig verklaarde' of in de omstandigheden van het misdrijf daartoe aanleiding zag.²⁵

Zo werd in 1867 een 25-jarige vrouw wegens landloperij en het te vondeling leggen van haar kind veroordeeld tot 45 dagen eenzame opsluiting.²⁶

Ingeval het kind stierf door de verlating, werd het delict als doodslag beschouwd en dienovereenkomstig bestraft.²⁷ Dat deed zich voor bij de Friese dienstmeid E. Cuperus, die bekende 'in een bosch nabij Sondel haar zoon te vondeling te hebben gelegd, waardoor het kind de honger dood stierf'. Zij werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van zeven jaren op grond van onwillige manslag, voorafgegaan door tepronkstelling op het schavot waarbij het zwaard boven haar hoofd werd gezwaaid als symbool van de associatie van deze straf met de doodstraf.²⁸

Ongewenst zwangere vrouwen in de vorige eeuw hadden de keus tussen het te vondeling leggen van hun kind en kindermoord. In een enkel geval lijkt de keus tussen beide bijna arbitrair te zijn geweest. In 1854 verklaarde de 39-jarige weduwe Nel Wenters, die uit haar huwelijk vier kinderen had, dat ze vanwege de schande voor haar omgeving ervoor terugschrok om haar vijfde, buitenechtelijke kind te hou-

den. Ze had eraan gedacht, zei ze, om het kind aan haar zusters te geven of te vondeling te leggen. Maar toen het begon te huilen, wurgde ze het met een kledingstuk uit vrees voor ontdekking.²⁹

De vrouwen die in Amsterdam berecht werden wegens het te vondeling leggen van een kind, bleken afkomstig te zijn uit dezelfde groep als zij die voor een kindermoord terecht moesten staan.³⁰ Met dat verschil, dat hier vaak verscheidene vrouwen werden geverbaliseerd. Hier zien we vaak oudere vrouwen optreden als spreekwoordelijke dekmantel; de hulprelaties en -netwerken, die bij kindermoordprocessen in het duister bleven, kwamen hier wel aan het licht. Zo werd de 56-jarige weduwe en kraambewaarster Margaretha Richter tegelijk gearresteerd met de 22-jarige naaister Alida Binnenkade, de moeder van het kind. Hetzelfde lot trof vroedvrouw Geertje van der Hans, die als chaperone optrad voor een 30-jarige dienstster die zich van haar kroost onttreedde.

Dat de meesten van deze vrouwen geboren en getogen Amsterdamsen bleken te zijn, in tegenstelling tot degenen die infanticide pleegden, kan een indicatie zijn dat de Amsterdamse vrouwen er beter in slaagden een hulpcircuit op te bouwen.³¹

Mannen waren zelden betrokken bij deze onderneming en waar ze in de registers opdoken, werden ze steevast vrijgesproken terwijl hun metgezellinnen met hun vrijheid en geld moesten boeten.³²

De rechtspraak over kindermoord

Vóór de wetswijziging van 1854 is een landelijke tendens tot vrijspraak te constateren in kindermoordzaken.³³

Een voorbeeld van een dergelijke vrijspraak is de uitspraak van het Provinciaal Gerechtshof van Overijssel in 1847 in de rechtszaak tegen de 30-jarige, van kindermoord verdachte, J.C.R.

Op deze zaak wordt hier uitvoeriger ingegaan, omdat er veel typerende elementen van kindermoordzaken in te vinden zijn: de 'gruwelijkheid'; het drama dat de ontdekte moord in het leven van de betrokkenen vertegenwoordigde; de fysieke nabijheid van anderen; de geringe manoeuvreerruimte in het dienstbodenbestaan, en de argumentatie in de rechtszaal.

J. beviel 's nachts van een meisje in de bedstee die ze met haar collega deelde. (Deze verklaarde later, curieus genoeg, niets van de bevalling of het leven van het kind gemerkt te hebben. Wel klaagde ze anderhalve dag later over 'een ondraaglijke stank' in de bedstee, waar J. het lijkje al die tijd verborgen hield.)

J. wikkeld het lijkje daarop in lappen en liet het bundeltje door een gat in het ijs zakken, waar spelende kinderen het weer uit trokken aan een stukje touw dat boven het ijs zichtbaar was gebleven.

Er werd een onderzoek ingesteld, waarbij de verdenking op J. viel. De geneesheer en de gerechtelijk-geneeskundige, die de lijkschouwing en de longproef verrichtten, kwamen tot de slotsom dat de baby voldragen was en geleefd had. De dood was volgens hen ingetreden door 'bloeding ten gevolge van een schedelbreuk, moedwillig en met groot geweld aangebracht door een hevige slag met een zwaar lichaam'. De Openbare Aanklager beschuldigde J.C.R. van het moedwillig veroorzaken van de dood van haar kind

en staaft dat nader met de feiten, dat zij haar zwangerschap ontkend had en haar bevalling verheimelijkt; dat zij geen voorbereidselen (linnengoed, klerijtjes e.d.) had getroffen voor de bevalling en de baby; dat het kind alleen in haar handen was geweest en zij het op een verborgen plaats begraven had en tenslotte, dat zij, toen verdenking op haar viel, een zelfmoordpoging ondernam.

Haar advocaat betoogde dat noch bewezen was dat het kind levensvatbaar was, noch dat het geleefd had. De longproef achtte hij onbetrouwbaar. De schedelbreuk kon bovendien tijdens de bevalling zijn opgetreden.³⁴ Hij achtte moedwil van de moeder niet bewezen. Het Hof kwam tot de slotsom dat niet bewezen was dat het kind geleefd had. Dit op grond van de volgende overwegingen: de vrouw bleef ontkennen enig teken van leven van het kind bespeurd te hebben en de omgeving had dat evenmin; de levende geboorte van het kind werd alleen in het medisch attest verondersteld; de longproef was een onzeker instrument en bovendien geen wettig bewijsmiddel, maar strekte de rechter alleen tot inlichting. De vrouw werd vrijgesproken.³⁵

Het aantonen van de levende geboorte was de klasieke achillespees in de bewijsvoering. Het onvermogen van justitie om te bewijzen dat een kind geleefd had vormde — naast een algemene onverschilligheid over het lot van deze 'bastarden' — eeuwenlang één van de redenen dat slechts een verwaarloosbaar aantal infanticidegevallen voor het gerecht werd gebracht.

In het zeventiende-eeuwse Engeland, met zijn haast hysterische vervolging van zedendelicten tijdens de Reformatie, was met dit bewijsprobleem korte metten gemaakt door de bewijslast om te keren. Bij decreet, 'the Statute of James I' (1625), werd een vrouw verplicht de doodgeboorte van haar kind te bewijzen. 'Whereas, many lewd women that have delivered of bastard children [...] do secretly bury or conceal the deaths of their children. [...] For preventing of this great mischief it be enacted that [...] in every such case the such mother so offending shall suffer death as in case of murder except such mother can make proof by one witness in the least, that the child [...] was born dead.'³⁶ Bovendien werden secundaire omstandigheden, zoals getuigenverklaringen dat een vrouw haar zwangerschap verborgen had gehouden of een promiscue leven leidde, erkend als 'circumstantial evidence' en gehanteerd als valide bewijzen van intentie tot moord en schuld daaraan.³⁷ Deze wetten dienden geenszins de bescherming van het kind, maar waren instrumenteel in het staatsopzettend tegen 'immoraliteit' en gericht tegen normoverschrijdend seksueel gedrag van vrouwen.

Een verruiming van de middelen van bewijsvoering tegen een verdachte vrouw via 'circumstantial evidence' behoorde in Nederland niet tot het rechterlijk instrumentarium, hoewel de reputatie van een vrouw nooit onvermeld bleef voor de rechtbank.

De cruciale vraag naar de levensvatbaarheid van een kind moest destijds, net zoals nu, beantwoord worden door de medische wetenschap. Dientengevolge werd in de negentiende-eeuwse rechtspraak geleund op de uitkomsten van het zogenaamde 'visum repertum',

het schouwrapport. Centraal in deze breedvoerige en gedetailleerde attesten van de inwendige en uitwendige staat van het lichaam stond de longproef als enig en erkend instrument om te bepalen of een kind had geademd.

Tegenwoordig maakt een geavanceerde technologie de levensvatbaarheid van een foetus buiten de baarmoeder in een steeds vroeger stadium van de zwangerschap mogelijk, hetgeen het criterium van levensvatbaarheid compliceert en 'nieuw leven' inblaast. In het eerste nummer van *Nemesis* van dit jaar schreef José Bolten treffend: 'De slagschaduw van het verbod van kindermoord over de zwangerschap gaat [...] steeds verder (terug)reiken.'³⁸

In de negentiende eeuw waren medische kennis en techniek beperkt.

En hoewel de medicalisering en de pretenties van rationele bewijsvoering inmiddels hun intrede hadden gedaan in de rechtspraak, in de vorm van pagina's lange visa reperta, berustten deze op een zwak fundament. De longproef was een feilbare methode en de validiteit ervan werd in toenemende mate betwist. Vaak werd de conclusie van het visum repertum door de verdediging aangevochten op het essentiële punt van de levendgeboorte van een kind. Maar vooral stelde de advocatuur dat de rechtbank een onafhankelijk oordeel diende te vormen, waarbij het visum repertum slechts tot inlichting mocht strekken en niet als bewijsmiddel mocht fungeren.³⁹

De aarzeling van de gerechtshoven om voor een kindermoord de doodstraf uit te spreken, hing er mee samen dat de doodstraf inmiddels als een veel te zware repressaille en als een anachronisme uit de Franse tijd werd gezien. De enige 'escape' die de wetgeving van 1811 bood, was een veroordeling op grond van een onwillige manslag in het geval dat de dood van het kind toe te schrijven was aan nalatigheid en onvoorzichtigheid van de vrouw.⁴⁰

Met enige regelmaat werd kindermoord onomstotelijk bewezen geacht en sprak het Gerechtshof, zij het contre-coeur, een doodvonnis uit. Tussen 1811 en 1870 werden in Nederland ongeveer vijftig doodvonnissen wegens kindermoord uitgesproken.⁴¹ In 1851 werd bijvoorbeeld de 26-jarige Anna van Luijpen veroordeeld 'omgebragt te worden ter plaatse, alwaar men gewoon is binnen de stad 's Gravenhage executie van criminele justitie te doen, en aldaar op het schavot door den scherpreger aan een paal te worden verworpd, en alzoo te worden gestraft met den strop, dat er de dood na volgt [...]'.⁴² In 1852 werd bij Koninklijk Besluit deze doodstraf omgezet in een tuchthuisstraf van vijftien jaar.

In vrijwel alle gevallen werd vervolgens bij Koninklijk Besluit gratie van de doodstraf verleend.⁴³ De macht tot het verlenen van gratie was des konings. Het was in principe en in oorsprong een soeverein 'Salomonsoordeel'. Na jarenlange competentiestrijd was deze macht ingeperkt door de verplichting advies in te winnen bij de Hoge Raad, in casu de commissie van gratie van dit rechtscollege.⁴⁴ Pas deze commissie van gratie was bevoegd om te wegen of er sprake was van verzachtende omstandigheden die tot verlening van gratie of strafvermindering aan de veroordeelde zouden kunnen leiden.⁴⁵

Vaak werd al vooruitgelopen op gratieverlening in de toespraak die de rechter hield tot de veroordeelde en het veelkoppige publiek dat samendromde bij deze rechtszittingen. In 1850 verwoordde reeds de Procureur-Generaal die de doodstraf eiste van de 19-jarige Joanna Stegeman (die bekende haar tweeling 'met de klomp op het hoofd te hebben getrapt') 'de wensch [...] dat naderhand [...] de goedertierendheid des Konings mogt tussenbeide treden, om de gestrengheid van de wet te verzachten, en haar zoo jeugdig leven te sparen'.

Dit omvangrijk gebruik van het middel van gratie ging een politieke rol spelen in het debat over eventuele afschaffing van de doodstraf voor kindermoord bij de wetwijziging van 1854.

Nu als regel een beroep op gratieverlening werd gedaan, werd oneigenlijk gebruik gemaakt van dit middel, zo stelden de critici. Het was immers als uitzonderingsmogelijkheid bedoeld.

Bovendien signaleerde men dat, omdat menig rechter zocht naar gronden voor vrijspraak, straffeloosheid dreigde voor een toch zeer ernstig delict. Men verbond daaraan de conclusie, dat het opleggen van de doodstraf voor kindermoord geen maatschappelijke steun meer had.⁴⁶

Tegenover de 'haviken', die van mening waren dat het schenden van de heiligste bloedband, die tussen moeder en kind, niet zwaar genoeg gestraft kon worden, rezen de stemmen van hervormers. In het debat over de strafrechtshervorming met betrekking tot infanticide legden de laatsten de nadruk niet op de moord, maar op de morele schande van het ongehuwd moederschap, afgezet tegen de burgerlijke huwelijksideologie.⁴⁷ Kindermoord bleef een issue dat vooral als zedelijkheidsvraagstuk werd benaderd en de zeden waren veranderd.⁴⁸

Kindermoord als zedendelict

Uit de Reformatie stamde het beeld van ontaalde moeders die zich, om hun ontembare sexuele losbandigheid te kunnen uitleven, van hun kind ontdeden. Dit stereotype werd omstreden, zoals blijkt uit een pleidooi van een advocaat in 1841. 'De zoodanige zien denklijk ook in iedere kindermoordenares een oneerbare en schandelijke boeleerster, en in het wicht door haar ter wereld gebracht de vrucht van liederlijkheid en ontucht, welke zij in koelen bloede getracht heeft te vermielen, niet uit schaamte, maar alleen om des te makkelijker en te ongestoorder te kunnen voortgaan met hare wellustige neigingen en onverzadigbare driften bot te vieren. En zulke schepsels, het is waar, zouden zeker geen groot medelijden verdienen.'⁴⁹

Hiertegenover werd het beeld gesteld van de betrokken vrouwen als slachtoffer. Een gedesexualiseerd beeld waarin met gevoel voor pathos een portret geschilderd werd van een willoos slachtoffer van verleiding en bedrog, van de minachting van de wereld. 'De vrouwen derhalve [...] worden in de staat der zwangernis overgelaten aan zig zelve, aan de [...] verachting der wereld en de gegronde vreeze voor onoverkoombelijke armoede [...]. Want het zijn inderdaad de hoeren niet die bezwangerd worden [...].'⁵⁰ Tijdens de Reformatie was een scherpe vervolging

van overtredingen van de sexuele gedragsnormen en van zedendelicten functioneel voor de consolidering van staatsreligie en -gezag.

Delinquenten werden op gruwelijke wijze geëlimineerd. In Friesland werden bijvoorbeeld tot in de eerste helft van de achttiende eeuw vrouwen die een kindermoord begaan hadden, in een zak gebonden met een levend beest en verdrinken. 'Zakverdrinking' en andere afschrikwekkende straffen die aan het lichaam voltrokken werden, kwamen in alle West-Europese landen voor, als spectaculaire publieke manifestatie van het staatsgezag en als collectief zuiveringsritueel van de gemeenschap.⁵¹ Deze straffen reflecteerden tevens de aloude concepties van de medische doctrines en van het volksgeloof in vroeg-modern Europa. De sexualiteit van vrouwen werd gevreesd als voertuig voor de macht van het kwade over de gemeenschap en als bron van ontregelende impulsen.⁵²

De verbreiding van de 'Verlichtingsideologie', die zich in Nederland voor een belangrijk deel pas in de negentiende eeuw voltrok, impliceerde niet alleen het formuleren van een nieuwe staatspolitiek in het streven naar een maximale bevolkingsgroei en naar een nationale volksgezondheid. Als toekomstige arbeidskracht en staatsburger belichaamde een kind tevens een overheidsbelang.⁵³ De hoge kindersterfte werd dan ook beschouwd als een ontoelaatbaar kapitaalverlies voor de staat. In het 'verlichte' rechtsdenken werden delinquenten veeleer opgevat als 'les misérables', de kansarmen. Bovendien werden in elke vrouw moederschaps-sentimenten als van nature aanwezig verondersteld. Van heropvoeding en integratie werd meer verwacht dan van eliminatie. Aan vrouwen, wier doodstraf bij Koninklijk Besluit werd kwijtgescholden, werden dan ook lange tuchthuisstraffen opgelegd; vóór 1854 van vijftien tot twintig jaar, nadien van vijf tot tien jaar. Uit de toespraken van rechters tot ter dood veroordeelden en publiek, waarin veelal geanticipeerd werd op gratieverlening, sprak de verwachting dat langdurige boetedoening de vrouwen tot 'inkeer' en een 'zedelijke levenswandel' zou brengen.

Een veel radicaler standpunt was al in 1774 ingenomen door de hoogleraar in de gerechtelijke geneeskunde, Petrus Camper. Hij keerde zich in felle bewoordingen tegen de heersende dubbele moraal en bepleitte straffeloosheid voor vrouwen die een kindermoord begingen. 'De moeder, het is waar, beneemt het leven aan een kind, maar in welk geval en aan wiens kind? Zij [...] verdelgt dat kind, hetwelk door den vader verlaaten, aan haarzelve alleen toebehoort! Zij misdoet alleenlijk aan haarzelve en niet aan de Maatschappij! [...] Daaruit volgt dat de Maatschappij er geen belang in heeft, dat deze misdaad gestraft wordt.'⁵⁴ Hoewel Camper van dit vèrstrekende standpunt een eenzame vertolker bleef, klonk de invloed ervan door in de kritiek die in de jaren veertig van de negentiende eeuw werd verwoord op het zogenaamde 'materialisme' van het Franse recht: de wet van 1811 gaf geen ruimte voor een weging van de (eventueel verzachtende) omstandigheden waarin een misdrijf plaatsvond.

In 1841 betoogde de al eerder geciteerde advocaat:

'Iedere straf zal altijd onregtvaardig blijven, zoolang men zal vasthouden aan het gruwbare materialismus [...]: gij hebt een kind gebaard; dat kind heeft geleefd; gij hebt er de handen aan geslagen en zij hield op te leven; derhalve, gij zijt schuldig aan kindermoord. [...] Er zijn slechts hoogstzeldzame gevallen waarin aan de moeder kindermoord kan worden toegerekend, omdat zij meestal, zoo niet altijd, op het oogenblik toen zij denzelfden beging verkeerde in een ziekelijke zielstoestand, omdat de nederlaag van het kind moet worden toegeschreven [...] aan voorbijgaande krankzinnigheid en monomanie, aan wanbegrip, veroorzaakt door hevige gemoedsaandoening, door teleurgestelde liefde, door gevoel van schaamte en oneer, door [...] de angsten in het barenuur enzovoorts. Zoo iemand doodt niet om te doden, zij weet niet wat zij doet, veel minder waarom zij het doet, en wat zij wil. Haar kan men niet straffen: haar straffen is wreed en onrechtvaardig, is doelloos en nutteloos.' Hij pleitte voor een diepgaand onderzoek naar de toerekeningsvatbaarheid van de beklaagden. Bij twijfel daaraan zou vrijspraak moeten volgen.⁵⁵ Het debat over de afschaffing van de doodstraf voor kindermoord was onlosmakelijk verbonden met de ideologische twist over de beeldvorming rondom 'kindermoordsters'. Het vanaf de Reformatie geldende beeld van sexueel onverzadigbare, ontaarde Medea's werd in de loop van de negentiende eeuw verdrongen door dat van misleide vrouwen, die in wanhoop handelden. Kindermoord werd voorgesteld als voortkomend uit een overweldigende schaamte en schandebesef om het eerverlies, veroorzaakt door schending van de sexuele moraal. Het was mede deze omslag in de ideologische beschouwing van ongehuwde vrouwen die een kindermoord begingen, die de impuls gaf tot modificatie van het strafrecht.

De wetswijzigingen van 1854 en 1886

In 1854 werd de wet ten aanzien van kindermoord gewijzigd. De accentuering van de morele schande van het ongehuwd moederschap resulteerde erin, dat de doodstraf werd afgeschaft voor een 'kindermoord voor de eerste maal door de ongehuwde moeder gepleegd'. Daarmee werd een onderscheid gemaakt tussen haar en andere plegers van infanticide. Het ongehuwd moederschap gold dus in de delictsomschrijving zelf als een verzachtende omstandigheid. De doodstraf werd vervangen door een tuchthuisstraf tussen de vijf en tien jaren.⁵⁶

De marges van de nieuwe wetgeving werden vooral in de jaren zestig van de vorige eeuw via het actief procederen voor de Hoge Raad verkend. Het eerste vonnis waarin sprake was van een poging tot kindermoord werd bekrachtigd. De Hoge Raad oordeelde dat het kind slechts door omstandigheden buiten de wil en het toedoen van de moeder was blijven leven.⁵⁷ In 1866 werd de status van de 'bloote bekentenis' van de beklaagde in de bewijsvoering betwist. De Hoge Raad was echter van mening dat de bekentenis, tesamen met het visum repertum, een wettig bewijsmiddel vormde.⁵⁸ Tenslotte werd nog eens via de Hoge Raad bevestigd wat tijdens vele rechtszittingen uitdrukkelijk door de verdediging naar voren werd gebracht, namelijk dat het schouwrapport de

rechter slechts tot inlichting mocht dienen, maar geen bewijsmiddel was. Dit deed echter weinig af aan het gewicht dat tot laat in de negentiende eeuw door de Rechtbank eraan werd toegekend. De verdediging zag zich dan ook regelmatig genoodzaakt het rapport tot in details aan te vechten en in enkele gevallen zelfs een contra-expertise te vragen.

Terwijl de advocatuur de wijsheid der gerechtelijk-geneeskundigen steevast op de korrel nam, zocht zij ter staving van de gepostuleerde tijdelijke waanzin en verminderde toerekeningsvatbaarheid van kraamvrouwen, steun bij contemporaine klinisch-psychologische werken. Voorzover mij bekend zijn vóór 1886 pleidooien voor vrijspraak op grond van tijdelijke waanzin of bewusteloosheid door de Gerechtshoven niet gehonoreerd. Veelal werd verwezen naar de beheerste kalmte en doelmatigheid die de beklagde voor en na de bevalling toonde.⁵⁹ Enige decennia later zou in een deskundigenrapport gesteld worden dat alleen een pathologische angst zou kunnen leiden tot een dergelijke extreme beheersing, dat zelfs scherpe pijngevoelens als bij een (eerste) bevalling onderdrukt werd (met als effect dat huisgenoten inderdaad niets merkten van de bevalling zelf). De arts concludeerde dat er juist reden is om uit te gaan van een verminderde toerekeningsvatbaarheid tijdens bevalling en moord, niettegenstaande de doelmatigheid waarmee die verricht wordt.⁶⁰

De mate waarin de pasgeborene door de vrouwen zelf als bedreigend werd ervaren, is in sommige gevallen af te lezen aan het aanmerkelijke fysieke geweld dat door de moeder op haar kind werd uitgeoefend.⁶¹ De onbeheerstheid die daarin losbrak, gaf een indruk van de angst die deze vrouwen ervoeren op het cruciale moment dat het kind geboren was en kon gaan huilen.⁶² In enkele gevallen strekte de vernietigingsimpuls zich uit tot de vrouw zelf en volgde een zelfmoordpoging op de doding van het kind.⁶³

Een toegenomen erkenning van de invloed van hevige angsten en emotionele turbulentie tijdens de bevalling leidde in 1886 wederom tot wetswijzigingen ten aanzien van kindermoord.

Een nieuw Wetboek van Strafrecht werd van kracht. De doodstraf werd afgeschaft. Een psychologiserende benadering van het delict wordt herkenbaar in de formulering 'De moeder die onder werking van de vrees voor ontdekking van hare aanstaande bevalling haar kind bij of kort na de geboorte opzettelijk van het leven berooft [...]'.⁶⁴ Onderscheid werd gemaakt tussen doodslag en moord, waarbij essentieel geacht werd of de impuls tot doding van het kind tijdens of na de bevalling optrad of op een gepremedeerd plan berustte. Het onderscheid tussen gehuwde en ongehuwde moeders kwam weer te vervallen.

In Nederland bestond echter in de negentiende-eeuwse gerechtelijke geneeskunde nog geen medisch-psychiatrisch ziektebeeld van tijdelijke waanzin bij kraamvrouwen. In tegenstelling tot bijvoorbeeld Engeland, waar in 1851 het ziektebeeld opgedeed werd van 'puerperal madness' van kraamvrouwen: 'As the patient attacked by puerperal madness, becomes more decidedly insane, the talking is almost incessant, and generally on one particular subject, such as imaginary wrongs done to her by

dearest friends; a total negligence of, and often very strong aversion to, her child and husband [...]'.⁶⁵ Het is pas in de twintigste eeuw dat in Nederland een psychiatrisch ziektebeeld wordt ontwikkeld van infanticidale vrouwen.

Noten

* Het thema kindermoord verdient ook een zuiver juridische analyse. Bijdragen over de juridische aspecten van kindermoord in heden en verleden worden met belangstelling tegemoet gezien.

1. Dit artikel is gebaseerd op de doctoraalscriptie *En om de vrouw verging het kind ...*, een historisch onderzoek naar de beeldvorming over 'kindermoordenaresses' en naar de omvang en gerechtelijke vervolging van kindermoord in Nederland, in het bijzonder Amsterdam, van 1839 tot 1886, Universiteit van Amsterdam, augustus 1988.

2. Wetboek van Strafrecht 1811, art. 300: 'Kindermoord wordt genoemd de doodslag van een jonggeboren kind.' Art. 302: 'Al wie schuldig is aan vadermoord, aan kindermoord en aan vergiftiging zal met den dood bestraft worden.' T.K. Dorama wijst in 1891 erop dat de aanduiding 'jonggeboren' (later: 'pasgeboren') geen tijdsbepaling kent in de wet. Volgens hem beschouwen gerechtelijk-geneeskundigen een kind als pasgeboren totdat de navelstreng is afgevallen, dat wil zeggen na omstreeks acht dagen na geboorte. *Het doden van een kind en de vrucht van een vrouw naar het Wetboek van Strafrecht*, Sneek 1891, pag. 19-20.

3. Wetboek van Strafrecht 1811, art. 319: 'Al wie, uit onhandigheid of onbedrevenheid, onvoorzichtigheid, onoplettendheid, achteloosheid of verzuim van inachtneming der reglementen onwilling eene manslag gedaan of denzelven onwilling veroorzaakt zal hebben, zal met eene gevangenisstraf van drie maanden tot twee jaren en een geldboete van vijftig tot zeshonderd franken bestraft worden.'

4. *Het Vrije Volk* van 15 maart 1990 bericht dat een 27-jarige kinderverzorgster in Limoges (Frankrijk) wegens viervoudige moord tot twaalf jaar is veroordeeld. Zij verdrong tot vier keer toe haar eigen kinderen kort na de bevalling.

5. Zie Barbara Kellum, *Infanticide in England in the late Middle Ages, History of Childhood Quarterly* 1974, no 3, pag. 370.

6. *Weekblad van het Regt* 1865, nr. 2733/1. Zij werd veroordeeld tot een tuchthuisstraf van vijf jaren vanwege 'kindermoord voor de eerste maal door de ongehuwde moeder gepleegd' (Wet 1854).

7. Een hedendaags voorbeeld daarvan is te vinden in Peru, waar de bevolking van de hoogvlakten infanticide ten aanzien van kinderen, die de draagkracht van het gezin te boven gaan, stilzwijgend lijkt te accepteren. De familie komt pas na een paar dagen kijken als het kind nog blijkt te leven.

Zie L. Leentvaar, *Waarom ouders hun kinderen doden, Onze Wereld*, juni 1986, pag. 22. B. Kellum, *o.c.*, pag. 372.

8. Keith Wrightson, *Infanticide in European History*, in: *Criminal Justice History* 1982, no 1, pag. 9. B. Kellum, *o.c.*, pag. 372. S. Faber, *Kindermoord, in het bijzonder in de achttiende eeuw te Amsterdam, Geschiedenis van Onderwijs en Opvoeding* (red. B. Kruihof, J. Noordam, P. de Rooy), Nijmegen 1982, pag. 339.

9. Register van Strafzaken 1848.

10. Register van Strafzaken 1848, nr. 1396.

11. Register van Strafzaken 1849, nr. 1370. Of: Mietje Koolberg, *Kindermoord op 25 maart te Nieuwer Amstel*. Den 1sten april voorlopige informatiën gerequireerd. Geseponneerd. Register van Strafzaken 1852, nr. 332.

12. Vergelijk ook P.C. Janssen, *Armoede in Amsterdam aan het eind van de achttiende eeuw, Tijdschrift voor Sociale Geschiedenis* 1975, nr. 88, pag. 621-635.

13. Dit in contrast bijvoorbeeld tot de vrouwen die in Engeland gedurende de Reformatie voor infanticide vervolgd werden. De bestrijding van infanticide was onder het bewind van Elizabeth I ingebed in de armoedebestrijding. De ambtenaren die de beruchte Poor Laws en de daarmee samenhangende Personal Control Laws uitvoerden, waren belast met de aangifte van vrouwen die ongehuwd zwanger waren. Door de scherpe controle ten aanzien van

deze groep kwamen hier vooral de vrouwen afhankelijk van de armenzorg in de beklagdenbanken terecht.

14. Zie bijvoorbeeld Cissie Fairchilds, *Female Sexual Attitudes and the Rise of Illegitimacy*, *Journal of Interdisciplinary History*, 1987, VIII 4, pag. 627-667. Florence Koorn, *Illegitimiteit en eergevoel. Ongehuwde moeders in Twente in de achttiende eeuw, Vrouwenlevens 1500-1850*, pag. 74-99.

15. J. de Kok & J. Koster, 'In Onegt Geteeld', *Ontwikkeling en regionale verscheidenheid van onwettige geboorten op het platteland en in de kleine steden van Noord-Holland, 1812-1850*, *Tijdschrift voor Sociale Geschiedenis* 1987, nr. 3, pag. 272-308.

16. J. Poelstra & J. Blok, *Het verbod op het onderzoek naar het vaderschap en de dubbele moraal, Socialisties-Feministische teksten* 1975, 1, pag. 125-168.

17. Bijvoorbeeld Catharina Ebbelaar, die in 1855 voor kindermoord terechtstond. In een brief aan de Procureur-Generaal bekende ze dat ze 'tussen de bedrijven door' op haar dienstbodenkamerde was bevallen, maar beneden werd geroepen. Uit angst dat iemand boven zou komen als het schreeuwen van het kind gehoord werd, propte ze het een stuk linnen in de mond en ging aan het werk om pas 's avonds weer boven te komen. Uiteraard was het kind toen overleden. Ze werd op grond van de wet van 1854 schuldig bevonden aan kindermoord en veroordeeld tot een gevangenisstraf van 7 jaren. *Weekblad van het Regt* 1855, nr. 1660/4, 1676/4.

18. *Weekblad van het Regt* 1885, nrs. 5116/2, 5117/1, 5118/2, 5120/1, 5136/2, 5137/1.

19. Zie bijvoorbeeld ook: Jannie Poelstra, *Dienstboden tussen arbeiders en burgerstand*, *Tijdschrift voor Vrouwenstudie* 1981, nr. 5, pag. 57-64.

20. Zie ook Keith Wrightson, o.c. M. Elias, *Uit lijfsbehoud het leven in, prostitutie in de negentiende eeuw, De Kunst van het Moederschap*, Nijmegen 1987.

21. *Weekblad van het Regt* 1882, nr. 4812/1-2.

22. Registers van Strafzaken 1839-1869. Archief Binnengasthuis, 'Gehaalde Lijkenboeken' 1839-1869.

23. Register van Strafzaken 1869, nr. 722.

24. Wetboek van Strafrecht 1811, art. 352: 'Degenen, die een kind beneden de zeven volle jaren op eene niet eenzame plaats te vondeling gelegd en verlaten zullen hebben, zullen met eene gevangenisstraf van drie maanden tot een jaar, en een boete van zestien tot honderd franken gestraft worden.' Art. 349 regelt het te vondeling leggen op een eenzame plaats, waarop maximaal 2 jaar gevang stond. Het te vondeling leggen van een kind is nog steeds een strafbaar feit. Zie *Nemesis* 1986 no. 2, pag. 43, José J. Bolten, Redactioneel.

25. Bij de wetgeving ten aanzien van onwillige manslag van 1851 wordt ingegaan op eenzame opsluiting in artt. 1, 2 en 3. Art. 1: 'Bij veroordelingen tot correctionele gevangenisstraf kan de regter [...] bevelen, dat de straf in eenzame opsluiting moet worden ondergaan.' Art. 2: 'De eenzame opsluiting kan slechts worden opgelegd in gevallen waarin de regter de gevangenisstraf [...] voor een jaar of korter zou hebben uitgesproken en is in geen geval voor langer dan de helft van de tijd dier gevangenisstraf.' Art. 3: 'De eenzame opsluiting wordt door de regter alleen bevolen wanneer hij in de omstandigheden des misdrijs of de geartheid van de schuldig verklaarde daartoe bijzondere aanleiding vindt.'

26. Register van Strafzaken 1867.

27. WvS 1811, artikel 351.

28. *Weekblad van het Regt*, 1851, nrs. 1228/4, 1229/4.

29. *Weekblad van het Regt*, nr. 1546/4.

30. Gegevens over 1839-1870. 59 procent van hen was ongehuwd, met een gemiddelde leeftijd van 26 jaar en 46 procent werkte in huiselijke dienst. Dat deze percentages lager liggen dan bij hen die voor een kindermoord werden vervolgd, komt voort uit het feit dat hier vaak meer vrouwen geverbaliseerd werden: de moeder en één of meer medeplichtigen.

31. Geboren Amsterdamsen vormden ongeveer 45 procent van de beklagden van tevondelinglegging, tegenover ongeveer 14 procent van de verdachten van kindermoord.

32. Registers van Strafzaken 1843-1846. Bijvoorbeeld: Daniël Schainck, een 36-jarige turfdrager, werd vrijgesproken van tevondelinglegging terwijl zijn metgezellin Hendrikje Hildegonde Gerits, een 36-jarige werkster, veroordeeld werd tot 3 maanden ge-

vang en f 8,— boete. August Sluiter, suikerbakkersknecht, werd vrijgesproken terwijl zijn drie gezellinnen 8 dagen gevang kregen.

33. Van de in het Weekblad van het Regt becommentarieerde zaken tussen 1839 en 1854 leidden 15 van de 38 tot een vrijspraak, tegenover 8 van de 40 tussen 1854-1868. De Amsterdamse gegevens tonen eenzelfde beeld.

34. Bij de 'longproef' werden (delen van) de longen in het water gelegd, ervan uitgaande dat, als het kind geleefd had, deze boven zouden drijven of een 'knisperend' geluid zouden geven.

35. *Weekblad van het Regt* 1839, nr. 57/4.

36. P.C. Hoffer & N.E. Hull, *Murdering Mothers, Infanticide in England and New England 1558-1803*, New York 1984, pag. 20.

37. Hoffer & Hull, o.c., pag. 20-28.

38. José J. Bolten, *Het recht op abortus: nimmer ab ovo door-dacht...*, *Nemesis* 1990 nr. 1, pag. 22.

39. Dit twistpunt werd in 1862 voor de Hoge Raad uitgevochten. Dit rechtcollege bevestigde dat het schouwrapport slechts als bron van informatie gehanteerd mocht worden. *Weekblad van het Regt* 1862, nr. 2352.

40. Zo werd het dienstmeisje Fenna Brons Boomgaarden, die onderweg van Eexlo naar Winschoten beviel, veroordeeld tot een gevangenisstraf van een jaar en een geldboete van vijftientig gulden. De overwegingen van de Correctionele Rechtbank luiden, sterk samengevat: 'dat de beklagde, ofschoon haren toestand zeer wel kennende [...] een vermoeijende en lange reis ondernomen heeft, die zij [...] had kunnen daarlaten; dat zij voorts bij de bevaling [...] de hulp van anderen had moeten inroepen, [...] dat in stede van alle die zorgen aan te wenden [...] de beklagde haar kind in twee vrouwenzakken met een daarovergaanden doek, heeft verborgen, en het aldus verscheidene uren op dien dag bij zich heeft gedragen, dat derhalve de dood des kinds moet worden toegeschreven [...] aan hare onvoorzichtigheid en achteloosheid voor, tijdens en na de bevalling.' *Weekblad van het Regt* 1839, nr. 33/4.

41. S. van Ruller & F. Ippel, *Diefstal, doodstraf en lijfsгенade in de negentiende eeuw*, *Tijdschrift voor Sociale Geschiedenis*, 1984, nr. 36, pag. 3-33.

42. *Weekblad van het Regt* 1851, nr. 1282.

43. Slechts drie doodvonnissen vanwege kindermoord werden voltrokken. Het percentage gratieverleningen was bij kindermoordvonnissen verreweg het hoogste: 94 procent, vergeleken bij andere doodvonnissen in Nederland in de negentiende eeuw. S. van Ruller & F. Ippel, o.c., pag. 6.

44. Sibo van Ruller, *Genade voor Recht, gratieverlening aan ter dood veroordeelden in Nederland 1806-1870*, Amsterdam 1987, pag. 45-46.

45. Zie hiervoor S. van Ruller, o.c., pag. 102-115.

46. *Weekblad van het Regt* 1840, nr. 91, nr. 625.

47. Zie Sibo van Ruller, o.c., pag. 106.

48. Hoffer en Hull suggereren, dat een bredere acceptatie van de cultivering van het moederschap en de moederschapsideologie juist in de hogere klassen — adel en burgerij — het stellen van afschrikwekkende straffen overbodig maakte. Zij veronderstellen dat het zedenoffensief van de staat gericht was op verandering van gedragspatronen in de hogere milieus dóór exemplarische vervolging van vrouwen uit de lagere klassen. Want ook in kringen van adel en burgerij was de kindersterfte hoog en was het usance om een zuigeling aan de, al dan niet waargemaakte, zorgen van een min toe te vertrouwen. Hoffer & Hull, o.c., pag. 65-71.

49. *Weekblad van het Regt* 1841, nr. 221/1.

50. Petrus Camper, *Gerechtelijke en Ontleedkundige verhandeling over teekenen van leven en dood in nieuwgeborene kinderen. Gedachten over de misdaad van kindermoord, over de gemakkelijke wijze om vondelingenhuizen in te voeren; over de oorzaken van kindermoord en zelfmoord*, Leeuwarden 1774.

51. Zie P. Camper, o.c., pag. 6. K. Wrightson, o.c., pag. 2. P. Spierenburg, *De Dood op bevel van de rechter, Gestalten van de Dood; studies over abortus, rouw, euthanasie, zelfmoord en doodstraf*, Baarn 1980, pag. 128-151.

52. Mireille Laget, *Naissances. L'accouchement avant l'age de la clinique*, Parijs 1982, pag. 33-48, 105-106. Richard Trexler, *Infanticide in Florence: New Sources and First Results, History of Childhood Quarterly*, 1973, 1, pag. 98-111.

53. E.J. Jonkers, *Oorzaken der Groote Kindersterfte (meer speciaal in het eerste levensjaar)*, Amsterdam 1903.

54. Petrus Camper, *o.c.*, pag. 6.
55. *Weekblad van het Regt* 1841, nr.221.
56. Wetboek van Strafrecht 1811, Wet 29 juni 1854 (Staatsblad 102), art. 13, lid 4.
57. *Weekblad van het Regt* 1866, nr. 2852/2. Relevant is hier dat het Openbaar Ministerie refereert aan hoofdstuk 53 van de Code pénal, waarin blootstelling aan kou en verlaten behandeld worden: 'avec le dessin constaté de le faire périr [...] il y aurait crime d'infanticide.'
58. *Weekblad van het Regt* 1866, nr. 2754/2, zaak R. de Ruiter. nr. 2811/1, zaak C.W. Valentijn.
59. Opvallend hierbij is dat in de zaken waarbij door de verdediging gesteld werd dat er sprake was van tijdelijke bewusteloosheid, een schandemotief niet plausibel gemaakt kon worden en eerdere bekentenissen herroepen zijn. Bijvoorbeeld *Weekblad van het Regt* 1857, nr. 1901/4. Zie ook S. van Ruller, *o.c.*, pag. 114-115.
60. Deskundigenrapport rechtszaak Jannetje J. 1912, Archief Gerechtshof Amsterdam. Geciteerd bij A. Naeff, *Kindermoord in de negentiende eeuw (in het bijzonder bij de Amsterdamse Hoven en rechtbank 1811-1920)*, bijvaksriptie Vrije Universiteit 1984.
61. Bijvoorbeeld *Weekblad van het Regt* 1864, nrs. 2613/1, 2614/4, zaak Sophia van Staveren. Haar kind werd zwaar gemutilleerd aangetroffen. Zware mishandeling was in tenminste zes andere zaken evident.
62. Zie ook D. Bakan, *The Slaughter of the Innocents, a study of the battered child phenomenon*, San Francisco 1971, pag. 89-97.
63. *Weekblad van het Regt* 1857, nr. 1825/1, E. Blankes; 1848 nr. 882/2 J.C.
64. Art. 290: 'De moeder, die onder de werking van de vrees voor ontdekking van hare aanstaande bevalling, haar kind bij of kort na de geboorte opzettelijk van het leven berooft, wordt, als schuldig aan kinderdoodslag, gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste 6 jaren.'
- Art. 291: 'De moeder die, ter uitvoering van eene onder de vrees voor ontdekking van hare aanstaande bevalling genomen besluit, haar kind bij of vlak na de geboorte opzettelijk van het leven berooft, wordt als schuldig aan kindermoord, gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren.'
65. R. Smith, *Trial by Medicine; Insanity and Responsibility in Victorian Trials*, Edinburgh 1981, pag. 151.

*Moet de DNA-proef
 wettelijk worden
 geregeld?*

Slachtoffer, verdachte en de DNA-proef

Mag de verruiming van bepaalde dwangmaatregelen en onderzoeksmogelijkheden worden gerechtvaardigd met het argument dat de moeilijke bewijspositie van het slachtoffer van seksueel geweld daardoor wordt verlicht?

In de vorige aflevering van *Nemesis* betoogde Taru Spronken dat in de kwestie van de anonieme getuigen de beginselen van ons strafprocesrecht dienen te prevaleren boven de belangen van slachtoffers. In deze aflevering weegt Theo de Roos de argumenten pro en contra een wettelijke regeling van de DNA-test tegen elkaar af. Opnieuw is de conclusie dat grote voorzichtigheid is geboden met maatregelen die op het eerste gezicht de belangen van het slachtoffer dienen.

Genetisch materiaal van de mens kan sinds enige tijd dienen tot bewijs van schuld en onschuld in strafrechtelijke procedures naar aanleiding van verdenkingen van verkrachting en moord. In Nederland was de primeur voorbehouden aan de verdediging: een verdachte die danig in het nauw was gebracht kon zijn onschuld bewijzen door een DNA-onderzoek op vrijwillige basis te laten verrichten. Dat onderzoek moest toen nog in Londen plaatsvinden; inmiddels zijn de alerte en ambitieuze medewerkers van het Gerechtelijk Laboratorium in Rijswijk daartoe ook in staat.

Maar daarmee dringt zich onmiddellijk de vraag op, of het werkelijk noodzakelijk en onontkoombaar is om ons strafprocesrecht zodanig te wijzigen, dat dit onderzoek ook tegen de wil van de verdachte kan worden uitgevoerd en de uitkomst ervan als bewijs kan worden gebruikt.

Mag het DNA-onderzoek naar geldend recht tegen de wil van de verdachte worden uitgevoerd? Is dit niet het geval, dan mogen de uitkomsten van dit onderzoek niet voor de bewijsvoering worden benut. De rechtspraak tot nu toe, de literatuur en mijn geweten leiden mij tot de ondubbelzinnige conclusie dat het DNA-onderzoek ontoelaatbaar is. De hamvraag is dan of er wel een wettelijke regeling moet komen om deze test te legitimeren.

Techniek en praktijk

De DNA-test is een technische verworvenheid die de laatste tijd internationaal furore maakt in de criminalistiek. Ook daarbuiten vindt zij toepassing, bijvoorbeeld om verwantschap aan te tonen in vaderschapsacties of in het vreemdelingenrecht. Men heeft enig DNA bevattend menselijk weefsel (bloed is het meest geschikt, wangslim en haarwortels komen ook in aanmerking) nodig voor de vergelijkende test. Door dit monster aan een aantal bewerkingen en procedures te onderwerpen wordt een soort streepjescode-afdruk verkregen (de zogenaamde DNA-fingerprint). Deze afdruk kan worden vergeleken met de DNA-fingerprint van weefsel dat op de locus delicti is gevonden. Tot voor kort kon dit onderzoek alleen buiten ons land worden uitgevoerd (in het laboratorium van Cellmarks Diagnostics te Londen), maar tegenwoordig beschikt het Gerechtelijk Laboratorium te Rijswijk over de nodige know-how. De eerste maal dat hier te lande van DNA-onderzoek in een strafzaak gebruik werd gemaakt, gebeurde dit op initiatief van de verdediging; een verdachte van verkrachtingen kon hiermee zijn onschuld voor 100 procent aantonen voor het Amsterdamse Gerechtshof (arrest van 4 oktober 1988).¹ Sindsdien is dit nieuwe bewijsmiddel in de rechtspraak populair geworden, wat geen verbazing wekt. Volgens een medewerker van het Gerechtelijk Laboratorium bestaat er, als eenmaal een verdachte door deze test als dader is aangewezen, een kans van 1 op 75 miljoen dat een ander de dader is; die ander zou in dat geval een naaste verwant zijn.² Wil dit nu zeggen dat alle technische problemen zijn overwonnen en dat deze methode volledig forensisch inzetbaar is? Volgens de Leidse hoogleraar in de erfelijkheidsleer prof.dr. M.J. Giphart worden vaak verkeerde conclusies uit DNA-onderzoek getrokken. De DNA-test zou daarom alleen geschikt zijn om de onschuld van de verdachte aan te tonen, maar niet om de dader positief aan te wijzen.³

In dit verband moet worden gewezen op recente ervaringen in de Verenigde Staten.⁴ De verdediging vocht de zorgvuldigheid aan van een door een particulier commercieel bureau uitgevoerd DNA-onderzoek. Deskundigenverhoren werden gelast, en uiteindelijk kwam de rechter tot de conclusie dat het bedrijf (Lifecodes) niet met de vereiste zorgvuldigheid te werk was gegaan, maar dat de DNA-fingerprint in het algemeen als bewijsmiddel toelaatbaar is. Een op het horloge van de verdachte aangetroffen bloedvlek, zo mocht van de rechter uit het onderhavige onderzoek worden geconcludeerd, was in ieder geval niet van de verdachte afkomstig; het positief bewijs dat dit bloed van het slachtoffer afkomstig was werd echter niet toegelaten.

In de VS en Engeland wordt DNA-onderzoek, onder meer ten behoeve van en op aanvraag van justitie, door particuliere bedrijven met commerciële motieven uitgevoerd. Dat roept vragen op met betrekking tot de controlebaarheid en de onderlinge vergelijkbaarheid. Het lijkt noodzakelijk om de onderzoeksprotocollen wettelijk te verankeren en te standaardiseren. Hier te lande hebben we te maken met het monopolie van het Gerechtelijk Laboratorium. Met alle respect voor de kundigheid en integriteit van de daar werkzame wetenschappers en andere werknemers voel ik me met Leyten⁵ onbehaaglijk bij het feit 'dat degenen die met deze proef moeten werken: advocaten, leden OM en rechters, die absolute betrouwbaarheid, althans de mate van betrouwbaarheid, op gezag van anderen moeten aannemen, terwijl zij daaraan de strafrechtelijke consequenties moeten verbinden'.

In de huidige praktijk is de politie maar al te gretig om een DNA-test uit te lokken zodra er in verkrachtingszaken sprake is van een ontkennende verdachte. Daarbij bedient men zich van dubieuze methoden. Althans, dat valt af te leiden uit een geval dat leidde tot het vonnis van de President van de Rechtbank Amsterdam in kort geding van 20 februari 1990.⁶ Een gebrekkig Engels sprekende Afghaan werd — zonder tolkenbijstand — gevraagd of hij wilde instemmen met bloedafname voor 'het gerechtelijk onderzoek'. In verband daarmee werd hem een verklaring ter ondertekening gegeven waarop stond vermeld dat dit onderzoek zou worden verricht door een arts op het bureau van de Jeugd- en Zedenpolitie te Amsterdam. Van een DNA-onderzoek werd niet gerept; de verdachte verklaarde in de veronderstelling te hebben verkeerd dat de bloedafname diende voor een routine-gezondheidsonderzoek.

De Staat voerde aan dat deze verdachte niet ontvankelijk was in zijn vordering tot staking van het onderzoek op het Gerechtelijk Laboratorium. Het laboratorium beschikte inmiddels over het bloedmonster en was geestdriftig aan het onderzoeken geslagen (omdat de Officier van Justitie ervan uitging dat toestemming was verleend ook voor dit onderzoek, was er geen rechter-commissaris aan te pas gekomen en speelde art. 195 Sv hier geen rol). De President, mr Asscher, overwoog onder meer als volgt: X heeft in dit geding in het licht van de vaststaande feiten zodanige twijfel opgeroepen omtrent de rechtmatigheid van de verkrijging van het onderhavige bewijs, dat in

dit stadium niet valt uit te sluiten dat de strafrechter het bewijs buiten zijn beoordeling zal moeten laten. Zou de strafrechter de — mogelijk — voor X ongunstige uitkomst van de thans nog te voltooien test kennen maar oordelen dat die uitkomst niet tot het bewijs mag bijdragen, dan zou die uitkomst niettemin — wellicht zonder dat de rechter zich daarvan bewust is — zijn oordeel kunnen beïnvloeden. Tegen die, door niemand gewenste, kwade kans behoort X zich teweer te kunnen stellen.' De President oordeelde verder nog dat een klaagschrift ex art. 552a Sv hier geen tijdige remedie kon bieden. Impliciet, en dus als vanzelfsprekend, gaat de President hier uit van de ontoelaatbaarheid van de bloedafname naar geldend recht. Een pikant detail in deze zaak is nog, dat de verdachte revindicatoir beslag had gelegd op zijn bloedmonster in het Gerechtelijk Laboratorium. Dit beslag leidde daadwerkelijk tot staking van het onderzoek tot de behandeling in kort geding. Daarna was handhaving van het beslag overbodig, zodat de President de reconventionele vordering van de Staat tot opheffing ervan kon honoreren.

Toelaatbaarheid naar geldend recht

De wetgever van 1925, die ons huidige Wetboek van Strafvordering ontwierp, heeft stellig gemeend een uitgewogen stelsel van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen enerzijds, en verweermogelijkheden voor de verdachte anderzijds te hebben geschapen. Maar uit de recente rechtspraak naar aanleiding van de fouillering aan het lichaam en het zogenaamde DNA-onderzoek blijkt duidelijk dat deze wetgever — en ik bedoel dat niet als een flauw verwijt — problemen die nu kardinaal blijken te zijn niet eens heeft gesteld.

Art. 225 Invoeringswet Wetboek van Strafvordering voorziet in de mogelijkheid ten aanzien van voorlopig gehechten van 'maatregelen in het belang van het onderzoek'. Het KB van 4 december 1925 (Stb. 460) is daarop gebaseerd. Art. 6 geeft een enuntiatieve opsomming van dergelijke maatregelen. Genoemd worden het afknippen van haar en het nemen van vingerafdrukken. Heeft deze wetgever zich voldoende gerealiseerd, dat met deze niet wettelijk gelimiteerde duldingsplichten het beginsel *nemo tenetur se ipsum prodere*, dat aan het gehele systeem van het wetboek ten grondslag is gelegd en uitdrukkelijk is neergelegd in art. 29 Sv, in belangrijke mate onderuit werd gehaald? Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord, omdat de wetgever nooit (al was het maar bij benadering) technologische ontwikkelingen kan voorzien, die ook op het bewijs en het strafrechtelijk bewijsrecht grote en bepalende invloed hebben.

Het DNA-onderzoek vormt in verschillende opzichten een inbreuk op art. 8 EVRM, zolang geen wettelijke regeling is gecreëerd die aan de verdragsvoorwaarden voldoet. In de eerste plaats is de afname van bloed, mondslim dan wel levende haren (haren afknippen is dus niet voldoende!) een gedwongen medische ingreep. De Commissie voor de rechten van de mens heeft daarvan vastgesteld dat een dergelijke ingreep, 'even if it is of minor importance, must be considered as an interference', dat wil zeggen als een

ingreep in het privéleven die door art. 8 EVRM wordt bestreken.⁷

Het recht op privacy waarop art. 8 EVRM toeziet, omvat het recht op fysieke en psychische integriteit. Zie Resolutie 428 (1970) van de Raadgevende Vergadering van de Raad van Europa: 'The right to privacy consists essentially in the right to live one's own life with a minimum of interference. It concerns private, family and home life, physical and moral integrity (...).'⁸

Het afnemen van de bloedproef is door de Commissie toelaatbaar geacht in een alcoholverkeerszaak en in een vaderschapsactie, op grond van het criterium 'protection of the rights of others' dat wordt genoemd in art. 8 lid 2 EVRM.⁹

Art. 17 BuPo-Verdrag verbiedt niet alleen onwettig, maar ook 'arbitrair' ingrijpen in de privacy en lichamelijke integriteit. Zie ook de artt. 17 en 18 EVRM (verbod van misbruik en détournement de pouvoir van bevoegdheden die het Verdrag bij wijze van uitzondering toestaat), zij het mogelijkwijs met een beperktere strekking dan het BuPo-Verdrag.¹⁰

In onze Grondwet is het recht op privacy gegarandeerd in art. 10. Ook deze bepaling mag worden geacht het recht op lichamelijke en psychische integriteit te omvatten.¹¹

Het is dus waarschijnlijk ten overvloede, dat art. 11 nog eens afzonderlijk aan een ieder het recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam toekent, 'behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen'. Deze bepaling heeft, zoals Kortmann dat uitdrukt, wel 'explicatieve betekenis', vooral ontleend aan de omvangrijke parlementaire geschiedenis. De reikwijdte van de door de artt. 10 en 11 Grondwet geboden bescherming is onduidelijk; de regering dacht onder meer aan medische experimenten zonder toestemming van de betrokkene, maar ook aan fouillering, en gaf een aan het Duitse recht ontleende opsomming van terreinen waar dit grondrecht een rol zou kunnen spelen, zonder daarbij aan te geven welke rol precies. Bloedafname en het knippen van de haren maakten van die opsomming deel uit.¹² Op enkele terreinen is op basis van art. 11 wetgeving tot stand gekomen: vergelijk onder meer art. 33a Politiewet, dat een grondslag biedt voor politieel gebruik van geweld en veiligheidsfouillering die tot dusver ontbrak, en een wijziging van de Ambtenarenwet 1929 (medische keuringen, en onderzoek aan lichaam en kleding 'in het belang van de dienst').¹³

In deze sfeer horen de bloedproef en haar opvolger, de ademanalyse, eveneens thuis. Dergelijke ingrepen, daarover lijkt een grote mate van overeenstemming te bestaan in rechtspraak en literatuur, behoren door de wet in formele zin te worden vastgelegd. De regering heeft zelf als voorbeeld van een ingreep, die persé door de formele wet dient te worden geregeld, de fouillering genoemd.¹⁴

De kwestie van de toelaatbaarheid van het DNA-onderzoek naar geldend recht kwam ten principale aan de orde in een inmiddels gepubliceerde beschikking van de Rechtbank Maastricht van 4 oktober 1989.¹⁵ Het Openbaar Ministerie had bij de rechter-commissaris een vordering ingediend voor bloedafname met het oog op het doen verrichten van een DNA-onder-

zoek door het Gerechtelijk Laboratorium (het ging om een verdachte die in verzekering was gesteld wegens verdenking van verkrachting). De rechter-commissaris wees de vordering toe, die was gebaseerd op art. 225 Invoeringswet Sv en het daarop gebaseerde KB van 4 december 1925 (art. 6) ('maatregelen in het belang van het onderzoek' tegen inverzekeringgestelden).

Uit de beschikking blijkt, dat de rechter-commissaris in feite alvast op de stoel van de wetgever is gaan zitten, want er wordt een vrij gedetailleerde regeling gegeven voor de gang van zaken voor en na het onderzoek. Daarbij heeft de rechter-commissaris zich door de oude bloedproefregeling van de WVV laten inspireren (wijze van afneming bloed, voorwaarde dat afname medisch verantwoord is, bewaring en inzending bloedmonster; mogelijkheid van contra-expertise, zij het op eigen kosten), en daarnaast is gelet op privacy-aspecten en op het beginsel van détournement de pouvoir (vernietiging overblijvend deel van het bloedmonster na een jaar).

De verdediging bracht in haar bezwaarschrift tegen de RC-beschikking een argument in stelling, dat door de Maastrichtse Rechtbank werd gehonoreerd. Inhoudelijk gelijklopend was de latere beschikking, waarbij de raadkamer weigerde de Officier van Justitie de, ex art. 195 lid 2 Sv vereiste, machtiging voor een onderzoek 'aan de persoon' te verlenen.¹⁶ De beschikkingen verwijzen naar het tweede bloedproefarrest van de HR¹⁷, waarin was uitgemaakt dat het afnemen van bloed van een verdachte zonder diens toestemming niet kan worden beschouwd als een door hem — bij ernstige bezwaren tegen hem — te dulden onderzoek 'aan zijn lichaam' in de zin van art. 56 Sv of onderzoek 'aan hun persoon' in de zin van art. 195 Sv. 'Het afnemen van bloed van een verdachte is een — door een medicus uit te voeren — ingreep aan het lichaam van de verdachte en vormt, indien hij daartoe geen toestemming verleent, een inbreuk op zijn lichamelijke integriteit'. Art. 11 Grondwet, dat dit recht beschermt, laat weliswaar uitzonderingen toe op formeel-wettelijke basis, maar die zijn ten aanzien van art. 242 Sr niet gemaakt. Art. 225 Invoeringswet Wetboek van Strafvordering kan niet als een zodanige uitzondering worden beschouwd, zoals impliciet blijkt uit het tweede bloedproefarrest van de HR. De regeling krachtens de WVV mag niet met een ander doel worden toegepast dan waarvoor zij is gegeven.

Deze uitspraken mogen mijns inziens als representanten van de heersende leer worden beschouwd. In de — tot nu toe nog niet omvangrijke — rechtspraak wordt (op een enkele uitzondering na) deze zienswijze gedeeld. Wil men de DNA-test toepassen op non-coöperatieve verdachten, dan moet de wetgever in actie komen.

De voormalige minister van justitie Korthals Altes, toen nog in functie, achtte het blijkens een vragenbeantwoording in de Tweede Kamer¹⁸ 'gewenst dat een wetsvoorstel wordt voorbereid dat het mogelijk maakt dat op de lichamelijke integriteit van een verdachte van een misdrijf inbreuk wordt gemaakt teneinde een DNA-onderzoek te laten plaatsvinden, met dien verstande dat deze inbreuk zo gering mogelijk

dient te zijn en de persoonlijke levenssfeer van de verdachte zoveel mogelijk dient te worden gewaarborgd'.

Gezien de vele principiële en technische facetten van deze problematiek heeft de bewindsman de commissie-Moons, die het Wetboek van Strafvordering bij de tijd moet houden, gevraagd te adviseren. Eén citaat uit de ministeriële beantwoording geef ik hier weer, omdat daaruit blijkt dat de DNA-test niet kan worden losgemaakt uit een context van de inquisitoire moraal in het strafproces:

'Kan met een aparte wettelijke regeling ten behoeve van het DNA-onderzoek worden volstaan of dienen tevens ten aanzien van andere — nieuwe — onderzoeksmethoden (echoscopie, endoscopie, röntgenfotografie, auto-antistoffenidentificatie) in de wet dwangmiddelen (het slikken van contrastvloeistof, het afknippen van haren of nagels, het afnemen van speeksel of bloed, het inbrengen van endoscoop in slokdarm of rectum) te worden opgenomen?'

Moet het wetsvoorstel nu worden voorbereid of niet? Ik laat eerst een denkbeeldige voorstander aan het woord; daarna een tegenstander. Deze laatste is niet denkbeeldig, ik ben het zelf en daarom krijgt de tegenstander het laatste woord.

Argumenten vóór een wettelijke regeling

1. De methode is vergeleken met andere bewijsmiddelen buitengewoon trefzeker. Wanneer in een verkrachtingszaak, om ons daartoe te bepalen, spermastellen zijn veiliggesteld en men kan beschikken over bloed, wangslijm of haarwortels in de voor het onderzoek noodzakelijke hoeveelheid, en als dit onderzoek vervolgens op correcte wijze wordt uitgevoerd en de verdachte als dader aanwijst, is er volgens deskundigen een kans van 1 op 75 miljoen dat het sperma van een ander dan de verdachte afkomstig is, en dat zou dan nog een naaste verwant zijn!
2. Voor slachtoffers van seksueel geweld is het, naar de ervaring heeft geleerd, van groot belang dat de dader wordt opgespoord. De strafrechtelijke vervolging van de dader kan een positieve rol spelen bij de verwerking van de traumatische ervaring. Dat geldt ook voor civielrechtelijke actie (vordering van vergoeding van de schade — meestal immateriële — ex art. 1401 BW, eventueel voorafgegaan door het vorderen van een voorschot in kort geding), die pas (eventueel door de beledigde partij in het strafgeding) kan worden ingesteld wanneer de dader is aangewezen in het kader van het strafrechtelijk onderzoek. Waar deze zedenzaken voor het Openbaar Ministerie, en daarmee ook voor het slachtoffer, nogal eens problematisch zijn uit bewijstechnisch oogpunt, is elke versterking van de positie van het slachtoffer met betrekking tot dit aspect van groot belang.
3. De inbreuk op de privacy van de verdachte is niet dramatisch, wanneer de test op adequate wijze — dus onder medisch toezicht dan wel door een arts zelf — wordt uitgevoerd. Tegenover de inbreuk op de privacy van de verdachte staat het gerechtvaardigd belang van het slachtoffer en dat van de gemeen-

schap. Dat belang moet zwaar wegen als het gaat om ernstige delicten (de voorstanders van een wettelijke regeling lijken dit onderzoek te willen beperken tot zedendelicten en levensdelicten). Anders gezegd: de inbreuk op de privacy van de verdachte is futiel vergeleken bij de inbreuk die de dader op de privacy van het slachtoffer heeft gemaakt.

4. De inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, als daarvan al sprake is, is van beperkte aard omdat de streepjescode die uitkomst is van de test, geen inhoudelijke genetische informatie biedt.
5. Er is een wettelijk precedent in de Wegenverkeerswet, zij het dat daar inmiddels de bloedproef is vervangen (althans als primair bewijsmiddel) door de ademtest, waarvan men kan zeggen dat het een wat minder ingrijpend middel is. Verder kan worden gewezen op de verplichting om na verzekeringsstelling of in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek bepaalde maatregelen aan het lichaam c.q. aan de persoon te dulden die worden aangeduid als 'maatregelen in het belang van het onderzoek'. Daaronder valt het nemen van vingerafdrukken. Wat, zo zou men kunnen vragen, is principieel het verschil tussen deze wettelijk toegestane dwang en de DNA-fingerprint?
6. De verdachte die zijn onschuld wil bewijzen kan ook over de DNA-test beschikken. Zou het bewijsmiddel dan in redelijkheid aan de justitiële organen kunnen worden onthouden?
7. In een wettelijke regeling kunnen de rechten van de verdediging worden gerespecteerd, waarbij vooral moet worden gedacht aan de mogelijkheid van contra-expertise. Ter bescherming van de privacy van de verdachte kan worden bepaald, dat de streepjescode na afloop van het onderzoek wordt vernietigd. Daarmee wordt ook het gebruik voor andere, strafrechtelijke en buitenstrafrechtelijke doeleinden verijdeld. Verder kan een goede, controleerbare gang van zaken bij het veiligstellen, verzegelen en verzenden van de monsters worden vastgelegd.
8. Ook buiten het strafrecht kan dit onderzoek worden toegepast, bijvoorbeeld in het familierecht (vaderschapsacties) en het vreemdelingenrecht. Daar gaat het om het vaststellen van verwantschap. Weliswaar is geen sprake van een duldingsplicht, maar in een procedure tot vaststelling van het vaderschap kunnen aan een weigering om aan onderzoek van het bloed mee te werken bewijsrechtelijke consequenties worden verbonden.
9. Internationaalrechtelijk zou een zorgvuldig opgezette wettelijke regeling onaantastbaar zijn, omdat het gaat om een inbreuk op de privacy, die wordt gerechtvaardigd door de in een democratische samenleving noodzakelijke bescherming van de rechten van anderen, met name van slachtoffers. Weliswaar is deze positie in het Nederlands strafprocesrecht betrekkelijk marginaal, maar niet moet worden vergeten dat een strafrechtelijke veroordeling aan het slachtoffer een doeltreffend bewijs-

middel zal verschaffen in een aan te spannen civiele schadevergoedingsprocedure.

Als de positie van de verdediging wordt gerespecteerd en de privacy van de verdachte niet meer dan strikt noodzakelijk wordt aangetast, is er geen kans dat Nederland in Straatsburg of Genève onderuit zou worden gehaald.

Argumenten tegen een wettelijke regeling

1. Elke wettelijke regeling waarbij het ondergaan van een weefsel-afname ten behoeve van DNA-onderzoek wettelijk zou worden gelegitimeerd, betekent — ongeacht hoe zorgvuldig zo'n regeling zou worden opgezet — een zeer forse stap in de richting van een inquisitoir strafproces. Dit maakt de verdachte nog veel meer dan nu reeds het geval is tot object van onderzoek. Ter toelichting van deze stelling kan het volgende worden aangevoerd. Uitgangspunt is het *nemo tenetur*-beginsel dat voortvloeit uit het stelsel van ons Wetboek van Strafvordering van 1926 en dat zijn centrale formulering vindt in art. 29 Sv. Ook wanneer men betoogt dat dit geen absoluut recht is, en dat bij dringende noodzaak de verdachte op formeel-wettelijke basis mag worden verplicht aan bewijsvergaring tegen zichzelf mee te werken, dient te worden vastgehouden aan de gedachte dat de verdachte een laatste bastion moet worden gegund waarbinnen het justitiële opsporingsbeleid niet mag binnendringen. Als de verdachte volkomen 'doorzichtig' wordt en ongelimiteerd aan endoscopie, echoscopie, weefselonderzoek en dergelijke zou mogen worden onderworpen, is al snel een stadium bereikt waarin zijn positie als procespartij in het strafgeding van elke betekenis is ontbloot. De verdachte is dan nog slechts een instrument voor de waarheidsvinding. Men kan betogen dat de wetgever al ten tijde van de invoering van het huidige Wet van Strafvordering een bres in de eigen grondgedachte heeft geslagen door, op basis van art. 25 Invoeringswet Sv en het daarbij behorende KB, van 1925, met name art. 6, onder meer de gedwongen vingerafdruk te legitimeren. Terecht heeft de Hoge Raad in het tweede bloedproefarrest uitgemaakt, dat een bloedproef, die niet uitdrukkelijk wordt genoemd in de Invoeringswet en in het genoemde KB niet kan worden beschouwd als een aldaar bedoeld onderzoek, hoewel een enuntiatieve en niet een limitatieve opsomming is gegeven. De Hoge Raad gaf daarmee aan dat een grens was bereikt. Men zou daaraan kunnen toevoegen dat in feite reeds een grens was overschreden. De duldingsplicht staat immers haaks op het beginsel van art. 29 Sv en op het vermoeden van onschuld annex het *nemo tenetur*-principe. Hoe het ook zij, vastgesteld kan worden dat de invoering van de DNA-test opnieuw een aanzienlijke verschuiving teweeg zou brengen. De bloedproef op grond van de Wegenverkeerswet is weliswaar verplicht gesteld, maar kan worden geweigerd en op weigering is straf gesteld (art. 33a Wegenverkeerswet). Er is dus geen duldingsplicht. Deze wettelijke oplossing is dus aanzienlijk liberaler dan de beoogde regeling van de DNA-test. Hetzelfde zou gelden voor een eventueel in te voeren identificatieplicht: wanneer men weigert zich te identificeren, maakt men zich weliswaar

schuldig aan een strafbaar feit, maar het is niet de bedoeling inbreuken op de fysieke integriteit, die vervolgens tot identificatie leiden, wettelijk mogelijk te maken. Een oplossing als art. 33a Wegenverkeerswet is in verkrachtingszaken en bij levensdelicten om voor de hand liggende redenen uitgesloten. Immers, men zou een zeer zware strafbedreiging moeten verbinden aan de weigering om de test te ondergaan en daardoor zou de rechter bij de straftoemeting in een onmogelijk parket geraken. Hij zou immers een verdachte die ontkent een ernstig strafbaar feit te hebben gepleegd, maar het bewuste onderzoek niet wil ondergaan, en tegen wie niet voldoende bewijs voorhanden is om hem te vervolgen en te veroordelen voor de onderhavige delicten, moeten bestraffen als ware het delict in kwestie wel gepleegd! Dit ligt allemaal wat eenvoudiger bij het schijven-tariefsysteem dat door het O.M. wordt gehanteerd op basis van art. 26 lid 2 Wegenverkeerswet. Weigering van de ademtest dan wel de bloedproef wordt geplaatst in de op één na hoogste schijf. Een dergelijk schijven-tariefsysteem is ondenkbaar bij delicten als moord en verkrachting.

2. Het gaat niet alleen om een inbreuk op de procesuele positie van de verdachte, maar bovendien om een inbreuk op de privacy. Gezien hetgeen hierboven is opgemerkt over de artt. 10 en 11 Grondwet, art. 8 EVRM en art. 17 BuPo-Verdrag, moet niet in de eerste plaats de nadruk worden gelegd op de ernst van de inbreuk op de fysieke integriteit (art. 11 Grondwet), omdat men kan betogen dat het trekken van enkele levende haren uit het hoofd van de verdachte iets is 'dat op zichzelf de lichamelijke integriteit van de verdachte nauwelijks aantast'.¹⁹ Het belangrijkste principiële punt is hier niet het vernederende of pijnlijke van de behandeling, maar de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Het gaat om een burger die is aangehouden en vervolgens in verzekering is gesteld. Hij is in beginsel verstoken van elk contact met een hem vertrouwde buitenwereld, en nog afgezien van het feit dat hij zich moet laten welgevallen dat hij wordt ondervraagd (al is hij dan niet verplicht te antwoorden) vormt de totale intimiderende en vervreemdende situatie waarin hij zich — vaak plotseling — bevindt een drastische inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer. Deze kan nog verder worden opengeboken, tot en met de tortuur waarin het binnendringen in de persoonlijkheid gepaard gaat aan het 'breken' ervan, de dramatische uitdrukking van de totale beheersing. Juist wanneer de wet al een zo vergaand middel toelaat als de vrijheidsbeneming, dient elke stap verder met de grootst mogelijke argwaan te worden gezien. En het is een stap verder als van de persoonlijkheid — lichaam en ziel — gaandeweg een instrument wordt gemaakt voor de waarheidsvinding (of welk — op zichzelf legitiem — overheidsorgaan ook). Daarbij dient te worden bedacht, dat ook onderzoeken die de fysieke integriteit niet schaden, diep kunnen ingrijpen in de persoonlijke wereld van de betrokkene. In het gerucht makende rectaal-fouilleren-arrest²⁰ werd al duidelijk dat de grens tussen de 'buitenkant' en de 'binnenkant' van het lichaam niet zo gemakkelijk is te trekken. Het arrest is door de genoemde

commentatoren terecht aangevallen, omdat elke argumentatie ontbreekt voor de conclusie die de Hoge Raad trekt met betrekking tot de extensieve interpretatie van een onderzoek 'aan het lichaam' in de zin van art. 56 Sv. Ook het criterium dat het losbladige commentaar van Melai c.s. hanteert, namelijk dat het onderzoek het lichaam 'onbeschadigd' dient te laten, biedt niet voldoende houvast waar het gaat om ingrijpende onderzoeken, die zonder directe schade kunnen worden uitgevoerd.²¹

3. Dat neemt niet weg dat ook belang moet worden toegekend aan de inbreuk op de fysieke integriteit en aan de toepassing van 'invasieve' methoden. Niet voor niets is de bloedproef in het kader van de Wegenverkeerswet vervangen door de ademhalingsanalyse. Dit bewijsmiddel heeft immers een minder ingrijpend karakter ten aanzien van de verdachte. Wat tegen de invoering van een wettelijk geregelde DNA-test pleit, is de combinatie van de inbreuk op de fysieke integriteit met de inbreuk op de processuele positie van de verdachte. In die zin zou deze stap wezenlijk verder gaan dan de stap die bij de invoering van het Wet van Strafvordering reeds werd gezet voor maatregelen als het zonder toestemming afnemen van een gewone vingerafdruk. Met dit middel wordt het lichaam immers beschadigd noch binnengedrongen. Vergelijkt men de DNA-bloedprik met fouilleren op intieme plaatsen, dan kan worden vastgesteld dat het eerste onderzoeksmiddel in een belangrijk opzicht verder gaat dan het laatste. Er is immers bij het uitvoeren van de DNA-test geen sprake van een zwaarwegend vermoeden dat aan dan wel (min of meer) in het lichaam van de verdachte vreemd, — dat wil zeggen, niet lichaamseigen — materiaal aanwezig is; er is de mogelijkheid dat lichaamseigen materiaal doorslaggevend bewijs zal kunnen opleveren. Juist omdat het lichaam van de verdachte als hij is gedetineerd in zekere zin permanent beschikbaar is, betekent dit, dat invoering van de DNA-test zonder toestemming wel eens een beslissende stap naar de totale beschikbaarheid van lichaam en ziel van de verdachte voor onderzoeksdoeleinden zou kunnen zijn.

4. Uitgangspunt van elke wettelijke regeling zal in ieder geval moeten zijn dat, zoals dat ook bij afname van de bloedproef het geval was, de ingreep moet worden uitgevoerd door een arts. Wanneer de verdachte geen toestemming geeft of zich zelfs verzet, is het zeer de vraag of artsen daaraan willen meewerken. De medische ethiek trekt hier grenzen. Het Bestuur van de Koninklijke Maatschappij tot Bevordering der Geneeskunst heeft, toen het zijn medewerking toezegde bij de uitvoering van de verplichte bloedproef in het kader van de wetswijziging van de Wegenverkeerswet, art. 33a, in 1974, een richtlijn opgesteld waarbij werd gestipuleerd (onder meer) dat verdachten niet met de sterke arm zullen worden gedwongen een bloedproef te ondergaan.²²

5. De ontwikkelingen in het gezondheidsrecht laten een beeld zien van grote terughoudendheid tegenover gedwongen medicatie.²³ In ieder geval is er een be-

langrijk verschil tussen verdachten in het strafproces enerzijds en aan dwangverpleging onderworpenen anderzijds. Wanneer in uitzonderlijke gevallen dwangmedicatie wordt toegepast, wordt dit in ieder geval geacht te geschieden (mede) in het belang van de verpleegde zelf. Hoewel dit belang in de praktijk mogelijk lang niet altijd doorslaggevend is, geldt dat een dergelijke rechtvaardiging in het strafproces zelfs ontbreekt. De DNA-test geschiedt niet in het belang van de verdachte zelf, tenzij men het begrip belang in totalitaire zin oprekt.

6. Aan het bovenstaande kunnen nog enkele minder principiële argumenten, die de urgentie van een mogelijke wetsregeling relativeren, worden toegevoegd. In de eerste plaats moet in aanmerking worden genomen dat de bewijsnood die de DNA-test werkelijk noodzakelijk zou maken, zich slechts in een klein aantal van de gevallen zal voordoen. Gedacht kan worden aan een situatie, waarin door verklaringen van derden komt vast te staan dat de verdachte ongeveer ten tijde van het delict in één ruimte is geweest met het slachtoffer, terwijl sperma is aangetroffen. Wanneer de verdachte ontkent gemeenschap te hebben gehad en dus stelt dat het sperma niet van hem afkomstig is, terwijl niet kan worden uitgesloten dat een derde zich omstreeks diezelfde tijd in de bewuste ruimte heeft bevonden — het valt immers vaak niet aannemelijk te maken dat zoiets zich nooit kan hebben voorgedaan — is een DNA-onderzoek het enige onderzoeksmiddel dat overblijft. Dit type gevallen zal zich relatief weinig voordoen, maar toegegeven moet worden dat dat vanuit het perspectief van het slachtoffer irrelevant is of zelfs een reden vormt om drastische onderzoeksmiddelen te bepleiten. De test is in ieder geval niet noodzakelijk in die verkrachttings- dan wel aanrandingszaken waarin de verdachte niet betwist dat er gemeenschap heeft plaatsgevonden, maar 'slechts' dat dit tegen de wil van het slachtoffer, dan wel onder geweld of bedreiging met geweld heeft plaatsgevonden.²⁴ Verder moet worden bedacht dat het DNA-onderzoek nooit aan de start kan staan van een strafrechtelijk onderzoek; er moeten op zijn minst reeds ernstige bezwaren tegen de verdachte bestaan. Gevallen waarin de politie het alleen zou moeten hebben van DNA-onderzoek en er werkelijk geen enkele andere mogelijkheid is om, bij aanwezigheid van deze ernstige bezwaren, het bewijs rond te krijgen, zullen naar alle waarschijnlijkheid uitzonderlijk zijn. De DNA-test kan dus alleen een rol spelen als steunbewijs, naast ander bewijsmateriaal.

Een ander, minder principiële argument geldt slechts bij de huidige technologie. Volgens deskundigen staat nog te weinig vast dat de gebruikte procedures wetenschappelijk geheel verantwoord zijn. Invoering van een wettelijke mogelijkheid voor de DNA-test op dit moment zou dus prematuur zijn. Dit verandert pas wanneer wettelijk bepaalde, gestandaardiseerde procedures, inclusief mogelijkheden voor contra-expertise, kunnen worden vastgesteld. Zo is het ook gegaan met de invoering van de bloedproef op grond van de Wegenverkeerswet.

Hellend vlak

Tenslotte moet worden bedacht, dat de invoering van een verplichte DNA-test een stap verder is op een weg waarvan het eind nog lang niet in zicht is. De voorstanders van een wettelijke regeling bevinden zich op een hellend vlak, zij slechten de dam die verder afglijden op dat vlak voorkomt. Er wordt al gesproken over een aan alle gedetineerden op te leggen verplichting bij het verlaten van de strafinrichting zich aan een DNA-test te onderwerpen, ongeacht waarvoor zij hebben vastgezet. Aldus zou een justitieel streepjescode-archief kunnen worden aangelegd met dezelfde functie als de gewone vingerafdrukken en met een volgens de voorstanders preventief effect. Zo zijn er nog wel meer toepassingsmogelijkheden te bedenken. Legislatieve afwegingen kunnen als het gaat om grond- en mensenrechten niet serieus genoeg worden genomen. Dat gaat zeker op, wanneer de beoogde inbreuk niet één grond- of mensenrecht betreft, maar meer van deze rechten. Dat een nieuwe technologie zich lijkt te lenen voor toepassing in het opsporingsonderzoek, kan op zichzelf nimmer een argument opleveren om de toepassing daarvan wettelijk te legitimeren. De wetgever zal zich hebben af te vragen of de reeds door de wetgever ingevoerde, vaak zeer vergaande dwangmiddelen en onderzoeksbevoegdheden niet reeds zo ingrijpend zijn, dat elke stap verder een stap te ver is.

Noten

1. Vergelijk Cees Korvinus, *Het DNA-onderzoek in strafzaken*, in: *Crimineel Jaarboek 87/88*, Coornhertliga-uitgeverij De Papieren Tijger, Nijmegen 1989, pag. 117-126
2. Vergelijk vonnis in kort geding President Rechtbank Amsterdam van 13 juli 1989, KG 89/1354V (niet gepubliceerd).

3. *NJB* 1990, pag. 295-296.
4. Zie *NJB* 1989, pagina 1223: een New Yorkse strafzaak naar aanleiding van een tweevoudige moord.
5. *NJB* 1988, pagina 1481.
6. KG 90/267, niet gepubliceerd.
7. Zie P. van Dijk/F. van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, 2e druk, Nijmegen (Ars Aequi) 1982, pag. 328.
8. Van Dijk/Van Hoof, pag. 326.
9. Van Dijk/Van Hoof, pag. 329.
10. Aldus Van Dijk/Van Hoof, pag. 353.
11. C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherziening 1983*, Kluwer Deventer 1983, pag. 92.
12. Kortmann, pag. 93.
13. Vgl. Van der Pot/Donner, 11e druk, pag. 325 en de opsomming bij P.W.C. Akkermans (red.), *De Grondwet; Een artikelsgevijs commentaar*, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle, pag. 252.
14. Bijl. Hand. II, 1979-1980, 16 086, nr. 3, pag. 6; vgl. ook Akkermans c.s., pag. 252.
15. NJ 1989, nr. 914.
16. 20 oktober 1989, NJ 1990, 227.
17. 22 juni 1962, NJ 1962, 470.
18. Vragen van G.J. Wolffensperger van D'66, zie *Advocatenblad* 1989, pag. 627.
19. Aldus A.H.J. Swart in zijn annotatie van HR 8 november 1988, *Ars Aequi* 1989, pag. 780-788, met name pag. 785, en Jan Naeyé, *Rectaal fouilleren?*, *NJB* 1989, pag. 880-883, met name pag. 883.
20. HR 1988, NJ 1989 nr. 667 met noot Schalken; zie ook het bovengenoemd artikel van Naeyé en de noot van Swart in *Ars Aequi* (noot 19).
21. Zie Melai c.s., *Wetboek van Strafvordering*, aant. 3 op art. 56 (suppl. 13) en Naeyé, t.a.p., pag. 882.
22. Zie TK 1970-1971, 10038, nr. 6 (Memorie van Antwoord) pag. 923. Zie *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1990, nr. 2, C. Kelk, *Rechtsbeginselen en het Gezondheidsrecht*, en W.B. v.d. Mijn, *Rechtvaardigheid; een kwestie van ieder het zijne geven*, pag. 109 t/m 128; zie ook bijvoorbeeld de 'prikpilzaak', Hof Den Haag 9 april 1987, NJ 1988, nr. 524 en Hof Arnhem 12 juli 1988, NJ 1989 nr. 761.
24. Zie hierover verder Cees Korvinus, *Het DNA-onderzoek*, t.a.p.

ACTUALITEITEN

RECHTSPRAAK

Nr 92

* Gerechtshof Arnhem, 6 maart 1990
Rolnummers 741/89 KG, 62/90 KG,
63/90 KG, 64/90 KG, 65/90 KG.

Mrs Van Julsingha, Bierman en Houtman.

Finkensieper, wonende te Nijmegen, appellant, incidenteel geïntimeerde, procureur mr J.H. Bosnak, tegen vijf geïntimeerden (A t/m E), incidenteel appellanten, procureur mr I. van Westeraak.

Bewijs. Voorschot op immateriële schadevergoeding. Finkensieper stelde hoger beroep in tegen de uitspraak in kort geding van de Rechtbank Arnhem van 17 november 1989 (Rechtspraak Nemesis 1990, nr 78). Het Hof heeft dit vonnis, waarin aan vijf van de slachtoffers een voorschot op de schadevergoeding van f 3.000,— wordt toegekend op voorwaarde van zekerheidsstelling, grotendeels bekrachtigd. De Rechtbank heeft terecht aannemelijk geacht dat de vrouwen door Finkensieper zijn misbruikt en dat zij hiervan nu nog schade ondervinden.

Het Hof is van mening dat zekerheidsstelling niet nodig is.

In een van de volgende nummers van Nemesis zal worden ingegaan op de

De rubriek ACTUALITEITEN wordt samengesteld in samenwerking met het Clara Wichmann Instituut.

Redactie: Gerdie Ketelaars en Heikelen Verrijn Stuart. De met een * aangeduide berichten en uitspraken zijn te vinden op het Clara Wichmann Instituut. Kopieën van deze integrale teksten zijn tegen vergoeding te bestellen.

De redactie stelt toezending van ongepubliceerde uitspraken en opmerkelijke berichten zeer op prijs.

Toezending van scripties graag met informatie over de wijze waarop de scriptie besteld kan worden.

Adres: Singel 373,
1012 WL Amsterdam
Telefoon:
020-24 94 33/27 59 91

verschuiving van strafrechtelijke reacties op seksueel geweld naar civielrechtelijke reacties.

(...)

De grieven

De grieven in het *principaal appel* luiden als volgt:

I. Ten onrechte heeft de President in het incident beslist dat het proces-verbaal van de Rijkspolitie met bijlagen wordt toegelaten als gedingstuk.

II. Ten onrechte heeft de President overwogen (r.o. 6) dat het waarschijnlijk is dat Finkensieper zich in de periode dat hij als psychiater en/of directeur aan Zetten verbonden was, regelmatig ten opzichte van vrouwelijke pupillen aan seksueel misbruik in diverse varianten (tot herhaalde verkrachting aan toe) heeft schuldig gemaakt.

III. Ten onrechte heeft de President een spoedeisend belang aangenomen.

IV. Ten onrechte heeft de President overwogen dat Finkensieper de beschikking heeft of op korte termijn kan krijgen over het bedrag van de gezamenlijke voorschotten.

In het *incidenteel appel* luiden de grieven:

1. Ten onrechte heeft de President aan incidenteel appellanten een voorschot van f 3.000,- toegewezen.

2. Ten onrechte heeft de President als reden voor toewijzing van een in verhouding tot de totale schade klein voorschot gesteld (overweging 25) '... dat de voor eiseressen van een veroordeling te verwachten positieve effecten niet in een recht-evenredig verband staan met de hoogte van de toe te wijzen voorschotten.' En '... dat hem — los van het onderhavige kort geding — mogelijk nog andere claims boven het hoofd hangen.'

3. Ten onrechte stelt de President in overweging 23: 'het aldus geconstrueerde schadebeperkende effect van een voorschot is bij gebreke van voldoende concretisering van bedoelde activiteiten en gegeven het feit dat omtrent de huidige psychische gesteldheid van eiseressen geen (afgeronde) informatie beschikbaar is, te twijfelachtig om toewijzing van een voorschot van spoedeisend belang te achten.'

4. Ten onrechte heeft de President in voornoemd vonnis aan incidenteel appellanten, als voorwaarde voor toekenning van de f 3.000,- voorschot per vrouw, de verplichting tot een deugdelijke zekerheidsstelling tot terugbetaling van het voorschot opgelegd.

De vaststaande feiten

Geen grieven zijn gericht tegen de door de President als vaststaand aangenomen feiten, zodat ook het Hof daarvan zal uitgaan. Daaraan kan nog worden toegevoegd dat de behandeling van de strafzaak tegen Finkensieper, die op 6 december 1989 zou plaatsvinden, is uitgesteld tot 16 mei 1990 in verband met heropening van het gerechtelijk vooronderzoek. Voorts zijn bij het Medisch Tuchtcollege te Eindhoven twee klachten tegen Finkensieper aanhangig in verband met gesteld seksueel misbruik door Finkensieper van een patiënte, een van de klagsters, in de jaren 1987 en 1988. Daarbij heeft Finkensieper in elk geval erkend dat hij de vader is van het in oktober 1988 bij bedoelde patiënte geboren kind alsmede dat hij de grenzen van de therapeutische situatie heeft laten vervagen.

Beoordeling van het geschil in hoger beroep in het principaal appel*Grief I*

1. Blijkens de toelichting is deze grief, welke gericht is tegen de toelaatbaarheid van het proces-verbaal van de Rijkspolitie als bewijsmiddel in dit kort geding, gebaseerd op drie argumenten.

2. Het eerste argument is dat het parket te Arnhem bedoeld proces-verbaal gericht tegen Finkensieper onbevoegd heeft afgegeven, namelijk door in strijd met zijn beleid (abusievelijk) het gehele strafdossier af te geven aan de raadslieden van geïntimeerden in plaats van alleen die stukken die in het bijzonder op geïntimeerden betrekking hebben.

3. Het tweede argument is dat door overlegging van dit proces-verbaal het recht van Finkensieper op eerbiediging van zijn privé-leven is geschonden. In dit verband gaat Finkensieper in op het arrest van de Hoge Raad van 23 mei 1986 (NJ 1987, 702). Daarin werd onder meer beslist dat inbreuk op de privacy kon worden gerechtvaardigd op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) en de Richtlijnen van de minister van Justitie van 29 oktober 1969 voor het Openbaar Ministerie met betrekking tot kennisgeving van strafrechtelijke gegevens voor civielrechtelijke doeleinden door anderen dan partijen in het strafproces, nu deze Richtlijnen als bij het verkrijgen van afschrift van stukken van strafrechtelijk onderzoek in aanmerking komend belang uitdrukkelijk noemen het belang van de verzoeker te wiens behoeve die stukken moeten dienen om in de civiele

procedure bewijs te leveren. Finkensieper betoogt dat dit arrest in de onderhavige situatie niet meer onverkort van kracht is, want vorenbedoelde Richtlijnen zijn op 26 mei 1987 ingetrokken door de minister van Justitie en vervangen door de Circulaire Informatieverstrekking door politie en Openbaar Ministerie. In deze Circulaire wordt niet meer het belang van het gebruik van processtukken ten behoeve van bewijslevering in een civiele procedure uitdrukkelijk genoemd.

Voorts beroept Finkensieper zich op twee uitspraken van de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State van 4 maart 1986 (AB 1986, 404 en 405).

4. Het derde argument is dat het overgelegde proces-verbaal van de Rijkspolitie een eenzijdig stuk is, erop gericht om een veroordeling van Finkensieper te bewerkstelligen. Volgens Finkensieper geeft het ook een onvolledig beeld, nu het onderzoek nog niet is afgerond daar de rechter-commissaris in strafzaken nog bezig is met het horen van vele getuigen à décharge. Voorts zal nog een drietal deskundigen hun oordeel geven over de betrouwbaarheid van de verklaringen van de aangeefsters. Finkensieper baseert zijn stelling dat het proces-verbaal eenzijdig is mede op de wijze waarop het onderzoek is verricht. Het betreft volgens hem de zogenaamde 'schepnetmethode' waarbij via gegevens van de administratie van de Helderings-tichting de verblijfplaatsen van oud-pupillen werden achterhaald, en waarbij aan hen werd gevraagd naar hun ervaringen met Finkensieper.

In dit verband maakt Finkensieper bezwaar tegen de overweging van de President dat niets hem, Finkensieper, belet om het volgens hem incomplete beeld aan te vullen met andere beschikbare informatie dan het betrokken proces-verbaal. Finkensieper stelt dat hij hierdoor in een onmogelijke positie wordt geplaatst, omdat van hem niet verwacht kan worden dat hij verklaringen van de getuigen à décharge (zeker 22) en de deskundigen (in ieder geval drie) in het kader van een kort geding produceert.

5. Het Hof verwerpt bovenstaande argumenten en daarmee de eerste grief.

6. Het eerste argument gaat niet op. Allereerst omdat Finkensieper het door hem gestelde beleid van het parket te Arnhem onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt. Immers, het feit dat de betrokken officier van justitie niet heeft gereageerd op een brief van de advocaat van Finkensieper, waarin deze een telefoongesprek bevestigt inhoudende dat de betrokken officier heeft meegedeeld dat het het vaste beleid van het parket te Arnhem is dat alleen die stukken worden toegezonden aan het 'slachtoffer' die op

haar betrekking hebben, is naar het voorlopig oordeel van het Hof te weinig om een dergelijk beleid aannemelijk gemaakt te achten. Bovendien, zelfs als er sprake zou zijn van het door Finkensieper gestelde vaste beleid, brengt het enkele feit dat de officier van justitie in de onderhavige zaak dan zou zijn afgeweken van dat beleid, op zichzelf nog niet mee dat de afgifte van het proces-verbaal daarom onbevoegd is geschied. Dit is eerst het geval, indien de afgifte in strijd zou zijn met de Wob. Dit komt aan de orde bij de beoordeling van het tweede argument van Finkensieper in rechts-overweging 7.

7. Het recht op eerbiediging van het privé-leven waarop Finkensieper zich in het tweede argument beroept, vindt onder meer erkenning in art. 4 aanhef en onder h van de Wob. Dit recht kan een reden zijn om af te wijken van het in art. 1, lid 1 van de Wob neergelegde beginsel dat een verzoek om informatie gericht tot een overheidsorgaan dient te worden ingewilligd. Genoemd art. 4 aanhef en onder h bepaalt dat het verstrekken van informatie ingevolge art. 1 niet plaatsvindt, indien en voorzover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang dat is gediend met het recht van een ieder op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Op grond hiervan dient er een belangenafweging plaats te vinden waarbij in elk afzonderlijk geval de concrete belangen die bij bekendmaking van de gevraagde informatie zijn betrokken tegen elkaar behoren te worden afgewogen. In de door Finkensieper aangehaalde, in rechtsoverweging 3 genoemde uitspraken van de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State is die belangenafweging uitgevallen in het voordeel van degene die zich beriep op de bescherming van zijn privé-leven. Daarbij heeft de Voorzitter overwogen vooralsnog te betwijfelen of het Openbaar Ministerie, gelet op de belangenafweging die art. 4 Wob vereist, heeft kunnen volstaan met de enkele motivering dat het belang van de persoonlijke levenssfeer van de verzoeker niet zou opwegen tegen het belang van de waarheidsvinding in het civiele recht.

Wat hiervan ook zij, naar het voorlopig oordeel van het Hof is er in de onderhavige zaak voldoende reden om aan te nemen dat het belang van geïntimeerden bij verkrijging van het proces-verbaal zwaarder weegt dan het privacy-belang van Finkensieper bij het niet-verstrekken ervan. Geïntimeerden stellen slachtoffer te zijn van sexuele (gewelds)misdrijven die een ernstige inbreuk vormen op hun persoonlijke levenssfeer, waardoor zij grote materiële en immateriële schade hebben geleden, waarvan zij in een civiele procedure vergoeding willen vorderen. De inhoud van het proces-verbaal is voor hen een wezenlijk onderdeel van het hun ter beschikking staande be-

wijsmateriaal. Daarbij overweegt het Hof voorts dat het vooralsnog niet inziet dat geïntimeerden door de beschikking over het proces-verbaal onevenredig zouden zijn bevoordeeld wat betreft hun positie in de civiele procedure en Finkensieper onevenredig zou zijn benadeeld.

Het Hof verwerpt ook het betoog van Finkensieper, erop neerkomende dat het arrest van de Hoge Raad van 23 mei 1986 (NJ 1987, 702) in zijn geval niet opgaat, nu de Richtlijnen waarnaar de Hoge Raad verwees inmiddels zijn ingetrokken en vervangen door een Circulaire die geen melding meer maakt van het belang van het gebruik van processtukken ten behoeve van bewijslevering in een civiele procedure. Naar het voorlopig oordeel van het Hof verandert dit niets aan de zaak. Bedoelde Richtlijnen of Circulaire kunnen de werkingssfeer van de Wob noch uitbreiden noch beperken. Doorslaggevend is de in art. 4 van de Wob neergelegde belangenafweging.

8. Ook het derde argument wordt verworpen. De aard van de kort geding procedure verzet zich er niet tegen dat Finkensieper zich zo uitgebreid en volledig mogelijk verweert tegen de stellingen van geïntimeerden. Het staat hem vrij alle stukken in het geding te brengen die hij daartoe nodig acht. De omstandigheid evenwel dat hij nog niet over alle gewenste stukken beschikt, omdat de rechter-commissaris in strafzaken nog een groot aantal getuigen à décharge moet horen en een drietal deskundigen, dient naar het voorlopig oordeel van het Hof niet tot gevolg te hebben dat daarom het proces-verbaal van de Rijkspolitie niet toelaatbaar zou zijn als bewijsmiddel. Wel zal deze omstandigheid voor de rechter reden moeten zijn om het proces-verbaal met behoedzaamheid te gebruiken en rekening te houden met de in zoverre moeilijke bewijspositie van Finkensieper.

Ten aanzien van het bezwaar van Finkensieper tegen de door hem als zodanig betitelde schepnetmethode van de Rijkspolitie, volstaat het Hof (daarbij de vraag in het midden latend in hoeverre van die methode gebruik is gemaakt) met de opmerking dat de suggestie die Finkensieper probeert te wekken dat deze methode per definitie eenzijdig — en daarom kennelijk ontoelaatbaar — zou zijn niet nader door hem is geadstrueerd, zodat daaraan verder voorbij kan worden gegaan.

Grief II

9. In de toelichting op deze grief herhaalt Finkensieper in de eerste plaats dat de verklaringen in het proces-verbaal van de Rijkspolitie, op grond waarvan de President tot zijn conclusie is gekomen dat het waarschijnlijk is dat Finkensieper zich ten opzichte van geïntimeerden

aan sexueel misbruik in diverse varianten heeft schuldig gemaakt, zeer eenzijdige stukken zijn, erop gericht om een veroordeling van Finkensieper te bewerkstelligen. Eveneens herhaalt hij dat de aanklachten zijn gebaseerd op een onvolledig strafdossier. Daarbij verwijst Finkensieper naar hetgeen hij hieromtrent bij de eerste grief heeft gesteld.

10. Finkensieper stelt vervolgens dat, nu in dit kort geding zo uitvoerig wordt vooruitgelopen op de strafzaak, de voorschriften van art. 6 leden 1 en 3b EVRM — *equality of arms and adequate time and facilities for the preparation of his defence* — van (overeenkomstige) toepassing zijn. Hij meent dat hij in dit kort geding niet de waarborgen heeft die in art. 6 EVRM zijn neergelegd. Bovendien meent hij dat het kort geding niet het middel is om in deze complexe zaak de aannemelijkheid c.q. waarschijnlijkheid van de gestelde onrechtmatige handelingen te onderzoeken. Volgens hem kon de President binnen het kader van het kort geding niet het vereiste inzicht verkrijgen voor een verantwoorde beslissing met zulke verstreckende gevolgen, waaronder prejudiciërende werking van het bestreden vonnis in de komende strafzaak.

11. Finkensieper voert voorts aan dat de verklaringen van de aangeefsters niet kloppen. Hij wijst erop dat het personen betreft van wie in het algemeen kan worden gezegd dat de meesten een voorgeschiedenis hebben met sterke verwaarlozing gepaard gaande met agressie en sexueel misbruik, dat de opname in de Heldringsstichting plaatsvond nadat de betrokken pupillen bij andere instellingen niet meer te handhaven bleken te zijn, en dat de Heldringsstichting een laatste station was voor kinderen met een extreem problematisch c.q. gestoord gedrag, en dat hij zich relatief intensiever met de buitengewoon moeilijk handelbare pupillen bemoeide. Een en ander kan, aldus Finkensieper, tot verdichting en projectie van hun voorgeschiedenis op de persoon van Finkensieper aanleiding geven, zeker indien de pupillen achteraf worden uitgenodigd door kranterberichten en benadering door verbalisanten, waardoor aangiften werden geïndiceerd.

12. Het Hof verwierpt deze grief. Voorzover Finkensieper in zijn toelichting op de grief heeft volstaan met verwijzing naar de toelichting op de eerste grief, volstaat het Hof met verwijzing naar de verwerping ervan in rechtsoverweging 8.

13. Voorzover Finkensieper betoogt dat de waarborgen van art. 6 EVRM in dit kort geding niet tot hun recht zijn gekomen, wijst het Hof Finkensieper op de aard van het kort geding, te weten een

snelle korte, informele procedure die een geheel ander karakter heeft dan een gewone procedure. Het geding is niet gericht op een definitieve beslissing van de rechtsstrijd: de beslissing in kort geding, ook die in hoger beroep, is een voorlopige en kan dus niet prejudiciëren op de beslissing in een bodemprocedure of een strafzaak.

Naar het voorlopig oordeel van het Hof is in de onderhavige kort geding procedure jegens Finkensieper geen enkel fundamenteel beginsel van procesrecht geschonden. Hij heeft de gelegenheid gekregen om zijnerzijds alles naar voren te brengen. Dat hij daarbij nog niet kan beschikken over de verklaringen van nog niet door de rechter-commissaris gehoorde getuigen à décharge en deskundigen, doet — zoals reeds overwogen in rechtsoverweging 8 — daaraan niet af.

Naar het voorlopig oordeel van het Hof is — anders dan Finkensieper stelt — de onderhavige zaak niet te ingewikkeld om in kort geding te beslissen. Het Hof baseert dit voorlopige oordeel op de inhoud van het overgelegde bewijsmateriaal waarover in de volgende rechtsoverweging.

14. Ten aanzien van dit bewijsmateriaal neemt het Hof over hetgeen de President in de rechtsoverwegingen 2 tot en met 5 heeft overwogen. Op grond daarvan heeft naar het voorlopig oordeel van het Hof de President in rechtsoverweging 6 terecht geconcludeerd dat het waarschijnlijk is dat Finkensieper zich in de periode dat hij als psychiater en/of directeur aan Zetten verbonden was, regelmatig ten opzichte van vrouwelijke pupillen aan sexueel misbruik in diverse varianten (tot herhaalde verkrachting toe) heeft schuldig gemaakt. Het Hof verwierpt de stelling van Finkensieper inhoudende dat aan de verklaringen van de aangeefsters weinig gewicht kan worden gehecht, omdat zij allen een 'voorgeschiedenis' hebben, en dat hier sprake zou zijn van verdichting en projectie. Naar het voorlopig oordeel van het Hof is deze stelling weinig aannemelijk gelet op het grote aantal (19) aangiften van ex-pupillen uit Zetten met daarin zeer gedetailleerde verklaringen. Daarenboven blijkt uit het proces-verbaal van de Rijkspolitie dat zij bij haar benadering van mogelijke slachtoffers bovendien nog werd geconfronteerd met een tiental vrouwen die vanwege traumatische ervaringen dan wel emotionele bewogenheid niet in staat waren hierover te praten. Het gaat derhalve om zoveel gevallen, dat het uiterst onwaarschijnlijk wordt dat alles zou kunnen worden toegeschreven aan verdichting en projectie. Daarbij komt nog dat het door de aangiften over Finkensieper geschetste beeld een zekere versterking vindt in de hierboven onder de vaststaande feiten genoemde klachten bij het Medisch Tuchtcollege, bij de be-

handeling waarvan Finkensieper heeft toegegeven de vader te zijn van het bij een van de klaagsters geboren kind en dat hij ten opzichte van haar de grenzen van de therapeutische situatie heeft laten vervagen.

Het Hof deelt eveneens de conclusie van de President, dat de door Finkensieper overgelegde verklaringen van door de rechter-commissaris gehoorde getuigen niet afdoen aan de bovengenoemde waarschijnlijkheid.

Het Hof neemt daarom voorts over hetgeen de President in de rechtsoverwegingen 8 tot en met 11 en 13 heeft overwogen ten aanzien van het waarheidsgehalte van de door geïntimeerden aan hun individuele vorderingen ten grondslag gelegde feiten. Naar het voorlopig oordeel van het Hof heeft de President op grond hiervan terecht geconcludeerd dat de waarschijnlijkheid van de gedragingen van Finkensieper zo groot is dat er in redelijkheid geen rekening mee behoeft te worden gehouden dat de bodemrechter tot het oordeel kan komen dat hetgeen thans als waarschijnlijk is aangenomen onvoldoende vaststaat om er een veroordeling tot schadevergoeding op te baseren. Vanwege die grote waarschijnlijkheid acht het Hof het voorshands weinig aannemelijk dat de verklaringen van de nog niet ten verzoeken van Finkensieper gehoorde getuigen en deskundigen een geheel ander licht op de zaak zullen werpen.

Grief III

15. Met deze grief bestrijdt Finkensieper de overweging van de President inhoudende dat het spoedeisend belang is gelegen in het schadebeperkend effect van het voorschot waardoor het leed uit hoofde van krenking van zelfrespect en rechtsgevoel kan worden verzacht. Volgens Finkensieper bestaat het spoedeisend belang in het vaststellen van het onrechtmatig handelen, hetgeen een declaratoir vonnis impliceert. Dit declaratoir karakter, aldus Finkensieper, is in strijd met de aard van het kort geding.

16. Daarnaast wijst Finkensieper erop dat er in de onderhavige zaken minimaal negen jaar verstreken is sedert het onrechtmatig handelen zou hebben plaatsgehad. Alsdan kan naar zijn mening niet volstaan worden met een dergelijke summiere motivering van het spoedeisend belang.

17. Het Hof verwierpt ook deze grief. Het betoog van Finkensieper over een declaratoir karakter van het vonnis van de President gaat al daarom niet op, omdat de President in zijn vonnis voldoende duidelijk heeft laten uitkomen dat zijn oordeel slechts voorlopig is. De President is immers steeds de mate van waarschijnlijkheid van de door geïntimeerden gestelde feiten nagegaan alvorens

hij op grond daarvan concludeerde dat er in redelijkheid geen rekening mee behoeft te worden gehouden dat de bodemrechter tot het oordeel kan komen dat hetgeen thans als waarschijnlijk is aangenomen onvoldoende vaststaat om er een veroordeling tot schadevergoeding op te baseren.

18. Ook de stelling van Finkensieper dat de motivering van het spoedeisend belang onvoldoende zou zijn, wordt verworpen. In een situatie als de onderhavige, waarin het gaat om ernstige aantastingen van geïntimeerden in hun persoon en waarin het gevorderde voorschot op de immateriële schadevergoeding mede strekt tot compensatie voor geschokte gevoelens van geïntimeerden, heeft de President terecht geoordeeld dat een snelle reactie in de vorm van toewijzing van een geldsbedrag in kort geding tot beperking van de schade kan leiden. Ten aanzien van het tijdsverloop van negen jaar sedert de gebeurtenissen overweegt het Hof dat het spoedeisend belang niet hieraan moet worden afgemeten maar aan het bekend worden van de (eerste) resultaten van het strafrechtelijk onderzoek tegen Finkensieper. Eerst toen bleek dat de aanklachten tegen Finkensieper voldoende gesubstantieerd konden worden om op grond daarvan ook civielrechtelijk tegen Finkensieper te kunnen ageren, hetgeen geïntimeerden op dat moment dan ook hebben gedaan.

Grief IV

19. In de toelichting op deze grief stelt Finkensieper dat geïntimeerden geen belang hebben bij een toewijzing van voorschotten op schadevergoeding in kort geding, omdat bij hem geen verhaal mogelijk is. Hij geniet thans een uitkering van omstreeks f 3.000,- netto per maand, waarvan hij f 1.500,- alimentatie betaalt aan zijn ex-echtgenote. Aan huur betaalt hij maandelijks f 780,-, terwijl hij een bedrag van f 743,- per maand dient af te betalen aan Autolease Holland B.V. Finkensieper heeft een verklaring van de Belastingdienst te Nijmegen van 16 januari 1990 overgelegd waaruit blijkt dat hij vanaf 1969 nooit voor vermogensbelasting is aangeslagen.

20. De grief kan Finkensieper niet baten. Eventuele financiële onmacht van een debiteur is geen reden om een geldvordering niet toe te wijzen. De omstandigheid dat het hier gaat om een voorschot in kort geding, brengt in beginsel hierin geen verandering. Overigens heeft Finkensieper het Hof vooralsnog niet kunnen overtuigen van zijn financiële onmacht. Hij heeft tot het moment van beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst (1 februari 1989) een ruim inkomen (naar geïntimeerden onweerspro-

ken hebben gesteld: omstreeks f 120.000,- per jaar) genoten. Voorts is het door de President bepaalde bedrag van de voorschotten ad f 3.000,- per persoon, gelet op de omvang van de immateriële schade die aan het seksuele misbruik door Finkensieper kan worden toegeschreven, niet als hoog te kwalificeren.

In het incidenteel appel

Grievens 1 en 2

21. Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke bespreking. Incidenteel appellanten zijn het niet eens met de overwegingen van de President op grond waarvan hij het bedrag van de voorschotten heeft bepaald op f 3.000,- voor ieder.

22. Incidenteel appellanten menen dat de President nader had moeten motiveren waarom hij, gezien de wederzijdse stand en fortuin, in casu een bedrag van f 3.000,- gerechtvaardigd achtte. Volgens incidenteel appellanten had de President inlichtingen moeten vragen over het grote vermogen dat Finkensieper in de loop van 20 jaar uit zijn riant inkomen moet hebben vergaard alsmede over de beweerde alimentatieplicht van Finkensieper. Voorts menen incidenteel appellanten dat de President ten onrechte rekening heeft gehouden met het feit dat Finkensieper mogelijk nog andere claims boven het hoofd hangen.

23. Naar het voorlopig oordeel van het Hof is hetgeen incidenteel appellanten gesteld hebben over het grote vermogen van Finkensieper, tegenover diens ontkenning op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt. Finkensieper heeft ten aanzien van de alimentatie die hij aan zijn ex-echtgenote betaalt, die volgens hem gebaseerd is op een afspraak tussen hen, als bewijsstuk een bankafschrift overgelegd. Dit acht het Hof in het kader van dit kort geding voldoende, nu het bestaan van een alimentatieplicht ook niet gemotiveerd is betwist.

Het Hof verworpt het bezwaar van incidenteel appellanten tegen de overweging van de President dat rekening moet worden gehouden met mogelijke andere claims. Gelet op het grote aantal aangiften in de strafzaak tegen Finkensieper, is de mogelijkheid dat naast incidenteel appellanten ook anderen een schadevergoedingsvordering tegen Finkensieper geldend zullen maken, heel reëel. Dat dit nog niet is geschied, maakt de mogelijkheid bepaald niet minder reëel, omdat het voor de hand ligt dat die anderen eerst het resultaat van de onderhavige procedure en eventueel ook van de strafzaak willen afwachten.

Ten aanzien van de in grief 2 geciteerde overweging van de President — '... dat

de voor eiseressen van een veroordeling te verwachten positieve effecten niet in een recht-evenredig verband staan met de hoogte van de toe te wijzen voorschotten' — hebben incidenteel appellanten zich in hun toelichting en bij pleidooi niet verder uitgelaten, zodat ook het Hof hieraan voorbij gaat.

Uit het vorenstaande volgt dat de eerste twee incidentele grieven falen.

Grief 3

24. In de toelichting op deze grief voeren incidenteel appellanten aan dat de President het ten onrechte nodig heeft geoordeeld dat zij concreet konden aangeven voor welke (sociale) activiteiten zij het voorschot zouden besteden.

25. Het Hof verworpt de grief. De aangevallen overweging van de President moet gelezen worden in samenhang met de eraan voorafgaande alinea alsmede met de daarop volgende. De President erkent terecht dat het spoedeisend belang gelegen is in de beperking van toekomstige schade en wel door toekenning van een voorschot als genoegdoening voor krenking van zelfrespect en rechtsgevoel. De door incidenteel appellanten daarenboven ter adstructie van de schadebeperkende werking genoemde (sociale) activiteiten kunnen op zichzelf ook als grondslag voor spoedeisend belang in aanmerking komen, maar dan moeten die — teneinde de spoedeisendheid aannemelijk te maken — wel nader geconcretiseerd worden. Aldus heeft de President naar het voorlopig oordeel van het Hof niet een te vergaande eis gesteld.

Grief 4

26. In de toelichting op deze grief voeren incidenteel appellanten aan dat de aangevallen overweging van de President — dat er sprake is van een restitutierisico, nu incidenteel appellanten zijn aangewezen op een minimum inkomen — een vorm van discriminatie is. Volgens incidenteel appellanten wordt de indruk gewekt dat mensen met een minimum inkomen zich niet aan hun eventuele financiële terugbetalingsverplichting houden en onvoldoende mogelijkheden hebben om een zekerheidsstelling af te geven.

27. Het Hof is het niet eens met de kwalificatie van incidenteel appellanten dat hier sprake zou zijn van een vorm van discriminatie. Toch acht het Hof de grief terecht voorgedragen. Gelet op de relatief beperkte hoogte van de voorschotbedragen, is naar het voorlopig oordeel van het Hof in dit geval, onafhankelijk van de hoogte van het huidige inkomen van ieder der incidenteel appellanten, het risico van onmogelijkheid van terugbata-

ling niet zodanig dat de toekenning van het voorschot afhankelijk moet worden gemaakt van voorafgaande deugdelijke zekerheidsstelling.

Slotsom

Uit het vorenstaande volgt dat het vonnis waarvan beroep dient te worden bekrachtigd, behalve ten aanzien van de bepaling dat het voorschot telkens eerst betaald hoeft te worden na deugdelijke zekerheidsstelling. In zoverre wordt het vonnis vernietigd.

De vordering van incidenteel appellanten om het bedrag van het voorschot vast te stellen op f 5.000,- wordt afgewezen. Finkensieper zal als in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het principaal appel. In het incidenteel appel zal het Hof de kosten compenseren, nu de partijen over en weer gedeeltelijk in het ongelijk zijn gesteld.

Rechtdoende in hoger beroep in kort geding

in het principaal en in het incidenteel appel

Bekrachtigt het vonnis waarvan beroep, behalve ten aanzien van de bepaling dat het voorschot telkens eerst betaald hoeft te worden na deugdelijke zekerheidsstelling; in zoverre wordt het vonnis vernietigd.

in het principaal appel voorts

Veroordeelt Finkensieper in de kosten van het geding in hoger beroep aan de zijde van geïntimeerde A (B, C, D, E) gevallen en tot aan deze uitspraak begroot op f 2.100,- (respectievelijk f 3.000,- enz.).

(...)

In het incidenteel appel voorts

Wijst het gevorderde af.

Compenseert de proceskosten in alle vijf zaken aldus, dat elke partij de eigen kosten draagt.

Nr 93

* College voor Medisch Tuchtrecht Eindhoven, 18 december 1989

Klacht van 11 januari 1989

Mr J.H.M. Petri, voorzitter, A.H.M. Rademaker en F.H.M. Jansen, leden-geneeskundigen, J.J.C. Marlet en Dr. C.W.G.M. Frenken, plaatsvervangende leden-geneeskundigen.

Mevrouw N., wonende te Nijmegen, klagster, over H.O.T. Finkensieper, psychiater, wonende te Nijmegen.

De moeder van een ex-patiënte van

Finkensieper heeft een klacht ingediend wegens het verwekken van een kind bij haar dochter. Finkensieper gaf het College te kennen dat hij een lichaamsgerichte therapie op de patiënte toepaste en dat in de loop der tijd de therapeutische relatie was overgegaan in een persoonlijke relatie waaruit het kind werd geboren.

Het College overweegt in zijn uitspraak dat Finkensieper als arts, door vermenging van de therapeutische en de seksuele verhouding tot zijn patiënte, het vertrouwen in de medische stand heeft ondermijnd. Finkensieper wordt verweten dat hij geen enkele poging heeft ondernomen één van beide relaties te beëindigen. Het College meent dat alleen de zwaarste maatregel waartoe het bevoegd is, ontzegging van de bevoegdheid om de geneeskunst uit te oefenen, voldoende is om Finkensieper duidelijk te maken dat hij tekort is geschoten als therapeut.

(...)

Overwegende naar aanleiding van de klacht

De klacht gaat er — kort samengevat — over dat klagster als moeder van M., die dochter, verder aan te duiden als de patiënte, in contact heeft gebracht met de arts omstreeks 1985, dat hij de patiënte in behandeling heeft genomen en dat tijdens die behandeling de arts is gekomen tot seksuele handelingen met de patiënte en hij bij haar een kind heeft verwekt dat in oktober 1988 is geboren; de arts geeft toe dat klagster, die hij kende uit zijn en haar studietijd evenals haar overleden echtgenoot, hem in 1985 heeft gevraagd om haar dochter te bezien in verband met depressies, fobieën en paniekaanvallen — volgens klagster agorafobie — en dat hij die dochter in behandeling heeft genomen; hij stelt dat hij in de periode van voorjaar 1985 tot de zomer van 1986 de patiënte te Zetten heeft ontvangen voor gesprekken en begeleiding van farmacotherapie en dat hij de patiënte in de zomer van 1986 is gaan behandelen in haar woning te Nijmegen, waarbij hij stelt dat de patiënte ook met begeleiding niet meer naar Zetten durfde te komen; de arts voert aan dat hij bij de behandeling van de patiënte toen gekozen heeft voor een lichaamsgerichte benadering welke hij alleen in dit geval heeft toegepast en wel omdat hij helpen wilde en de patiënte zich bij 'aanraken' gerust liet stellen; hij voegt daaraan toe dat naast de therapeutische relatie die hij met de patiënte had ook een persoonlijke relatie is ontstaan en dat die is overgegaan in een seksuele relatie en dat die relaties door elkaar heen liepen en verder dat hij bij de patiënte een kind heeft verwekt; op de zitting heeft hij verklaard dat het

voor hem 'heel ingewikkeld was' en dat hij aan de patiënte heeft gezegd dat hij het kind wilde aanvaarden als zijn kind en dat hij het daarbij aan haar heeft overgelaten om te beslissen hoe dit moest gaan;

daar heeft hij ook verklaard dat hij omwille van de persoonlijke relatie met de patiënte de therapeutische niet heeft willen verbreken en dat die relaties zo verward waren dat hij niet aan een van de twee een einde heeft willen maken tot ongeveer 1989 en dat hij toen de behandeling heeft gestaakt maar nog wel brieven van de patiënte kreeg;

bij de behandeling van de klacht heeft klagster naar voren gebracht dat haar dochter, die op tweejarige leeftijd haar vader had verloren, in de arts een 'vader' heeft gezien en ook contact met de arts heeft gezocht als een vervangend vader en de arts heeft naar aanleiding daarvan gezegd dat dit zeker wel het geval is geweest;

de arts heeft op de zitting eveneens verklaard dat hij er niet met klagster over gesproken heeft toen de relatie tussen hem en de patiënte zo verward raakte als hiervoor beschreven;

uit hetgeen vast staat als weergegeven, maakt het College op dat de klacht gegrond is en dat de arts in ernstige mate door zijn handelen het vertrouwen in de stand der geneeskundigen heeft ondermijnd;

het heeft daarbij in aanmerking genomen dat de arts gedurende ongeveer twee jaar de behandeling van een patiënte heeft voortgezet nadat een persoonlijke verhouding tussen die patiënte en hem — zij zag daarbij in hem een vaderfiguur — een seksuele verhouding was geworden;

de arts heeft geen pogingen gedaan om hetzij de seksuele, hetzij de therapeutische verhouding te beëindigen en heeft daarbij ernstig misbruik gemaakt van het vertrouwen dat — aan de ene kant — de patiënte en — aan de andere kant — de klagster, die hij kende, in hem als arts stelde;

aan te nemen valt bovendien dat de patiënte door het handelen van de arts schade heeft geleden wat betreft haar geestelijke toestand nu zij — blijkbaar — een labiele figuur was aan wie de arts — overigens zonder de therapeutische verhouding te beëindigen — de beslissing heeft gelaten die nodig was in verband met de komst van het kind dat hij bij haar had verwekt;

het College is dan van oordeel dat alleen de zwaarste maatregel voldoende is om aan de arts duidelijk te maken hoe zeer hij is tekort geschoten als therapeut.

Beslissende op de klacht

Verklaart die gegrond en legt aan de arts op de maatregel van ontzegging van de bevoegdheid om geneeskunst uit te oefenen.

Nr 94

Hof 's-Hertogenbosch, 19 januari 1990

Reg.nr. 415/89 DIV.

Mr Wachter, Raadsheer-Voorzitter, mrs Adelmeijer en Nijman, Raden.

Appellante, de vrouw, procureur mr L. Renckens, tegen geïntimeerde, de man, procureur mr J. van Zinnicq Bergmann.

Erkenning. Moeder weigert terecht haar toestemming. Art. 8 EVRM.

De vader en de moeder hebben ruim twee jaar samengewoond. Het kind, dat uit deze relatie is geboren, is 6 jaar oud. De man heeft niet eerder geprobeerd het kind te erkennen. De moeder weigert haar toestemming.

De Rechtbank wijst het verzoek van de vader toe. Het Hof vernietigt deze beschikking. Zie noot bij Nr 95.

(...)

2. De procedure in hoger beroep

Van die beschikking bij voormeld verzoekschrift in hoger beroep gekomen, heeft de vrouw drie grieven aangedragen en het Hof — kort gezegd — verzocht de bestreden beschikking te vernietigen en alsnog af te wijzen het dit geding inleidende verzoek van de man.

Bij zijn op 18 december 1989 ter griffie van dit Hof ingediende verzoekschrift heeft de man de grieven van de vrouw bestreden en het Hof — kort gezegd — verzocht de bestreden beslissing te bevestigen.

Ter terechtzitting met gesloten deuren van 22 december 1989 heeft het Hof partijen en haar raadslieden gehoord.

3. De gronden van het hoger beroep

De grieven van de vrouw hebben de strekking te betogen, dat de Rechtbank ten onrechte op het dit geding inleidende verzoek van de man heeft beslist in voege als hiervoor vermeld.

Zij is van mening dat evengemeld verzoek van de man alsnog behoort te worden afgewezen.

4. De beoordeling

4.1. Het Hof is in het onderwerpelijke geval van oordeel, dat de man er onder meer in beginsel recht op heeft, dan wel erop aanspraak heeft, dat zijn relatie tot het ten processe bedoelde kind en van het kind tot hem, rechtens wordt erkend als familierechtelijke rechtsbetrekking.

4.1.1. Dit brengt met zich, dat aan de man, van wie ten processe vaststaat, dat hij de verwekker van het hier bedoelde kind is, de mogelijkheid van erkenning van het kind niet steeds kan worden onthouden, tenzij ter bescherming vna de belangen van de onmiddellijk betrokke-

nen, zoals die van het kind en/of zijn moeder, beperking van evengemelde mogelijkheid noodzakelijk wordt geacht.

4.2. In het onderhavige geval is als onbetwist ten processe komen vast te staan, dat het uit de relatie van partijen geboren kind vanaf zijn geboorte, derhalve gedurende reeds circa zes jaren, de geslachtsnaam draagt van zijn moeder, in casu appellante, dat de minderjarige enkele jaren op de basisschool zit, dat hij aldaar 'onbedreigd' staat ingeschreven onder de achternaam van zijn moeder en dat hij ook onder die achternaam wordt aangesproken.

4.3. Ter zitting van het Hof heeft de man geen, althans onvoldoende, zwaarwegende argumenten naar voren kunnen brengen op grond waarvan hij niet reeds aanstonds na de geboorte tot erkenning is overgegaan, althans niet reeds kort na de geboorte van het kind, maar eerst eind februari 1989 het dit geding inleidende verzoek bij voornoemde Rechtbank heeft kunnen indienen.

4.3.1. Voorts is ter zitting gebleken, dat de man tot aan de dag der indiening van evengemeld verzoekschrift niets heeft ondernomen, waaruit het kind en/of de vrouw zou(den) hebben kunnen opmaken, dat de man voornemens was zijn relatie tot het kind op enigerlei wijze rechtens te willen erkennen.

4.3.2. De man heeft het Hof nog medegedeeld, dat hij de litigieuze erkenning van het kind in het belang acht van dit kind, omdat daardoor de (financiële) belangen van de minderjarige kunnen worden gewaarborgd, doch desgevraagd heeft de man ter zitting verklaard tot op heden geen enkele financiële verantwoordelijkheid voor het kind aanvaard te hebben.

4.4. Het vorenstaande in onderling verband en samenhang beziend komt het Hof tot de conclusie, dat de ten processe bedoelde minderjarige, althans zijn moeder, een rechtens te respecteren belang heeft bij de weigering van het onderhavige verzoek van de vader, zodat reeds op voormelde gronden de bestreden beschikking niet in stand kan blijven en behoort te worden vernietigd in voege als hierna in het dictum vermeld.

4.5. Het Hof is voorts van oordeel, dat hoewel juist is de grief van de vrouw, dat in deze zaak de Rechtbank ten onrechte heeft nagelaten de desbetreffende Raad voor de Kinderbescherming te horen, die grief gezien het vorenoverwogene haar belang heeft verloren.

4.5.1 Daar komt bij dat — indien de belangen van de betrokkenen met zich hadden gebracht dat de Raad voor de Kinderbescherming diende te worden gehoord — in zaken als de onderhavige eveneens het Openbaar Ministerie in de

gelegenheid had dienen te worden gesteld te worden gehoord.

4.6. In het onderwerpelijke geval acht het Hof termen aanwezig de op het hoger beroep gevallen proceskosten tussen partijen te compenseren op nader aan te geven wijze.

5. Beslissing

Het Gerechtshof:

Vernietigt de beschikking, waarvan beroep.

Wijst alsnog af het dit geding inleidende verzoek van de man.

Compenseert de op het hoger beroep gevallen proceskosten tussen partijen in die zin, dat ieder van hen de eigen kosten draagt.

(...)

Nr 95

* Gerechtshof Amsterdam, 29 januari 1990

Rekestnr. 858/89.

Mrs Van Gijn, Willems-Morsink en Stille.

De moeder, verzoekende partij in hoger beroep, procureur mr G. van Driem, tegen de vader, verwerende partij in hoger beroep, procureur mr D.J. van der Kuyp.

Erkenning. Moeder weigert terecht haar toestemming. Art. 8 EVRM.

De moeder heeft uit een niet-huwelijkse relatie twee kinderen. De vader verbreekt na vijf jaar de relatie en gaat naar het buitenland. Hij bezoekt zijn kinderen enkele malen per jaar.

Nadat de vader twee jaar in het buitenland heeft gewoond, komt hij terug naar Nederland. Sindsdien verloopt de omgang tussen hem en de kinderen moeizaam.

De vader wil de kinderen erkennen, maar de moeder weigert haar toestemming te verlenen. De Rechtbank wijst het verzoek van de vader toe. Het Hof vernietigt deze beschikking omdat de man nooit eerder heeft geprobeerd de kinderen te erkennen en omdat het niet in het belang van de kinderen is dat naamswijziging plaatsvindt.

Het geding in hoger beroep

De verzoekende partij in hoger beroep, de moeder, is in hoger beroep gekomen van een op verzoek van de verwerende partij in hoger beroep, de vader, gegeven beschikking van 13 december 1988 van de rechtbank te Amsterdam, waarbij de ambtenaar van de burgerlijke stand te Amsterdam is gelast een akte van erkenning op te maken, waarbij de vader van de minderjarige kinderen S. en I. erkent.

Bij appèlrekest heeft de moeder verzocht de beschikking waarvan beroep te vernietigen en alsnog het inleidend verzoek van de vader af te wijzen, althans niet ontvankelijk te verklaren.

De vader heeft daarop een verweerschrift ingediend.

De ambtenaar van de burgerlijke stand te Amsterdam heeft op 24 november 1989 ter griffie van het Hof een notitie ingediend.

De zaak is, na aanhouding ter terechtzitting van 13 september 1989 tot die van 29 november 1989, op laatstgenoemde datum behandeld, op welke terechtzitting partijen, de procureur-generaal bij dit Hof, de Raad voor de Kinderbescherming te Amsterdam en de ambtenaar van de burgerlijke stand te Amsterdam zijn gehoord. Daarbij heeft de procureur-generaal geconcludeerd primair tot vernietiging van de beschikking waarvan beroep en het alsnog afwijzen van het inleidend verzoek, subsidiair — indien de beschikking waarvan beroep zou worden bevestigd — tot bepaling van 13 mei 1988 als datum van erkenning. De Raad voor de Kinderbescherming heeft geadviseerd de beschikking waarvan beroep te vernietigen en alsnog het inleidend verzoek af te wijzen. Voorts heeft de ambtenaar van de burgerlijke stand als haar mening te kennen gegeven dat indien het Hof tot bekrachtiging van de beschikking waarvan beroep zou komen, de beslissing aangevuld zou moeten worden met de datum van de erkenning, welke datum in deze 13 mei 1988 zou zijn.

De feiten en omstandigheden

Bij de mondelinge behandeling en uit de stukken is onder meer het volgende gebleken.

Partijen hebben met enkele onderbrekingen van 1979 tot eind 1984 samengewoond. Uit deze samenleving zijn geboren op 21 mei 1982 S. en op 16 december 1983 I., over wie de moeder voogdes is en de vader sinds 14 januari 1983 respectievelijk 9 maart 1984 toezieend voogd. Na beëindiging van de relatie van partijen in 1984 is de vader metterwoon naar Joegoslavië gegaan, waarna hij bij overkomst naar Nederland de kinderen enkele malen per jaar heeft bezocht. In september 1986 heeft de vader zich wederom in Nederland gevestigd. Sindsdien verloopt de omgang tussen hem en de kinderen moeizaam.

De Raad voor de Kinderbescherming te Amsterdam heeft blijkens zijn rapport van 24 februari 1989 in 1987 en 1988 bemiddeld in een omgang tussen de vader en de kinderen, hetgeen heeft geresulteerd in een aantal contacten van de vader en de kinderen op het bureau van

de raad, die zich echter niet positief hebben ontwikkeld.

Bij beschikking van 8 maart 1989 van de rechtbank te Amsterdam is het verzoek van de vader tot het treffen van een omgangsregeling afgewezen. Bij beschikking van 23 oktober 1989 van dit Hof is deze beschikking bekrachtigd.

Thans vindt geen omgang plaats tussen de vader en de kinderen.

De vader wil de kinderen erkennen. De moeder heeft hem de daartoe ingevolgt art. 1:244, eerste lid, aanhef en onder d, Burgelijk Wetboek (BW) vereiste toestemming geweigerd te verlenen.

De vader heeft op 13 mei 1988 de ambtenaar van de burgerlijke stand verzocht een akte van erkenning op te maken, doch deze heeft dat geweigerd omdat de daartoe vereiste voorafgaande schriftelijke toestemming van de moeder ontbrak.

Vervolgens is op verzoek van de vader de beschikking waarvan beroep gegeven.

De vader is de biologische vader van S. en I. De vader en de moeder zijn nimmer getrouwd geweest. Wel hebben zij ongeveer vijf jaren — zij het met enkele onderbrekingen — samengewoond, gedurende welke samenwoning de kinderen zijn geboren. De vader heeft met S. ongeveer twee jaren en met I. een aantal maanden in gezinsverband met de moeder geleefd. Sindsdien is er tussen de vader en de kinderen — sporadisch — contact geweest.

Uit deze omstandigheden vloeit voort dat tussen de vader en de kinderen een band bestaat die kan worden aangemerkt als *vie familiale/family life* in de zin van art. 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), zodat de rechtbank de vader terecht in zijn inleidend verzoek heeft ontvangen.

Voor een man en voor het kind tot welk hij in een als *vie familiale/family life* in de zin van art. 8, lid 1 EVRM aan te merken relatie staat, ligt in deze verdragsbepaling besloten dat zij er in beginsel over en weer aanspraak op hebben dat hun relatie rechtens wordt erkend als familierechtelijke rechtsbetrekking. Dit brengt mee dat aan een zodanige man in beginsel de mogelijkheid van erkenning van het kind niet kan worden onthouden.

Een redelijke met art. 8 EVRM rekening houdende uitleg van het huidige recht brengt mee dat, ook al weigert de moeder de daartoe vereiste toestemming, toch een rechtsgeldige erkenning tot stand kan komen door vervanging van die toestemming door een rechterlijke

uitspraak wanneer de weigering van de moeder om toestemming te verlenen slechts kan worden opgevat als misbruik van de bevoegdheid die in art. 1:244, eerste lid, aanhef en onder d, BW besloten ligt.

Niet is gebleken dat de man terstond na de geboorte van ieder van de kinderen, althans eerder dan omstreeks mei 1988, gepoogd heeft hen te erkennen.

De moeder heeft aangevoerd dat een naamswijziging van de huidige familienaam van de kinderen in de naam van de vader, met wie de band, zo die er al is, slecht is, voor hen — na zoveel jaren — verwarrend zal zijn en dat confrontatie van de buitenwereld met een nieuwe familienaam niet in het belang van de kinderen is te achten.

Op grond van de hiervoor vermelde feiten en omstandigheden is niet gebleken dat de weigering van de moeder haar toestemming te verlenen slechts kan worden opgevat als misbruik van de bevoegdheid die in art. 1:244, eerste lid, aanhef en onder d, BW besloten ligt.

Derhalve zal het inleidend verzoek van de vader alsnog dienen te worden afgewezen.

Dit leidt tot de volgende beslissing.

De beslissing

Het Hof:

Vernietigt de beschikking waarvan beroep;
Wijst alsnog af het inleidend verzoek van de vader.
(...)

Noot

1. De beschikking van de Hoge Raad van 8 april 1988 (Rechtspraak Nemesis 1988, nr 12, pag. 124; NJ 1989, 170, m.nt. EAAL) heeft zijn uitwerking in de praktijk niet gemist. De Hoge Raad oordeelde hierin dat 'voor een man en voor het kind waarvan hij de biologische vader is en tot welk hij in een als *vie familiale/family life* in de zin van art. 8 lid 1 EVRM aan te merken relatie staat, in deze verdragsbepaling besloten ligt dat zij in beginsel over en weer aanspraak erop hebben dat hun relatie rechtens wordt erkend als familierechtelijke rechtsbetrekking'.

Deze niet te lezen zin van de Hoge Raad die reeds door vele rechters is overgenomen, betekent simpel gezegd dat verwekkers in beginsel recht hebben op erkenning van het door hun verwekte kind. De consequentie hiervan is onder meer dat weigering van de moeder om aan de man toestemming te geven voor erkenning misbruik van bevoegdheid kan op-

leveren. Rechterlijke toestemming kan in dat geval de toestemming van de moeder vervangen.

In het Nederlands Juristenblad (*Herziening van het familierecht door de Hoge Raad*, NJB 12 november 1988, pag. 1403-1306) wezen wij op de voor moeders (en kinderen) nadelige consequenties van deze uitspraak. In het verleden gemaakte afspraken tussen de man en de moeder over niet-erkennen komen nu door een mogelijke rechterlijke tussenkomst op de tocht te staan. Het naamrecht bezorgt het kind bij erkenning rücksichtslos de naam van de erkenner (Hoge Raad 23 september 1988, Rechtspraak Nemesis 1989, nr 33, pag. 73). Bovendien krijgt de erkenner een sterkere positie in zijn eventuele verzoek om de voogdij over het kind.

2. Inmiddels is ons een aantal uitspraken van lagere rechters bekend waarin het probleem van de toestemming van de moeder centraal staat. In de eerste plaats verwees de Hoge Raad de bovengenoemde zaak terug naar het Hof Amsterdam om uit te maken of er in casu sprake was van misbruik van bevoegdheid aan de kant van de moeder. Deze moeder was intussen op 29 februari 1988 ontheven van de voogdij. De Stichting Jeugd en Gezin was tot voogdes benoemd en het kind in kwestie verbleef inmiddels feitelijk bij de man. Reden voor het Hof om aan te nemen dat er sprake is van *family life* tussen man en kind. De moeder stelt nog wel dat erkenning door de man inbreuk maakt op haar *family life* met haar zoon, maar het Hof volgt dit betoog niet. Volgens het Hof heeft de vrouw immers al geruime tijd geen contact meer met haar kind en is zij van de voogdij over hem ontheven. Het verzoek van de man om rechterlijke toestemming voor erkenning wordt toegewezen (Hof Amsterdam 10 oktober 1988, NJ 1989, 171).

Voor de Rechtbank en het Hof te Arnhem speelden twee sterk op elkaar lijkende gevallen. In de ene zaak stelt de vrouw dat de man destijds weloverwogen niet heeft willen erkennen omdat hij nadelige financiële consequenties vreesde. Volgens de man wilde de vrouw niet dat tussen hem en het kind een juridische band ontstond omdat zij juist een echtscheiding achter de rug had en niet nog eens in een procedure getouwtrek om een kind wenste mee te maken. Het Hof vindt het niet relevant om op de motieven van de man, waarom hij nu wel en toen niet wilde erkennen, verder in te gaan. De bezwaren van de vrouw tegen de naamsverandering van het kind kan het Hof weliswaar volgen, maar het acht deze niet van doorslaggevende betekenis. Er worden immers meer en meer kinderen grootgebracht door een ouder met een andere geslachtsnaam. Ook in de andere zaak achten Rechtbank noch Hof het naamsbelang van doorslagge-

vend belang. Opgemerkt wordt nog dat de man het niet noodzakelijk of belangrijk vindt dat de kinderen zijn achternaam krijgen. De moeder wordt aangeraden naamswijziging aan te vragen. Aan de andere argumenten van de moeder, zoals het feit dat zij bij de man is weggegaan omdat hij haar ernstig heeft mishandeld en zij het als een bedreiging ziet dat hij na de erkenning voogdijwijziging zal vragen, meent het Hof voorbij te moeten gaan, omdat de lezing van de man daarover anders is. Het is natuurlijk waar, zoals in de procedure ook ter sprake is gekomen, dat de man voogdijwijziging kan vragen. De man heeft op de zitting namelijk verklaard dat de kinderen niet goed door de vrouw worden opgevoed. Aangezien elke aanwijzing daarvoor ontbreekt, meent het Hof dat zijn eventuele verzoek tot wijziging van de voogdij geen kans van slagen zal hebben. Het Hof bekrachtigt beide beschikkingen van de Rechtbank, waarin het verzoek van beide vaders om vervangende toestemming bij erkenning werd toegewezen (Hof Arnhem 15 november 1988, rekestnummer 98/1988, en Hof Arnhem 6 december 1988, rekestnummer 199/1988).

3. Bij het Hof Amsterdam had een moeder wel succes (zie de hierboven opgenomen uitspraak, nr 95).

Wat zijn hier de feiten? Uit een niet-huwelijkse relatie heeft een vrouw twee kinderen, respectievelijk geboren in 1982 en 1983. In 1984 wordt de relatie, die gepaard ging met geweldadigheden van de zijde van de man, verbroken en vertrekt de man naar het buitenland. Hij heeft dan nog wel zo nu en dan contact met de kinderen. In 1986 komt hij terug naar Nederland en zoekt weer contact, maar de kinderen zijn van hem vreemd en willen niet met hem mee. Daarop verzoekt hij bij de kinderrechtster een omgangsregeling en als reactie daarop stelt de moeder een onderhoudsvordering voor de kinderen in (vaderschapsactie). Op advies van de Raad voor de Kinderbescherming wordt een voorlopige omgangsregeling uitgesproken, die echter in het geheel niet blijkt te werken. De vaderschapsactie wordt toegewezen en de man wordt veroordeeld tot het betalen van f 180,- per maand voor beide kinderen tezamen. Wanneer de man van deze uitspraak in hoger beroep gaat stelt hij dat hij alleen wil betalen als hij zijn kinderen ook mag erkennen. Het hoger beroep wordt afgewezen en de man blijft verplicht f 180,- per maand te betalen. Als reactie op de onderhoudsvordering verzoekt de man aan de Rechtbank de kinderen te mogen erkennen, nadat de moeder daarvoor haar toestemming heeft geweigerd. Op 13 december 1988 wijst de Rechtbank het verzoek van de man toe en gelast de ambtenaar van de burgerlijke stand een akte van erkenning op te maken. Nu gaat de moeder in hoger

beroep. De Raad voor de Kinderbescherming adviseert het Hof de beschikking van de Rechtbank te vernietigen en het verzoek van de man af te wijzen. Het Hof volgt dit advies, waarbij als belangrijke argumenten gelden dat de man nooit eerder gepoogd heeft de kinderen te erkennen en dat het niet in het belang van de kinderen is dat zij van achternaam veranderen.

4. Dit is gelukkig geen ééndagsvlieg. Veertien dagen eerder heeft ook het Hof 's-Hertogenbosch, met vrijwel dezelfde argumenten, een beschikking van de Rechtbank vernietigd (Hof 's-Hertogenbosch 19 januari 1990, Rechtspraak Nemesis 1990 nr 94). Ook hier gaat het om een kind van rond de zes jaar. De man en de vrouw hebben vanaf de zevende maand van de zwangerschap totdat het kind ongeveer drie jaar oud was, samengewoond. De vrouw voert in de procedure aan dat gedurende de periode dat zij samenwoonde de man niet met haar wilde trouwen en het kind niet wenste te erkennen. De man had tijdens haar zwangerschap aangedrongen op abortus en had haar in die tijd ook regelmatig geslagen en geschopt.

Door de kinderrechtster is inmiddels wel een omgangsregeling van éénmaal per veertien dagen vastgelegd, die in de praktijk ook redelijk functioneert. De moeder wil nu verder met rust gelaten worden en is bang dat de man de erkenning zal gebruiken als opstapje voor het verkrijgen van de voogdij over het kind. Ook zij wil tenslotte niet dat het kind van achternaam verandert.

De Rechtbank is niet gevoelig voor haar argumenten en hanteert weer blindelings de formule van de Hoge Raad dat vrouwen die toestemming voor erkenning weigeren te geven misbruik van hun bevoegdheid maken. Dat het kind de naam van de man krijgt is volgens de Rechtbank Maastricht 'in overeenstemming met de realiteit dat verzoeker ook daadwerkelijk de vader van X is' (Rechtbank Maastricht 6 juli 1989, ongepubliceerd). De realiteit dat het kind al zes jaar bekend is onder de naam van zijn moeder, die ook als enige verantwoordelijk is voor de financiële en feitelijke verzorging, is kennelijk van geen gewicht.

Het Hof 's-Hertogenbosch is in het door de moeder ingestelde hoger beroep een heel andere mening toegedaan. De door de vrouw aangevoerde argumenten worden hier wel gehonoreerd. Het argument van de man dat de financiële belangen van het kind door erkenning kunnen worden gewaarborgd, wordt door het Hof niet serieus genomen nu de realiteit is dat de man nooit enige financiële verantwoordelijkheid voor het kind aanvaard heeft.

5. In Rechtspraak Nemesis 1990, nr 71, pag. 25-28, gingen wij kort in op de (te) ver gaande rechtsvormende opstelling

van de Hoge Raad in familierechtelijke vragen. Wij wezen daarbij op het gevaar dat de lagere rechters de Hoge Raad te vlg en te vaak zouden volgen in de opvatting dat afgedwongen erkenning gelegitimeerd wordt met een beroep op de mensenrechten. Deze angst werd aanvankelijk bewaarheid, gezien de uitspraken van de verschillende Rechtbanken en het Hof Arnhem. In deze procedures werden de door de vrouwen aangevoerde argumenten, waarom zij niet willen dat hun kinderen erkend worden, niet gehoord en als zij al werden gehoord, geridiculiseerd, niet serieus genomen en/of niet geloofd.

De uitspraken van zowel het Hof 's-Hertogenbosch als het Hof Amsterdam maken ons een stuk vrolijker. In beide zaken worden twee argumenten van doorslaggevend belang geacht om het verzoek af te wijzen. In de eerste plaats het feit dat de vader pas na het beëindigen van de relatie met de moeder te kennen geeft het kind te willen erkennen. In de tweede plaats het feit dat naamswijziging als consequentie van erkenning niet in het belang van het kind is.

Het betekent dat beide Hoven er oog voor hebben dat in de zaak die tot en met de Hoge Raad speelde, er sprake was van een heel andere, atypische situatie. Daar ging het immers om een moeder die niet in staat was voor haar kind te zorgen en daarom uit de voogdij was ontheven. Daardoor was de feitelijke situatie inmiddels gewijzigd en woonde het kind bij de vader.

Heel anders zijn de feiten in alle andere ons bekende zaken waarin de vader toestemming tot erkenning verzoekt. Situaties waarin de moeder wel voor de kinderen zorgt en waarin er meestal omgang tussen vader en kind bestaat. Die omgang is evenwel niet voldoende voor de vaders, zij willen meer. Erkenning is bijvoorbeeld nodig om een verzoek tot voogdijwijziging te doen. Hier wordt de feitelijke strijd van de verbroken relatie voortgezet in een juridisch steekspel. Er wordt een strijd om de macht geleverd en helaas met succes, want de moeders voelen zich bedreigd. Terecht merkt het Hof 's-Hertogenbosch op dat de moeder een rechtens te respecteren belang heeft bij het weigeren van haar toestemming.

Nora Holtrust en Ineke de Hondt

Nr 96

* Centrale Raad van Beroep, 28 februari 1990

Reg.nr. AWW 1989/10.

Mr J.H. van der Veen, voorzitter; mr B.J. van der Net en mr G.P.A.M. Garvelink-Jonkers, leden.

Het Bestuur der Sociale Verzekering-bank te Alkmaar, eiser, tegen K.M.M., gedaagde.

AWW en samenwonenden.

Klaagster heeft drie jaar samengewoond met haar partner. Op 4 september 1987 zijn klaagster en haar partner in ondertrouw gegaan. Op 27 september 1987, vier dagen voor het huwelijk, overlijdt de partner ten gevolge van een auto-ongeval. De zoon van de partner had een huwelijk op een eerdere datum tegengehouden. De Raad van Beroep te Amsterdam heeft het beroep gegrond verklaard (Rechtspraak Nemesis 1989, nr 47). De Centrale Raad van Beroep vernietigt deze uitspraak, aangezien volgens de Raad geen sprake is van verboden onderscheid in de zin van art. 26 BuPo-Verdrag.

(...)

II. Motivering

De Raad gaat aan de hand van de gedingstukken uit van de feiten die in rubriek 3 — waar thans gedaagde als klaagster is aangeduid — van de aangevallen uitspraak als volgt zijn weergegeven:

'Klaagster is op 1 oktober 1984 samen gaan wonen met N. Klaagsters zoon R., geboren 3 mei 1979, en de zoon van klaagsters partner B., geboren 5 november 1973, woonden met ingang van voornoemde datum ook op hetzelfde adres als klaagster en haar partner. De woning was eigendom van klaagster. In mei 1986 hebben klaagster en haar partner elkaar bij testament over en weer tot erfgenaam benoemd. Op 4 september 1987 hebben klaagster en haar partner aangifte gedaan bij de Burgerlijke Stand van hun voornemen om met elkaar een huwelijk aan te gaan. Het huwelijk zou plaatsvinden op 1 oktober 1987.

Op 13 september 1987 hebben klaagster en haar partner een ongeval gehad. Aan de gevolgen van dit ongeval is klaagsters partner op 27 september 1987 overleden. Klaagster heeft in verband met zijn overlijden verweerder op 1 december 1987 verzocht in aanmerking te worden gebracht voor een weduwnpensioen of tijdelijke weduwnuitkering. Bij beslissing van 15 december 1987 heeft verweerder klaagster een weduwnpensioen of tijdelijke weduwnuitkering geweigerd. Hierbij is overwogen dat klaagster geen rechten kan ontleen aan de Algemene Weduwen- en Wezenwet (AWW) aangezien zij niet gehuwd is geweest met haar partner.

Klaagster is tegen deze beslissing in beroep gegaan, stellende dat zij gelijk gesteld dient te worden met een vrouw die gehuwd is geweest, gelet op de omstandigheden dat zij met haar partner drie jaren heeft samengewoond, samen reeds in ondertrouw waren en dat de zoon van haar partner een huwelijk op eerdere datum heeft tegengehouden.'

Eisers afwijzende beslissing berust op

de grond dat gedaagde niet kan worden beschouwd als weduwe in de zin van de AWW, aangezien zij niet gehuwd was met N.

De eerste rechter heeft in de aangevallen uitspraak overwogen, dat de positie van de gehuwde gelijkgesteld moet worden aan die van de duurzaam samenwonende ongehuwde en dat waar art. 8 van de AWW tussen beide posities een onderscheid maakte, sprake is van ongelijke behandeling en daarmee van directe discriminatie naar status als bedoeld in art. 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten van 19 december 1966, voor Nederland goedgekeurd bij de Wet van 24 november 1978, Stb. 624, en van kracht geworden op 11 maart 1979 (hierna: IVBPR). De eerste rechter is tot de conclusie gekomen dat de bestreden beslissing niet in stand kan blijven en dat gedaagde aanspraak heeft op pensioen of uitkering overeenkomstig de aanspraak die een weduwe onder gelijke omstandigheden op grond van de AWW heeft.

Eiser heeft in hoger beroep aangevoerd dat het onderscheid tussen gehuwd en ongehuwd samenwonenden geen ongelijke behandeling van gelijke gevallen is en dat het onderscheid bovendien op objectieve en redelijke gronden kan worden gerechtvaardigd. Gedaagdes gemachtigde heeft bij brief van 19 juli 1979 met bijlage onder verwijzing naar de uitspraak van de Raad van 10 mei 1979, WWV 1987/50 (zoals weergegeven in NJB 1989, 15 juli 1989, afl. 26, pag. 981 e.v.) betoogd dat de bestreden beslissing in strijd is met art. 265 van het IVBPR.

De Raad overweegt het volgende.

Tussen partijen is niet in geschil dat gedaagde ingevolge de bepalingen van de nationale wetgeving geen recht heeft op weduwnpensioen of tijdelijke weduwnuitkering in de zin van de AWW, aangezien zij niet met de overledene gehuwd is geweest. Ingevolge de artt. 8 en 13 van de AWW komt immers slechts aan de weduwe van een verzekerde in verband met het overlijden van haar (verzekerde) echtgenoot recht op weduwnpensioen of tijdelijke weduwnuitkering toe.

Dit geding spitst zich toe op de vraag of een ongelijk rechtsregime voor ongehuwd samenwonenden in vergelijking met gehuwden een verboden onderscheid in de zin van art. 26 van het IVBPR inhoudt.

Gelijk het Comité voor de rechten van de mens, bedoeld in art. 28 e.v. van het IVBPR, als zijn oordeel heeft uitgesproken (beslissing van 9 april 1987, nr. 180/1984, in de zaak Danning, gepubli-

ceerd in RSV 1988 nr. 201) heeft de Raad in enige uitspraken van 28 september 1989 over medeverzekering krachtens de Ziekenfondswet overwogen (onder andere in ZFW 1988/5) dat een ongelijk rechtsregime voor ongehuwd samenwonenden in vergelijking met gehuwd samenwonenden daar geen (verboden) discriminatie in de zin van art. 26 van het IVBPR inhoudt.

In aansluiting hierop is de Raad, gegeven de huidige stand van de maatschappelijke ontwikkelingen en de rechtsontwikkeling geprojecteerd op een materie als deze, van oordeel dat de in de AWW vervatte beperking tot de weduwe waar het gaat om aan die wet te ontleen aanspraken na het overlijden van de verzekerde echtgenoot (nog) geen in art. 26 IVBPR verboden onderscheid ten opzichte van de ongehuwd samenwonende inhoudt. Zoals de Nederlandse Regering in genoemde zaak Danning heeft uiteengezet (zie voornoemde publicatie in RSV op pag. 589, onder par. 8.4), worden op diverse terreinen van de Nederlandse wetgeving, onder andere in het personen- en familierecht, erfrecht en het huwelijksgoederenrecht, gehuwden anders behandeld dan niet-gehuwden. Ook in de AWW heeft de wetgever een dergelijke keuze — ten gunste van de gehuwden — gemaakt. Naar het oordeel van de Raad is er onvoldoende reden om aan te nemen dat de maatschappelijke omstandigheden en de rechtsopvattingen op het gebied van huwelijk en samenwonen op het tijdstip in dit geding van belang in zodanige mate verandering hebben ondergaan dat evenbedoelde beperking in strijd met art. 26 IVBPR moet worden geacht. Dat de wetgever in het kader van de recente stelselherziening sociale zekerheid de gelijkstelling tussen gehuwden en niet-gehuwden die duurzaam een gezamenlijke huishouding voeren (tenzij het personen betreft tussen wie bloedverwantschap in de eerste of tweede graad bestaat) ingaande 1 januari 1987 in diverse sociale-verzekeringswetten inmiddels tot norm heeft verheven, brengt naar het oordeel van de Raad nog niet zonder meer met zich mede dat de binnen de AWW gehandhaafde beperking aan de weduwe een verboden onderscheid in de zin van art. 26 IVBPR inhoudt. Zoals eiser in zijn beroepschrift heeft aangevoerd, staat het de Regering vrij om ook waar geen sprake is van (verboden) discriminatie te streven naar gelijke behandeling van gehuwden en ongehuwden.

Op grond van het vorenstaande beantwoordt de Raad de in dit geding te beantwoorden vraag ontkennend.

Dit voert de Raad tot de slotsom dat de aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd.

Beslist wordt daarom als volgt.

III. Beslissing

De Centrale Raad van Beroep, Rechtdoende in naam der Koningin,

Vernietigt de aangevallen uitspraak;
Verklaart het inleidend beroep alsnog ongegrond.
(...)

Noot

Is een ongelijk rechtsregime voor ongehuwd samenwonenden in vergelijking met gehuwden een verboden onderscheid in de zin van art. 26 van het BuPo-Verdrag? Gegeven de huidige stand van de maatschappelijke ontwikkelingen is de in de AWW vervatte beperking tot de weduwe (nog) geen in art. 26 van het BuPo-Verdrag verboden onderscheid ten opzichte van de ongehuwd samenwonende, aldus de Centrale Raad van Beroep. Naar het oordeel van de Raad is er onvoldoende reden om aan te nemen dat de maatschappelijke omstandigheden en de rechtsopvattingen op het gebied van huwelijk en samenwonen op het tijdstip in dit geding van belang, in zodanige mate verandering hebben ondergaan dat deze bepaling in strijd moet worden geacht met art. 26 van het BuPo-Verdrag. (Cursivering LA).

Op welke maatschappelijke omstandigheden en rechtsopvattingen doelt de Centrale Raad? De Centrale Raad refereert aan de uitspraak van het Comité voor de Rechten van de Mens van 9 april 1987 in de zaak Danning, RSV 1988, 201, en aan zijn eigen uitspraak van 28 september 1989, Rechtspraak Nemesis 1990 nr 75, over ongehuwd samenwonenden en medeverzekering in de Ziekenfondswet. In die uitspraak stelt de Centrale Raad dat er geen enkele aanleiding is te veronderstellen dat de rechtsopvatting binnen het geheel der verdragsluitende Staten inmiddels is gewijzigd ten opzichte van de stand van zaken op basis waarvan het Comité zijn uitspraak in de zaak Danning deed.

In de zaak Danning ging het om een klager die voor de toepassing van de AAW als gehuwd wenste te worden aangemerkt. Betrokkene woonde in 1985 ongehuwd samen met zijn vriendin. Op 9 april 1987 toen het Comité deze uitspraak deed, was de AAW al per 1 januari 1987 gewijzigd in de zin dat ongehuwd samenwonenden gelijk werden behandeld als gehuwd samenwonenden. Dat het Comité refereert aan de rechtsopvattingen binnen het geheel der verdragsluitende staten is misschien nog voorstelbaar, aangezien het Comité binnen het geheel van deze staten moet opereren. Op 28 september 1989 toen de Centrale Raad de uitspraak deed over de kwestie ongehuwd samenwonenden en medeverzekering in de Ziekenfondswet, die zich in augustus 1987 voordeed, was de Regeling medeverzekering zieken-

fondsverzekering al per 1 januari 1988 gewijzigd in de zin dat ongehuwd en gehuwd samenwonenden gelijk werden gesteld voor de medeverzekering in de Ziekenfondswet. Dat de Centrale Raad op dat moment refereert aan de rechtsopvattingen binnen het geheel der verdragsluitende staten is *onvoorstelbaar*. Het lijkt erop alsof de Centrale Raad zich in die uitspraak achter de opvattingen van het Comité verschuilt en doelbewust de ogen sluit voor de veranderde maatschappelijke omstandigheden en rechtsopvattingen in Nederland.

Of kan een beroep op art. 26 BuPo-Verdrag alleen maar slagen als dit in overeenstemming is met de rechtsopvattingen binnen alle verdragsluitende staten? In de uitspraak over het recht van mannen op een AWW-uitkering van 7 december 1988 (Rechtspraak Nemesis 1989 nr 29) merkt de Centrale Raad op dat deze beperking in de AWW niet meer gerechtvaardigd is 'in verband met de inmiddels opgetreden veranderingen in de hier van belang zijnde maatschappelijke omstandigheden'. De Centrale Raad verwijst dan naar de knelpunten die door de regering sinds het begin van de jaren tachtig zijn gesignaleerd. Hier wordt niet gesproken over de rechtsopvattingen binnen de verdragsluitende partijen. Als de Centrale Raad daarbij had aangeknoopt, was er voor mannen geen recht op een AWW-uitkering gekomen.

In de uitspraak over het recht van samenwonenden op een AWW-uitkering stelt de Centrale Raad dat er onvoldoende reden is aan te nemen dat op het tijdstip in dit geding (september 1987!) de maatschappelijke omstandigheden en rechtsopvattingen zodanig zijn veranderd dat de beperking in de AWW in strijd moet worden geacht met art. 26 BuPo-Verdrag. Dat de wetgever inmiddels in diverse sociale verzekeringswetten de gelijkstelling van gehuwd en ongehuwd samenwonenden inmiddels tot norm heeft verheven, doet daaraan volgens de Centrale Raad niet af. De Centrale Raad heeft het dus duidelijk over de rechtsopvattingen in Nederland en daarmee is deze uitspraak in lijnrechte tegenspraak. Sinds 1963 wordt in de toepassing van de Algemene Bijstandswet het begrip economische eenheid gehanteerd en worden ongehuwd en gehuwd samenwonenden gelijk behandeld. In 1983-1984 zijn door het Kabinet voorstellen gedaan tot gelijkstelling van ongehuwd samenwonenden met gehuwden in de overige sociale verzekeringswetten. In de Notitie Leefvormen, die in 1985 aan de Tweede Kamer is aangeboden, wordt de noodzaak aangegeven te komen tot een geharmoniseerde toepassing die recht doet aan de maatschappelijke ontwikkelingen. Aangezien deze notitie is gemaakt in het kader van de stelselherziening, wordt niet ingegaan op de AWW. Voorstellen tot herstructurering

van deze wet zullen nog afzonderlijk worden gedaan, aldus de Staatssecretarissen in deze Notitie. In 1986 stelt de Centrale Raad dat 'de rechtsontwikkelingen [...] zover zijn voortgeschreden dat ten aanzien van de in het geding zijnde voorzieningen de gehuwden enerzijds en de [...] samenwonenden anderzijds niet meer als ongelijke gevallen kunnen worden aangemerkt.' (CRvB van 13 november 86, TAR 1987, 13). In dit geval ging het om de regeling inkomsten militairen land- en luchtmacht, dus geen formele wetgeving, zodat de Centrale Raad art. 26 BuPo-Verdrag niet nodig had om te concluderen dat hier sprake was van ongelijke behandeling. Het geheel overziend, zijn de 'maatschappelijke omstandigheden en rechtsopvattingen' een speelbal geworden voor de Centrale Raad. De ongelijke behandeling wordt al dan niet objectief gerechtvaardigd geacht, afhankelijk van de maatschappelijke omstandigheden en rechtsopvattingen. De beoordeling hiervan wordt nauwelijks of niet beargumenteerd, en daarmee laadt de Centrale Raad de verdenking op zich deze te laten afhangen van de politieke druk. Deze uitspraak is een gotspe.

Len Andringa

Nr 97

* Raad van Beroep Amsterdam, 21 maart 1990

Reg.nr. AAW 89/7174.

Mr C.W. Rang, voorzitter; C. Koelmans en A. Regeer, leden.

M.Q., klaagster, gemachtigde mr C.A.J. de Roy van Zuydewijn, tegen het Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging, verweerder.

AAW en AWW. Anticumulatie.

Vanwege toekenning van een AWW-uitkering wegens het overlijden van haar ex-echtgenoot, van wie zij al lang gescheiden is, wordt de AAW-uitkering op grond van art. 32 lid 1 sub b AAW ingetrokken. Volgens de Raad van Beroep houdt dit artikel een discriminatie naar geslacht in. De circulaire van de Federatie van Bedrijfsverenigingen kan volgens de Raad deze discriminatie niet ongedaan maken. Ook al zou volgens de circulaire art. 32 AAW zo moeten worden gelezen dat voortaan ook de AAW-uitkering van de man wordt ingetrokken, dan nog kan op grond van een circulaire een man niet zijn wettelijke recht op een AAW-uitkering worden ontnomen. Vanwege discriminatie naar geslacht moet op grond van art. 26 BuPo-Verdrag art. 32 lid 1 sub b AAW buiten toepassing worden gelaten. Klaagster behoudt zowel de AWW- als de AAW-uitkering. Zie noot bij nr 98.

(...)

3. Motivering

(..)

Klaagster, geboren op 18 mei 1931, ontvangt sedert 1 oktober 1976 een uitkering ingevolge de AAW, berekend naar een arbeidsongeschiktheid van 80 tot 100 procent. Klaagsters echtgenoot is op 24 november 1986 overleden. In verband hiermee is aan klaagster met ingang van 1 november 1986 een weduwenpensioen ingevolge de AWW toegekend. Verweerder heeft vervolgens bij de thans bestreden beslissing klaagsters AAW-uitkering ingetrokken met ingang van dezelfde datum, onder toepassing van art. 32 lid 1 sub b van de AAW.

In dit geding is de vraag aan de orde of verweerder klaagsters AAW-uitkering terecht met ingang van 1 november 1986 heeft ingetrokken.

Bij de bestreden beslissing is toepassing gegeven aan art. 32 lid 1 sub b van de AAW. In dit artikel is bepaald dat de arbeidsongeschiktheidsuitkering wordt ingetrokken wanneer een vrouw, aan wie zij is toegekend, recht verkrijgt op de weduwenpensioen of een tijdelijke weduwenuitkering ingevolge de AWW.

Naar het reeds eerder uitgesproken oordeel van de Raad houdt dit artikel een discriminatie naar geslacht in. Krachtens deze wettelijke regeling verliest een arbeidsongeschikte vrouw immers haar AAW-uitkering wanneer haar echtgenoot overlijdt, terwijl een man die zich in dezelfde situatie bevindt zijn uitkering behoudt.

Klaagster heeft zich beroepen op art. 26 van het Internationale Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, voor Nederland in werking getreden op 11 maart 1979 (hierna: BuPo-Verdrag). Volgens vaste jurisprudentie van het BuPo-Verdrag op het onderhavige gebied heeft art. 26 rechtstreekse werking vanaf 1 januari 1980, da datum waarop naar de kennelijke bedoeling van de wetgever de AAW-wetgeving met art. 26 BuPo-Verdrag in overeenstemming is gebracht. Sedertdien kan dat artikel worden ingeroepen teneinde de toepassing van iedere met dat artikel strijdige bepaling van de AAW te beletten. Dit brengt mee, dat klaagsters beroep op de toepassing van art. 26 BuPo-Verdrag dient te worden gehonoreerd in die zin dat art. 32 lid 1 sub b van de AAW ten aanzien van klaagster buiten toepassing dient te worden gelaten, aangezien dit artikel belet dat klaagster aanspraak kan doen gelden op uitkering krachtens de AAW op dezelfde wijze als een man die in gelijke, voor de AAW relevant te achten, omstandigheden verkeert.

Door verweerders gemachtigde is ter rechtzitting aangevoerd dat op grond van een circulaire van de Federatie van Bedrijfsverenigingen ook de AAW-uitkering van een man wordt ingetrokken, wanneer die man recht verkrijgt op een weduwenpensioen ingevolge de AWW, en dat er daardoor geen sprake is van ongelijke behandeling van mannen en vrouwen. De Raad moet echter vaststellen dat voor deze handelwijze van verweerder elke rechtsgrond ontbreekt: de aanspraak op AAW, welke bij wet is toegekend, kan immers niet bij circulaire worden ontnomen. Het moet er dan ook voor worden gehouden dat een man die in dezelfde omstandigheden verkeert als klaagster, zijn aanspraak op AAW behoudt.

Op grond van de voorgaande overwegingen dient de vraag die dit geding beheerst, ontkennend te worden beantwoord. Daarom heeft de Raad de volgende beslissing genomen.

4. Beslissing

De Raad van Beroep te Amsterdam, rechtdoende:
Verklaart het beroep gegrond.

Nr 98

* Raad van Beroep Roermond, 23 februari 1990

Reg.nr. AAW 88/2160 A.

Mr M.H. Offerhaus-Bas Backer, voorzitter, J.D. Brinkerhof en W.J.L. de Bruijn, leden.

X, klaagster, tegen het bestuur van de bedrijfsvereniging voor Hotels en aanverwante bedrijven, verweerder.

AAW en AWW. Anticumulatie.

Vanwege het toekennen van AWW-uitkering wordt de AAW-uitkering op grond van art. 32 lid 1 sub b AAW ingetrokken. Volgens de Raad van Beroep maakt dit artikel een onderscheid dat als discriminatie kan worden aangemerkt. De circulaire van de Federatie van Bedrijfsverenigingen heeft volgens de Raad de uitvoeringspraktijk gewijzigd, aangezien art. 32 AAW nu ook wordt toegepast op de man. Vanwege discriminatie naar burgerlijke status (alleen arbeidsongeschikten, die tevens weduwe/ weduwnaar zijn, kunnen hiervan nadelige gevolgen ondervinden) moet op grond van art. 26 BuPo-Verdrag art. 32 lid 1 sub b AAW buiten toepassing worden gelaten voorzover nodig om de strijdigheid met het internationale recht op te heffen. Klaagster behoudt de AWW-uitkering en de AAW-uitkering, voorzover deze de AWW-uitkering overtreft.

(...)

II. Motivering

In het voorliggende geval dient te worden geoordeeld over de vraag of wederkerig terecht en op goede gronden heeft besloten om klagsters uitkering ingevolge de AAW te beëindigen met ingang van de datum waarop aan haar een uitkering ingevolge de AWW is toegekend.

(...)

De letterlijke tekst van art. 32 lid 1 sub b van de AAW maakt een onderscheid dat als discriminatie (op grond van geslacht) kan worden aangemerkt.

Zolang de wetgever de tekst van het gewraakte artikel niet heeft aangepast zou in het bovenstaande aanleiding kunnen worden gevonden om het bepaalde in dat artikel buiten toepassing te laten.

De jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep met betrekking tot het recht van weduwnaars op een uitkering ingevolge de AWW en de uitvoeringspraktijk van de bedrijfsverenigingen die in navolging van de circulaire van de Federatie van Bedrijfsverenigingen van 31 maart 1989, weduwnaars mede begrepen achten in alle gevallen waarin sprake is van een weduwe, en ook art. 32 AAW toepassen op de man, hebben in de feitelijke situatie een zodanige verandering teweeg gebracht, dat de raad van oordeel is dat het bepaalde in art. 32 AAW beoordeeld dient te worden naar de wijze waarop daaraan thans uitvoering wordt gegeven.

De vraag die mitsdien, op grond van de tekst van de wet en op grond van de uitvoering die daaraan wordt gegeven, ter beoordeling voorligt, is of terecht en op goede gronden de uitkering die wordt genoten krachtens de AAW, wordt ingetrokken wanneer men in aanmerking wordt gebracht voor een uitkering ingevolge de AWW.

Bij de parlementaire behandeling van het ontwerp-AAW is samenloop van de twee uitkeringen uitvoerig aan de orde geweest en er werd gekozen voor een

anticumulatie-regeling. In de daaropvolgende tijd bleek de regeling in de uitvoeringspraktijk echter omslachtig. Bovendien moest die worden toegepast op bruto-basis en dat kon weer leiden tot zeer onevenwichtige verschillen in uitkomsten. Tenslotte werd de anticumulatie-regeling derhalve geschrapt en werd een wijziging aangebracht die de ene — bruto — uitkering in de plaats stelde voor de andere.

Wanneer de uitkering ingevolge de AAW berekend wordt naar een mate van arbeidsongeschiktheid van 80 tot 100 procent, is de uitkering ingevolge de AWW, netto zowel als bruto, doorgaans lager dan de uitkering krachtens de AAW. De oorzaak van de verschillen in de netto-bedragen is gelegen in het feit dat er in de onderscheidde volksverzekeringen verschillende koppelingsmechanismen worden gehanteerd waardoor de op het sociaal minimum liggende uitkeringen niet in alle gevallen aan elkaar gelijk zijn.

De raad merkt op dat de hierboven vermelde, later aangebrachte wijziging geen mogelijkheid opent voor de weduwe/weduwnaar om te kiezen tussen de ene of de andere uitkering. Het pensioen krachtens de AWW wordt doorgaans ambtshalve toegekend door het bevoegde uitkeringsorgaan, waarna de betrokkene, die zich van de inkomensachteruitgang meestal niet bewust is, wordt geconfronteerd met de intrekking van de AAW-uitkering.

Zoals hierboven reeds werd opgemerkt kan de rechter de nationale bepaling slechts dan buiten toepassing laten, wanneer deze in strijd is met een ieder bindende bepaling van internationaal recht. Van een zodanige strijdigheid zou sprake kunnen zijn, wanneer de bepaling, ook in de sexe-neutrale interpretatie die daaraan thans wordt gegeven, discrimineert en daardoor in strijd komt met de discriminatie-verboden in verschillende internationale verdragen.

Gelet op die sexe-neutrale interpretatie, die rechtstreekse discriminatie naar geslacht uitsluit, resteren thans twee toetsingsgronden.

A. De bepaling blijkt, in weerwil van de formulering, meer personen van het ene geslacht te treffen dan van het andere geslacht. Er is dan sprake van indirecte discriminatie en rechtvaardiging voor de bepaling moet worden gezocht in objectieve factoren die niets met discriminatie — naar geslacht — te maken hebben.

B. Onderzocht kan worden of er sprake is van discriminatie op grond van andere hoedanigheden dan van geslacht. Hiervoor biedt art. 26 IVBPR aanknopingspunten, waar behalve discriminatie naar geslacht ook wordt verboden de discrimi-

minatie naar (...) ras, huidskleur, (...) taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status.

Ad A.

De raad trekt in twijfel of aan de hand van cijfermateriaal valt vast te stellen of de regeling in geding meer personen van het ene geslacht zal treffen dan van het andere. Enerzijds is het mogelijk dat de groep die door de maatregel kan worden getroffen bestaat uit meer vrouwen dan mannen omdat vrouwen gemiddeld ouder worden dan mannen. Bovendien is, gelet op het traditionele patroon van de verdeling van betaalde arbeid, aannemelijk dat meer vrouwen dan mannen zijn aangewezen op uitsluitend uitkering ingevolge de AWW. Anderzijds kan niet buiten beschouwing blijven dat wederom als een gevolg van evenvermeld patroon, de vrouw in mindere mate dan de man behoort tot diegenen die, gelet op de inkomenseis, ook recht hebben op een uitkering AAW. Dit kan er juist toe leiden dat binnen de groep uitkeringsgerechtigden krachtens de AAW meer weduwnaren voorkomen dan weduwen. De raad is van oordeel dat er voor een gefundererd antwoord op de vraag of er hier sprake is van — indirecte — discriminatie, de beschikking moet zijn over meer statistische gegevens dan thans voorhanden zijn. Bovendien zijn meerdere vergelijkingen mogelijk vanuit verschillende invalshoeken. Het bovenstaande in aanmerking nemend, kan de raad voorshands onvoldoende aanknopingspunten vinden voor het oordeel dat er sprake zou zijn van indirecte discriminatie naar geslacht. Op die grond kan mitsdien niet worden gesteld dat er sprake is van strijdigheid met enige bepaling van internationaal recht.

Ad B.

De vraag resteert dan nog of er sprake is van discriminatie in enig ander opzicht, met name van discriminatie naar status, zoals aangegeven in art. 26 IVBPR.

Met betrekking tot art. 26 IVBPR en de tekst van art. 32 lid 1 sub b AAW is onlangs door de Comité vóór de Mensenrechten in een uitspraak tussen H.S. V. en de Staat der Nederlanden (Communication no 218/1986, 29 maart 1989) gesteld dat hier geen sprake is van discriminatie (naar geslacht) omdat er een rechtvaardigingsgrond is gelegen in het oogmerk van anticumulatie bij gelijktijdige toepasselijkheid van twee verwante volksverzekeringen en dat voor het overige mogelijke ongelijke gevolgen bij gelijke toepassing van de regeling als zodanig evenmin verboden discriminatie oplevert.

In een *dissenting opinion* bij deze uitspraak wijzen twee leden van het Comité

Met ingang van Nemesis 1989 nr. 1 zijn rechterlijke uitspraken en ontwikkelingen op het gebied van wetgeving zomodig en zomogelijk van annotaties voorzien. Annotatoren zijn de vaste medewerkers en de redactie van Nemesis. Sinds Nemesis 1988 nr. 1 zijn de uitspraken genummerd. Aanbevolen citeerwijze: Rechtspraak Nemesis 1989 nr. 38.

erop dat de wetgever het oogmerk van de anticumulatie heeft bewerkstelligd door de ene uitkering zonder meer te vervangen door de andere, zonder keuzemogelijkheid voor de betrokken uitkeringsgerechtigde. Het gevolg is dat personen met een volledige AAW-uitkering die hun echtgenoot/echtgenote verliezen anders worden behandeld dan anderen met een volledige AAW-uitkering.

Het onderscheid dat tussen de twee groepen wordt gemaakt is er een naar burgerlijke status en — aldus de twee *dissenterers* — berust niet op redelijke en objectieve gronden. Zij concluderen derhalve dat de bepaling van art. 32 lid 1 sub b AAW die discrimineert naar 'andere status', in strijd is met het verbod in art. 26 IVBPR.

De meerderheid van het Comité heeft deze discriminatie echter — kennelijk — niet in de toetsing willen betrekken. De raad overweegt met betrekking tot de vraag of er sprake is van discriminatie naar status het volgende.

Het bepaalde in art. 32 lid 1 sub b AAW richt zich tot een groep mensen die naar maatschappelijke status is te definiëren; het zijn weduwen-weduwenaars die tegelijkertijd deel uitmaken van een — grotere — groep uitkeringsgerechtigden ingevolge de AAW.

De intrekking van de uitkering AAW vindt plaats op grond van de burgerlijke status van de betrokkenen en zou als zodanig reeds kunnen worden aangemerkt als discriminatie naar status in de zin van art. 26 IVBPR. De intrekking is echter geconditioneerd; alleen als er een andere — eveneens op het verstrekken van een bodemvoorziening gerichte — uitkering wordt toegekend, wordt de AAW-uitkering ingetrokken. In dit verband moet worden opgemerkt dat ook niet aan alle weduwen en weduwenaars een uitkering ingevolge de AAW wordt toegekend. Er zijn meerdere, beperkende, voorwaarden. Naar het oordeel van de raad is de hierboven vermelde voorwaarde een kenmerk van de doelgroep van de regeling en dat kenmerk moet derhalve worden meegewogen in het oordeel over de vraag of er sprake is van discriminatie in de zin van art. 26 IVBPR.

De doelgroep van de regeling omvat derhalve personen die behoren tot twee groepen, c.q. personen met twee kenmerken; het zijn arbeidsongeschikten, die tevens hun echtgenoot of echtgenote verloren.

Wanneer de gevolgen van de regeling worden beoordeeld ten opzichte van anderen die hun huwelijkspartner verloren, heeft de regeling nadelige gevolgen alleen voor diegenen met een maximale uitkering ingevolge de AAW. Voor de arbeidsongeschikten met een gedeeltelijke uitkering brengt de intrekking van

die uitkering en de toekenning van een — altijd volledige — uitkering ingevolge de AAW immers geen individuele nadelige gevolgen met zich mee. Een onderscheid naar de mate van arbeidsongeschiktheid is echter, naar het oordeel van de raad, geen onderscheid naar status. Ten opzichte van andere arbeidsongeschikten met een volledige uitkering heeft de regeling nadelige gevolgen voor diegenen die hun huwelijkspartner verloren.

Dat is een onderscheid naar burgerlijke status.

Nu de gewraakte regeling zich richt tot arbeidsongeschikten die tevens weduwe/weduwenaar zijn, en bovendien nadelige gevolgen heeft voor een deel van hen, kan er sprake zijn van een discriminerende maatregel in de zin van art. 26 IVBPR.

Ongelijke behandeling van groepen burgers, los van de vraag of dat is te definiëren naar geslacht of enig ander criterium, is niet in alle gevallen aan te merken als — verboden — discriminatie.

Het Comité voor de Mensenrechten heeft reeds bij herhaling vastgesteld dat een onderscheid dat is gebaseerd op redelijke en objectieve criteria geen discriminatie oplevert in de zin van art. 26 IVBPR.

Ook in de hierboven geciteerde uitspraak wordt deze toets aangelegd en het Comité vindt in het oogmerk van de anticumulatie bij de toepassing van twee verwante volksverzekeringen voldoende rechtvaardigingsgronden om te concluderen dat er van discriminatie geen sprake is.

De raad kan zich in deze conclusie niet vinden.

Nog daargelaten de vraag of de AAW en de AWW niet zozeer verschillen (zowel door latere wijzigingen in de AAW waarbij deze is gekoppeld aan het derven van inkomsten, als door de verschillen in de wijze waarop de netto-uitkering wordt berekend) dat er van gelijkwaardigheid in feite geen sprake (meer) is, merkt de raad op dat evenmin sprake is van een zuivere anticumulatie-regeling.

Zoals hierboven reeds is aangegeven werd immers de aanvankelijk opgenomen anticumulatie-bepaling enige tijd later vervangen door de thans vigerende bepaling die de ene uitkering in de plaats stelt voor de andere.

Het oogmerk van die vervanging is weliswaar anticumulatie, maar er is geen sprake van het op gelijke wijze toepassen van een regeling die in individuele gevallen verschillend uitpakt. De ongunstige gevolgen van de gekozen 'oplossing' vloeien rechtstreeks voort uit de toepassing van een andere wet.

De vraag resteert dan nog of de keuze

van de wetgever om op de aangewezen groepering een andere wetgeving van toepassing te verklaren is gebaseerd op redelijke en objectieve criteria.

Daarbij heeft de raad ook overwogen of bij het hanteren van die toets rechtvaardigingsgronden in aanmerking mogen worden genomen die zijn ontwikkeld door het Europese Hof in het kader van de toetsing van indirecte discriminatie hetzij op grond van art. 4 van de derde EG-Richtlijn, hetzij op grond van art 119 van het EG-Verdrag.

Dat in het voorliggende geval veeleer sprake is van directe dan van indirecte discriminatie — de aanwijzing zelf van de groep is immers naar status — is voor het antwoord op die vraag niet van belang nu het in alle gevallen toch gaat om de inhoud en de reikwijdte van de begrippen 'redelijk en objectief'.

De raad is van oordeel dat de bescherming die kan worden ontleend aan de Derde EG-Richtlijn in dit geval in gelijke mate kan worden toegekend aan art. 26 IVBPR. Voor die zienswijze kan steun worden gevonden in het feit dat ook door de Centrale Raad van Beroep aan art. 26 IVBPR, in elk geval in relatie tot de AAW, met ingang van 23 december 1984 op gelijke wijze directe werking is toegekend als aan het discriminatieverbod in de Derde EG-Richtlijn.

Gelet op evenbedoelde rechtvaardigingsgronden, moet mitsdien worden beoordeeld of de bepaling in art. 32 lid 1 sub b AAW, die nadelige gevolgen heeft voor een (deel van een) naar status te onderscheiden groepering, te weten weduwen en weduwenaars, noodzakelijk en ook geschikt is om het oogmerk — het opheffen van samenloop van uitkeringen — tot stand te brengen.

Bij de beantwoording van die vraag neemt de raad mede in aanmerking een schrijven van de Sociale Verzekeringbank van 15 november 1989 in de eveneens bij deze raad aanhangige zaak geregistreerd onder nr. AAW 89/1897, waarin onder meer het navolgende wordt gesteld:

'... dat inmiddels het inzicht in die zin gewijzigd is, dat de S.V.B. een aanvrager om weduwenaarspensioen wijst op de samenloop inzake AAW- en AWW-aanspraken, dat betrokkene op basis van deze informatie zelf de keuze kan maken of hij de aanvraag om weduwenaarspensioen handhaaft dan wel intrekt'.

Gelet op deze gewijzigde uitvoeringspraktijk en de mogelijkheden die daarnaast nog bestaan om het nadelige gevolg van de bepaling op te heffen, ook zonder wetswijziging, gelet ook op het feit dat aanpassing en wijziging van beide betrokken wetten al geruime tijd geleden door de wetgever is aangevangen dan wel in het vooruitzicht is gesteld,

beantwoordt de raad de hierbovengestelde vraag ontkennend.

Nu de gekozen regeling niet noodzakelijk en ook niet geschikt is om het beoogde doel te bereiken, bestaat er aanleiding de bepaling van art. 32 lid 1 sub b AAW buiten toepassing te laten wegens strijd met een ieder verbindende bepaling van internationaal recht, te weten art. 26 IVBPR.

De nationale wettelijke regeling behoeft evenwel niet verder te worden aangetast dan nodig is om de geconstateerde strijdigheid met de internationaal rechtelijke bepaling op te heffen.

Dit resultaat kan in het voorliggende geding reeds worden bereikt door art. 32 lid 1 sub b AAW slechts buiten toepassing te laten voor het bedrag waarmee de netto-uitkering ingevolge de AAW die op grond van de AWW overtreft.

Mitsdien moet worden geoordeeld als aangeven in rubriek III.
(...)

Noot

De afgelopen jaren zijn onder meer door de Raden van Beroep Den Bosch (Rechtspraak Nemesis 1987 nr 5) en Amsterdam (reg.nr. AAW 86/6348) uitspraken gedaan over het discriminerende karakter van art. 32 lid 1 sub b AAW, op grond waarvan de AAW-uitkering wordt ingetrokken als een vrouw recht krijgt op een AWW-uitkering. Als gevolg van de verschillende bruto-netto koppeling aan het minimumloon betekent intrekking van de AAW-uitkering een inkomensachteruitgang van minimaal f 50,- per maand. Gezien het minimuminkomen een forse inkomensdaling voor de weduwe.

Op grond van art. 26 BuPo-Verdrag dan wel art. 4 van de Derde EG-Richtlijn is dan vervolgens het discriminerende artikel geheel buiten toepassing verklaard dan wel gedeeltelijk, voorzover dit artikel strijdigheid met het internationale recht oplevert.

De Raad van Beroep Roermond meent echter dat door toepassing van de circulaire van de Federatie van Bedrijfsverenigingen van 31 maart 1989 art. 32 lid 1 sub b AAW niet meer discrimineert naar geslacht. Deze circulaire is verschenen naar aanleiding van de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 7 december 1988, Rechtspraak Nemesis 1989 nr 29, waarin aan weduwnaren ook het recht op een AWW-uitkering is toegekend.

Uit deze circulaire blijkt dat tussen de FBV en de Sociale Verzekeringsraad is afgesproken dat art. 9 AAW, ingevolge welk een vrouw geen recht heeft op een AAW-uitkering als zij een AWW-uitkering ontvangt, en art. 32 lid 1 sub b AAW ook van toepassing zijn in het geval een

man een AWW-uitkering ontvangt. De Raad van Beroep Roermond is van mening dat door deze circulaire de feitelijke toepassing zodanig is veranderd, dat art. 32 lid 1 sub b AAW moet worden beoordeeld naar de wijze, waarop daaraan nu uitvoering wordt gegeven.

De Raad van Beroep Amsterdam volgt deze redenering — terecht — niet. Immers, het gaat hier slechts om een circulaire, die het karakter van een beleidsaanbeveling niet te boven kan gaan. De Raad te Amsterdam merkt dan ook terecht op dat voor de handelwijze van de bedrijfsvereniging elke rechtsgrond ontbreekt: de aanspraak op AAW, welke bij wet is toegekend, kan immers niet bij circulaire worden ontnomen. Het beroep van de weduwnaar tegen intrekking van de AAW-uitkering zal dan ook zonder meer gegrond worden verklaard.

De Raad van Beroep Amsterdam maakt korte metten met deze discriminatie. Mijns inziens tekort. Op grond van art. 26 BuPo-Verdrag wordt art. 32 lid 1 sub b AAW buiten toepassing verklaard. Het Comité voor de Rechten van de Mens huldigt echter de opvatting dat art. 26 BuPo-Verdrag, gelet op de aard en de strekking ervan, niet het oog heeft op die ongelijke behandeling welke op redelijke en objectieve gronden, waaraan iedere gedachte van discriminatie vreemd is, kan worden gerechtvaardigd. In de zaak Vos (Communication no. 218/1986; 29 maart 1989) heeft het Comité bij beslissing van 2 mei 1989 geoordeeld dat de beëindiging van de AAW-uitkering op grond van art. 32 lid 1 sub b AAW niet in strijd is met art. 26 BuPo-Verdrag, daar de in dit artikel gegeven regeling steunt op objectieve en redelijke gronden, te weten: voorkoming van dubbele uitkering op het sociaal-minimumniveau. De Nederlandse regering heeft in deze zaak aangevoerd dat de meeste gehuwde en gehuwd geweest zijnde vrouwen een AAW-uitkering hebben naar de individuele grondslag, dus lager dan de AWW-uitkering, zodat er zich bij intrekking van de AAW-uitkering in de meeste gevallen geen inkomensdaling voordoet. Bovendien zou dit probleem zich bij mannen niet voordoen, aangezien zij niet AWW-gerechtigd zijn. Beide redeneringen zijn door de feiten achterhaald: het Hof van Justitie heeft in de zaak Ruzius-Wilbrink de individuele grondslag van de AAW in strijd geoordeeld met art. 4 van de Derde EG-Richtlijn. Sinds de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 7 december 1988 zijn ook mannen AWW-gerechtigd. Maar de kern van deze uitspraak blijft gehandhaafd: objectieve rechtvaardiging ter voorkoming van dubbele uitkering op het sociaal-minimumniveau. Gelet op de uitspraak over de gelijke behandeling van gehuwd en ongehuwd samenwonenden, die elders in dit nummer is opgenomen, heeft de Centrale Raad van Beroep

nogal de neiging de mening van het Comité over objectieve rechtvaardiging te volgen. Ik vrees dan ook dat deze uitspraak in deze vorm geen stand zal houden in hoger beroep.

Waarom heeft de Raad te Amsterdam zijn uitspraak niet (mede) gebaseerd op art. 4 van de Derde EG-Richtlijn? In casu heeft de gemachtigde een beroep gedaan op het EG-recht. Aangezien het arbeidsleven van klaagster door arbeidsongeschiktheid is onderbroken, behoort zij tot de personenkring van het EG-recht en is de Derde Richtlijn van toepassing. In het kader van het EG-recht kan directe discriminatie naar geslacht niet worden opgeheven door objectieve rechtvaardiging. Verwezen wordt naar de publikatie van de Stichting Centrum Voor Onderzoek van het Sociaal Zekerheidsrecht, Kluwer 1986, over de gelijke behandeling van vrouw en man in de sociale zekerheid, waar dit op verschillende plaatsen wordt betoogd. Op basis van het EG-recht kan de Centrale Raad deze directe discriminatie naar geslacht niet passeren.

In een eerdere uitspraak van de Raad van Beroep Amsterdam (reg.nr. AAW 86/6348) is art. 32 lid 1 sub b AAW buiten toepassing verklaard op grond van art. 4 van de Derde EG-Richtlijn, maar dan voorzover deze strijdigheid met de Richtlijn oplevert. De Raad van Beroep Roermond verklaart op grond van indirecte discriminatie naar burgerlijke status art. 32 lid 1 sub b AAW ook buiten toepassing, voorzover dit artikel strijdigheid oplevert met het internationale recht. Met andere woorden: voorzover de AAW-uitkering de AWW-uitkering overtreft, zal deze op grond van de uitspraak van de Raad te Roermond aan klaagster moeten worden uitbetaald.

De vraag is of de Raad van Beroep door deze handelwijze niet teveel op de stoel van de wetgever gaat zitten. In verschillende arresten (FNV, Clarke, Dik, zie onder meer Rechtspraak Nemesis 1988 nr 8, pag. 85-86) heeft het Hof van Justitie voor recht verklaard, dat bij het ontbreken van maatregelen ter uitvoering van de Richtlijn vrouwen recht hebben op dezelfde behandeling en op toepassing van dezelfde regeling als mannen die in een gelijke situatie verkeren, waarbij die regeling, zolang aan genoemde Richtlijn geen uitvoering is gegeven, het enige bruikbare referentiekader blijft. Aangezien art. 32 lid 1 sub b AAW niet van toepassing is op mannen, zal dit artikel buiten toepassing moeten blijven, zolang de wetgever geen maatregelen heeft genomen.

Tot slot wordt opgemerkt dat, indien — gelet op art. 32 lid 1 sub b AAW — volgens de bedrijfsvereniging ten onrechte AAW-uitkering is betaald, deze volgens de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 18 februari 1988 (RSV 1988/236) op grond van art. 48 lid

2 AAW niet kan worden teruggevorderd, aangezien dit artikel geen grond voor terugvordering en verrekening biedt.

Len Andringa

Nr 99

* Centrale Raad van Beroep, 4 januari 1990

Reg.nrs Premie 1988/159; 1988/220; 1988/100.

Mr J.H. van der Veen, voorzitter, mr G.P.A.M. Garvelink-Jonkers en Jhr.mr H.J. van Kinschot, leden.

Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, eiser 1, tegen M.A.C.M. v.d.B.-v.R., verweerster; Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Haven en Aanverwante Bedrijven, eiser 2, tegen T.N. v.P.-T., verweerster; Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Hout- en Meubelindustrie, eiser 3, tegen mr M.H. S.-K., verweerster.

Verzekeringsplicht echtgenoten van directeur-grotaandeelhouders (dga's).

Drie vrouwen, gehuwd met een dga, zijn in beroep gegaan van de beslissing van de bedrijfsvereniging dat de verplichte verzekering voor de sociale werknemersverzekeringen moet worden beëindigd. De rechters in eerste instantie hebben de beslissing vernietigd, waarna de bedrijfsverenigingen in beroep zijn gegaan. De Centrale Raad van Beroep heeft de zaken gevoegd behandeld. Twee vrouwen zijn als administratief medewerkster in dienst van de B.V., waarvan hun echtgenoot dga is. De derde is werkzaam als procuratiehouder in de B.V. van haar echtgenoot. De bedrijfsverenigingen zijn van mening dat bij de beoordeling van de verzekeringsplicht van echtgenotes van dga's ervan moet worden uitgegaan dat het werkgeversgezag niet uitgaat van de vennootschap maar van de dga, zodat moet worden beoordeeld of bedoelde personen in een gezagsverhouding tot deze directeur staan. Volgens de bedrijfsverenigingen brengt art. 1637 i BW, dat een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten nietig verklaart, met zich dat het enkel bestaan van een huwelijksband tussen dga en de echtgenote leidt tot de afwezigheid van een privaatrechtelijke dienstbetrekking. De bedrijfsverenigingen baseren zich hierbij op de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 4 oktober 1985, dat de arbeidsverhouding van de dga materieel moet worden getoetst aan de hand van de gangbare criteria: verplichting tot loonbetaling, persoonlijke dienstverrichting en een gezagsverhouding. Dat het enkel bestaan van een huwelijksband de afwezigheid van een dienstbetrekking met

zich brengt, gaat echter de Centrale Raad ook te ver.

(...)

De Raad kan onderschrijven het standpunt van eisers dat te dezen de arbeidsverhouding van de echtgeno(o)t(e) van de directeur en tevens enig aandeelhouder (verder: dga) tot de vennootschap materieel getoetst dient te worden.

De Raad kan eisers echter niet volgen in hun hierboven aangehaalde benaderingswijze dat in situaties als de onderhavige, waarbij de directeur van een vennootschap op basis van zijn aandeelbezit de feitelijke macht in de algemene vergadering van aandeelhouders en zodoende in de gehele vennootschap heeft, het werkgeversgezag niet uitgaat van de vennootschap, maar van de dga, en dat bij de beoordeling van het werknemerschap van (en de verzekeringsplicht ten aanzien van) andere in de vennootschap werkzame personen — in casu de echtgenoten — per definitie de relatie tot de dga en niet tot de vennootschap moet worden beoordeeld.

Met deze opvatting miskennen eisers immers dat zich laat denken dat aan een BV c.q. NV als rechtspersoon ook in situaties als hier aan de orde de hoedanigheid van wederpartij bij het aangaan van een overeenkomst niet kan worden ontzegd, alsmede dat door een BV c.q. NV in situaties als hier aan de orde zeker reëel werkgeversgezag kan worden uitgeoefend.

De arbeidsverhouding van een echtgeno(o)t(e) van een dga zal naar het oordeel van de Raad dienen te worden getoetst aan de gangbare materiële, maaststaven voor de beoordeling of een arbeidsverhouding valt te beschouwen als een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, dat wil zeggen dat aan de in het algemeen voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst geldende vereisten zal moeten zijn voldaan, te weten de verplichting tot persoonlijke dienstverrichting, de verplichting tot loonbetaling en een gezagsverhouding. Daarbij zal — uiteraard — aan de huwelijksrelatie evenals aan andere nauwe relaties, zoals nauwe familiebanden, materiële betekenis toekomen in het geheel van de feitelijke omstandigheden.

De Raad overweegt voorts eisers niet te kunnen volgen in hun standpunt dat art. 1637i van het Burgerlijk Wetboek te dezen van beslissende betekenis is. In art. 1637i BW is uitsluitend geregeld dat een tussen echtgenoten aangegane overeenkomst nietig is. Ingeval van een overeenkomst met een rechtspersoon, in deze gedingen een vennootschap, is art. 1637i BW niet aan de orde en valt dus niet op goede grond te stellen dat een arbeidsovereenkomst die tussen een vennootschap en de echtgeno(o)t(e) van de dga

van die vennootschap is gesloten, nietig zou zijn op grond van dat wetsartikel.

De Raad komt aldus tot het oordeel dat eisers, door de thans aan de orde zijnde beslissingen uitsluitend te baseren op het — in het geding in eerste aanleg en in hoger beroep naar voren gebrachte — standpunt dat gedaagden in verband met meervermelde uitspraak van de Raad van 4 oktober 1985 (gepubliceerd in Rechtspraak Sociale Verzekering 1986, nr. 21) in samenhang met (slechts) art. 1637i BW per 1 januari 1989 niet langer verzekerd zijn te achten, en dat aldus geen aandacht aan de feitelijke omstandigheden van de gevallen behoeft te worden geschonken, aan hun beslissingen een onjuiste motivering ten grondslag hebben gelegd. Wegens strijd met het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat een beslissing moet worden gedragen door een toereikende, deugdelijke motivering, kunnen de bestreden beslissingen daarom geen stand houden. (...)

Nr 100

* Raad van Beroep Roermond, 5 december 1989

Reg. nr. AAW 88/933 B.

Mr. Th. M. Schelthout, Ir. J.B.M.A. Meijer en L.A.W. Lammeretz.

X. klaagster, tegen het Bestuur der Bedrijfsvereniging van Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen, gevestigd te Utrecht, verweerder.

Recht op AAW-uitkering voor gehuwde vrouw wier echtgenoot buiten Nederland werkzaam is en terzake van deze arbeid krachtens een buitenlandse wettelijke regeling inzake de volksverzekeringen verzekerd is. Het gaat om een zelfstandig werkende kapster die op 12 november 1986 een AAW-uitkering aanvraagt. Als eerste arbeidsongeschiktheidsdag is vastgesteld 1 mei 1982. Op dat moment is haar echtgenoot in West-Duitsland werkzaam en is hij naar Duits recht verzekerd. De stelling van klaagsters gemachtigde, dat het recht op een AAW-uitkering moet worden beoordeeld naar het recht zoals dat geldt op de datum van aanvraag, wordt uiteraard niet door de Raad overgenomen. Of klaagster verzekerd is moet worden beoordeeld naar de wetgeving die geldt op de dag dat de arbeidsongeschiktheid is ingetreden. In casu behoort klaagster tot de personen op wie de Derde EG-Richtlijn van toepassing is. Aan de hand van de prejudiciële beslissing van het Hof in de zaak Clarke wordt door de Raad geoordeeld dat effecten van vóór 23 december 1984 geldende discriminatoire wetgeving niet kunnen voortbestaan. Vergelijk Rechtspraak Nemesi 1990, nr 81, en

1989, nr 56, waarin de AOW-uitkering wordt gekort wegens niet-verzekerde jaren echtgenoot. Aangezien deze AOW-sters geen (betaalde) arbeid hadden verricht was de Derde EG-Richtlijn niet van toepassing. In deze gevallen is op grond van art. 26 BuPo-Verdrag de beslissing vernietigd.

(...)

5. Motivering

(...)

In dit geding dient de Raad de vraag te beantwoorden of verweerder terecht en op goede gronden heeft geweigerd klaagster een uitkering ingevolge de AAW toe te kennen.

(...)

De Raad acht echter termen aanwezig om ambtshalve stil te staan bij de vraag of het voor 1 april 1985 geldende, en in casu toegepaste, art. 2 lid 1 sub j van het KB 557 verenigbaar is met het in art. 4 lid 1 van de Richtlijn 79/7 van de Raad van de Europese Gemeenschappen (de Derde Richtlijn) neergelegde discriminatieverbod, en zo neen, of klaagster, voor wat betreft de toepassing van die bepaling in haar geval, rechtstreeks rechten kan ontlelen aan die Richtlijn.

Met betrekking tot de eerstgestelde vraag overweegt de Raad het volgende.

Ingevolge het bepaalde in het vóór 1 april 1985 geldende art. 2 lid 1 sub j van het KB 557 was de vrouw onder meer uitgesloten van verzekering in de zin van de Algemene Ouderdomswet, de Algemene Weduwen- en Wezenwet, de Algemene Kinderbijslagwet, de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten en de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet, indien haar echtgenoot buiten het Rijk in dienstbetrekking werkzaamheden verrichtte en terzake van die arbeid krachtens een buitenlandse wettelijke regeling verzekerd was voor uitkeringen als genoemd in sub a van dat artikel, terwijl een zodanige beperking niet gold voor de man wiens echtgenote in het buitenland werkte en aldaar voor bedoelde uitkeringen verzekerd was.

Naar het oordeel van de Raad dient deze uit art. 2, lid 1 sub j van het KB 557 voortvloeiende ongelijke behandeling van de vrouw ten opzichte van de man te worden aangemerkt als strijdig met het discriminatieverbod, zoals neergelegd in art. 4, lid 1 van de Derde Richtlijn.

In dit geding dringt zich derhalve de vraag op of klaagster, voor wat betreft de toepassing van die discriminatoire bepaling in haar geval, rechtstreeks rechten kan ontlelen aan de Derde Richtlijn.

Daartoe stelt de Raad allereerst vast dat

klaagster op de van belang zijnde tijdstippen werkzaam was als zelfstandig kapster dan wel haar werkzaamheden tengevolge van arbeidsongeschiktheid had onderbroken, zodat zij moet worden gerekend tot de personen, op wie de Derde Richtlijn ingevolge art. 2 daarvan van toepassing is. Klaagster kan dan ook in beginsel een beroep op die Richtlijn doen.

Voorts is van belang de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (het Hof) inzake de rechtstreekse werking van de Derde Richtlijn.

Bij prejudiciële beslissing d.d. 4 december 1986 (RSV 87/95) heeft het Hof bepaald dat burgers zich tegenover de nationale staat met ingang van 23 december 1984 rechtstreeks op art. 4 lid 1 van die Richtlijn kunnen beroepen, teneinde de toepassing van iedere met dat artikel strijdige bepaling te beletten. Hoewel in casu klaagsters aanvraag om een uitkering ingevolge de AAW alsmede de beslissing op die aanvraag dateren van na die datum, moet worden geconstateerd dat het in die beslissing gaat om toepassing van het discriminerende art. 2 lid 1 sub j, zoals dat luidde op de in casu geldende eerste arbeidsongeschiktheidsdag, te weten 1 mei 1982.

Het betreft in dit geding derhalve toepassing van een vóór 23 december 1984 geldende, met de Richtlijn strijdige nationale regeling, zodat de vraag zich opdringt of klaagster voor wat betreft de toepassing van art. 2 lid 1 sub j in haar geval wel rechtstreeks rechten kan ontlelen aan de Derde Richtlijn.

De Raad is van oordeel dat de prejudiciële beslissing van het Hof van 24 juni 1987 (zaak 384/85, *Clarke vs. Chief Adjudication Officer*, RSV 1988/182) aanknopingspunten biedt voor een positieve beantwoording van die vraag.

In die uitspraak heeft het Hof een nadere uitleg gegeven aan de reikwijdte van de rechtstreekse werking van de Derde Richtlijn, in het bijzonder met betrekking tot de doorwerking na 23 december 1984 van vóór die datum geldende discriminerende nationale wetgeving.

Naar het oordeel van de Raad kan uit die uitspraak worden afgeleid dat art. 4, lid 1 van de Derde Richtlijn ook kan worden ingeroepen teneinde te voorkomen dat de effecten van vóór 23 december 1984 geldende discriminatoire wetgeving na die datum blijven voortbestaan. Het Hof geeft in dat verband duidelijk aan dat een Lid-Staat na 23 december 1984 geen ongelijke behandeling mag laten voortbestaan die voortvloeit uit de omstandigheid dat de aan het recht op uitkering verbonden voorwaarden reeds vóór die tijd golden.

Het Hof overweegt voorts dat, zolang

bedoelde discriminatoire effecten niet door de betreffende Lid-Staat zijn weggenomen, vrouwen vanaf 23 december 1984 aanspraak kunnen maken op gelijke behandeling en toepassing van dezelfde regels als mannen die in vergelijkbare omstandigheden verkeren.

Vastgesteld moet worden dat uit het systeem van de AAW voortvloeit dat klaagster, die ten tijde van het intreden van haar arbeidsongeschiktheid op 1 mei 1982 op grond van het toen geldende discriminatoire art. 2, lid 1 sub j van het KB 557 niet verzekerd was ingevolge de AAW, terzake van die arbeidsongeschiktheid ook na 23 december 1984 uitgesloten blijft van verzekering ingevolge de AAW en derhalve van aanspraak op een uitkering in de zin van die wet. Op klaagsters aanvraag van 12 november 1986 om een uitkering ingevolge de AAW wordt bij de bestreden beslissing dan ook onder toepassing van het vóór 23 december 1984 geldende discriminatoire art. 2, lid 1 sub j van het KB 557 afwijzend beslist, terwijl de met klaagster vergelijkbare man, die overigens onder dezelfde omstandigheden verkeert en die een zodanige aanvraag had gedaan, wel uitkering zou zijn toegekend.

Klaagster wordt derhalve na 23 december 1984, in tegenstelling tot de met haar vergelijkbare man, uitkering ingevolge de AAW geweigerd omdat zij op grond een van tevoren geldende discriminatoire regeling uitgesloten is van verzekering in de zin van die wet en derhalve geen recht heeft op de gevraagde uitkering.

De Raad kan zulks niet anders zien dan als doorwerking na 23 december 1984 van vóór die datum geldende discriminerende wetgeving zoals bedoeld in bovengenoemde uitspraak van het Hof van 24 juni 1987, hetgeen op grond van die uitspraak als ongeoorloofd moet worden aangemerkt.

Nu, zoals is gebleken, de wetgever de discriminatoire effecten van art. 2, lid 1 sub j niet heeft weggenomen, kan klaagster aanspraak maken op gelijke behandeling en toepassing van dezelfde regels als mannen die in vergelijkbare omstandigheden verkeren.

Een met klaagster vergelijkbare man, die op 1 mei 1982 arbeidsongeschikt is geworden, had door het doen van een aanvraag na 23 december 1984 alsnog in aanmerking kunnen komen voor een uitkering ingevolge de AAW, zij het, gelet op het bepaalde in art. 25 lid 2 AAW, in beginsel slechts met terugwerkende kracht tot 1 jaar vóór de datum van die aanvraag.

Voor klaagster geldt op grond van de uitspraak van het Hof van 24 juni 1987 dezelfde aanspraak, zodat haar — voor zover zij toen overigens nog aan de

voorwaarden daarvoor voldeed — recht op een uitkering ingevolge de AAW toekomt met ingang van 1 jaar voor de datum van haar aanvraag, te weten vanaf 12 november 1985.

Of in casu aanleiding bestaat om met toepassing van art. 25, lid 2 van de AAW klagster met ingang van een eerder tijdstip dan 1 jaar voor de datum aanvraag een uitkering ingevolge de AAW toe te kennen, staat ter beoordeling van verweerder, waarbij wordt aangetekend dat, gelet op meergenoemde jurisprudentie van het Hof, klagster eerst vanaf 23 december 1984 aan de Derde Richtlijn rechtstreeks rechten kan ontlenen.

De Raad wil echter — in dit geding ten overvloede — niet nalaten verweerder in overweging te geven bij een zodanige beoordeling aandacht te besteden aan de omstandigheid dat niet van meet af duidelijkheid heeft bestaan over de betekenis van het discriminatieverbod van art. 4, lid 1 van de Derde Richtlijn in gevallen als het onderhavige, alsmede aan de vraag of van de burger verwacht kan worden dat hij voldoende op de hoogte is van recente ontwikkelingen in de jurisprudentie op dit terrein en van de implicaties daarvan voor wat betreft zijn individuele aanspraken.

(...)

Nr 101

* Rechtbank Arnhem, 11 mei 1989

Rolnr. 1987/3963

Mrs E. van Rossem, M.L. Drabbe en A.D. Merlini-Van Zeben.
Mevrouw X, wettelijk vertegenwoordigster van de minderjarige K., eiseres, procureur mr M.A. Smits, tegen Y., gedaagde, procureur mr H.W. Bemelmans.

Artikel 244 Sr, artikel 249 Sr. Immateriële schadevergoeding. Incest. Psychologisch onderzoek niet in het belang van het kind.

Uit de relatie van X en Y. is een dochter geboren, K. Na het verbreken van de relatie is er een omgangsregeling tot stand gekomen tussen de vader Y. en K. Y. heeft ontucht gepleegd met K. tijdens het bezoek van K. Hiervan is aangifte gedaan. De vader erkent de ontucht. De moeder vordert f 100.000,— (im)materiële schadevergoeding van de vader voor K.

De rechter overweegt dat naar de huidige maatschappelijke opvatting het van algemene bekendheid is dat het plegen van ontucht met minderjarigen zeer waarschijnlijk sporen nalaat in de psychische ontwikkeling van de betrokken minderjarige. De rechter vindt het onnodig dat de moeder moet bewijzen dat K. schade heeft ondervonden van de met haar gepleegde ontucht omdat K. dan een psychologisch

onderzoek zou moeten ondergaan. K. brengt het gebeurde niet meer ter sprake en daarom is het niet verstandig haar wederom ermee te confronteren, waardoor eventueel onnodig leed zou worden toegebracht. De vader moet f 5.000,— immateriële schadevergoeding betalen aan de moeder.

(...)

De vordering

9. X stelt dat Y. onrechtmatig heeft gehandeld jegens K. en dat K. daardoor psychisch leed heeft geleden en in de toekomst ook nog zal lijden, terwijl het zeer aannemelijk is dat er in de toekomst sprake zal zijn van verlies aan verdien capaciteit ten gevolge van het onrechtmatig handelen van Y. X meent dat f 100.000,— een redelijke genoegdoening is voor de schade die K. heeft geleden en nog zal lijden.

10. Na verandering van eis vordert X daarom primair: Y. te veroordelen om aan haar tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen de somma van f 100.000,—, vermeerderd met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 1 februari 1987 tot en met de dag der algehele voldoening; subsidiair: die beslissing te geven welke de rechtbank in goede justitie meent te moeten nemen.

Voorts vordert X Y. te veroordelen in de kosten van deze procedure.

Het verweer

11. Y. erkent seksuele handelingen te hebben gepleegd met K. op 3 november 1986. Hij stelt zich echter op het standpunt dat zijn handelen jegens K. niet als een onrechtmatige daad moet worden aangemerkt. Daartoe voert hij aan dat het contact tussen hem en K. goed was en dat de omgangsregeling door beiden als prettig werd ervaren. Volgens hem blijkt ook niet uit de aangifte van X of uit de contacten die er zijn geweest met een kinderpsycholoog dat hij lichamelijke en/of geestelijke schade heeft toegebracht aan K. Subsidiair meent Y. dat het gevorderde bedrag van f 100.000,— niet kan worden toegewezen, nu niet concreet is aangegeven hoe dit schadebedrag is opgebouwd. De materiële schade, het verlies aan verdien capaciteit, is volgens hem op geen enkele wijze aangetoond.

De beoordeling

12. De rechtbank acht de door Y. gepleegde seksuele handelingen, waarvan in de overgelegde processen-verbaal blijkt, wel degelijk onrechtmatig tegenover K. Y. die tegenover de politie heeft verklaard: 'Dat alles had echter natuurlijk niet mogen gebeuren', ziet dat zelf kennelijk ook wel in. Y. is dus verplicht

tot vergoeding van schade die door deze handelingen is veroorzaakt.

13. In de procedure is onvoldoende gesteld waaruit kan worden afgeleid dat te verwachten is dat K. materiële schade heeft geleden of zal lijden (verdiencapaciteit). Evenmin zijn er aanwijzingen dat K. bij wat er gebeurd is, schade (beschadiging) aan haar lichaam heeft opgelopen. Het bestaan van materiële schade is dus onvoldoende aannemelijk geworden.

14. Naar huidige maatschappelijke opvattingen is het van algemene bekendheid dat het plegen van ontucht met minderjarigen zeer waarschijnlijk sporen nalaat in de psychische ontwikkeling van de betrokken minderjarige. In hoeverre er sprake is van psychische schade moet in elk geval afzonderlijk worden beoordeeld. Daarbij speelt een aantal factoren een rol, zoals de wijze waarop een ander heeft plaatsgevonden, de leeftijd van het kind, de (lange) duur, de eventueel zich reeds manifesterende gevolgen en dergelijke.

15. Uit de processen-verbaal blijkt niet dat het gebeurde heeft plaatsgevonden met geweld of onder bedreiging en ook niet dat K. het gebeurde op zich als erg akelig heeft ervaren. X heeft zelf verklaard dat de verstandhouding tussen Y. en K. bijzonder goed was.

Ten tijde van het voorval was K. vieren-eenhalf jaar oud. Niet gebleken is dat er voordien ook al sprake was geweest van dergelijke seksuele handelingen van Y.

16. Rekening houdend met de genoemde factoren moet worden beoordeeld in hoeverre K. leed heeft ondervonden dan wel in de toekomst zal ondervinden. In dit verband wijst X erop dat zij het niet in het belang van K. acht dat X daartoe een bewijsopdracht krijgt, omdat dit een onderzoek zou betekenen door een kinderpsycholoog. Met X meent de rechtbank dat, nu K. zelf het gebeurde kennelijk niet meer ter sprake brengt, het niet verstandig is haar wederom daarmee te confronteren, waardoor eventueel onnodig leed zou worden aangebracht.

17. Gelet op de omstandigheden waaronder de ontuchtige handelingen hebben plaatsgevonden, de reactie van K. daarop, de leeftijd van K. en het feit dat die handelingen kennelijk een, zij het verre van goed te praten, uit de hand gelopen situatie betreffen, komt de rechtbank, alles tegen elkaar afwegende, naar redelijkheid en billijkheid tot een waardering van de door K. geleden en nog te lijden immateriële schade op een bedrag van f 5.000,—. Deze schade moet door Y. worden vergoed.

18. Omdat van het bedrag van de vordering van X slechts een klein gedeelte

wordt toegewezen, zullen de proceskosten als na te melden worden gecompenseerd.

(...)

Nr 102

Commissie voor de Politieklachten,

7 juni 1989

Nr. 88/7/648.

Klaagster X, advocate mr M. Gieskes.

Klaagster heeft een klacht ingediend met betrekking tot haar behandeling op het politiebureau IJ-tunnel. De commissie heeft de klacht onderzocht en komt tot de conclusie dat de klacht gegrond moet worden verklaard met betrekking tot de veiligheidsfouillering, (het weigeren van) toiletbezoek, het weigeren van een advocaat, en het niet aanbieden van avondeten.

Het geheel laten ontkleden van klaagster in het kader van een veiligheidsfouillering levert een inbreuk op de rechten van klaagster op.

Bij klaagsters toiletbezoek is niet al het mogelijke gedaan om klaagsters privacy te waarborgen. Klaagster is, gelet op het tijdstip van in verzekeringstelling feitelijk rechtshulp onthouden. Het niet aanbieden van avondeten is, evenals bovenstaande gedragingen, geen behoorlijk politieoptreden.

Zakelijke samenvatting van de klacht

De commissie heeft de klacht als volgt zakelijk samengevat:

Op 19 mei 1988 is klaagster aangehouden terzake een tegen haar gedane aangifte van diefstal en meegenomen naar het bureau IJ-tunnel.

Klaagster klaagt over de navolgende feiten:

1. Bij aankomst in het bureau heeft zij zich geheel moeten uitkleden en werden haar panty en BH afgenomen. Zij werd gefouilleerd in een hok waar iedereen langsliep.
2. Tijdens de verhoren werd druk op haar uitgeoefend en werden sarcastische opmerkingen gemaakt.
3. Zij werd langdurig ondervraagd over het feit hoe haar dochter kon weten dat een radio en een armband gestolen waren. Dit om haar een bekentenis af te dwingen.
4. Er werd niet gereageerd op haar bellen om naar het toilet te gaan. Bij een later toiletbezoek moest zij met de deur open plaats nemen op een herentoilet, tijdens welk bezoek een mannelijke politieagent haar zag.
5. Ten onrechte is zij in verzekering gesteld.
6. Zij werd niet door een advocaat bezocht, hoewel zij om 14.50 uur in verzekering was gesteld.

7. Zij heeft geen avondeten gehad.

(...)

De onderzoeksbevindingen

Klaagster bleef bij haar verhoor door de politie geheel bij hetgeen zij in haar klaagschrift heeft gesteld. Klaagster voegde daaraan nog toe dat zij het er niet mee eens is dat zij enkele kledingstukken moest afstaan. Tevens heeft zij absoluut 's avonds niets aangeboden gekregen, wat resulteerde in een hele dag niets eten. Omdat zij meende recht te hebben op een advocaat heeft zij tijdens haar in verzekeringstelling om een advocaat gevraagd, doch de hele dag heeft zij er geen gezien.

(...)

Het oordeel van de chef van de ambtenaar over wie wordt geklaagd

Commissaris B.T. de Koningh is van oordeel dat, met betrekking tot onderdeel 1 van de klacht de fouilleringsprocedure neergelegd is in het dienstvoorschrift 15.10.7., het innemen van de door klaagster genoemde kledingstukken valt onder het met de veiligheidsfouillering bij insluiting beoogde doel.

De klacht dat zij gefouilleerd zou zijn, terwijl iedereen langs liep, zou kunnen betekenen dat de luxaflex die dient ter garantie van de privacy, of niet gebruikt is dan wel in ongerede is geweest. Zo dit het geval is, is dit onjuist en de klacht gegrond.

Overigens heeft hij geen reden aan de lezing van mevrouw X te twijfelen.

Met betrekking tot onderdeel 4 van de klacht merkt hij op dat, indien de situatie zich heeft voorgedaan (waarbij hij gelet op de correcte beschrijving van de plaats geen reden heeft aan de lezing van klaagster te twijfelen), er is gehandeld in strijd met de overweging van meergenoemd dienstvoorschrift.

Met betrekking tot onderdeel 5 van de klacht acht hij de in verzekeringstelling niet onrechtmatig en in het belang van het onderzoek. De piketcentrale is op 19 mei 1988 te 18.24 uur door de gemeentepolitie Amsterdam in kennis gesteld van de in verzekeringstelling van mevrouw X. Gelet op het tijdstip van in verzekeringstelling (14.50 uur) is hierdoor feitelijk rechtshulp onthouden. Hij acht dit ongewenst.

Tenslotte merkt hij op dat een klacht als deze in de toekomst minder vraagpunten zal opleveren dan in mei 1988. Door verslaglegging (geautomatiseerd) is exact na te gaan, welke handelingen er met een aangehouden zijn verricht (artsenbezoek, advocatenbezoek, verhoor recherche, etc). Ook blijkt thans duidelijk of een aangehouden een maaltijd weigert.

De waarnemend korpschef kan zich met deze conclusie verenigen.

Het oordeel van de Commissie over het onderzoek en de klacht

Het onderzoek van de klacht door de politie is met overschrijding van de in de Klachtenregeling Gemeentepolitie Amsterdam gestelde termijn verricht.

De klacht is naar het oordeel der Commissie op goede wijze onderzocht.

De Commissie is op grond van hetgeen in het onderzoek is gebleken tot de overtuiging gekomen, dat de door klaagster in haar klacht beschreven gebeurtenissen, met uitzondering van onderdeel 2 van de klacht, inderdaad aldus hebben plaatsgevonden.

De Commissie heeft op grond van het onderzoek niet tot een oordeel kunnen komen over de juistheid of onjuistheid van onderdeel 2 van de klacht.

In zoverre zal de Commissie zich derhalve tot een oordeel niet in staat moeten verklaren.

Motivering:

De verklaringen van de politieambtenaren staan tegenover die van klaagster en de Commissie heeft geen feiten of omstandigheden kunnen vaststellen, waarop zij afdoende haar overtuiging zou kunnen baseren, dat de ene verklaring juist en de andere onjuist is.

De gedragingen, waarvan de Commissie tot de overtuiging is gekomen, dat deze zijn geschied, acht zij voor wat betreft de onderdelen 3 en 5 behoorlijk en de klacht in zoverre ongegrond.

Motivering:

Met betrekking tot onderdeel 3 van de klacht:

Het confronteren van klaagster met een uitspraak van haar dochter over een eventuele bekendheid met de gestolen goederen paste in het streven de waarheid aan het licht te brengen en was ook overigens behoorlijk politieoptreden.

Met betrekking tot onderdeel 5 van de klacht is de Commissie met de rapporteur van oordeel dat, nu het onderzoek niet tijdig kon worden afgesloten, in verzekeringstelling noodzakelijk was.

De gedragingen, waarvan de Commissie tot de overtuiging is gekomen, dat deze zijn geschied, acht zij voor wat betreft de onderdelen 1, 4, 6 en 7 niet behoorlijk en de klacht in zoverre gegrond.

Motivering:

Met betrekking tot onderdeel 1 van de klacht is de Commissie van oordeel dat het innemen van de door klaagster genoemde kledingstukken niet gedekt wordt door het eerder vermelde dienstvoorschrift. Het geheel laten ontkleden van klaagster levert een inbreuk op de grondrechten van klaagster op.

Met betrekking tot onderdeel 4 van de klacht is uit het onderzoek niet duidelijk geworden waarom er niet is gereageerd op klaagsters bellen om naar het toilet te

gaan. Bij klagsters uiteindelijke toiletbezoek heeft de betrokken politieambtenaar niet al het mogelijke gedaan om klagsters privacy te waarborgen. Met betrekking tot onderdeel 6 van de klacht is gebleken dat de piketcentrale op 19 mei 1988 eerst te 18.24 uur door de gemeentepolitie Amsterdam in kennis is gesteld van de in verzekeringstelling van klagster. Gelet op het tijdstip van in verzekeringstelling (14.50 uur) is hierdoor feitelijk rechtshulp onthouden. Met betrekking tot onderdeel 7 van de klacht twijfelt de Commissie niet aan de lezing van klagster dat zij geen avondeten heeft gehad. Het niet aanbieden van het avondeten, ook al heeft klagster 's middags het eten geweigerd, is, evenals de gedragingen in de klachtonderdelen 1, 4 en 6, geen behoorlijk politieoptreden.

Advies

Op deze gronden adviseert de Commissie voor de Politieklachten de klacht grond te verklaren voorzover het betreft onderdelen 1, 4, 6 en 7 en de klacht ongegrond te verklaren voorzover het betreft de onderdelen 3 en 5 en u tot een oordeel over de gegrondheid van de klacht niet in staat te verklaren voorzover het betreft onderdeel 2 van de klacht. De Commissie adviseert u verder hiervan aan klagster mededeling te doen en daarbij te wijzen op de mogelijkheid hierover te klagen bij de Gemeentelijke Ombudsman van Amsterdam.
(...)

WETGEVING

Gelijke behandeling in de AAW

Staatssecretaris ter Veld heeft aan de Voorzitter van de Tweede Kamer een notitie doen toekomen met voorstellen om te komen tot gelijke behandeling in de AAW.

Deze voorstellen zijn mede ontwikkeld naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie van de EG van 13 december 1989 inzake Ruzius-Wilbrink (Rechtspraak Nemesis 1990 nr 84). In antwoord op de prejudiciële vragen van de Raad van Beroep te Groningen heeft het Hof zich op het standpunt gesteld dat het toekennen van een AAW-uitkering naar de individuele grondslag voor deeltijdwerkers indirect discriminerend is, aangezien meer vrouwen dan mannen in deeltijd werken. Het Hof vond dit onderscheid niet gerechtvaardigd, omdat in tal van andere gevallen het bedrag van de AAW-uitkering hoger is dan het gederfde inkomen.

De Staatssecretaris is van mening dat de uitkomst van dit arrest moet worden gerespecteerd en dat de AAW in overeenstemming moet worden gebracht met het Europese recht.

Uitgangspunt van de voorstellen is dat alleen nog uitkering wordt verleend, indien sprake is van feitelijke inkomensderving. Dit betekent onder meer het beëindigen van het recht op uitkering voor studenten. Ook voor zelfstandigen zonder of met een te geringe winst wordt de uitkering beëindigd of verlaagd. Voor vroeggehandicapten is het volgens de Staatssecretaris objectief gerechtvaardigd dat er recht op uitkering bestaat zonder dat er sprake is van feitelijke inkomensderving.

De uitkering zal niet meer bedragen dan 70 procent van het laatstverdiende loon tot maximaal 70 procent van de algemene grondslag.

Voor zelfstandigen wordt de middelingsregeling, die al bestond voor parttime werkende zelfstandigen, uitgebreid. Deze middeling geldt voor zowel de inkomenseis als de hoogte van de (individuele) grondslag. Voldoet men in het referentiejaar niet aan de inkomenseis, dan wordt gekeken naar het inkomen over de afgelopen drie jaar, dat bepalend is voor zowel de inkomenseis als de hoogte van de (individuele) grondslag. De middelingsregeling geldt niet alleen voor zelfstandigen maar ook voor andere groepen, zoals bijvoorbeeld RWW'ers die kort na de WW-periode arbeidsongeschikt worden of parttimers die in de periode van drie jaar ook fulltime hebben gewerkt.

Het is volgens de Staatssecretaris niet wenselijk om de groep AAW'ers, van wie op grond van de Reparatiewet de uitkering wordt ingetrokken, verschillend te behandelen. Daarom is aan de Raad van State een wetsvoorstel voorgelegd om deze uitkering niet per 1 juni a.s. maar per 1 juli 1991 in te trekken, dezelfde datum waarop de hierboven genoemde maatregelen in werking zouden moeten treden.

Het is niet de bedoeling dat ex-AAW'ers doorstromen naar de IOAW/IOAZ met de ruimere middelentoets. Ook dan zou zich weer ongelijke behandeling kunnen voordoen, bijvoorbeeld ten aanzien van arbeidsongeschikte bijstandsgerechtigden. Daarom bestaat het voornemen de IOAW/IOAZ op te heffen en de ABW aan te passen, met name met het oog op de problematiek van het 'opeten van het eigen huis'.

Len Andringa

Zwangerschaps- en bevallingsverlof

Circulaire aan de ministers
18 april 1990/Nr. AB90/47/U9
(...)

Gaat in per: 1 mei 1990

Geldig tot: totstandkoming wet

Onlangs is het kabinet akkoord gegaan met een wetsvoorstel terzake van zwangerschaps- bevallingsverlof voor het gehele overheids personeel. Dit wetsvoor-

stel beoogt om alle vrouwelijke werknemers in de collectieve sector een recht te garanderen op een zwangerschaps- en bevallingsverlof van in totaal ten minste 16 weken en een gedeeltelijk flexibel op te nemen zwangerschapsverlof. Hiermede wordt aangesloten bij de regeling zoals die sinds 2 maart 1990 geldt voor werknemers op wie de Ziektewet van toepassing is. Voorts heeft het wetsvoorstel op 18 april 1990 in de Centrale Commissie voor Georganiseerd Overleg in Ambtenarenzaken de instemming gekregen van de centrales van overheids- personeel.

Met de totstandkoming van bedoelde wet is nog wel enige tijd gemoed. De toepassing van deze nieuwe regeling behoeft hier evenwel niet op te wachten. Vooruitlopende op de totstandkoming van de wet verzoek ik u dan ook reeds toepassing te geven aan de regeling zoals die in de bijlage is weergegeven. Hierbij geldt dat de vrouwelijke werknemer, wier zwangerschapsverlof is ingegaan na 1 maart 1990 of die op 18 april 1990 bevallingsverlof geniet, aanspraak heeft op het verlengde bevallingsverlof.

De minister van Binnenlandse Zaken

Bijlage Regeling zwangerschaps- en bevallingsverlof

1. De werknemster heeft recht op een zwangerschapsverlof vanaf de dag waarop de bevalling blijkt een verklaring van een geneeskundige of een verloskundige aangevende de vermoedelijke datum van de bevalling binnen zes weken is te verwachten.

2. Het verlof vangt uiterlijk aan vier weken voorafgaand aan deze datum.

3. De werknemster heeft recht op een bevallingsverlof van tien weken vanaf de dag volgend op die van de bevalling. Dit verlof wordt verlengd tot ten hoogste zestien weken, voor zover het zwangerschapsverlof voorafgaand aan de vermoedelijke datum van bevalling, om andere redenen dan wegens ziekte, minder dan zes weken heeft bedragen.

4. Het verlof wordt, voor de toepassing van de voor de werknemster geldende rechtspositieregeling, gelijkgesteld met verandering wegens ziekte.

5. De gewezen werknemster, wier bevalling waarschijnlijk is binnen vier maanden na het tijdstip van ingang van haar ontslag, ontvangt over een periode aanvangende met de 41ste dag voorafgaande aan de vermoedelijke datum van bevalling en eindigende met de 70ste dag na de datum waarop de bevalling plaatsvond, eenzelfde bedrag als zij aan loon of bezoldiging zou hebben ontvangen, indien de bevalling tijdens het dienstverband zou hebben plaatsgevonden. Indien de bevalling niet wordt verwacht binnen vier maanden na het tijdstip van ingang van haar ontslag, maar niettemin binnen die termijn plaatsvindt,

ontvangt de gewezen werknemster bedoeld bedrag uitsluitend gedurende 70 dagen na de datum van bevalling.

Terzake van de toepassing van de regeling geldt dat de vrouwelijke werknemer, wier zwangerschapsverlof is inge-

gaan na 1 maart 1990 of die op 18 april 1990 bevallingsverlof geniet, aanspraak heeft op het verlengde bevallingsverlof.

PHEME

postfeministisch tijdschrift UvA

En een zoen van de juffrouw

De Barlaeus-affaire in de media

Wel vervolgd, geen vluchteling

Sexueel geweld en het Nederlands asylrecht

'Maar ik heb wel pretensies'

Over Nederlandse emancipatieromans in de eerste feministische golf

Het beleid:

De nevelen rond Belle van Zuylen

Losse nummers à f 3,95 bij de betere boekhandel.

Voor een abonnement (vier nummers) stort f 12,50 op giro 3449797 t.n.v. Stichting PHEME, postbus 15140, 1001 MC Amsterdam.

NIEUW!
ZESDE DRUK



**8.000 WOORDEN,
UITDRUKKINGEN EN
AFKORTINGEN**

Van het onmisbare Juridisch Woordenboek van Fockema Adreae is zojuist de volledig bijgewerkte, zesde druk verschenen. Ook deze uitgave is bewerkt door prof. mr. N.E. Algra en mr. H.R.W. Gokkel en is méér dan een verklarend woordenboek van wetstermen, juridische termen en afkortingen alleen. Zo vindt u woorden die in de wetenschap of praktijk van het recht een eigen inhoud hebben gekregen plus begrippen en termen uit de bestuurstaal evenals benamingen van overheidsdiensten en instellingen. De zesde druk bevat 600 pagina's en kost f 69,50 in paperback-uitvoering en f 85,- in de gebonden uitvoering. Deze prijzen zijn incl. btw en excl. verzendkosten. De uitgave is verkrijgbaar bij de boekhandel, maar ook rechtstreeks te bestellen via de bon of de telefoon: 01720-66822.



Samsom H.D. Tjeenk Willink bv

BESTELBON

Stuur mij rechtstreeks/via boekhandel:* _____

_____ex. Juridisch Woordenboek, gebonden versie, à f 85,- ISBN 6092 459 2

_____ex. Juridisch Woordenboek, paperback, à f 69,50 ISBN 6092 422 3

Naam bedrijf/instelling: _____

t.a.v.: _____ M/V

Functie: _____

Adres: _____

Postcode/plaats: _____

Datum: _____ Telefoon: _____

Handtekening: _____

Stuur deze bon in een envelop zonder postzegel naar Samsom H.D. Tjeenk Willink, antwoordnummer 10153, 2400 VB Alphen aan den Rijn
*De uitgave is ook verkrijgbaar via de boekhandel.
Heeft dit uw voorkeur, vul dan hier de betreffende naam in. W 40981

het beroep

doorbetaald menstruatie-
verlof? .. WAT SCHIET
IK DAAR MEE OP ??

THUIS MOET IK OÖK
NOG 'NS KOKEN, AFWASSEN,
OVERHEMDEN STRIJKEN,
DE WC. SCHOONMAKEN,
SOKKEN WASSEN, KINDEREN
OPVOEDEN EN PILS VOOR
HEM INSCHENKEN !!



TUUSCAIRIIT OVER VROUWEN EN RECHT