

College van procureurs-generaal

Parket-Generaal

Postbus 20305, 2500 EH Den Haag.



Prins Clauslaan 16
2595 AJ Den Haag
Telefoon +31 (0)88 699 1100
telefax +31 (0)88 699 0164

Onderdeel	Bestuurlijke en Juridische zaken
Contactpersoon	
Doorkiesnummer(s)	088 699 8864
Datum	27 november 2014
Ons kenmerk	PaG/BJZ/46863
Uw kenmerk	ADS/eg
Bijlage(n)	Advies WBOM
Onderwerp	Wob-verzoek Vondelingenkamer

Bij beantwoording de datum en ons kenmerk vermelden. Wilt u slechts één zaak in uw brief behandelen.

Geachte

In uw brief van 21 oktober 2014, ontvangen op 22 oktober 2014 heeft u met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) informatie verzocht over de strafrechtelijke aspecten van de vondelingenkamer in een babyhuis.

U vraagt in het bijzonder om openbaarmaking van het WBOM-advies van 27 juni 2013 over dit onderwerp.

Wettelijk kader

Uw verzoek valt onder de reikwijdte van de Wob. Bij de beoordeling van uw verzoek heb ik acht geslagen op de volgende weigeringsgronden:

Artikel 10 lid 2 onder e en g Wob

Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft eveneens achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen de volgende belangen:

- e. de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer;*
- g. het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.*

Besluit

Ik heb besloten het document openbaar te maken met uitzondering van:

- (1) de op het voorblad en onder paragraaf 1.1 genoemde namen van ambtenaren;
- (2) een intern e-mailadres van het WBOM op het voorblad.

De weigering van deze gegevens motiveer ik als volgt.

(1)- Namen van ambtenaren

Ten aanzien van de weggehaalde namen van ambtenaren doe ik een beroep op de in artikel 10 lid 2 onder e van de Wob omschreven weigeringsgrond. Hierin is bepaald dat het verstrekken van informatie ingevolge deze wet achterwege blijft voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. De Wob voorziet niet in een absolute bescherming van de persoonlijke levenssfeer, maar bepaalt dat het belang daarvan onder omstandigheden moet wijken voor het publieke belang van het openbaar maken van informatie. De verstrekking van informatie dient achterwege te blijven indien daardoor een zodanige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen wordt gemaakt, dat het belang van openbaarheid daar in redelijkheid niet tegen opweegt.

Ik verwijs u hiervoor naar de geldende jurisprudentie, bijvoorbeeld van de Voorzitter Afdeling rechtspraak Raad van State (verder: Afdeling) van 13 december 1988, KG 1989, 83, AB 1989, 308, welke jurisprudentie later is bevestigd bij uitspraak van de Afdeling van 18 juli 2007 (200608032/1) en de Afdeling van 4 juni 2008 (LJN: BD3114) alsmede de rechtbank Amsterdam van 15 juli 2010 (LJN: BN3025). In deze laatste uitspraak werd onder 3.4 het volgende overwogen over het openbaar maken van namen van ambtenaren:

Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) onder andere de uitspraak van 18 juli 2007 in zaak nr. 200608032/1, [...] geldt als uitgangspunt dat wanneer de informatie uitsluitend het beroepshalve functioneren van een bestuurder of ambtenaar betreft, in beginsel geen beroep kan worden gedaan op artikel 10, tweede lid, aanhef en onder e, van de Wob, omdat de persoonlijke levenssfeer van de ambtenaar slechts in beperkte mate in het geding is. Dit ligt anders indien het betreft het openbaar maken van namen van de ambtenaren. Namen zijn immers persoonsgegevens en het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer kan zich tegen het openbaar maken daarvan verzetten. Voorts is van belang dat het hier niet gaat om het opgeven van een naam aan een individuele burger die met een ambtenaar in contact treedt, maar om openbaarmaking van de naam in de zin van de Wob. De rechtbank verwijst daartoe naar de uitspraak van de Afdeling van 4 juni 2008, gepubliceerd op www.rechtspraak.nl, LJ-nummer: BD3114.

(2)- E-mailadres

Ten aanzien van het weg gehaalde e-mailadres doe ik een beroep op de in artikel 10 lid 2 onder g van de Wob omschreven weigeringsgrond. Daarin is bepaald dat informatie kan worden geweigerd indien daarmee kan worden voorkomen dat de bij de aangelegenheid betrokken (rechts)persoon onevenredige wordt bevoordeeld of benadeeld.

Openbaarmaking van het e-mailadres van het WBOM leidt naar mijn oordeel tot onevenredige benadeling van het bestuursorgaan nu het een intern e-mailadres betreft. Openbaarmaking van dit adres zal naar verwachting leiden tot het ontvangen van e-mailberichten van derden op dit adres terwijl voor derden juist een apart e-mailadres is opengesteld van het WBOM te weten: wbom@om.nl. Dit mailadres is gepubliceerd op de website van het Openbaar Ministerie www.om.nl. Openbaarmaking van het andere (interne) e-mailadres zou het Openbaar Ministerie onevenredig benadelen, zodat ik openbaarmaking daarvan weiger.

Wijze van openbaarmaking

Het advies treft u bij dit besluit in kopie aan. Tevens zal dit besluit (geanonimiseerd) en het bijgevoegde document (zoals bijgevoegd) over enkele werkdagen worden gepubliceerd op de website www.om.nl.

Het Openbaar Ministerie merkt

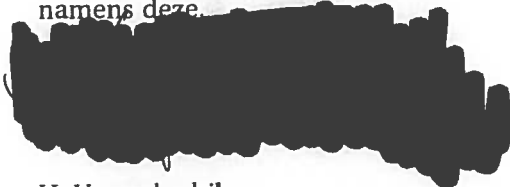
Hoogachtend,

De Minister van Veiligheid en Justitie,

namens deze,

het College van procureurs-generaal,

namens deze.



H. Vreugdenhil,

Plv. hoofd bestuurlijke en juridische zaken

Een ieder die door een beschikking rechtstreeks in zijn belangen is getroffen kan hiertegen, binnen zes weken na de dag waarop dit is bekend gemaakt, een bezwaarschrift indienen. Het bezwaarschrift moet door de indiener zijn ondertekend en bevat ten minste zijn naam en adres, de dagtekening, een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht en de gronden waarop het bezwaar rust. Dit bezwaarschrift moet worden gericht aan: de Minister van Veiligheid en Justitie, p.a. het College van procureurs-generaal, t.a.v. de afdeling Bestuurlijke en Juridische Zaken, Postbus 20305, 2500 EH Den Haag.

Advies

Auteur:

Strafrechtelijke aspecten van de vondelingen- kamer in een babyhuis

OPENBAAR MINISTERIE

© 2011 – Openbaar Ministerie

Wetenschappelijk Bureau van het Openbaar Ministerie

Datum:
27 juni 2013

Inhoud

1. Inleiding

1.1 Algemeen

1.2 *De casus – het babyhuis met vondelingenkamer*

1.3 Politiek

1.4 *De gestelde vraag*

1.5 *Eindconclusies*

2. Strafbaarheid van het neerleggen van een baby in de vondelingenkamer

2.1 Algemeen

2.2 Artikel 256 Sr

2.2.1 Wettelijke bepalingen

2.2.2 Beschermd belang

2.2.3 Twee bijzondere vormen van verlating van hulpbehoevenden

2.2.4 Niet alleen pasgeboren kinderen; te vondeling leggen van kind mogelijk zonder het te verlaten

2.2.5 Persoon die het kind te vondeling kan leggen of het kan verlaten

2.2.6 Opzet

2.2.7 Bijkomend oogmerk

2.2.8 Zuiver eenzijdige handeling

2.2.9 Rechtspraak

2.2.10 Gevolgtrekking

2.3 Artikel 236 Sr

2.3.1 Wettelijke bepaling

2.3.2 Beschermd belang

2.3.3 Handeling

2.3.4 Afstamming

2.3.5 Andermans afstamming (niet de eigen afstamming)

2.3.6 Onzeker maken

2.3.7 Opzet

2.3.8 Vervolgingsbeletsel

2.3.9 Rechtspraak

2.3.10 Gevolgtrekking

2.4 *Conclusies*

3. Beantwoording van de vragen

3.1 Algemeen

3.2 *Strafbaarheid beschikbaar houden vondelingenkamer zonder dat daarin een kind wordt neergelegd*

3.2.1 Algemeen

3.2.2 Geen uitlokking, medeplichtigheid of medeplegen zonder strafbaar feit

3.2.3 Poging een ander te bewegen tot verduistering van staat

3.3 *Strafbaarheid beschikbaar houden vondelingenkamer indien daarin een kind wordt neergelegd*

3.3.1 Algemeen

3.3.2 Uitlokking

3.3.2.1 Algemeen

3.3.2.2 Uitlokkingsmiddelen

3.3.2.3 Bewegen tot

3.3.2.4 Uitlokking van een gevolgd strafbaar feit

3.3.2.5 Strafbaarheid pleger strafbaar feit

3.3.2.6 Opzet

- 3.3.2.7 Gevolgtrekking
- 3.3.3 Medeplichtigheid
 - 3.3.3.1 Algemeen
 - 3.3.3.2 Medeplichtigheid op diverse wijzen mogelijk
 - 3.3.3.3 Medeplichtigheid aan een plaatsgevonden hebbend misdrijf
 - 3.3.3.4 Opzet
 - 3.3.3.5 Werkelijk enige bijdrage
 - 3.3.3.6 Gevolgtrekking
- 3.3.4 Medeplegen
 - 3.3.4.1 Algemeen
 - 3.3.4.2 Bewuste en nauwe samenwerking
 - 3.3.4.3 Identiteit en strafbaarheid andere medepleger(s)
 - 3.3.4.4 Verdeling van bestanddelen
 - 3.3.4.5 Opzet
 - 3.3.4.6 Onderscheid tussen medeplegen en medeplichtigheid
 - 3.3.4.7 Gevolgtrekking
- 3.3.5 Conclusies
- 3.3.6 Betekenis van het vervolgingsbeletsel voor medeplichtigheid aan verduistering van staat

4. Eindconclusies

1. Inleiding

1.1 Algemeen

Op 29 mei 2013 vroeg [REDACTED] ons om advies met betrekking tot de strafrechtelijke aspecten van een vondelingenkamer in een babyhuis. Het ingevulde aanvraagformulier Helpdesk WBOM ging vergezeld van een notitie.

1.2 De casus – het babyhuis met vondelingenkamer

De genoemde notitie bevat de volgende omschrijving van de aan de orde zijnde casus:

"Al langere tijd kondigt Barbara Muller (via de media) aan dat er in Dordrecht een Babyhuis met vondelingenkamer zal komen. In een persbericht van april 2013 wordt komende september als startdatum genoemd. Er is al een pand beschikbaar. Volgens Muller biedt het Babyhuis in de eerste plaats een uitweg aan ouders door tijdelijk de zorg van hun kind over te dragen. De vondelingenkamer is een ultieme redmiddel voor vrouwen die geen andere uitweg zien. Het Babyhuis zal in dat geval de moeder de gelegenheid geven en stimuleren haar persoonlijke gegevens kenbaar te maken. (Zij kan een uniek "puzzelstukje" meenemen om zich later als moeder te "identificeren".)"

Aan de voorgenomen opening van het babyhuis met vondelingenkamer is aandacht besteed in de televisie-uitzending van het programma "Altijd Wat" op dinsdag 29 januari jl. Daarnaast zijn aan dit voorgenomen babyhuis met vondelingenkamer in de loop der tijd diverse artikelen in kranten en tijdschriften gewijd.¹

1.3 Politiek

In de notitie wordt gewezen op de beantwoording door de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van vragen van leden van de Tweede Kamer over de opening van het babyhuis met vondelingenkamer in Dordrecht.² De op 25 maart jl. gegeven antwoorden op de vragen 2, 3, 4, 5 en 9 van de leden Van der Burg, Van Oosten en Tellegen³ luiden als volgt:

(2) "Wettelijk zijn er momenteel geen mogelijkheden om anoniem een kind af te staan. Wel is het mogelijk om te bevallen en af te staan onder geheimhouding. Dat betekent dat de moeder voor de buitenwereld anoniem kan bevallen. Op deze wijze kan aan de moeder noodzakelijke hulpverlening worden geboden en blijft voor het kind altijd toegang mogelijk tot zijn of haar afstammingsgegevens. De organisaties die zich daar voor inzetten (Raad voor de Kinderbescherming, FIOM, SIRIZ en Bureau Jeugdzorg) zijn hiertoe een inspanningsverplichting aangegaan. Jaarlijks komt het 40 tot 50 maal voor dat een moeder aangeeft dat ze afstand wenst te doen van haar baby. Ongeveer 20 keer komt het daadwerkelijk zo ver, waarbij vier á vijf maal per jaar door een moeder wordt verzocht om een bevaling en afstand onder geheimhouding."

(3) "Ook het in een vondelingenkamer leggen van een pasgeboren baby is volgens artikel 256 Sr strafbaar. Ook in dit geval gaat het om het verlaten met het oogmerk zich van het

¹ In een artikel in het *NRC Handelsblad* van 15 juni 2013 (Z&Z, p. 18) komt de volgende passage voor: "Muller heeft een soortgelijk plan, al vindt ze de brievenbus een beetje cru. Zij richt daarom een kamer in. Het gaat volgens Muller om jonge moeders wier kind is geboren uit incest, die bang zijn voor eerwraak of die illegaal zijn en vrezende het land te moeten verlaten. In Nederland kun je niet anoniem bevallen – de naam van de moeder staat altijd op de geboorteaakte van het kind. De moeder kan informatie over zichzelf achterlaten, maar ze kan ook zo weg gaan. In de kamer zullen twee puzzelstukjes liggen; het ene stukje blijft bij de baby, het andere is voor de moeder. „Natuurlijk“, haast Muller zich te zeggen, „wordt er wel een DNA test gedaan als je later je baby komt opeisen.“ Moeders die hun pasgeboren baby in de vondelingenkamer leggen, kunnen tot een half jaar daarna op hun beslissing terugkomen. Daarna gaat de baby een lang traject ter adoptie in. Is de baby eenmaal geadopteerd, dan kan de biologische moeder nog wel omgang krijgen, maar de adoptie ongedaan maken kan ze niet".

² *Aanhangsel Handelingen II* 2012/13, nr. 1747 en 1748.

³ *Aanhangsel Handelingen II* 2012/13, nr. 1748.

kind te ontdoen. Tevens is het van belang hierbij artikel 236 Sr te betrekken, waarin het onzeker maken van iemand anders' afstamming strafbaar is gesteld."

(4) "Zoals eerder aangegeven is conform artikel 256 Sr het te vondeling leggen van een kind strafbaar. De wet sluit een vervolging wegens uitlokking tot overtreding van artikel 256 Sr niet uit. In artikel 47 Sr wordt gesteld dat als daders van een strafbaar feit worden gestraft: zij die het feit plegen, doen plegen of medeplegen, maar ook zij die door het verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen het feit opzettelijk uitlokken. Het beschikbaar stellen van een babyluikje dan wel vondelingenkamer kan geïnterpreteerd worden als het verschaffen van gelegenheid en opzettelijk uitlokken van een strafbaar feit. De initiatiefneemster van de vondelingenkamer zou, om niet strafbaar te zijn, de moeders met het kind samen moeten opnemen en hulp bieden binnen de bestaande mogelijkheden, zoals ook beschreven bij het antwoord op vraag 2."

(5) "Het Initiatief om een dergelijk babyhuis met een vondelingenkamer in te richten staat op gespannen voet met diverse bepalingen in het Wetboek van Strafrecht. Beantwoording van de vraag naar kwaliteitscriteria en toezicht voor een dergelijk babyhuis is daarom niet aan de orde. Zie ook het antwoord op vraag 6 over relevante Internationale verdragen."

(9) "Op lokaal niveau heeft de Raad voor de Kinderbescherming contact met de ketenpartners in Dordrecht. Het is aan het OM om te beslissen of er tot vervolging wordt overgegaan."

In de notitie wordt ook aangegeven dat het voornemen tot de opening van het babyhuis met vondelingenkamer is besproken in de gemeenteraad van Dordrecht. Dienaangaande wordt gesteld:

"In april 2013 heeft de gemeenteraad van Dordrecht (in twee rondes, in bijzijn van mw. Muller) vergaderd over het Babyhuis en de vondelingenkamer. In eerste instantie was de raad in meerderheid niet enthousiast over de vondelingenkamer. Een week later sprak een nipte meerderheid van 18 tegen 17 stemmen zich uit tegen een motie van CDA en PvdA met een oproep aan de landelijke politiek een vondelingenkamer mogelijk te maken, nadat de VVD (coalitiepartner van CDA en PvdA) zijn steun aan de motie had ingetrokken. Ook Beter voor Dordt (BVD) en CU/SGP stemden tegen."

1.4 De gestelde vraag

De genoemde notitie bevat een bondige opsomming van juridische aspecten, betrekking hebbend op het misdrijf omschreven in artikel 256 Sr en deelneming aan, poging tot en voorbereiding van dit misdrijf en betrekking hebbend op het misdrijf omschreven in artikel 236, eerste lid, Sr. Verder bevat de notitie een opsomming van opties voor de door het OM te kiezen opstelling voor de situatie voorafgaand aan de opening van het babyhuis met vondelingenkamer, voor de situatie bij of kort na de opening van het babyhuis met vondelingenkamer en voor de situatie nadat een baby in de vondelingenkamer van het babyhuis te vondeling is gelegd.

In het ingevulde aanvraagformulier Helpdesk WBOM wordt slechts één vraag gesteld, te weten de vraag welke optie het OM dient te kiezen. Die vraag is echter bijzonder veelomvattend. Wij verstaan deze vraag (daarom) aldus dat vooral beoogd is aan ons te vragen:

- a) of degene die een vondelingenkamer beschikbaar houdt zich reeds daardoor (zonder dat er een baby in de vondelingenkamer wordt neergelegd) schuldig maakt aan een strafbaar feit, en zo ja welk, én
- b) of degene die een vondelingenkamer beschikbaar houdt zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit, en zo ja welk, indien in deze vondelingenkamer werkelijk een baby wordt neergelegd.

De vraag of daadwerkelijk vervolging moet plaatsvinden indien daartoe mogelijkheden zouden bestaan, is een vraag waarop wij hier geen antwoord geven, nu een dergelijk antwoord niet of nauwelijks van juridische aard zou zijn.

1.5 Eindconclusies

Onze eindconclusies zijn te vinden in onderdeel 4 van dit advies.

2. Strafbaarheid van het neerleggen van een baby in de vondelingenkamer

2.1 Algemeen

Uit de in onderdeel 1.1 van dit advies genoemde notitie maar ook uit de beantwoording van enkele van de in onderdeel 1.3 van dit advies genoemde Kamervragen blijkt dat in casu in het bijzonder de in de artikelen 256 en 236 Sr omschreven misdrijven in beeld zijn waar het gaat om het neerleggen van een baby in de vondelingenkamer.⁴

Wij gaan nu eerst in op de zojuist genoemde artikelen omdat eerst duidelijk moet zijn wat de in deze artikelen omschreven misdrijven behelzen en of bij gebruikmaking van de vondelingenkamer sprake zou zijn van één van deze misdrijven of zelfs van beide misdrijven. Waarom dit eerst duidelijk moet zijn, zal in het bijzonder blijken in onderdeel 3.2.2 van dit advies.

2.2 Artikel 256 Sr

2.2.1 Wettelijke bepalingen

Artikel 256 Sr luidt aldus:

"Hij die een kind beneden de leeftijd van zeven jaren te vondeling legt of, met het oogmerk om er zich van te ontdoen, verlaat, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren en zes maanden of geldboete van de vierde categorie".⁵

Uit artikel 257, eerste lid, Sr volgt dat indien het feit zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft, de schuldige wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zeven jaren en zes maanden of geldboete van de vijfde categorie. Indien het feit de dood ten gevolge heeft, wordt de schuldige ingevolge artikel 257, tweede lid, Sr gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Indien de schuldige de vader of de moeder is, kunnen te zijnen aanzien de in de artikelen 256 Sr en 257 Sr bepaalde gevangenisstraffen met een derde worden verhoogd, zo vloeit uit artikel 258 Sr voort.

Indien de moeder onder de werking van vrees voor de ontdekking van haar bevalling haar kind kort na de geboorte te vondeling legt of, met het oogmerk om er zich van te ontdoen, verlaat, wordt het maximum van de in de artikelen 256 en 257 Sr vermelde gevangenisstraffen tot de helft verminderd en wordt de in artikel 257 Sr vermelde geldboete tot de vierde categorie teruggebracht.⁶

⁴ Wat artikel 256 Sr betreft rijst de vraag of wel ingestemd kan worden met de woorden van A. Minkenhof die in haar bespreking van C. Blankestijn, *Verlating van hulpbehoevenden*, diss. Utrecht, Den Haag: Uitgeverij Van Keulen N.V. 1955 in *RMTh* 1956, p. 687-691 op p. 687 stelt dat het daarin omschreven delict hoofdzakelijk historische betekenis heeft.

⁵ Een milde straf vergeleken met de verdrinking in de Rijn die in 1426 in een bepaling in het stadrecht van Basel werd opgenomen als straf voor het door vrouwen te vondeling leggen van hun kinderen voor het raadhuis of hospitaal (met de bedoeling dat deze verzorging zullen vinden). Hierover B.J. Stokvis, 'Verlating van hulpbehoevenden', *TvS XL* (1930), p. 1-60, p. 3. Het betreft hier een typisch vrouwendelict volgens D. Hazewinkel-Suringa, 'Falend recht' in J.A. Ankum e.a. (red.), *Plus est en vous. Opstellen over recht en cultuur aangeboden aan prof. mr. A. Pitlo ter gelegenheid van zijn 25-jarig hoogleraarschap*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V., p. 405-412, p. 407.

⁶ Zie voor een zaak waarin werd veroordeeld wegens het als moeder onder de werking van de vrees voor de ontdekking van haar bevalling, te vondeling leggen van haar kind kort na de geboorte, terwijl het feit de dood ten gevolge heeft: Rb Breda 22 maart 2012, *LJN* BV9664, *NJFS* 2012, 137 (dat ook in onderdeel 2.2.9 van dit advies nog aan de orde komt).

2.2.2 Beschermd belang

Met artikel 256 Sr wordt, kort gezegd, beoogd kinderen te beschermen die zichzelf nog niet kunnen helpen.⁷

Over het antwoord op de vraag of dit belang ook werkelijk gediend wordt met het artikel, bestaat al geruime tijd discussie.⁸ Op 19 maart 1980 werd zelfs een wetsvoorstel ingediend waarin een nieuw artikel 258 Sr was opgenomen luidende: "Indien een ouder zijn kind, in een hevige gemoedsbeweging gedrongen tot afwijzing van zijn verantwoordelijkheid jegens dat kind, kort na de geboorte te vondeling legt of, met het oogmerk om er zich van te ontdoen, verlaat, wetende dat de gezondheid van het kind daarbij geen gevaar loopt en het spoedig zal worden gevonden, is strafvervolgging tegen hem wegens een der in de artikelen 255-257 omschreven misdrijven uitgesloten".⁹ Daarnaast maakte een voorgesteld vierde lid van het hierna nog te bespreken artikel 236 Sr ook vervolging wegens verduistering van staat onder deze omstandigheden onmogelijk. De Minister van Justitie wilde om diverse redenen niet zo ver gaan dat anoniem te vondeling leggen werd geïnstitutionaliseerd.¹⁰ Het wetsvoorstel werd na een uitgesproken kritische ontvangst door de Tweede Kamer¹¹ bij brief van de Minister van Justitie van 27 juni 1984 ingetrokken.¹²

2.2.3 Twee bijzondere vormen van verlaten van hulpbehoevenden

Het artikel was — wat de delictomschrijving betreft inhoudelijk gelijklopend — reeds opgenomen in het Oorspronkelijk Regerings-Ontwerp van het Wetboek van Strafrecht uit februari 1879 en wel, zoals ook nu nog steeds, in de titel over de verlaten van hulpbehoevenden.¹³ Daaruit, maar in ieder geval uit twee opmerkingen in de Memorie van Toelichting bij dit ontwerp kan worden afgeleid dat in artikel 256 Sr twee bijzondere vormen van verlaten van hulpbehoevenden strafbaar worden gesteld.¹⁴

De eerste opmerking (gemaakt in het algemeen gedeelte van de Memorie van Toelichting over de genoemde titel) houdt in dat de grond der strafbaarheid niet in de onzekerheid ligt, die door dit misdrijf in de burgerlijke staat kan ontstaan, noch in enige bijzondere kwetsing van de publieke zedelijkheid, maar in het ongeoorloofde om een kind, dat zichzelf niet helpen kan, *in een hulpeloze toestand te brengen of te verlaten* [cursivering WBOM], er zich van te ontdoen op een wijze, die het kind aan velerlei gevaren blootstelt.¹⁵ De tweede opmerking (gemaakt in het gedeelte van de Memorie van Toelichting over het artikel in het bijzonder) houdt in dat de volkomen afhankelijkheid van jeugdige kinderen, waarvoor de leeftijd van zeven jaren als grens kan

⁷ In deze zin onder meer C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 5 op artikel 256 Sr (H.M. van Maurik en K. Lindenberg).

⁸ Over mogelijkheden voor de wetgever (Inclusief de instelling van bureaus waar anonieme afgifte van een kind zou kunnen plaatsvinden!) reeds M. Rood-de Boer, 'Wetgeving in verband met vondelingen. Is een verdere handreiking van de wetgever wenselijk?', *NJB* 1979, p. 302-309. Zie ook C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 5 op artikel 256 Sr (H.M. van Maurik en K. Lindenberg).

⁹ Zie *Kamerstukken II*, 1979/80, 16104, nrs. 1-2 (enig artikel onder B). Over dit wetsvoorstel J.A. Nota, 'Het wetsontwerp te vondeling leggen', *NJB* 1980, p. 774.

¹⁰ Zie *Kamerstukken II*, 1979/80, 16104, nr. 3, p. 3 en 4 met verwijzing naar een brief aan de Tweede Kamer van 9 oktober 1978 over de institutionalisering van het anoniem te vondeling leggen (*Kamerstukken II*, 1978/79, 15300 VI, nr. 11) uit welke brief blijkt dat dit ontwerp al eerder in de Tweede Kamer ter sprake was gekomen.

¹¹ Zie *Kamerstukken II*, 1980/81, 16104, nr. 5.

¹² *Kamerstukken II*, 1983/84, 16104, nr. 6.

¹³ H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 381 en 382.

¹⁴ Ook in C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 1 op artikel 256 Sr (H.M. van Maurik en K. Lindenberg) wordt gesteld dat het artikel de strafbaarstelling van twee bijzondere vormen van verlaten van hulpbehoevenden bevat. Artikel 256 Sr wordt in dit boek gezien als een systematische specialis van artikel 255 Sr (zie aantekening 8 op artikel 256 Sr). Vgl. C. Blankestijn, *Verlaten van hulpbehoevenden*, diss. Utrecht, Den Haag: Uitgeverij Van Keulen N.V. 1955, p. 19: de wetgever heeft artikel 256 Sr min of meer beschouwd als een species van het algemene verlatingsdelict van artikel 255 Sr. Zie ook *Kamerstukken II*, 1979/80, 16104, nr. 3, p. 7: "Dit artikel heeft als speciesbepaling ten opzichte van artikel 255 Sr. zelfstandige betekenis".

¹⁵ H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 381.

worden aangenomen, het verschil in straf rechtvaardigt.¹⁶ Daarmee werd bedoeld op het verschil tussen de in artikel 255 Sr (de 'algemene' verlating van hulpbehoevendenden) en de in dit artikel neergelegde maximumstraf. De rechtvaardiging lag in de ogen van de wetgever niet in de verschillende aard van deze misdrijven.

Er is nog een derde opmerking (gemaakt in het algemeen gedeelte van de Memorie van Toelichting over de genoemde titel) die erop zou kunnen wijzen dat in artikel 256 Sr twee bijzondere vormen van verlating van hulpbehoevendenden strafbaar worden gesteld. Die opmerking houdt in dat steeds vereist wordt een opzettelijke handeling, waardoor men zich onttrekt aan een plicht van hulp en verzorging van personen, *die hulp behoeven* [cursivering WBOM]. Voor zover er alleen een zedelijke plicht bestaat, valt de handeling buiten het terrein van het strafrecht, aldus deze passage: slechts waar men krachtens wet of overeenkomst tot verzorging verplicht is en het verzaken van die plicht *de hulpbehoevende* [cursivering WBOM] in gevaar brengt, heeft de staat het recht, daartegen straf te bedreigen.¹⁷ Het probleem met deze derde opmerking is evenwel dat geenszins zeker is dat deze opmerking (mede) betrekking heeft op artikel 256 Sr. De gebezigde woorden doen erg denken aan de in artikel 255 Sr gehanteerde formulering terwijl de voorbeelden die in dit verband in de Memorie van Toelichting volgen, niet op kinderen slaan.

2.2.4 Niet alleen pasgeboren kinderen; te vondeling leggen van kind mogelijk zonder het te verlaten

De tweeledige uitdrukking "te vondeling legt of met het oogmerk om er zich van te ontdoen verlaat" wordt vereist, naarmate al dan niet een pasgeboren kind het voorwerp is van het misdrijf, aldus de Memorie van Toelichting.¹⁸ De Commissie van Rapporteurs van de Tweede Kamer haakte op deze opmerking in. De commissie wees erop dat in het artikel zelf niet tot uitdrukking komt dat de woorden "te vondeling legt" alleen op een pasgeboren kind slaan. Ook vond de commissie dat er geen verschil bestaat tussen het verlaten van een pasgeboren kind met het oogmerk zich ervan te ontdoen en het te vondeling leggen.¹⁹

Het Regeringsantwoord bevat in één zin de reactie op deze opmerkingen:

"Men kan een kind - niet alleen een pasgeboren kind maar elk kind dat nog niet lopen kan - te vondeling leggen zonder het nog bepaald te verlaten, bljv. wanneer de moeder het op de stoep eener woning nederlegt en op den hoek der straat de gevolgen afwacht welke dit zal hebben."²⁰

Men leidt hieruit in de rechtsliteratuur wel af dat het zo is dat alleen kinderen beneden de leeftijd van zeven jaar die nog niet kunnen lopen, te vondeling kunnen worden gelegd. Voor kinderen beneden deze leeftijd die wél kunnen lopen, resteert het verlaten met het oogmerk om er zich van te ontdoen.²¹

2.2.5 Persoon die het kind te vondeling kan leggen of het kan verlaten

Het artikel stelt geen expliciete eisen aan de persoon die een kind te vondeling legt. In de rechtsliteratuur wordt in overeenstemming hiermee gesteld dat dit te vondeling leggen door een ieder kan worden gedaan. Er hoeft in deze opvatting niet een speciale betrekking te bestaan tussen dader en kind.²² De schuldige hoeft geen verzorgings-

¹⁶ H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 382 en 383.

¹⁷ H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 381.

¹⁸ H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 382 en 383.

¹⁹ H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 383.

²⁰ H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 383.

²¹ Het meest duidelijk op dit punt is M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a. (red.), *Sdu Commentaar Strafrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, aantekening C.2.2 op artikel 256 Sr (A.J.M. de Swart).

²² In deze zin B.J. Stokvis, 'Verlating van hulpbehoevendenden', *TvS XL* (1930), p. 1-60, p. 20, C. Blankestijn, *Verlating van hulpbehoevendenden*, diss. Utrecht, Den Haag: Uitgeverij Van Keulen N.V. 1955, p. 54, T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J.

plicht jegens het kind te hebben.²³ Er is zeer spaarzame rechtspraak die deze benadering mogelijk ondersteunt.²⁴ Het te vondeling leggen kan in deze benadering plaatsvinden met of tegen de wil van de verzorger van het kind.²⁵ Wel wordt in dit verband gesteld dat in dergelijke gevallen van te vondeling leggen, het kind (wel) moet worden onttrokken aan de verplichte zorg van anderen.²⁶ Zou men de in onderdeel 2.2.3 besproken derde opmerking²⁷ wél (mede) op artikel 256 Sr laten slaan, dan rijst de vraag of de ruime opvatting houdbaar is dat een ieder te vondeling kan leggen.

Het artikel stelt evenmin expliciet eisen aan de persoon die een kind verlaat met het oogmerk om er zich van te ontdoen. In de rechtsliteratuur is niettemin verdedigd dat een betrekking tussen de 'verlater' en het kind nodig is. Men kan zich niet ontdoen van een kind waartoe men niet in enige betrekking staat, zo is de redenering. Die betrekking hoeft volgens deze rechtsliteratuur niet op de wet of een overeenkomst gebaseerd te zijn maar kan ook een zedelijke betrekking zijn: iemand die zich een verlaten kind onverplicht heeft aangetrokken is niet meer gerechtigd zich ervan te ontdoen door het weer aan zichzelf over te laten.²⁸ Het gestelde over de (voldoende zijnde) zedelijke betrekking is minder vanzelfsprekend in het licht van de in onderdeel 2.2.3 besproken derde opmerking, althans indien men die opmerking (mede) op artikel 256 Sr zou laten slaan.

2.2.6 Opzet

Opzet is vereist. In het te vondeling leggen van een kind en het verlaten van een kind met het oogmerk om er zich van te ontdoen, ligt namelijk het opzet besloten.²⁹ Het opzet hoeft niet erop gericht te zijn dat het kind jonger dan zeven jaar is.³⁰

2.2.7 Bijkomend oogmerk

Door een aantal auteurs wordt gesteld dat bij beide varianten — en dus ook bij het te vondeling leggen van een kind als bedoeld in artikel 256 Sr — de dader het bijkomend oogmerk moet hebben zich van het kind te ontdoen.³¹ In de tekst van artikel 256 Sr is

Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, Deventer: Kluwer, aantekeningen 1 en 4 op artikel 256 Sr en C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpaalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 6a op artikel 256 Sr (H.M. van Maurik en K. Lindenberg). Zie ook *Kamerstukken II*, 1979/80, 16104, nr. 3, p. 7: het delict van artikel 256 Sr kan ook door een niet-ouder worden gepleegd.

²³ In deze zin C. Blankestijn, *Verlating van hulpbehoevenden*, diss. Utrecht, Den Haag: Uitgeverij Van Keulen N.V. 1955, p. 50.

²⁴ Het in onderdeel 2.2.9 van dit advies nog aan de orde komende Rb Zutphen 25 oktober 1899, *TvS XII*. Overzicht rechtspraak, p. 26 e.v. genoemd door C. Blankestijn, *Verlating van hulpbehoevenden*, diss. Utrecht, Den Haag: Uitgeverij Van Keulen N.V. 1955, p. 60 en het eveneens nog te bespreken Rb Utrecht 4 oktober 2004, *LJN AR3110*.

²⁵ In deze zin T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, Deventer: Kluwer, aantekening 1 op artikel 256 Sr.

²⁶ In deze zin C. Blankestijn, *Verlating van hulpbehoevenden*, diss. Utrecht, Den Haag: Uitgeverij Van Keulen N.V. 1955, p. 50.

²⁷ Te weten: Steeds wordt vereist een opzettelijke handeling, waardoor *men zich onttrekt aan een plicht* [cursivering WBOM] van hulp en verzorging van personen, die hulp behoeven. Voor zover er alleen een zedelijke plicht bestaat, valt de handeling buiten het terrein van het strafrecht: slechts *waar men krachtens wet of overeenkomst tot verzorging verplicht is* [cursivering WBOM] en het *verzaken van die plicht* [cursivering WBOM] de hulpbehoevende in gevaar brengt, heeft de staat het recht, daartegen straf te bedreigen.

²⁸ In deze zin B.J. Stokvis, 'Verlating van hulpbehoevenden', *TvS XL* (1930), p. 1-60, p. 20 en 21 en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, Deventer: Kluwer, aantekening 1 op artikel 256 Sr.

²⁹ In deze zin B.J. Stokvis, 'Verlating van hulpbehoevenden', *TvS XL* (1930), p. 1-60, p. 21, C. Blankestijn, *Verlating van hulpbehoevenden*, diss. Utrecht, Den Haag: Uitgeverij Van Keulen N.V. 1955, p. 55 en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, Deventer: Kluwer, aantekening 3 op artikel 256 Sr.

³⁰ In deze zin B.J. Stokvis, 'Verlating van hulpbehoevenden', *TvS XL* (1930), p. 1-60, p. 21, C. Blankestijn, *Verlating van hulpbehoevenden*, diss. Utrecht, Den Haag: Uitgeverij Van Keulen N.V. 1955, p. 55, M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a. (red.), *Sdu Commentaar Strafrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, aantekening C.2.1 op artikel 256 Sr (A.J.M. de Swart), C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpaalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 2b van de Inleidende opmerkingen over Boek 2 titel XV (H.M. van Maurik en K. Lindenberg) en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, Deventer: Kluwer, aantekening 3 op artikel 256 Sr.

³¹ In deze zin M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a. (red.), *Sdu Commentaar Strafrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, aantekening C.2.1 op artikel 256 Sr (A.J.M. de Swart), C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpaalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 2b van de Inleidende opmerkingen over Boek 2 titel XV (H.M. van Mau-

dit oogmerk weliswaar niet gekoppeld aan het te vondeling leggen maar, zo is de gedachte, dit oogmerk zou in het te vondeling leggen besloten liggen. Enige twijfels over deze opvatting zijn naar ons idee wel mogelijk. Als men met deze rechtsliteratuur zou aannemen dat ook bij het te vondeling leggen sprake moet zijn van dit oogmerk, lijkt strijd te ontstaan met de in onderdeel 2.2.5 van dit advies besproken opvatting dat het te vondeling leggen door een ieder kan worden gedaan (althans aangenomen dat men zich niet kan ontdoen van een kind waartoe men niet in enige betrekking staat). Opvallend is dat de auteur die een dissertatie heeft geschreven over de verlating van hulpbehoevenden, Blankestijn, bij zijn bespreking van artikel 256 Sr het hier bedoelde oogmerk niet in relatie brengt met het te vondeling leggen.³²

De verwachting dat iemand anders zich wel om het kind zal bekommeren, neemt het hier bedoelde oogmerk op zichzelf niet weg.³³

2.2.8 Zuiver eenzijdige handeling

Zowel bij het te vondeling leggen als bij het verlaten gaat het om een zuiver eenzijdige handeling.³⁴ Indien overeenstemming met een ander bestaat dat deze de verzorging van het kind op zich zal nemen, doet het misdrijf zich niet voor (omdat er dan geen sprake is van te vondeling leggen dan wel verlaten in de zin van artikel 256 Sr).³⁵

2.2.9 Rechtspraak

De jurisprudentie over artikel 256 Sr is niet overvloedig. Wat er wél aan rechtspraak is, geeft de indruk dat de inhoud en grenzen van het in artikel 256 Sr omschreven misdrijf nog niet helemaal zijn bepaald.

Tot een toepassing van artikel 256 Sr kwam het in de volgende gevallen.

De rechtbank te Groningen veroordeelde een vrouw die haar zoontje in de gang van het armhuis had gezet en toen haastig was weggegaan. De rechtbank overwoog dat de wetgever uitgaat van het denkbeeld dat ieder verlaten als bij artikel 256 Sr bedoeld, gevaar voor het kind in zich sluit en dat zodanig gevaar in casu ook aanwezig was.³⁶

Het te vondeling leggen van het pasgeboren kind van een andere vrouw, door het aan de openbare weg neer te leggen op een zodanige plaats dat het zo goed als zeker zou worden gevonden en zich vervolgens te verwijderen, leverde een veroordeling op door de rechtbank te Zutphen. Concreet gevaar wordt in het vonnis niet als eis gesteld.³⁷

Het misdrijf van artikel 256 Sr werd door het gerechtshof in Den Bosch aangenomen in een geval waarin een vrouw haar kind behoorlijk verzorgd voor de poort van een klooster had neergelegd met een schriftelijk ongetekend verzoek om het kind op te

rik en K. Lindenberg) en aantekening 1 op artikel 256 Sr (H.M. van Maurik en K. Lindenberg) en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rimmelink (voortzetting door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, Deventer: Kluwer, aantekening 2 op artikel 256 Sr.

³² C. Blankestijn, *Verlating van hulpbehoevenden*, diss. Utrecht, Den Haag: Uitgeverij Van Keulen N.V. 1955, p. 53-55.

³³ In deze zin C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpaalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 2b van de Inleidende opmerkingen over Boek 2 titel XV (H.M. van Maurik en K. Lindenberg) en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rimmelink (voortzetting door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, Deventer: Kluwer, aantekening 2 op artikel 256 Sr.

³⁴ Heel duidelijk hierover is C. Blankestijn, *Verlating van hulpbehoevenden*, diss. Utrecht, Den Haag: Uitgeverij Van Keulen N.V. 1955, p. 54.

³⁵ In deze zin ook T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rimmelink (voortzetting door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, Deventer: Kluwer, aantekening 2 op artikel 256 Sr.

³⁶ Rb Groningen 22 maart 1894, *W. 6533* genoemd door B.J. Stokvis, 'Verlating van hulpbehoevenden', *TvS XL* (1930), p. 1-60, p. 9 en C. Blankestijn, *Verlating van hulpbehoevenden*, diss. Utrecht, Den Haag: Uitgeverij Van Keulen N.V. 1955, p. 60.

³⁷ Rb Zutphen 25 oktober 1899, *TvS XII*. Overzicht rechtspraak, p. 26 e.v. genoemd door C. Blankestijn, *Verlating van hulpbehoevenden*, diss. Utrecht, Den Haag: Uitgeverij Van Keulen N.V. 1955, p. 60.

nemen. Door een vroeger verblijf in het klooster wist ze dat men er zuigelingen ter verpleging opnam. Nadat ze haar kind had neergelegd, was ze blijven wachten tot ze zag dat een man het kind opnam en bij het klooster aanbelde. Ze ging toen even weg en na terugkomst zag ze dat haar kind weg was waarna ze voorgoed vertrokken was in de stellige mening verkerend dat haar kind in het klooster opgenomen was. Ze handelde uit armoede en met de bedoeling de verplegingskosten later, zo mogelijk, te betalen.³⁸ Het gerechtshof verleende rechtsingang waarna de rechtbank te Maastricht de vrouw schuldig verklaarde aan het te vondeling leggen van haar kind. Zwaar woog dat volkomen zekerheid ontbrak dat een ander voor het kind zou gaan zorgen.³⁹

Het verlaten van een kind doet zich volgens de Hoge Raad voor wanneer ouders hun kind brengen en neerleggen in een ziekenhuis of op een andere plaats waar het niet thuishoort), vervolgens weigeren het kind weer mee te nemen⁴⁰ en zich vandaar, in tegenwoordigheid van de directeur en een verpleegster van het ziekenhuis, zonder hun kind verwijderen. Een rol speelde in deze zaak tevens dat volgens de Hoge Raad niet vereist is dat het verlaten ten gevolge heeft dat het kind in een hulpeloze toestand of in gevaar verkeert.⁴¹ Dit laatste lijkt moeilijk te rijmen met de in onderdeel 2.2.3 van dit advies besproken eerste en tweede opmerking uit de Memorie van Toelichting. Bij nadere beschouwing blijkt van tegenstrijdigheid geen sprake omdat er veel voor te zeggen is dat de wetgever het delict zag (of, in ieder geval, mede zag) als een abstract gevaarzettingsdelict⁴² met als rechtsbelang de integriteit van het lichaam en de gezondheid van de persoon. In deze visie is concreet gevaar of de concrete mogelijkheid van gevaar niet vereist. Aan het woord "verlaten" moet volgens de Hoge Raad geen van het gewone spraakgebruik afwijkende betekenis worden toegekend.

Toen een vrouw haar zoon van drie jaar, met het oogmerk zich van hem te ontdoen, zonder maatregelen te hebben genomen tot verzorging van hem, was verhuisd en hem (opzettelijk) had achtergelaten in de door haar ontruimde, tot dusver met haar gezin bewoonde, woning, werd zij door de rechtbank te Rotterdam veroordeeld wegens het als moeder een kind beneden de leeftijd van zeven jaar verlaten met het oogmerk zich ervan te ontdoen.⁴³

Een ander voorbeeld is te vinden in een vonnis van de rechtbank te Utrecht. Van het medeplegen van het te vondeling leggen van een kind beneden de leeftijd van zeven jaar was sprake in de zaak waarin de vriend van de 16-jarige moeder die vlak daarvoor van een kind bevallen was, op haar verzoek dat kind in een deken gewikkeld had en verpakt in een doos om vier uur 's nachts bij een willekeurig huis in de omgeving voor de deur had gezet.⁴⁴

De rechtbank te Utrecht veroordeelde ook een vrouw die, bewust geworden van het feit dat zij ongepland en ongewenst zwanger was, die zwangerschap had verzwegen, ook voor haar vriend, en die anderhalve dag na de bevalling haar pasgeboren kind vlakbij het Diakonessenziekenhuis, in het natte gras naast een trottoir en slechts

³⁸ Hof Den Bosch 15 maart 1913, *NJ* 1913, p. 1052 e.v. De Rb Maastricht 11 maart 1913, *NJ* 1913, p. 461 e.v. had in dezelfde zaak rechtsingang geweigerd.

³⁹ Rb Maastricht 27 mei 1913, *NJ* 1913, p. 1053.

⁴⁰ B.J. Stokvis, 'Verlating van hulpbehoevenden', *TvS XL* (1930), p. 1-60, p. 11 weet te melden dat beiden toen hun armen stijf gestrekt tegen hun lichaam hielden.

⁴¹ HR 20 april 1925, *NJ* 1925, p. 434. De Hoge Raad veroordeelde de vader en moeder eigenhandig tot anderhalf jaar gevangenisstraf.

⁴² In deze zin C. Blankestijn, *Verlating van hulpbehoevenden*, diss. Utrecht, Den Haag: Uitgeverij Van Keulen N.V. 1955, p. 49-52 en 64 die een abstract gevaarzettingsdelict omschrijft als "een delict, dat zijn strafbaarheid ontleent aan de door de wetgever in de aard van het betreffende strafbare feit redelijkerwijs aanwezig geachte mogelijkheid, dat er enig nadeel voor een bepaald rechtsbelang uit voort zal vloeien". In dezelfde zin M. Rood-de Boer, 'Wetgeving in verband met vondelingen. Is een verdere handreiking van de wetgever wenselijk?', *NJB* 1979, p. 302-309, p. 302. B.J. Stokvis, 'Verlating van hulpbehoevenden', *TvS XL* (1930), p. 1-60, p. 15-20 ziet in artikel 256 Sr niets anders dan de strafbaarstelling van de zogeheten *animus abdicandi*. Hij ziet die opvatting ook omarmd in het arrest van de Hoge Raad. Ook Hazewinkel-Suringa ziet de leer van de *animus abdicandi* in het arrest in ere hersteld. Zie D. Hazewinkel-Suringa, 'Falend recht' in J.A. Ankum e.a. (red.), *Plus est en vous. Opstellen over recht en cultuur aangeboden aan prof. mr. A. Pitlo ter gelegenheid van zijn 25-jarig hoogleraarschap*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V., p. 405-412, p. 408.

⁴³ Rb Rotterdam 26 september 1939, *NJ* 1940, 695.

⁴⁴ Rb Utrecht 4 oktober 2004, *LJN* AR3110.

sparzaam gekleed, te vondeling had gelegd.⁴⁵ Zij was ervan uitgegaan dat er bij ziekenhuizen in Nederland, zoals in haar geboorteland Duitsland, babyliken bestaan, waarin pasgeboren kinderen anoniem kunnen worden achtergelaten en was erachter gekomen dat dit niet zo is.⁴⁶

Veroordeling door de rechtbank te Breda volgde in een zaak waarin een vrouw haar pasgeboren kindje, gewikkeld in een handdoek, in een plastic draagtas had weggelegd op de grond in een bosschage op een afstand van ongeveer 9,55 meter van de weg-rand van een verharde weg. Dat had ze gedaan op een koude, regenachtige dag en op een tijdstip gelegen tussen ongeveer 16.30 en 17.30 uur. Zij had haar kindje tevoren geen voeding en/of vocht gegeven. Ze had de bedoeling dat het kind gevonden zou worden wat ook goed mogelijk was.⁴⁷

Artikel 256 Sr bleef buiten toepassing in de volgende gevallen.

Van verlaten naar het gewone spraakgebruik is, bijzondere omstandigheden daargelaten, volgens de Hoge Raad geen sprake indien een moeder bevordert dat haar pasgeboren kind in een pleeggezin ter verzorging en opvoeding wordt opgenomen. Van een zuiver eenzijdige handeling kan hier niet worden gesproken.⁴⁸ In casu had de moeder eerst, onder de kennisgeving zich niet in staat te achten het kind op te voeden, de bemiddeling van een ander ingeroepen teneinde een derde bereid te vinden om het kind van haar over te nemen en blijvend in haar plaats voor zijn opvoeding te zorgen. Daarna had zij het kind aan die ander of een vertegenwoordiger van die ander afgegeven en meegegeven, wetende dat vanaf dat tijdstip het kind door een ander geruime tijd zou worden opgevoed en verzorgd. Het kind was inderdaad ingevolge de bemiddeling van de ander in een zogenaamd pleeggezin opgenomen ter verzorging en opvoeding.⁴⁹

De rechtbank te Amsterdam achtte te vondeling leggen en verlaten niet aanwezig in een zaak waarin een man die samenleefde met de vrouw waaruit het kind geboren was, dit kind op een bank in de gang van het gebouw van de Sociale Raad had gezet, dit gebouw had verlaten en zich niet meer om het kind bekommerd had. De man was namelijk de volgende dag eigener beweging bij de Sociale Raad naar het kind gaan informeren en was, vlak voordat hij kind achterliet, met dat kind waarvan de identiteit bij de Sociale Raad bekend was, bij een ambtenaar van die Raad geweest en had deze ervan op de hoogte gesteld dat hij en zijn concubine bij gebrek aan een woning tijdelijk geen mogelijkheid zagen om het kind onderdak te verschaffen.⁵⁰

In artikel 256 Sr wordt volgens de rechtbank te Utrecht niet elke gedraging waarbij een kind beneden de leeftijd van zeven jaar wordt achtergelaten op een plaats waar het niet behoort, strafbaar gesteld: blijkens wetsgeschiedenis en jurisprudentie is bedoeld om strafbaar te stellen die gedraging die ingrijpt in de band die bestaat tussen

⁴⁵ Rb Utrecht 12 juli 2010, *LJN* BN0936.

⁴⁶ Het is inderdaad zo dat in Duitsland (in ongeveer 100 plaatsen) de zogeheten 'Babyklappe' bestaat. Zie onder meer een artikel hierover in het *NRC Handelsblad* van 15 juni 2013 (Z&Z, p. 19).

⁴⁷ Rb Breda 22 maart 2012, *LJN* BV9664, *NJFS* 2012, 137.

⁴⁸ Zo ook C. Blankestijn, *Verlating van hulpbehoevenden*, diss. Utrecht, Den Haag: Uitgeverij Van Keulen N.V. 1955, p. 59 en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rammelink (voortzetting door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, Deventer: Kluwer, aantekening 2 op artikel 256 Sr.

⁴⁹ HR 16 december 1947, *NJ* 1948, 118. Het arrest doet enigszins denken aan Rb Winschoten 28 september 1894, *PvJ* 1894, 84 genoemd door B.J. Stokvis, 'Verlating van hulpbehoevenden', *TvS* XL (1930), p. 1-60, p. 9 en C. Blankestijn, *Verlating van hulpbehoevenden*, diss. Utrecht, Den Haag: Uitgeverij Van Keulen N.V. 1955, p. 58. Dat vonnis met vrij-spraak heeft betrekking op een zaak waarin een moeder de zekerheid had dat haar kinderen in het armhuis zouden worden opgenomen. Een mogelijk andere benadering met betrekking tot artikel 256 Sr is o.i. te zien in HR 8 mei 1951, *NJ* 1951, 523 m.nt. W.P.J. Pompe: aan het in hulpeloze toestand brengen in de zin van artikel 256 Sr deed niet af dat de door een man veroorzaakte nood voor diens vrouw en kinderen zou worden gelenigd door anderen op wie geen verzorgingsplicht van de aard en omvang als die van de man rustte, omdat voor zulk een hulp door die derden eerst reden ontstond toen de door de man veroorzaakte toestand tot die hulp noopte.

⁵⁰ Rb Amsterdam 25 april 1957, *NJ* 1957, 665. Hof Leeuwarden 7 juni 1888, *TvS*, p. 513.1 genoemd door C. Blankestijn, *Verlating van hulpbehoevenden*, diss. Utrecht, Den Haag: Uitgeverij Van Keulen N.V. 1955, p. 59 betreft een zaak waarin een moeder drie kinderen op de stoep van een woning van een armvoogd had neergezet en ze daarna had verlaten. Vier dagen later had ze de kinderen weer tot zich genomen. Zij werd wél veroordeeld.

het kind en de (natuurlijke) ouder, dan wel de wettelijke verzorger van het kind en welke erop moet zijn gericht om het kind te onttrekken aan die band. Het in een opwelling achterlaten van een kind op een plaats waar het niet hoort — in casu op de openbare weg bij ambulancemedewerkers die de beide betrokkenen op hun gevaarlijke gedrag hadden aangesproken — levert derhalve niet zonder meer het te vondeling leggen of verlaten op.⁵¹

2.2.10 Gevolgtrekking

De in de vorige onderdelen van dit advies opgenomen beschouwingen over artikel 256 Sr kunnen dienen als basis voor de beantwoording van de vraag of bij gebruikmaking van de vondelingenkamer sprake zou zijn van het misdrijf omschreven in dit artikel.

Vooropgesteld moet worden dat van te vondeling leggen sowieso alleen sprake zou kunnen zijn indien een kind in de vondelingenkamer wordt neergelegd dat nog geen zeven jaar oud is én dat nog niet kan lopen. Dit is in overeenstemming met de tekst van het artikel (zie onderdeel 2.2.1 van dit advies), de wetsgeschiedenis en de rechtsliteratuur op dit punt (zie onderdeel 2.2.4 van dit advies). Voor kinderen beneden deze leeftijd die wél kunnen lopen, resteert (zoals in onderdeel 2.2.4 van dit advies gesteld) het verlaten met het oogmerk om er zich van te ontdoen. Niet gezegd is dat als er sprake is van een kind dat op zichzelf te vondeling gelegd zou kunnen worden of zou kunnen worden verlaten met het oogmerk om zich ervan te ontdoen, het in artikel 256 Sr omschreven misdrijf zich ook werkelijk voordoet. Immers, ook aan de overige vereisten voor strafbaarheid zal moeten worden voldaan.

Wat betreft de hoedanigheid van degene die een kind te vondeling kan leggen of dit kan verlaten met het oogmerk om zich ervan te ontdoen (zie onderdeel 2.2.5 van dit advies) zullen er bij gebruikmaking van de vondelingenkamer weinig of geen problemen zijn. In de eerste plaats is de heersende opvatting dat te vondeling leggen door een ieder kan worden gedaan. Zou men op dit punt iets minder ruim in de jas gaan zitten en wél enige betrekking eisen tussen de 'tevondelinglegger' en het kind, dan zal naar inschatting in veel gevallen aan deze eis worden voldaan. In de tweede plaats geldt volgens de heersende opvatting dat alleen iemand die tot het kind in enige betrekking staat dit kind kan verlaten met het oogmerk om zich ervan te ontdoen, maar in gevallen waarin van de vondelingenkamer gebruik wordt gemaakt, zal daarvan, zoals we zojuist stelden, in veel gevallen wel sprake zijn.

Het (in onderdeel 2.2.6 van dit advies besproken) opzet lijkt in alle of vrijwel alle gevallen aanwezig te zijn. Als gebruik wordt gemaakt van de vondelingenkamer, zal dat altijd of praktisch altijd gebeuren met de uitgesproken bedoeling om er anoniem een kind achter te laten. Dat zal in alle of bijna alle gevallen tevens geschieden met het (in onderdeel 2.2.7 van dit advies besproken) oogmerk om zich van het kind te ontdoen. Ook dit oogmerk (met betrekking tot hetwelk men zich, zoals wij al deden uitkomen, de vraag dient te stellen of het wel aan het te vondeling leggen gekoppeld moet worden) levert dus geen problemen op.

Er is echter een element dat maakt dat wij van oordeel zijn dat degene die gebruik maakt van de vondelingenkamer zich niet schuldig maakt aan het misdrijf omschreven in artikel 256 Sr. Dat element is — uitgaande ervan dat het in dit artikel bedoelde te vondeling leggen van een kind én het verlaten van een kind met het oogmerk om zich ervan te ontdoen, zuiver eenzijdige handelingen betreffen (zoals aangegeven in onderdeel 2.2.8 van dit advies) — dat deze zuivere eenzijdigheid ontbreekt indien gebruik wordt gemaakt van de vondelingenkamer. Het met de nodige publiciteit voor het publiek beschikbaar houden van een vondelingenkamer kan beschouwd worden als een openbaar aanbod: men weet voorafgaande aan gebruikmaking van de vondelingenkamer met zekerheid dat, als een kind in de vondelingenkamer wordt neergelegd,

⁵¹ Rb Utrecht 10 mei 1994, *LJN AC1453*, *NJ* 1995, 666. Rb Utrecht 4 oktober 2004, *LJN AR3110* lijkt op dezelfde lijn te zitten.

dit verzorgd zal worden. Genoemd openbaar aanbod kan aanvaard worden door in die vondelingenkamer een kind neer te leggen. Op die manier komt dan een overeenstemming tot stand over de verzorging van het kind en is van een solitaire act geen sprake. Dat de overeenstemming tot stand komt op het laatst denkbare moment, juist door de handeling van het neerleggen van het kind, maakt deze overeenstemming niet van minder waarde dan een overeenstemming die voorafgaande aan de handeling tot stand komt. De situatie van de vondelingenkamer vertoont in onze optiek dan ook in aanmerkelijke mate verwantschap met in het bijzonder de situatie die aan de orde is in het (in onderdeel 2.2.9 van dit advies besproken) arrest van de Hoge Raad uit 1947 en verschilt juist van (in dat onderdeel besproken) situaties waarin artikel 256 Sr van toepassing werd geacht in welke situaties telkens (overduidelijk of net) geen sprake was van enige overeenstemming en zekerheid omtrent de verzorging.

Met een en ander hangt samen dat bij gebruik van de vondelingenkamer in wezen op geen enkel moment sprake is van een hulpeloze toestand van het kind. Weliswaar geldt volgens de Hoge Raad met betrekking tot het verlaten niet het vereiste dat dit ten gevolge heeft dat het kind in een hulpeloze toestand of in gevaar verkeert (zie onderdeel 2.2.9 van dit advies) maar dat neemt niet weg dat de grond der strafbaarheid (zoals besproken in onderdeel 2.2.3 van dit advies) volgens de wetgever ligt in het ongeoorloofde om een kind, dat zichzelf niet helpen kan, in een hulpeloze toestand te brengen of te verlaten, er zich van te ontdoen op een wijze, die het kind (algemeen gesproken) aan velerlei gevaren blootstelt. Men zou, gelet op dit laatste, naar onze mening kunnen zeggen dat het toch wat minder goed past bij de strekking van artikel 256 Sr om gebruikmaking van de vondelingenkamer op grond van dit artikel strafbaar te achten.

Wij zijn het al met al dus niet eens met het in onderdeel 1.3 van dit advies weergegeven antwoord op Kamervraag 3.

2.3 Artikel 236 Sr

2.3.1 Wettelijke bepaling

Artikel 236 Sr luidt aldus:

- “1. Hij die door enige handeling opzettelijk eens anders afstamming onzeker maakt, wordt, als schuldig aan verduistering van staat, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren of geldboete van de vierde categorie.
2. Ontzetting van de in artikel 28, eerste lid, onder 1^o, 2^o en 4^o, vermelde rechten kan worden uitgesproken.
3. Vervolging heeft niet plaats dan nadat een verzoek tot inroeping of tot betwisting van staat is gedaan en de burgerlijke rechter daarop een eindbeslissing heeft gegeven. Indien het verzoek echter door het stilzitten van partijen onvoldoende voortgang vindt, kan vervolging ook plaats hebben nadat de burgerlijke rechter heeft beslist dat er een begin van bewijs is.”

De uitdrukking “verduistering van staat” is blijkens de Memorie van Toelichting bij het Oorspronkelijk Regerings-Ontwerp van het Wetboek van Strafrecht uit februari 1879 overgenomen uit het destijds geldende artikel 323 van het oude Burgerlijk Wetboek (BWoud). Volgens de Memorie van Toelichting is het wenselijk de uitdrukking uit het BWoud over te nemen in het nieuwe Wetboek van Strafrecht, niet alleen om de nodige overeenstemming in de terminologie tussen beide wetboeken te bevorderen, maar ook en vooral, omdat de kwalificatie “verduistering van staat” het feit, dat hier strafbaar moet worden gesteld, zeer juist aanduidt.⁵² De staatssecretaris van Justitie heeft nog op 26 mei 1997 het woord “staat” in de in onderdeel 2.3.8 van dit advies nog te be-

⁵² H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 273.

spreken — met artikel 236 Sr samenhangende — artikelen 1:209-211 van het huidige BW (BW) verdedigd.⁵³

2.3.2 Beschermd belang

Met artikel 236, eerste lid, Sr wordt beoogd het belang te beschermen dat mensen hebben bij duidelijkheid over hun eigen afstamming. Het artikellid vormt een aanvulling op de mogelijkheden die het civiele recht op dit vlak biedt. Daarbij moet worden gedacht aan de mogelijkheid om een verzoek bij de burgerlijke rechter in te dienen tot inroeping of betwisting van staat conform de regeling in de al even genoemde artikelen 1:209-211 BW.

2.3.3 Handeling

In de Memorie van Toelichting komt duidelijk tot uitdrukking dat in beginsel elke handeling in aanmerking komt waardoor de afstamming van een ander onzeker wordt gemaakt. Die handeling kan bestaan in valsheid in een onderhands of authentiek geschrift maar er is geen reden om andere handelingen, waardoor opzettelijk eens anders staat onzeker wordt gemaakt, buiten het bereik van de strafwet te stellen, aldus de Memorie van Toelichting. Bezigt men de algemene uitdrukking van het artikel, dan is het ook onnodig één species, de onderschuiving of verwisseling van een kind, als voorbeeld te noemen, zo wordt gesteld.⁵⁴

Hoewel gesproken wordt van "handelingen" wordt in de rechtsliteratuur wel aangenomen dat de verduistering van staat ook kan plaatsvinden door een passief blijven waar handelen is geboden.⁵⁵ Als voorbeeld wordt genoemd het door een verpleegkundige oogluikend toestaan dat iemand anders twee baby's met elkaar verwisselt waardoor onduidelijkheid over hun afstamming ontstaat.⁵⁶

2.3.4 Afstamming

Er moet van een afstamming sprake zijn. Het doen opmaken van een valse geboorteakte zonder dat men ook werkelijk een kind voor het aangegeven kind doet doorgaan, kan geen verduistering van staat opleveren omdat er dan geen sprake is van afstamming.⁵⁷ Ook bij een doodgeboren kind is er geen afstamming. Het kind wordt in dat geval namelijk geacht nooit te hebben bestaan (artikel 1:2, tweede volzin, BW).⁵⁸ Of bij adoptie sprake is van de hier bedoelde afstamming, is niet geheel zeker. De term adoptie lijkt zich er enigszins tegen te verzetten. Anderzijds: volgens artikel 1:198 BW is moeder van een kind de vrouw uit wie het kind is geboren of die het kind heeft geadopteerd en volgens artikel 1:199 onder e BW is vader van een kind de man die het kind heeft geadopteerd en verder komen ingevolge artikel 1:229, eerste lid, BW door adoptie de geadopteerde, de adoptiefouder en zijn bloedverwanten of de adoptiefouders en hun bloedverwanten in familierechtelijke betrekking tot elkaar te staan. Men

⁵³ Zie *Kamerstukken II*, 1996/97, 24649 en 25189, nr. 35, p. 36: "Het begrip "staat" heeft dezelfde betekenis als dit begrip heeft in de uitdrukking "een bepaalde staat voeren" of in de uitdrukking "huwelijkse staat". Ik ben van oordeel dat de betekenis van dit begrip niet onduidelijk is. Een andere, betere omschrijving heb ik niet zo gauw voor ogen. Ik ben daarvoor ook wat huiverig, aangezien het begrip "staat" onder degenen die met deze bepalingen werken nu geen misverstand oplevert, terwijl verandering van begrip daartoe wel zou kunnen leiden".

⁵⁴ H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 273.

⁵⁵ M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a. (red.), *Sdu Commentaar Strafrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, aantekening C.1 op artikel 236 Sr (J.S. Nan) en C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpaalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 6 op artikel 236 Sr (H.M. van Maurik en K. Lindenberg).

⁵⁶ C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpaalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 6 op artikel 236 Sr (H.M. van Maurik en K. Lindenberg).

⁵⁷ In deze zin T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rammelink (voortzetting door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, Deventer: Kluwer, aantekening 2 op artikel 236 Sr.

⁵⁸ In deze zin C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpaalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 9c op artikel 236 Sr (H.M. van Maurik en K. Lindenberg) en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rammelink (voortzetting door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, Deventer: Kluwer, aantekening 5 op artikel 236 Sr.

zou, gelet op deze bepalingen, de term afstamming zo ruim kunnen opvatten dat deze ook de situatie van adoptie omvat.⁵⁹

In de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat het misdrijf altijd bestaat wanneer iemand door enige handeling opzettelijk eens anders afstamming, dat is het feit van eens anders geboorte uit een bepaalde vrouw op een bepaald tijdstip, onzeker maakt.⁶⁰ Alleen de directe 'moederlijke afstamming' wordt dus genoemd. De tekst van artikel 236, eerste lid, Sr laat echter ruimte om ook het onzeker maken van de directe 'vaderlijke afstamming' van een ander onder de bepaling te laten vallen. In de rechtsliteratuur wordt dienovereenkomstig aangenomen dat (in overeenstemming met het ruimere begrip afstamming in het BW) ook deze 'vaderlijke afstamming' een afstamming is als hier bedoeld.⁶¹ Niet zonder reden is zojuist het woord "directe" tweemaal gebruikt want uit de stelling in de Memorie van Toelichting kan men opmaken dat de wetgever alleen dacht aan de tot de eerste graad beperkte afstamming.⁶²

2.3.5 Andermans afstamming (niet de eigen afstamming)

Verduistering van staat betreft de afstamming van een ander. Dit komt in de Memorie van Toelichting duidelijk tot uitdrukking. Handelingen die de strekking hebben om eigen afstamming onzeker te maken, kunnen, naar omstandigheden, strafbaar zijn als valsheid of bedrog, maar vallen niet onder de kwalificatie van verduistering van staat, aldus de Memorie van Toelichting.⁶³

Artikel 236, eerste lid, Sr eist niet dat de ander in kwestie nog in leven is. In overeenstemming hiermee wordt in de rechtsliteratuur aangenomen dat het onzeker maken van de afstamming van een reeds overleden persoon, onder de bepaling valt. In de rechtsliteratuur wordt tevens aangenomen dat het ook kan gaan om de afstamming van een ander die al wel verwekt maar nog niet geboren is mits deze later wel levend geboren wordt. De onzeker makende handelingen kunnen in deze optiek al vóór de geboorte verricht worden.⁶⁴ In dit verband wordt artikel 1:2, eerste volzin, BW genoemd waarin onder meer is bepaald dat het kind waarvan een vrouw zwanger is, als reeds geboren wordt aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert.⁶⁵

2.3.6 Onzeker maken

Bij onzeker maken moet worden gedacht aan het onzeker maken van de door de wet toegekende staat van een ander.

⁵⁹ In deze zin M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a. (red.), *Sdu Commentaar Strafrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, aantekening C.2.1 op artikel 236 Sr (J.S. Nan). Zie ook C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 9a op artikel 236 Sr (H.M. van Maurik en K. Lindenberg) en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rummelink (voortzetting door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, Deventer: Kluwer, aantekening 2 op artikel 236 Sr.

⁶⁰ H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 273.

⁶¹ In deze zin M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a. (red.), *Sdu Commentaar Strafrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, aantekening C.1 op artikel 236 Sr (J.S. Nan), C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 9a op artikel 256 Sr (H.M. van Maurik en K. Lindenberg) en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rummelink (voortzetting door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, Deventer: Kluwer, aantekening 2 op artikel 236 Sr.

⁶² In deze zin expliciet M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a. (red.), *Sdu Commentaar Strafrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, aantekening C.2.1 op artikel 236 Sr (J.S. Nan).

⁶³ H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 273.

⁶⁴ In deze zin M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a. (red.), *Sdu Commentaar Strafrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, aantekening C.2.1 op artikel 236 Sr (J.S. Nan), C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 9c op artikel 236 Sr (H.M. van Maurik en K. Lindenberg) en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rummelink (voortzetting door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, Deventer: Kluwer, aantekening 5 op artikel 236 Sr.

⁶⁵ In deze zin C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 9c op artikel 236 Sr (H.M. van Maurik en K. Lindenberg) en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rummelink (voortzetting door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, Deventer: Kluwer, aantekening 5 op artikel 236 Sr.

Van onzeker maken is géén sprake indien er door bepaald handelen materieel mogelijk enige onzekerheid omtrent de afstamming ontstaat maar de wettelijke staat op zichzelf wel duidelijk is. Zo is in artikel 1:199 onder a BW (als hoofdregel) bepaald dat vader van een kind is de man die op het tijdstip van de geboorte van het kind gehuwd is met de vrouw uit wie het kind is geboren. De wettelijke staat van het kind is duidelijk, ook al bestaat mogelijk materiële onzekerheid (met name door overspel) over de afstamming.⁶⁶

2.3.7 Opzet

Het opzet van de dader moet erop gericht zijn dat andermans afstamming onzeker wordt gemaakt. Voorwaardelijk opzet is hier voldoende.⁶⁷

2.3.8 Vervolgingsbeletsel

Vervolging heeft ingevolge artikel 236, derde lid, Sr niet plaats dan nadat een verzoek tot inroeping of tot betwisting van staat is gedaan en de burgerlijke rechter daarop een eindbeslissing heeft gegeven. Indien het verzoek echter door het stilzitten van partijen onvoldoende voortgang vindt, kan vervolging ook plaats hebben nadat de burgerlijke rechter heeft beslist dat er een begin van bewijs is, aldus dit derde lid. Het verzoek bedoeld in dit artikellid betreft het verzoek bij de burgerlijke rechter tot inroeping of betwisting van staat conform de regeling in de artikelen 1:209-211 BW. In deze staatprocedure staat (het bewijs van) iemands afstamming centraal. Een verzoek tot gegrondverklaring van de inroeping van staat kan ingevolge artikel 1:211, eerste lid, onder a, BW worden ingediend door het kind zelf en ingevolge artikel 1:211, eerste lid, onder b, BW door de erfgenamen van het kind, indien het kind gedurende zijn minderjarigheid of binnen drie jaren nadien is overleden.⁶⁸ Een inroeping of betwisting van staat gaat veelal gepaard met een verzoek tot aanpassing van de registers van de burgerlijke stand, als bedoeld in artikel 1:24 e.v. BW.⁶⁹ Het in artikel 236, derde lid, Sr neergelegde vervolgingsbeletsel vormt een voorbeeld van een zogeheten question préjudicielle à l'action (waarbij de rechter eerst een geschilpunt moet beslechten voordat met de vervolging — l'action — een aanvang mag worden gemaakt).⁷⁰

Het vervolgingsbeletsel dat voor de komst van het BW was opgenomen in artikel 323 BWoud is beperkt tot de verduistering van staat. Vervolging wegens bijvoorbeeld valsheid in geschrift — wanneer de verduisteringshandeling in valsheid in geschrift bestaat — wordt niet door het vervolgingsbeletsel beheerst, aldus de Memorie van Toelichting.⁷¹ Dit bleef onveranderd toen bij de komst van het nieuwe Boek 1 BW het derde lid aan artikel 236 Sr (als opvolger van artikel 323 BWoud) werd toegevoegd.⁷² In de

⁶⁶ In deze zin C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 9c op artikel 236 Sr (H.M. van Maurik en K. Lindenberg) en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rummelink (voortzetting door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, Deventer: Kluwer, aantekening 2 op artikel 236 Sr.

⁶⁷ In deze zin M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a. (red.), *Sdu Commentaar Strafrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, aantekening C.3 op artikel 236 Sr (J.S. Nan) en C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 8 op artikel 236 Sr (H.M. van Maurik en K. Lindenberg).

⁶⁸ Over deze procedure onder meer J. de Boer in Asser 1* *Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nrs. 751-755 en P. Vlaardingerbroek in de zogeheten *Groene Serie Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer, losbladig, aantekening A en aantekening 1 bij Afdeling 5 Boek 1 BW. Belangrijke rechtspraak over deze staatprocedure: HR (civ.) 7 november 2003, *LJN AI0360*, *NJ 2004*, 98 m.nt. S.F.M. Wortmann en HR (civ.) 21 december 2007, *LJN BB5084*, *NJ 2008*, 321 m.nt. J. de Boer. Onder meer uit laatstgenoemde noot blijkt dat deze materie ingewikkelder is dan menigeen op het eerste gezicht zou denken.

⁶⁹ Aldus A-G Langemeijer in zijn conclusie voor HR (civ.) 12 april 2013, *LJN BZ0291*, *RvdW 2013*, 563. Zie voor een voorbeeld Rb Den Haag (civ.) 10 september 2007, *LJN BB3282*.

⁷⁰ In deze zin A.J.A. van Dorst, *Vervolgingsbeletsel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 72 en 73. Zie ook T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rummelink (voortzetting door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, Deventer: Kluwer, aantekening 3 op artikel 236 Sr. Bij de zogeheten question préjudicielle au jugement mag de vervolging weliswaar worden gestart maar mag de rechter geen vonnis — jugement — wijzen voordat een geschilpunt door een andere rechter is beslist.

⁷¹ H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 273.

⁷² Het derde lid (in een nog iets andere redactie dan dit thans heeft) werd bij de Invoeringswet Boek 1 BW (van 3 april 1969, *Stb.* 167) aan artikel 236 Sr toegevoegd (inwerkingtreding met ingang van 1 januari 1970).

Memorie van Toelichting bij het voorstel voor de Invoeringswet van Boek 1 van het nieuwe BW wordt namelijk gesteld dat artikel 236 Sr wordt aangevuld met de bepaling, dat het OM *ter zake van het misdrijf van verduistering van staat* eerst tot vervolging kan overgaan, nadat een der belanghebbenden een geschil betreffende die staat heeft voorgelegd aan de burgerlijke rechter en deze daarop een einduitspraak heeft gegeven, althans aanvankelijk heeft beslist dat er een begin is van bewijs bij geschrifte.⁷³

De gedachte achter dit vervolgingsbeletsel is dat de overheid zich naar aanleiding van een vermoeden van het misdrijf verduistering van staat van strafrechtelijk ingrijpen moet onthouden "zolang de rechtstreekse belanghebbenden om hen moverende redenen⁷⁴ ervan afzien de burgerlijke rechter te adiëren" teneinde deze zich over de afstamming te laten uitspreken.⁷⁵

Wanneer bij de berechting blijkt dat niet is voldaan aan de voorwaarde voor vervolging, zal het OM onder toepassing van artikel 349, eerste lid, Wetboek van Strafvordering in zijn vervolging niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.⁷⁶

2.3.9 Rechtspraak

Er is maar weinig rechtspraak over artikel 236 Sr.

De rechtbank te Leeuwarden overwoog dat het delict verduistering van staat in wezen niet bestaat in het positief scheppen van een bewijsstuk van een valse staat doch in het opzettelijk onzeker maken van de juiste staat. Het plegen van dit misdrijf kan zich volgens de rechtbank over een geruime tijd uitstrekken. Ook handelingen verricht vóór en met het oog op de verwachte geboorte van een kind kunnen naar het oordeel van de rechtbank als uitvoeringshandelingen worden aangemerkt mits de geboorte werkelijk gevolgd is, die handelingen mét de gedragingen na de geboorte door hetzelfde opzet worden beheerst om ze in onderling verband tot het beoogde onzeker maken van de afstamming te doen strekken en dit verband inderdaad aanwezig is. In casu werd medeplegen van dit misdrijf (in de vorm van onderschuiving) door een huisarts bewezen geacht. Deze huisarts had, kort gezegd, een kinderloos echtpaar en een zwangere ongehuwde vrouw met elkaar in contact en tot onderlinge overeenstemming gebracht erin uitmondend dat die vrouw ten huize van dat echtpaar met hulp van de huisarts was bevallen (met een doek over haar gezicht), dat het kind aan de andere vrouw was overgedragen in een als kraamkamer ingerichte kamer en dat het kind door de man als geboren uit zijn echtgenote was aangegeven (welke echtgenote maandenlang had voorgewend zwanger te zijn).⁷⁷

Uit het in het vorige onderdeel van dit advies al even aangestipte arrest van de Hoge Raad uit 1957 kan worden afgeleid dat het derde lid van artikel 236 Sr niet zover gaat dat daarin een beletsel moet worden gezien voor vervolging van overtreding van strafbepalingen die geheel andere rechtsbelangen beogen te beschermen, ook al levert het voorgevallene tevens het misdrijf verduistering van staat op of houdt het ten nauwste verband met dit misdrijf.⁷⁸ De strekking van genoemd arrest is volgens de rechtbank te Leeuwarden dat de officier van justitie niet gebonden is aan de in het derde lid van artikel 236 genoemde voorwaarde bij vervolging op grond van artikel

⁷³ Kamerstukken II, 1965/66, 8436, nr. 3, p. 33.

⁷⁴ In HR 21 mei 1957, NJ 1957, 483 m.nt. B.V.A. Röling spreekt de Hoge Raad met betrekking tot de voorganger van het derde lid (artikel 323 BWoud) van "vermijding van ongewenste onrust en beroering in de familiebetrekkingen" nu het bij vervolging op grond van artikel 236 Sr gaat om "feiten of vermeende feiten betrekkelijk tot de bij uitstek intieme sfeer van het familieleven".

⁷⁵ Kamerstukken II, 1965/66, 8436, nr. 3, p. 33.

⁷⁶ In deze zin C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 11b op artikel 236 Sr (H.M. van Maurik en K. Lindenberg) en M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a. (red.), *Sdu Commentaar Strafrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, aantekening C.5 op artikel 236 Sr (J.S. Nan). Voorbeeld: Rb Leeuwarden 29 september 2009, L/N BJ8789.

⁷⁷ Rb Leeuwarden 3 december 1947, NJ 1948, 482.

⁷⁸ HR 21 mei 1957, NJ 1957, 483 m.nt. B.V.A. Röling.

225 of 227 Sr, ook niet indien de gepleegde feitelikheden tevens het in artikel 236, eerste lid, Sr omschreven misdrijf zouden opleveren. Nu de officier van justitie 'rechtstreeks' het misdrijf van artikel 236, eerste lid, Sr ten laste had gelegd zorgde het derde lid van dit artikel in de ogen van de rechtbank wél voor een vervolgingsbeletsel.⁷⁹

Volgens genoemd arrest van de Hoge Raad verhoudt artikel 236, eerste lid, Sr zich niet tot artikel 227 Sr als een bijzondere strafbepaling (in de zin van artikel 55, tweede lid, Sr) tot een algemene.⁸⁰

2.3.10 Gevolgtrekking

Nu gaan wij in op de vraag of degene die gebruik maakt van een vondelingenkamer zich schuldig maakt aan verduistering van staat.

Naar onze mening moet het antwoord op deze vraag bevestigend luiden nu bij gebruikmaking van de vondelingenkamer zonder meer aan alle (in de onderdelen 2.3.3 tot en met 2.3.7 van dit advies besproken) vereisten voor strafbaarheid op grond van artikel 236, eerste lid, Sr wordt voldaan. Het neerleggen van een kind in de vondelingenkamer is een handeling waardoor de afstamming van dat kind zonder enige twijfel onzeker wordt gemaakt. Immers, bij gebruikmaking van de vondelingenkamer wordt onduidelijkheid omtrent diens afstamming gecreëerd. Niet duidelijk is meer van welke moeder (en eventueel ook vader) het kind afstamt welke duidelijkheid voorafgaande aan gebruikmaking van de vondelingenkamer, in ieder geval in de regel, wel bestaan zal hebben. Afzonderlijk aandacht verdient het vereiste opzet. Als al niet gezegd kan worden dat bij gebruikmaking van de vondelingenkamer voorstaat de afstamming van het kind onzeker te maken, dan kan wel gezegd worden dat willens en wetens de aanmerkelijke kans wordt aanvaard dat de afstamming van het kind onzeker wordt gemaakt.

2.4 Conclusies

Uiteindelijk komen wij dus tot de conclusie dat degene die gebruik maakt van de vondelingenkamer zich niet schuldig maakt aan het misdrijf omschreven in artikel 256 Sr maar dat deze zich wél schuldig maakt aan het misdrijf omschreven in artikel 236, eerste lid, Sr.

Het lijkt ons zinvol op deze plek nog even te herinneren aan de in onderdeel 2.3.8 van dit advies besproken voorwaarde voor vervolging wegens het misdrijf omschreven in artikel 236, eerste lid, Sr. Vervolging van de verduisteraar van staat kan alleen plaats hebben nadat een verzoek tot inroeping of tot betwisting van staat is gedaan en de burgerlijke rechter daarop een eindbeslissing heeft gegeven of, ingeval het verzoek door het stilzitten van partijen onvoldoende voortgang vindt, nadat de burgerlijke rechter heeft beslist dat er een begin van bewijs is.

⁷⁹ Rb Leeuwarden 29 september 2009, *LJN* 8789 en *LJN* BJ8794.

⁸⁰ HR 21 mei 1957, *NJ* 1957, 483 m.nt. B.V.A. Röling.

3. Beantwoording van de vragen

3.1 Algemeen

Met de in onderdeel 2.4 van dit advies getrokken conclusies als basis kunnen wij nu nader ingaan op de vragen

- a) of degene die een vondelingenkamer beschikbaar houdt zich reeds daardoor (zonder dat er een baby in de vondelingenkamer wordt neergelegd) schuldig maakt aan een strafbaar feit, en zo ja welk, én
- b) of degene die een vondelingenkamer beschikbaar houdt zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit, en zo ja welk, indien in deze vondelingenkamer werkelijk een baby wordt neergelegd.

Met name rijst op het eerste gezicht de vraag of aan de zijde van degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt, sprake zou kunnen zijn van uitlokking, medeplichtigheid en medeplegen. Ook zou, ook op het eerste gezicht, met betrekking tot vraag a) gedacht kunnen worden aan de figuur die vroeger wel als mislukte uitlokking werd aangeduid.

In dit verband merken wij met betrekking tot vraag a) op dat direct duidelijk is dat van een strafbare voorbereiding als bedoeld in artikel 46, eerste lid, Sr geen sprake kan zijn omdat op het misdrijf dat hier in beeld is, te weten de verduistering van staat, naar de wettelijke omschrijving in artikel 236, eerste lid, Sr niet een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld. Voorbereiding van dat misdrijf is dus niet strafbaar op grond van artikel 46, eerste lid, Sr.

3.2 Strafbaarheid beschikbaar houden vondelingenkamer zonder dat daarin een kind wordt neergelegd

3.2.1 Algemeen

De eerste te beantwoorden vraag is of degene die een vondelingenkamer beschikbaar houdt zich reeds daardoor (zonder dat er een baby in de vondelingenkamer wordt neergelegd) schuldig maakt aan een strafbaar feit, en zo ja welk.

3.2.2 Geen uitlokking, medeplichtigheid of medeplegen zonder strafbaar feit

Van bijzonder groot belang is dat, gelet op het accessoire karakter van deelneming⁸¹, geen sprake kan zijn van uitlokking, medeplichtigheid of medeplegen indien geen strafbaar feit is gepleegd. Bij deze deelnemingsvormen gaat het altijd om deelneming aan een bepaald strafbaar feit. Is dat strafbare feit er niet, dan is er ook geen strafbare uitlokking, medeplichtigheid of medeplegen.

Dit betekent concreet dat het beschikbaar houden van een vondelingenkamer (zonder dat daarin een kind wordt neergelegd) niet wegens uitlokking, medeplichtigheid of medeplegen strafbaar is. Pas wanneer het misdrijf verduistering van staat werkelijk plaatsvindt, zou sprake kunnen zijn van één of meer van deze deelnemingsvormen.

⁸¹ Over deze accessoriteit onder meer A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel ouderschap in het Nederlandse strafrecht*, diss. Amsterdam (UvA), Arnhem: Gouda Quint B.V. 1993, p. 109, D.H. de Jong, 'Vormen van strafbare deelneming' in J.L. van der Neut (red.), *Daderschap en deelneming*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1999, p. 85-101, p. 87-89, J.M. van Bemmelen en Th.W. van Veen (bewerking door D.H. de Jong en G. Knigge), *Ons Strafrecht, Deel 1: Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 222-225, G. Knigge, 'Het opzet van de deelnemer' in M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 291-321, p. 297, J.M. ten Voorde, 'Medeplegen van culpoze misdrijven', *Strafblad* 2007, p. 332-343, p. 334, C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 5 van de Inleidende opmerkingen bij Boek I Titel V (S.S. Arendse en M.M. Dolman) en J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 422.

Wij zijn het dus niet eens met het in onderdeel 1.3 van dit advies weergegeven antwoord op Kamervraag 4.

3.2.3 Poging een ander te bewegen tot verduistering van staat

Voor de hier bedoelde situatie — het beschikbaar houden van de vondelingenkamer sec — zou, zoals gezegd, de gedachte wellicht ook kunnen uitgaan naar de in artikel 46a Sr strafbaar gestelde poging om een ander door een der in artikel 47, eerste lid, onder 2°, Sr vermelde middelen te bewegen om een misdrijf te begaan.⁸² Het zou kunnen zijn, zo zou gedacht kunnen worden, dat op strafbare wijze gepoogd is iemand te bewegen om een kind in de beschikbaar gehouden vondelingenkamer neer te leggen welke poging er echter niet toe heeft geleid dat dit ook inderdaad gebeurd is.

De poging (als delictsbestanddeel) in artikel 46a Sr is een vorm van strafbare poging in de zin van artikel 45 Sr.⁸³ Het gaat in artikel 46a Sr om tot een ander gerichte gedragingen die er niet toe leiden dat het tot een begin van uitvoering komt van het misdrijf waarop die gedragingen waren gericht.⁸⁴ Het kan hierbij gaan om verschillende situaties⁸⁵ waaronder de situatie dat de ander in het geheel niet is bewogen en de situatie dat de ander wél is bewogen maar het (nog) niet is gekomen tot genoemd begin van uitvoering van het misdrijf.⁸⁶ Het pogen te bewegen kan, gelet op artikel 78 Sr, ook betrekking hebben op deelneming aan een misdrijf, al wordt dat voor het pogen te bewegen tot medeplichtigheid aan een misdrijf door sommigen niet wenselijk of onjuist gevonden.⁸⁷ Voorts moet de poger (net als bij deelneming) opzet hebben op het bewegen en op het uiteindelijk te plegen misdrijf⁸⁸ waarbij (evenals bij uitlokking zelf, zoals in onderdeel 3.3.2.6 van dit advies nog aan de orde komt) voorwaardelijk opzet zal voldoen. Evenals bij de 'gewone' poging kan op grond van artikel 46b Sr de strafbaarheid wegvallen door een vrijwillige terugtred: poging bestaat niet indien het misdrijf niet is voltooid ten gevolge van omstandigheden van de wil van de dader afhankelijk. Met De Hullu⁸⁹ menen wij dat (o.i. logischerwijs) "het misdrijf" hier de poging om een ander te bewegen is en dat "de dader" hier de 'beweger' is. De Hoge Raad lijkt hier echter anders over te denken.⁹⁰ De bewoordingen van artikel 46a Sr zijn zodanig dat daaronder niet alleen een poging tot uitlokking maar ook een poging tot doen plegen en een poging tot leidinggeven aan een misdrijf van een rechtsper-

⁸² De regeling van artikel 46a Sr — vóór de inwerkingtreding met ingang van 1 april 1994 van de Wet van 27 januari 1994, Stb. 60 op goeddeels vergelijkbare wijze vervat in de strafbepaling 'van' artikel 134bis Sr — roept soms gecompliceerde vragen op. J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 389 spreekt over "het gecompliceerde, maar misschien ook wel het onvolgende ten gronde doordachte karakter van het nieuwe art. 46a Sr". Er valt over deze regeling in ieder geval véél meer op te merken (en te discussiëren) dan in het hier gegeven korte overzicht geschiedt.

⁸³ *Kamerstukken II*, 1990/91, 22268, nr. 3, p. 21. Artikel 45, eerste lid, Sr: poging tot misdrijf is strafbaar, wanneer het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard.

⁸⁴ HR 5 december 2000, *LJN AA8824*, *NJ* 2001, 139 en HR 8 april 2008, *LJN BC5969*, *NJ* 2008, 231.

⁸⁵ Over sommige waarvan zeker discussie mogelijk is. Een verdienstelijke uitsplitsing is te vinden bij H.D. Wolswijk, 'Poging een ander te bewegen een misdrijf te begaan' in J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en Deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 210-238, p. 223 en 224.

⁸⁶ In deze zin J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 419 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 387 en 389. Zie met betrekking tot de eerstgenoemde situatie HR 8 april 2008, *LJN BC5969*, *NJ* 2008, 231 en met betrekking tot de laatstgenoemde situatie HR 5 december 2000, *LJN AA8824*, *NJ* 2001, 139.

⁸⁷ Bijvoorbeeld door J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 419. Lichte twijfel is te zien bij J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 388 ("naar geldend recht vermoedelijk niet").

⁸⁸ In deze zin J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 388.

⁸⁹ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 390 die als voorbeeld noemt de 'beweger' die verhindert dat zijn uitlokkingmiddel de ander bereikt en daarmee voorkomt dat het door hem aanvankelijk beoogde delict zelfs maar tot een poging wordt uitgevoerd.

⁹⁰ Zie HR 5 december 2000, *LJN AA8824*, *NJ* 2001, 139. Kritisch over dit arrest is (ook) H.D. Wolswijk, 'Enkele opmerkingen over vrijwillig terugtreden bij deelneming' in B.F. Keulen e.a. (red.), *Pet af, Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 537-558, p. 544 en 545.

soon (en onder omstandigheden een poging tot medeplegen) kunnen worden gebracht.⁹¹

In casu doet zich, waar het de toepassing van artikel 46a Sr betreft, een probleem voor dat enige verwantschap vertoont met het in onderdeel 3.3.2.7 van dit advies nog te signaleren probleem met betrekking tot de uitlokking van verduistering van staat. Naar ons oordeel zou, materieel gezien, op zichzelf wel sprake kunnen zijn van een strafbare poging van degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt om een ander door het verschaffen van gelegenheid te bewegen het misdrijf verduistering van staat te begaan. Van belang hierbij is vooral dat opzet op het bewegen en opzet op het uiteindelijk te plegen misdrijf in de regel geen probleem zullen opleveren. De houder van de vondelingenkamer aanvaardt doorgaans willens en wetens de aanmerkelijke kans dat iemand door het beschikbaar houden van de vondelingenkamer bewogen wordt daarin een kind neer te leggen en daarmee verduistering van staat te begaan. Verder aanvaardt de houder van de vondelingenkamer in de regel willens en wetens de aanmerkelijke kans dat degene die een kind in de vondelingenkamer neerlegt, daardoor opzettelijk eens anders afstamming onzeker maakt. Echter, in heel veel gevallen van niet gebruik maken van de vondelingenkamer zal niet vast te stellen zijn of er werkelijk wel een ander is op wie de poging zich gericht heeft. Met name zal niet duidelijk zijn of er werkelijk een ander is geweest die in het geheel niet bewogen is of die wel bewogen is maar toch geen gebruik gemaakt heeft van de vondelingenkamer. Concreter gezegd: onduidelijk zal zeer vaak blijven of er geen gebruik is gemaakt van de vondelingenkamer omdat iemand daartoe niet kon worden overgehaald of omdat iemand, ofschoon daartoe wel overgehaald, daarin toch geen kind heeft neergelegd. Heel vaak zal de mogelijkheid blijven bestaan dat er überhaupt geen potentiële gebruiker van de vondelingenkamer is geweest en dat de vondelingenkamer daarom ongebruikt is gebleven. Het gaat ons inziens te ver als uitgangspunt te hanteren dat er altijd wel iemand geweest zal zijn die niet bewogen is maar dat wel had kunnen worden of die wel bewogen is maar toch geen gebruik gemaakt heeft van de vondelingenkamer. Een begaanbare weg biedt artikel 46a Sr doorgaans dus niet, nog daargelaten dat de vraag rijst of het in artikel 236, derde lid, Sr neergelegde vervolgingsbeletsel een stokje steekt voor vervolging op grond van artikel 46a Sr juncto artikel 236, eerste lid, Sr.

3.3 Strafbaarheid beschikbaar houden vondelingenkamer indien daarin een kind wordt neergelegd

3.3.1 Algemeen

De tweede te beantwoorden vraag is of degene die een vondelingenkamer beschikbaar houdt zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit, en zo ja welk, indien in deze vondelingenkamer werkelijk een baby is neergelegd. Deze vraag laat zich concreet vertalen in de vraag of in dat geval sprake is van strafbare uitlokking van, medeplichtigheid aan en/of medeplegen van de verduistering van staat als bedoeld in artikel 236, eerste lid, Sr. We zijn daarom genooddaakt in te gaan op deze deelnemingsvormen.

Integrale bespreking van deze deelnemingsvormen is hier weinig zinvol en overigens, gelet op de complexiteit van deze materie⁹² en de immense hoeveelheid rechtspraak en rechtsliteratuur⁹³ over deze deelnemingsvormen, niet te doen binnen een voor dit

⁹¹ In deze zin J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 388. Zie ook C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpaalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 7 op artikel 46a Sr (C.M. Pelsler).

⁹² A.J.M. Machielse, 'De deelneming; een terugblik' in H. de Doelder e.a. (red.), *Met recht naar 2000*, Lelystad: Vermande 1990, p. 167-179, p. 168: "Al met al blijkt uit de literatuur van de afgelopen eeuw voldoende dat de deelneming dogmatisch gezien een weerbaarstig onderwerp is, een hele kluit waarop men snel de tanden stuk bijt".

⁹³ Rechtsliteratuur overigens die niet van onduidelijkheden en meningsverschillen is gespeend.

advies aanvaardbaar tijdsbestek.⁹⁴ Daarom zal er mee worden volstaan de uitlokking, medeplichtigheid en medeplegen in die mate te belichten dat een verantwoorde uitspraak kan worden gedaan over het antwoord op de vraag of in het hier bedoelde geval sprake zou kunnen zijn van strafbare uitlokking, medeplichtigheid en/of medeplegen van de verduistering van staat als bedoeld in artikel 236, eerste lid, Sr.

3.3.2 Uitlokking

3.3.2.1 Algemeen

Op grond van artikel 47, eerste lid, onder 1° Sr worden als daders van een strafbaar feit gestraft zij die het feit plegen, doen plegen of medeplegen. In artikel 47, eerste lid, onder 2° Sr is bepaald dat (ook) als daders van een strafbaar feit worden gestraft zij die door giften, beloften, misbruik van gezag, geweld, bedreiging, of misleiding of door het verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen het feit opzettelijk uitlokken. Artikel 47, tweede lid, Sr voegt daaraan toe dat ten aanzien van de laatsten alleen die handelingen in aanmerking komen die zij opzettelijk hebben uitgelokt, bevens hun gevolgen. Uitlokking kan zich ook bij overtredingen voordoen.

3.3.2.2 Uitlokkingsmiddelen

Er kan alleen strafbaar worden uitgelokt door hantering van één of meer van de in de wet genoemde uitlokkingsmiddelen⁹⁵, dus de giften, beloften, misbruik van gezag, geweld, bedreiging, misleiding en (bekend van de rechtsfiguur medeplichtigheid) het verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen. Deze — weliswaar limitatief opgesomde⁹⁶ — uitlokkingsmiddelen zorgen ervoor dat de uitlokking een vrij breed bereik heeft.⁹⁷ Vooral bij het verschaffen van gelegenheid, lijkt uitlokking door nalaten mogelijk.⁹⁸

3.3.2.3 Bewegen tot

Voor uitlokking in strafrechtelijke zin is nodig dat — door hantering van één of meer uitlokkingsmiddelen door de uitlokker — bewogen wordt tot het begaan van een concreet strafbaar feit. Het initiatief tot het strafbare feit is afkomstig van de uitlokker als auctor intellectualis. Deze moet door één of meer uitlokkingsmiddelen bij de uitgelokte⁹⁹ een psychische omslag veroorzaakt hebben.¹⁰⁰ De uitlokker moet met andere

⁹⁴ Zo zijn er zeker nog publicaties aan de deelneming gewijd die wij hier onbesproken laten. Bij wijze van voorbeeld noemen wij E.J. Anneveldt, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van deelnemers en andere derden*, diss. Groningen, 's-Gravenhage: Uitgeverij Excelsior 1953 en B.F. Keulen e.a., *Daderschap en deelneming doorgelicht. Onderzoek naar het functioneren van de regeling van daderschap en deelneming in de rechtspraak tegen de achtergrond van een bespreking van het Nederlandse en Oostenrijkse recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2010.

⁹⁵ Zo ook bijvoorbeeld A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, diss. Amsterdam (UvA), Arnhem: Gouda Quint B.V. 1993, p. 141, J. Rimmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 455, H.D. Wolswijk, 'Middelen en wijzen van uitlokking. Een vergelijking tussen Nederlands en Duits recht' in E. Gritter (red.), *Opstellen Materieel Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 215-241, p. 215 en 218-223.

⁹⁶ Hierover onder meer A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, diss. Amsterdam (UvA), Arnhem: Gouda Quint B.V. 1993, p. 143 en 144, J. Rimmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 455, A.J.M. Machielse, 'De deelneming; een terugblik' in H. de Doelder e.a. (red.), *Met recht naar 2000*, Lelystad: Vermande 1990, p. 167-179, p. 170-172, H.D. Wolswijk, 'Middelen en wijzen van uitlokking. Een vergelijking tussen Nederlands en Duits recht' in E. Gritter (red.), *Opstellen Materieel Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 215-241, p. 215 en C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 5e op artikel 47 Sr (S.S. Arendse en M.M. Doiman).

⁹⁷ In deze zin J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 467.

⁹⁸ Hierover H.D. Wolswijk, 'Middelen en wijzen van uitlokking. Een vergelijking tussen Nederlands en Duits recht' in E. Gritter (red.), *Opstellen Materieel Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 215-241, p. 225 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 461.

⁹⁹ H.G.M. Krabbe, 'Uitlokking' in J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 134-152, p. 138 en 139 trekt in zijn bespreking van de uitlokking het veroorzaken door uitlokkingsmiddelen (an sich) en het bewegen van de uitgelokte enigszins kunstmatig uit elkaar.

¹⁰⁰ In deze zin onder meer J. Rimmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 458, H.G.M. Krabbe, 'Uitlokking' in J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en*

woorden de wil hebben wakker geroepen om een bepaald strafbaar feit te plegen.¹⁰¹ In dit verband wordt ook wel gesproken van het veroorzaken van het criminele wilsbesluit¹⁰² of van het overhalen van de ander.¹⁰³ Van uitlokking is dus geen sprake indien bij de ander het (vaste) voornemen tot het plegen van het delict reeds bestond.¹⁰⁴ Heel goed denkbaar is dat de uitgelokte al ideeën of suggesties dan wel de bereidheid in een bepaalde richting had. Dat staat aan strafbare uitlokking niet in de weg mits maar het uiteindelijke wilsbesluit tot het plegen van een concreet strafbaar feit door de uitlokker met één of meer uitlokkingsmiddelen is veroorzaakt.¹⁰⁵ Het causaliteitscriterium van de redelijke toerekening wordt ook hier wel van toepassing geacht¹⁰⁶, al is op dit punt enige weerstand te constateren.¹⁰⁷ Het ontbreken van andere factoren die tot het nemen van het besluit zouden hebben kunnen bijgedragen, kan helpen om de vraag of de hier besproken causaliteitsrelatie aanwezig is, positief te beantwoorden.¹⁰⁸

Rechtstreeks contact tussen uitlokker en uitgelokte is niet noodzakelijk. De uitlokker beoogt een strafbaar feit en meestal niet een specifieke uitvoerder. De wet spreekt ook van het uitlokken van een feit en niet van het uitlokken van een persoon (tot een feit).¹⁰⁹ Daarom is het op zichzelf geen probleem als de uitgelokte onbekend blijft. "Op zichzelf" want als de uitgelokte inderdaad niet bekend wordt, kan diens strafbaarheid niet worden vastgesteld en kan niet voldaan worden aan de meestal gestelde maar door De Hullu bestreden eis dat de pleger van het strafbare feit strafbaar is (waarover in onderdeel 3.3.2.5 van dit advies).¹¹⁰

Uitlokking kan ook geschieden doordat de 'bewogene' op zijn beurt derden inschakelt¹¹¹ of doordat een voor de uitlokker onbekende opstaat om gevolg te geven aan de algemeen gestelde oproep gepaard gaande met uitlokkingsmiddelen.¹¹²

deelnemen, Deventer: Kluwer 2007, p. 134-152, p. 134, 135 en 139, H.D. Wolswijk, 'Middeelen en wijzen van uitlokking. Een vergelijking tussen Nederlands en Duits recht' in E. Gritter (red.), *Opstellen Materieel Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 215-241, p. 217 en 221 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 466 en 467.

¹⁰¹ Ontleend aan HR 22 februari 1977, *LJN AC5901*, *NJ* 1978, 38.

¹⁰² Zie H.D. Wolswijk, 'Middeelen en wijzen van uitlokking. Een vergelijking tussen Nederlands en Duits recht' in E. Gritter (red.), *Opstellen Materieel Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 215-241, p. 224. In ongeveer dezelfde zin M. Boerlage, 'Hoe ver reikt de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de uitlokker? Een kritische beschouwing van het Opel Manta-arrest' in M.M. Dolman e.a. (red.), *Geleerde lessen. Liber amicorum Simon Stolwijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 3-12, p. 6.

¹⁰³ Zie A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, diss. Amsterdam (UvA), Arnhem: Gouda Quint B.V. 1993, p. 142 en 158.

¹⁰⁴ In deze lijn ook al (bijvoorbeeld) HR 22 oktober 1928, *NJ* 1928, p. 1662 e.v. en HR 25 januari 1944, *NJ* 1944, 362.

Hierover onder meer A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, diss. Amsterdam (UvA), Arnhem: Gouda Quint B.V. 1993, p. 155 en 156 en C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 5d op artikel 47 Sr (S.S. Arendse en M.M. Dolman).

¹⁰⁵ In deze zin J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 459, H.G.M. Krabbe, 'Uitlokking' in J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 134-152, p. 139 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 467. Zie onder meer HR 3 januari 1934, *NJ* 1934, p. 549 (ingeval van een smokkelaar).

¹⁰⁶ In deze zin H.G.M. Krabbe, 'Uitlokking' in J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 134-152, p. 138 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 467. Zie over de toerekening aan de uitlokker ook G. Knigge, 'Het opzet van de deelnemer' in M.S. Groenhulsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 291-321, p. 304-307.

¹⁰⁷ Bij A.J.M. Machielse, 'De deelneming; een terugblik' in H. de Doelder e.a. (red.), *Met recht naar 2000*, Lelystad: Vermande 1990, p. 167-179, p. 172 ("Als gebeurt wat de uitlokker wil rijst de vraag naar de mogelijkheid van redelijke toerekening niet eens") en A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, diss. Amsterdam (UvA), Arnhem: Gouda Quint B.V. 1993, p. 159.

¹⁰⁸ In deze zin J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 467.

¹⁰⁹ Hierover ook H.D. Wolswijk, 'Middeelen en wijzen van uitlokking. Een vergelijking tussen Nederlands en Duits recht' in E. Gritter (red.), *Opstellen Materieel Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 215-241, p. 224 en 225.

¹¹⁰ In deze zin J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 454 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 460.

¹¹¹ Zie bijvoorbeeld HR 2 maart 1982, *LJN AB7914*, *NJ* 1982, 492.

¹¹² In deze zin H.G.M. Krabbe, 'Uitlokking' in J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 134-152, p. 136.

3.3.2.4 Uitlokking van een gevolgd strafbaar feit

Er is alleen sprake van uitlokken in strafrechtelijke zin indien een feit wordt uitgelokt dat strafbaar is. Het gedrag waartoe bewogen wordt, moet strafbaar zijn gesteld. Wordt bewogen tot gedrag dat niet strafbaar is gesteld, dan is dus geen sprake van strafbare uitlokking.¹¹³

Het strafbare feit in de vorm van een voltooid delict of een strafbare voorbereiding daarvan of poging daartoe moet werkelijk gevolgd zijn om van uitlokking te kunnen spreken. Het gaat om het uitlokken *van een strafbaar feit*.¹¹⁴

3.3.2.5 Strafbaarheid pleger strafbaar feit

Meestal wordt gesteld dat alleen sprake is van uitlokken in strafrechtelijke zin indien de pleger van het strafbare feit strafbaar is.¹¹⁵ De uitvoerder zal in deze optiek alle bestanddelen van het betreffende strafbare feit moeten vervullen en bovendien zullen er ook geen strafuitsluitingsgronden aanwezig mogen zijn. Communis opinio is dit echter niet. De Hullu is een andere opvatting toegedaan. Zijns inziens moet de aandacht worden geconcentreerd op de uitlokker zelf en zijn bijdrage aan het strafbare feit. Dat het onderscheid tussen uitlokken en doen plegen in deze benadering wateriger wordt, neemt hij voor lief. Hij pleit zelfs voor het laten opgaan van doen plegen in uitlokking.¹¹⁶

3.3.2.6 Opzet

In beide leden van artikel 47 Sr komt duidelijk naar voren dat de uitlokker opzet moet hebben.

Dit opzet moet in de eerste plaats de uitlokking (door middel van hantering van een uitlokkingsmiddel) zelf betreffen.¹¹⁷ Per ongeluk uitlokken (als dat al mogelijk is) is niet strafbaar.¹¹⁸ Maar voorwaardelijk opzet voldoet wel. Ook degene die willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaardt dat een ander door een door hem gehanteerd uitlokkingsmiddel ertoe bewogen wordt een specifiek strafbaar feit te begaan, heeft het hier bedoelde opzet.¹¹⁹

¹¹³ In deze zin H.G.M. Krabbe, 'Uitlokking' in J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 134-152, p. 136.

¹¹⁴ In deze zin J. Rimmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 459, H.D. Wolswijk, 'Middelen en wijzen van uitlokking. Een vergelijking tussen Nederlands en Duits recht' in E. Gritter (red.), *Opstellen Materieel Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 215-241, p. 217, C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 5f op artikel 47 Sr (S.S. Arendse en M.M. Dolman) en J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 460.

¹¹⁵ In HR 27 december 1911, W. 9274 wordt gesproken van "een ander strafrechtelijk aansprakelijk persoon". Over de vereiste strafbaarheid van de pleger onder meer J. Rimmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 459 en 460, H.G.M. Krabbe, 'Uitlokking' in J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 134-152, p. 134 en 136, H.D. Wolswijk, 'Middelen en wijzen van uitlokking. Een vergelijking tussen Nederlands en Duits recht' in E. Gritter (red.), *Opstellen Materieel Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 215-241, p. 217 en C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 5g op artikel 47 Sr (S.S. Arendse en M.M. Dolman).

¹¹⁶ Zie voor een en ander J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 460 en 468. Ook H.G.M. Krabbe, 'Uitlokking' in J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 134-152, p. 152 pleit voor het verval van het onderscheid tussen uitlokken en doen plegen.

¹¹⁷ In ongeveer deze zin onder meer H.D. Wolswijk, 'Middelen en wijzen van uitlokking. Een vergelijking tussen Nederlands en Duits recht' in E. Gritter (red.), *Opstellen Materieel Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 215-241, p. 217 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 461.

¹¹⁸ In deze zin H.G.M. Krabbe, 'Uitlokking' in J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 134-152, p. 141.

¹¹⁹ Ongeveer in deze zin H.G.M. Krabbe, 'Uitlokking' in J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 134-152, p. 141, M. Boeriage, 'Hoe ver reikt de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de uitlokker? Een kritische beschouwing van het Opei Manta-arrest' in M.M. Dolman e.a. (red.), *Geleerde lessen. Liber amicorum Simon Stolwijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 3-12, p. 7 en C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 5c op artikel 47 Sr (S.S. Arendse en M.M. Dolman).

Het opzet moet in de tweede plaats op het specifieke strafbare feit betrekking hebben.¹²⁰ Het gaat immers om de uitlokking van een bepaald strafbaar feit. Het opzet hoeft niet altijd op alle delictsbestanddelen van dat strafbare feit betrekking te hebben.¹²¹ Zo kan het opzet van de uitlokker moeilijk op door culpa beheerste bestanddelen worden gericht¹²² en is opzet van de uitlokker op een geobjectiveerd bestanddeel niet in alle gevallen vereist.¹²³ Op welke bestanddelen in welke omstandigheden het opzet van de uitlokker nu precies betrokken moet zijn, is een veelomvattende en lastige vraag die wij hier verder laten rusten.¹²⁴ Maar het opzet dat er (op bepaalde delictsbestanddelen) moet zijn, mag vrij globaal zijn.¹²⁵ En ook hier voldoet voorwaardelijk opzet. Als het qua uitvoering of resultaat net iets anders loopt dan de uitlokker precies voor ogen had, staat dat strafbare uitlokking niet snel in de weg.¹²⁶ Al gauw zal kunnen worden gezegd dat de uitlokker willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard op een iets ander verloop (bijvoorbeeld: het strafbare feit wordt onverwacht met een medepleger begaan¹²⁷) of iets ander resultaat (bijvoorbeeld: er wordt onverwacht iets anders gestolen dan de uitlokker precies voor ogen stond¹²⁸).¹²⁹ Als er echter meer aan de hand is dan een niet-essentiële afwijking van hetgeen de uitlokker voor ogen stond, dan komt artikel 47, tweede lid, Sr in beeld: de uitlokker kan slechts aansprakelijk worden gesteld voor zover zijn eigen opzet reikt.¹³⁰ De situatie dat het opzet van de uitlokker en dat van de pleger totaal uiteenlopen, laten wij hier onbesproken.

3.3.2.7 Gevolgtrekking

Na deze (toch) enigszins breed uitgevallen beschouwing over de uitlokking, kan de vraag worden beantwoord of ingeval in de vondelingenkamer werkelijk een baby wordt neergelegd, van degene die deze vondelingenkamer beschikbaar houdt, gezegd kan worden dat deze zich schuldig heeft gemaakt aan strafbare uitlokking van verduistering van staat als bedoeld in artikel 236, eerste lid, Sr.

Sommige aan strafbare uitlokking gestelde voorwaarden leveren in het hier bedoelde geval geen probleem op.

¹²⁰ In deze zin onder meer H.D. Wolswijk, 'Middelen en wijzen van uitlokking. Een vergelijking tussen Nederlands en Duits recht' in E. Gitter (red.), *Opstellen Materieel Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 215-241, p. 217 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 462.

¹²¹ In C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpaalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 5c op artikel 47 Sr (S.S. Arendse en M.M. Dolman) wordt opzet op alle bestanddelen van het delict geëist maar wordt wel gewezen op andere opvattingen dienaangaande.

¹²² J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 462.

¹²³ Zie over dit punt H.G.M. Krabbe, 'Uitlokking' in J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 134-152, p. 142 en 143 (wél vereist tenzij de ratio van de strafbaarstelling in andere richting wijst) en J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 462 (niet nodig maar mogelijk anders bij overtredingen). G. Knigge, 'Het opzet van de deelnemer' in M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 291-321, p. 295 wijst op de discussie op dit punt.

¹²⁴ Evenwel niet zonder te wijzen op het leuke voorbeeld dat R Emmelink noemt: wie fietsen zonder bel uitlokt, moet weten dat de bel ontbreekt. Zie J. R Emmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 461.

¹²⁵ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 462.

¹²⁶ Men noemt dit wel de plamuurfunctie van het voorwaardelijk opzet. Zie G. Knigge, 'Het opzet van de deelnemer' in M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 291-321, p. 293-296. Het plamuren komt volgens Knigge soms neer op het toedichten van opzet.

¹²⁷ Zie HR 19 oktober 1999, *NJB* 1999, 154 voor een sprekend voorbeeld (met betrekking tot het in elkaar trimmen van iemand).

¹²⁸ Zie HR 29 april 1997, *LJN* ZD0148, *NJ* 1997, 654 voor een dergelijk geval.

¹²⁹ In deze zin H.G.M. Krabbe, 'Uitlokking' in J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 134-152, p. 145 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 463. Zie ook A.J.M. Machielse, 'De deelneming; een terugblik' in H. de Doelder e.a. (red.), *Met recht naar 2000*, Leijstade: Vermande 1990, p. 167-179, p. 168 en 169.

¹³⁰ In deze zin H.G.M. Krabbe, 'Uitlokking' in J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 134-152, p. 145 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 462 en 463.

Het gepleegd zijn van een misdrijf is uitgangspunt van de vraag en de (in onderdeel 3.3.2.4 van dit advies besproken) voorwaarde voor strafbare uitlokking dat een strafbaar feit gevolgd moet zijn, levert dus geen problemen op. Verder lijdt het naar ons inzicht geen twijfel dat degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt (waarin de baby wordt neergelegd), één of zelfs meer (in onderdeel 3.3.2.2 van dit advies besproken) uitlokkingsmiddelen heeft gehanteerd. Daarbij denken wij in het bijzonder aan het verschaffen van gelegenheid. Door de vondelingenkamer beschikbaar te houden wordt, misschien zelfs wel bij uitstek, gelegenheid verschaft om daarin een kind neer te leggen welk neerleggen de handeling vormt die het misdrijf verduistering van staat constitueert. Ook zou nog gedacht kunnen worden aan de belofte als uitlokkingsmiddel.¹³¹ Weliswaar is niet rechtstreeks — in persoonlijk contact — aan de gebruiker een belofte gedaan maar gezegd zou kunnen worden dat het voor het publiek beschikbaar houden van een vondelingenkamer in wezen de openlijk gedane belofte inhoudt dat voor een daarin neergelegd kind gezorgd zal worden (waardoor een ander over de streep getrokken zou kunnen worden het misdrijf te plegen).

Er zijn echter ook enkele voorwaarden die in het hier bedoelde geval in de weg kunnen, en in veel gevallen ook zullen, staan aan strafbare uitlokking.

Essentieel is — het schemerde zojuist al even door — dat gezegd moet kunnen worden dat de verschaffing van de gelegenheid om in de vondelingenkamer een kind neer te leggen of de belofte dat voor een daarin neergelegd kind gezorgd zal worden, bij de ander de wil heeft wakker geroepen om het misdrijf te plegen. Het (in onderdeel 3.3.2.3 van dit advies aan bod gekomen) "bewegen tot" is immers een wezenskenmerk van de strafbare uitlokking. In de hier bedoelde situatie is goed mogelijk dat zich de vereiste psychische omslag heeft voorgedaan. De vondelingenkamer kan immers, algemeen gesproken, mensen overhalen tot het daarin neerleggen van een kind en daardoor plegen van het hier bedoelde misdrijf. Probleem is echter in veel gevallen hoe dit "bewegen tot" vastgesteld kan worden nu degene die het kind in de vondelingenkamer heeft neergelegd, doorgaans onbekend zal blijven. Deze zal dan ook in veel gevallen geen verklaring afleggen over de rol die de beschikbaarheid van de vondelingenkamer in zijn besluitvorming heeft gespeeld. We zullen nooit weten of de gebruiker van de vondelingenkamer toch al vast van plan was om, kort gezegd, het kind ergens (anders) neer te leggen en daardoor het misdrijf te plegen.

Diezelfde omstandigheid maakt het ook lastig, om niet te zeggen onmogelijk, om vast te stellen dat degene die gebruik heeft gemaakt van de vondelingenkamer strafbaar is waarbij wij nog maar even de (in onderdeel 3.3.2.5 van dit advies besproken) heersende opvatting volgen volgens welke de pleger van het strafbare feit strafbaar moet zijn om van strafbare uitlokking te kunnen spreken. Doorgaans zal onbekend blijven onder welke omstandigheden het kind in de vondelingenkamer is neergelegd. In de meeste gevallen zal de gebruiker van de vondelingenkamer wel 'gewoon' strafbaar zijn maar dat hoeft niet zo te zijn. De genoemde omstandigheden zouden erop neer kunnen komen dat zich een strafuitsluitingsgrond voordoet.

Ander punt van aandacht betreft hier het (in onderdeel 3.3.2.6 van dit advies belichte) opzet van de uitlokker. We zagen reeds (in laatstgenoemd onderdeel) dat ook degene die willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaardt dat een ander door een door hem gehanteerd uitlokkingsmiddel ertoe bewogen wordt een specifiek strafbaar feit te begaan, opzet heeft op de uitlokking zelf. Voorwaardelijk opzet op de uitlokking zelf voldoet. Dit is van belang voor de onderhavige kwestie van het beschikbaar houden van de vondelingenkamer. Degene die dit doet wil namelijk niet een strafbaar feit uitlokken. De intentie is immers, kort gezegd, louter om aan mensen in nood gelegenheid te verschaffen anoniem een kind af te staan waarbij aan deze mensen de zekerheid wordt geboden dat het kind verzorgd zal worden. Wel kan gezegd worden dat de houder van de vondelingenkamer willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaardt

¹³¹ Deze is niet beperkt tot een toezegging van te verstrekken geld of goed. Dit kan worden afgeleid uit HR 17 juni 1940, NJ 1940, 822 (toezegging om iemand vooruit te zullen helpen en aan alle kanten hulp te willen verlenen).

dat iemand door het beschikbaar houden van de vondelingenkamer bewogen wordt daarin een kind neer te leggen en daarmee het hier bedoelde misdrijf (de verduistering van staat) te plegen. Opzet op de uitlokking zelf is er dus wel. Daarnaast moet het opzet van degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt, gericht zijn op (de bestanddelen van) het hier bedoelde misdrijf. Het voorwaardelijk opzet biedt ook hier een oplossing. De houder van de vondelingenkamer neemt namelijk bewust op de koop toe dat degene die een kind in de vondelingenkamer neerlegt daardoor opzettelijk eens anders afstamming onzeker maakt.¹³² Moderner gezegd: de houder van de vondelingenkamer aanvaardt willens en wetens de aanmerkelijke kans dat degene die een kind in de vondelingenkamer neerlegt, daardoor opzettelijk eens anders afstamming onzeker maakt.¹³³

Al met al kan er, materieel gezien, op zichzelf wel sprake zijn van strafbare uitlokking maar omdat degene die het kind in de vondelingenkamer heeft neergelegd doorgaans onbekend zal blijven, zal in de meeste gevallen niet vast te stellen zijn dat bij deze persoon de vereiste psychische omslag heeft plaatsgevonden en dat deze persoon strafbaar is.

3.3.3 Medeplichtigheid

3.3.3.1 Algemeen

Op grond van artikel 48 onder 1^o Sr kunnen zij die opzettelijk behulpzaam zijn *bij* het plegen van het misdrijf als medeplichtigen¹³⁴ aan dit misdrijf worden gestraft. Men noemt dit wel de gelijktijdige medeplichtigheid. Zij die opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaffen *tot* het plegen van het misdrijf kunnen op grond van artikel 48 onder 2^o Sr als medeplichtigen aan dit misdrijf worden gestraft. Dit noemt men wel de voorafgaande medeplichtigheid.¹³⁵ Medeplichtigheid aan overtredingen is niet strafbaar zoals ook nog eens uitdrukkelijk in artikel 52 Sr is bepaald.

Het onderscheid tussen gelijktijdige en voorafgaande medeplichtigheid is door de Hoge Raad in een arrest uit 2011 sterk gerelativeerd:

"Bij toepassing van deze bepaling kan de vraag rijzen of beide vormen van medeplichtigheid strikt kunnen of moeten worden afgebakend ten opzichte van elkaar. Mede omdat uit eerdere rechtspraak uiteenlopende antwoorden op die vraag kunnen worden afgeleid, ziet de Hoge Raad aanleiding die vraag thans expliciet aan de orde te stellen en — in ontkennde zin — te beantwoorden.

Een andere uitleg van art. 48 Sr, waarbij een strikt onderscheid zou worden gemaakt tussen de voorafgaande en de gelijktijdige medeplichtigheid, strookt niet met de omstandigheid dat — zoals ook in art. 49, vierde lid, Sr tot uitdrukking is gebracht — art. 48 Sr bedoelt strafbaar te stellen het bevorderen en/of vergemakkelijken van een door een ander begaan misdrijf. Daaraan kan weliswaar op verschillende manieren vorm worden gegeven maar het gaat uiteindelijk om dit kernverwijt. Daarbij moet ook worden bedacht dat —

¹³² Het "bewust op de koop toenemen" is een formulering voor het voorwaardelijk opzet die in oudere arresten van de Hoge Raad is terug te vinden. Zie bijvoorbeeld HR 25 juni 1974, *LJN AB5956*, *NJ* 1974, 455 m.nt. Th.W. van Veen. In HR 15 oktober 1996, *LJN ZD0139*, *NJ* 1997, 199 m.nt. A.C. 't Hart is de omslag naar de hedendaagse formulering te zien: "Voorts kan een zodanig geval zich voordoen indien moet worden aangenomen dat de verdachte zich aan de aanmerkelijke kans dat andere verkeersdeelnemers door zijn gedraging het leven zullen verliezen willens en wetens heeft blootgesteld, met dien verstande dat hij — in plaats van erop te rekenen dat een en ander wel goed zal aflopen — de aanmerkelijke kans dat anderen door zijn gedrag het leven zullen laten desbewust heeft aanvaard en op de koop toe genomen. Dat de verdachte de aanmerkelijke kans dat anderen door zijn gedrag het leven zullen laten desbewust heeft aanvaard en op de koop toe genomen — in dit verband wordt gesproken van voorwaardelijk opzet — kan, behalve op grond van de verklaring van de verdachte, worden aangenomen op grond van bijzondere omstandigheden van het geval".

¹³³ Zie in dezelfde zin ten aanzien van het opzet onderdeel 3.2.3 van dit advies bij de bespreking van de poging een ander te bewegen tot verduistering van staat.

¹³⁴ Dat wil zeggen: mede verbonden (in schuld). Zie J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 446.

¹³⁵ De trits activiteiten in artikel 48 onder 2^o Sr gaat aan het misdrijf vooraf. Zie HR 20 februari 1979, *LJN AC6498*, *NJ* 1979, 313 met betrekking tot het verstreken van inlichtingen.

naar de ervaring leert — de tijdstippen van enerzijds het misdrijf en anderzijds de gedraging van de medeplichtige in rechte niet altijd nauwkeurig kunnen worden vastgesteld.¹³⁶ De Hoge Raad stelt in dit arrest onder meer dat, ook al zijn er arresten aan te wijzen die van een andere opvatting (lijken te) getuigen, deze interpretatie steun vindt in eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad en noemt vervolgens enige beslissingen.¹³⁷ Het arrest is niet onverdeeld positief ontvangen.¹³⁸

3.3.3.2 Medeplichtigheid op diverse wijzen mogelijk

Het hier bedoelde opzettelijk behulpzaam zijn kan op diverse wijzen geschieden.¹³⁹ Dat geldt ook voor het opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaffen. Medeplichtigheid, vooral het gelegenheid verschaffen, kan ook uit nietsdoen bestaan. Nietsdoen kan echter alleen medeplichtigheid opleveren indien sprake is van een rechtsplicht tot handelen.¹⁴⁰ Dit volgt uit rechtspraak van de Hoge Raad:

"Als medeplichtige kan ook worden gestraft degene die in strijd met een op hem rustende rechtsplicht opzettelijk nalaat te beletten dat het misdrijf wordt gepleegd (vgl. HR 12 december 2000, ELRO AA8966) (de zogenoemde passieve medeplichtigheid). (...) Daarbij verdient opmerking dat kennis omtrent het voornemen van een ander tot het plegen van een misdrijf niet zonder meer voldoende is voor het doen ontstaan van de rechtsplicht tot openbaarmaking van die kennis en het aldus beletten van het misdrijf."¹⁴¹

Hier is niet altijd een scherpe grens tussen doen en laten te trekken. Er kan ook een combinatie van doen en laten zijn. Zo was iemand medeplichtig aan, kort gezegd, brandstichting doordat hij zijn huis had verlaten opdat er voor de mededaders gelegenheid was brand te stichten.¹⁴²

3.3.3.3 Medeplichtigheid aan een plaatsgevonden hebbend misdrijf

Er is alleen sprake van medeplichtigheid in strafrechtelijke zin indien een door een ander begaan feit wordt bevorderd of gemakkelijk gemaakt dat als misdrijf strafbaar is gesteld. Wordt gedrag bevorderd of gemakkelijk gemaakt dat niet als misdrijf strafbaar is gesteld, dan is geen sprake van strafbare medeplichtigheid.

Het misdrijf in de vorm van een voltooid delict of een strafbare voorbereiding daarvan of poging daartoe moet werkelijk plaatsgevonden hebben om van medeplichtigheid te kunnen spreken.¹⁴³

3.3.3.4 Opzet

Om als (strafbare) medeplichtige te kunnen worden aangemerkt, moet de betrokkene opzet hebben. Dit volgt uit artikel 48 Sr zelf.

¹³⁶ HR 22 maart 2011, LJV BO2629, NJ 2011, 341 m.nt. T.M. Schalken.

¹³⁷ HR 14 oktober 1975, LJV AB4802, NJ 1976, 149, HR 15 december 1987, LJV AD0099, NJ 1988, 835 en HR 24 maart 2009, LJV BG4831. Ook wijst de Hoge Raad nog op HR 11 november 1952, NJ 1953, 138, HR 2 oktober 1984, LJV AB8090, NJ 1985, 271 en HR 22 maart 2005, LJV AR8225, NJ 2007, 438.

¹³⁸ Kritisch over het arrest is H.D. Wolswijk, 'Voorafgaande en gelijktijdige medeplichtigheid. Enkele opmerkingen over HR 22 maart 2011, NJ 2011, 342', *DD* 2011, p. 1118-1138. Zie ook over het arrest J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 471.

¹³⁹ In C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 4c op artikel 48 Sr (S.S. Arendse en M.M. Doiman) worden vele voorbeelden gegeven.

¹⁴⁰ Over de passieve medeplichtigheid vooral J. Rimmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 446, W. Wedzinga, 'Passieve medeplichtigheid' in M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen, Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 631-639, J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 471-473 en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rimmelink (voortgezet door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer, losbladig, aantekening 9 op artikel 48 Sr (A.J.M. Machielse).

¹⁴¹ HR 27 november 2001, LJV AD4434, NJ 2002, 517 m.nt. G. Knigge.

¹⁴² HR 7 april 1987, LJV AB9735, NJ 1988, 122.

¹⁴³ In deze zin ook bijvoorbeeld J. Rimmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 446 en C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 4d op artikel 48 Sr (S.S. Arendse en M.M. Doiman).

Dat opzet moet in de eerste plaats gericht zijn op de eigen hulpverlening. De betrokkene moet opzettelijk bijstand verlenen. Dit opzet wordt wel eens bevorderingsopzet genoemd.¹⁴⁴ De betrokkene moet in de tweede plaats opzet hebben op het misdrijf dat hij ondersteunt maar er gelden hier uitzonderingen voor door culpa beheerste bestanddelen en geobjectiveerde bestanddelen.¹⁴⁵ Opzet op de precieze wijze van uitvoering is geen vereiste. Globaal opzet is voldoende.¹⁴⁶ Beide 'opzetten' lijken voorwaardelijk opzet te mogen zijn.¹⁴⁷ Bij het willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaarden dat het misdrijf van een ander bevordert wordt of gemakkelijk gemaakt, kan dus sprake zijn van medeplichtigheid. Niet vereist is dat de medeplichtige de wettelijke kwalificatie kent.¹⁴⁸

Denkbaar is dat het opzet van de medeplichtige niet precies spoort met het opzet van de pleger. De figuur van het voorwaardelijk opzet strijkt in dergelijke gevallen veel problemen glad. Is het verschil in opzet van meer betekenis (in die zin dat het opzet van de medeplichtige minder verstrekkend is dan dat van de pleger), dan moet rekening gehouden worden met artikel 49, vierde lid, Sr. Bij het bepalen van de straf komen op grond van deze bepaling alleen die handelingen in aanmerking die de medeplichtige opzettelijk gemakkelijk heeft gemaakt of bevordert, benevens hun gevolgen. De Hoge Raad verstaat deze bepaling aldus dat bij de bewezenverklaring en kwalificatie uitgegaan moet worden van de door de pleger verrichte handelingen, ook indien het opzet van de medeplichtige slechts was gericht op een deel daarvan¹⁴⁹, en dat het maximum van de aan de medeplichtige op te leggen straf een derde minder bedraagt dan het maximum van de straf gesteld op het misdrijf dat de medeplichtige voor ogen stond.¹⁵⁰ In deze benadering komt het verschil in opzet dus pas bij de straf tot uitdrukking.¹⁵¹ De situatie dat het opzet van de medeplichtige en dat van de pleger totaal uiteenlopen, laten wij hier onbesproken.

De pleger hoeft niet te weten dat iemand hem opzettelijk hulp verleent. Bewuste samenwerking is geen vereiste.¹⁵² De medeplichtige kan geheel los van de pleger opereren.

¹⁴⁴ Namelijk door J. Rammelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 448.

¹⁴⁵ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 473.

¹⁴⁶ HR 4 maart 2008, *LJN BC0780, NJ 2008, 156*.

¹⁴⁷ Over het opzet van de medeplichtige onder meer J. Rammelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 448, G. Kok en S.F.C. Römer, 'Medeplichtigheid' in J.L. van der Neut (red.), *Daderschap en deelneming*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1999, p. 117-125, p. 120-122, J.M. van Bemmelen en Th.W. van Veen (bewerking door D.H. de Jong en G. Knigge), *Ons Strafrecht, Deel 1: Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 225 en 226, C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 4b op artikel 48 Sr (S.S. Arendse en M.M. Dolman), M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a., (red.), *Sdu Commentaar Strafrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, onderdeel 33, aantekening C.2 op artikel 48 Sr (C. Waling), J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 473-475 en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rammelink (voortgezet door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer, losbladig, aantekening 7 op artikel 48 Sr (A.J.M. Machielse). HR 8 mei 1979, *LJN AC0350, NJ 1979, 481* en HR 15 februari 2005, *LJN AS1786* geven voorbeelden van voorwaardelijk opzet op de hulpverlening en HR 26 februari 1985, *LJN AC8740, NJ 1985, 651* en HR 13 november 2001, *LJN AD4372, NJ 2002, 245* geven voorbeelden van voorwaardelijk opzet op het misdrijf dat wordt ondersteund. HR 2 oktober 2007, *LJN BA7932, NJ 2007, 553* roept twijfel op over de mogelijkheid van voorwaardelijk opzet op de hulpverlening ("Daartoe is vereist dat niet alleen bewezen wordt dat verdacht opzet gericht was op het verschaffen van middelen als bedoeld in art. 48, aanhef en onder 2°, Sr, doch tevens dat verdacht opzet al dan niet in voorwaardelijke vorm was gericht op het misdrijf ...").

¹⁴⁸ G. Kok en S.F.C. Römer, 'Medeplichtigheid' in J.L. van der Neut (red.), *Daderschap en deelneming*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1999, p. 117-125, p. 121.

¹⁴⁹ Rammelink noemt dit tegenover de medeplichtige onrechtvaardig, nu zijn bijdrage zwaarder wordt gekwalificeerd dan verdiend. J. Rammelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 450.

¹⁵⁰ HR 27 oktober 1987, *LJN AD0021, NJ 1988, 492* m.nt. G.E. Muider en HR 2 oktober 2007, *LJN BA7932, NJ 2007, 553*. Over deze benadering onder meer A.J.M. Machielse, 'De deelneming; een terugblik' in H. de Doelder e.a. (red.), *Met recht naar 2000*, Lelystad: Vermande 1990, p. 167-179, p. 176 en C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 4b op artikel 48 Sr (S.S. Arendse en M.M. Dolman)

¹⁵¹ Vgl. G. Knigge, 'Het opzet van de deelnemer' in M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 291-321, p. 308: "Juist omdat de hulpverlener niet als dader, maar slechts als medeplichtige wordt gestraft, was het naar het oordeel van de wetgever minder juist om al bij de kwalificatie met zijn opzet rekening te houden".

¹⁵² Zie HR 6 oktober 1998, *LJN ZD1135, NJ 1999, 90* m.nt. J. de Hullu. Zie ook over dit punt J. Rammelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 446,

3.3.3.5 Werkelijk enige bijdrage

Anders dan de uitlokker is de medeplichtige niet de veroorzaker van het delict.¹⁵³ De medeplichtige moet 'slechts' daadwerkelijk enige bijdrage aan het begane misdrijf (of de poging of voorbereiding daarvan) hebben geleverd. Hij moet het misdrijf daadwerkelijk bevorderd of gemakkelijk gemaakt hebben. De bijdrage hoeft echter niet van doorslaggevende of substantiële betekenis te zijn geweest.¹⁵⁴

3.3.3.6 Gevolgtrekking

Naar ons oordeel zijn er in casu minder beren op de weg waar het om medeplichtigheid gaat.

Dat een misdrijf is gepleegd, is uitgangspunt van de vraag. De (in onderdeel 3.3.3.3 van dit advies besproken) voorwaarde voor strafbare medeplichtigheid dat een misdrijf plaatsgevonden moet hebben, levert dus geen problemen op.

Voorts lijkt nauwelijks betwistbaar dat door het beschikbaar houden van de vondelingenkamer, het plegen van het hier bedoelde misdrijf zo al niet daadwerkelijk bevorderd dan toch wel daadwerkelijk vergemakkelijkt is. Kortom, hier kan het kernverwijt bij medeplichtigheid — volgens (de in onderdeel 3.3.3.1 van dit advies besproken) rechtspraak van de Hoge Raad — gemaakt worden. De vondelingenkamer stelt mensen in staat om met minder praktische problemen en gemoedsbezwaren dan zonder vondelingenkamer gewoonlijk het geval is, anoniem afstand te doen van een kind (met name een baby). Zij krijgen als het ware op een presenteerblaadje aangeboden hoe en waar te handelen indien zij anoniem van een kind af willen waarbij ze de zekerheid hebben dat het kind na achterlating goed verzorgd zal worden. Degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt, vervult typisch de rol van faciliteerder.

Ook op het vlak van het (in onderdeel 3.3.3.4 van dit advies besproken) opzet zien wij geen problemen. Degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt gaat het er niet om het hier bedoelde misdrijf te bevorderen dan wel te vergemakkelijken. Van volkomen opzet op de eigen hulpverlening kan dan ook niet worden gesproken. Maar wel kan worden volgehouden dat de houder van de vondelingenkamer bewust op de koop toeneemt dat het misdrijf door het beschikbaar houden van de vondelingenkamer bevorderd dan wel vergemakkelijkt wordt of, moderner uitgedrukt, dat de houder van de vondelingenkamer willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaardt dat het misdrijf daardoor bevorderd dan wel vergemakkelijkt wordt. Voorwaardelijk opzet op de eigen hulpverlening is er dus wel. Ook kan worden gesteld dat degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt, voorwaardelijk opzet heeft op het misdrijf dat hij ondersteunt. De houder van de vondelingenkamer neemt bewust op de koop toe of, anders gezegd, aanvaardt willens en wetens de aanmerkelijke kans dat door het neerleggen van een kind in de vondelingenkamer diens staat wordt verduisterd.

A.J.M. Machielse, 'De deelneming; een terugblik' in H. de Doelder e.a. (red.), *Met recht naar 2000*, Lelystad: Vermande 1990, p. 167-179, p. 176, C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 4c op artikel 48 Sr (S.S. Arendse en M.M. Dolman) en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rimmelink (voortgezet door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer, losbladig, aantekening 7 op artikel 48 Sr (A.J.M. Machielse).

¹⁵³ Heel duidelijk hierover is G. Knigge, 'Het opzet van de deelnemer' in M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 291-321, p. 304 en 307. Zie ook HR 8 januari 1985, *LJN AC0142*, *NJ* 1988, 6: de eis dat de handelingen van de medeplichtige een adequate causale bijdrage moeten zijn voor de totstandkoming van het grondfeit, vindt geen steun in het recht.

¹⁵⁴ Zie J. Rimmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 447 en 448, M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a., (red.), *Sdu Commentaar Strafrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, onderdeel 33, aantekening C.3 op artikel 48 Sr (C. Waling), C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 4e op artikel 48 Sr (S.S. Arendse en M.M. Dolman), J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 475 en 476 en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rimmelink (voortgezet door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer, losbladig, aantekening 2 op artikel 48 Sr (A.J.M. Machielse). Zie HR 15 december 1987, *NJB* 1988, 99 (bijdrage hoeft niet zo wezenlijk te zijn geweest dat de dader zonder die bijdrage het feit niet had kunnen begaan).

Ingeval in de vondelingenkamer werkelijk een baby is neergelegd, is medeplichtigheid (aan verduistering van staat) van degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt dus juridisch reëel te noemen.

3.3.4 Medeplegen

3.3.4.1 Algemeen

In onderdeel 3.3.2.1 van dit advies is reeds aan de orde gesteld dat op grond van artikel 47, eerste lid, onder 1^o Sr als daders van een strafbaar feit gestraft worden zij die het feit plegen, doen plegen of medeplegen. De laatstgenoemde deelnemingsvorm, het medeplegen dus, is het sterkst met het plegen verwant en daarom het meest zelfstandig.¹⁵⁵ Medeplegen is ook bij culpoze misdrijven mogelijk.¹⁵⁶ Ook kan medeplegen zich bij overtredingen voordoen.

3.3.4.2 Bewuste en nauwe samenwerking

Voor medeplegen is een bewuste¹⁵⁷ en nauwe samenwerking vereist.¹⁵⁸ (Vroeger werd ook nog de volledigheid van de samenwerking als vereiste genoemd.¹⁵⁹) Om het nog iets preciezer te formuleren: er moet sprake zijn van een zodanig bewuste en nauwe samenwerking dat van medeplegen kan worden gesproken). De samenwerking moet dus een bepaalde intensiteit hebben.¹⁶⁰ De bijdrage van de medepleger moet substantieel zijn. Er moet sprake zijn van meer dan alleen hulpverlening. Deze samenwerking kan beschouwd worden als hét centrale vereiste.

De vereiste samenwerking moet ergens uit blijken. Vroeger stelde men een gezamenlijke uitvoering centraal. Dat is echter niet meer zo¹⁶¹, al kan een gezamenlijke uitvoering tijdens het strafbare feit, eventueel met een bepaalde afgesproken taakverdeling, natuurlijk wel op samenwerking wijzen.¹⁶² Het is zelfs zo dat medeplegen ook mogelijk is bij lijfelijke afwezigheid van de medepleger. Er moeten dan wel compenserende omstandigheden zijn waaruit een substantiële bijdrage van de medepleger blijkt zoals het voeren van de organisatie, het verschaffen van middelen, het ontwerpen van het plan

¹⁵⁵ In deze zin J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 434.

¹⁵⁶ Zie als voorbeeld HR 21 november 1978, *LJN AC6400*, *NJ* 1979, 92. Zie verder M.M. van Toorenborg, *Medeplegen*, diss. Tilburg, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 111, C.P.M. Cleiren & M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 6f op artikel 47 Sr (S.S. Arendse en M.M. Dolman) en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rammelink (voortgezet door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer, losbladig, aantekening 26 op artikel 47 Sr (door A.J.M. Machielse).

¹⁵⁷ De bewustheid wordt nader uitgewerkt in onderdeel 3.3.4.5 van dit advies.

¹⁵⁸ Zie over de vereiste samenwerking onder meer M.M. van Toorenborg, *Medeplegen*, diss. Tilburg, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 91-149, S.A.M. Stolwijk, 'De meegaande medepleger', *DD* 2002, p. 918-932, p. 926, H.K. Elzinga, 'Medeplegen' in J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en Deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 163-181, p. 168 en 169, J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 437 en C.P.M. Cleiren & M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 6c op artikel 47 Sr (S.S. Arendse en M.M. Dolman).

¹⁵⁹ De volledigheid komt in tal van arresten voor maar er zijn evenzeer tal van arresten, van later datum, aan te wijzen waarin dat niet het geval is. M.M. van Toorenborg, *Medeplegen*, diss. Tilburg, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998 hanteert de volledigheid wel als onderdeel van de omschrijving van medeplegen (in hoofdstuk 3) maar bij J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 434-453 komt de volledigheid vrijwel niet ter sprake. J.M. ten Voorde, 'Medeplegen van culpoze misdrijven', *Strafblad* 2007, p. 332-343, p. 333 signaleert dat de volledigheid sinds 2003 niet meer voorkomt in de rechtspraak van de Hoge Raad.

¹⁶⁰ In deze zin C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 6c op artikel 47 Sr (S.S. Arendse en M.M. Dolman).

¹⁶¹ Hierover onder meer J. Rammelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 437 en 438 en A.J.M. Machielse, 'De deelneming; een terugblik' in H. de Doelder e.a. (red.), *Met recht naar 2000*, Lelystad: Vermande 1990, p. 167-179, p. 173 en 'Medeplegen en feitelijke leiding geven' in P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *Levend strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context. Liber amicorum Ybo Buruma*, Deventer: Kluwer 2011, p. 375-388, p. 376 en 377.

¹⁶² Voor de Hoge Raad vormt gezamenlijke uitvoering nog wel een 'aanwijzing'. Zie bijvoorbeeld HR 26 oktober 2004, *LJN AR2187*, *NJ* 2004, 682 m.nt. P.A.M. Mevis.

en/of het geven van aanwijzingen.¹⁶³ Vanzelfsprekend is bij het ene delict medeplegen bij lijfelijke afwezigheid eerder mogelijk dan bij het andere delict. Gedragingen voorafgaand aan of na afloop van het strafbare feit kunnen ook wijzen op de vereiste samenwerking mits de delictomschrijving dat toelaat.¹⁶⁴ Inwisselbaarheid van rollen kan ook van belang zijn.¹⁶⁵ Enkele aanwezigheid ter plekke maakt de vereiste samenwerking nog niet voldoende duidelijk. Er is méér nodig: bijvoorbeeld betrokkenheid bij het plan, actieve aansporing en/of het opzettelijk verzaken van een rechtsplicht tot handelen.¹⁶⁶ Het niet benutten van een mogelijkheid tot distantie¹⁶⁷ kan ook meetellen met dien verstande dat het enkele erbij zijn en niet afhaken bepaald niet wijst op de vereiste nauwheid van de samenwerking.¹⁶⁸ Een voldoende volledige en nauwe samenwerking kan in sommige gevallen ook volgen uit hetgeen algemene ervaringsregels leren.¹⁶⁹ Medeplegen kan ook bestaan in een nalaten.¹⁷⁰

3.3.4.3 Identiteit en strafbaarheid andere medepleger(s)

Niet hoeft komen vast te staan wie de andere medepleger(s) is (zijn) geweest. Ook hoeft niet te blijken in hoeverre de ander vervolgbaar en strafbaar is als medepleger.¹⁷¹ Als vaststaat dat de ene medepleger straffeloos is wegens de aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond, staat dat op zichzelf aan de strafbaarheid van de andere medepleger niet in de weg.¹⁷²

3.3.4.4 Verdeling van bestanddelen

Medeplegen heeft een uitbreidend karakter. De medepleger behoeft niet tevens pleger te zijn. Hij hoeft niet zelf alle bestanddelen te hebben vervuld.¹⁷³ Het is mogelijk dat personen worden veroordeeld voor het medeplegen van een strafbaar feit zonder dat een van hen voldoet aan alle eisen die voor de pleger gelden.¹⁷⁴

¹⁶³ In deze zin J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 438-440. Zie ook C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 6c op artikel 47 Sr (S.S. Arendse en M.M. Dolman) en onder meer HR 15 april 1986, *LJN AC4107*, *NJ* 1986, 740, HR 6 februari 1996, *LJN ZD0384*, *NJ* 1996, 438 en HR 12 februari 2002, *LJN AD7803*, *NJ* 2002, 351.

¹⁶⁴ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 437

¹⁶⁵ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 437.

¹⁶⁶ In deze zin J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 438. HR 15 februari 2011, *LJN BP0068* lijkt dit te ondersteunen (enkel verblijf in woning waarin onmiskenbaar hennepkwekerij is ingericht, levert nog geen medeplegen op). Maar er is discussie op dit vlak. Hierover J.M. ten Voorde, 'Medeplegen van culpoze misdrijven', *Strafblad* 2007, p. 332-343, p. 333. Medeplegen door nalaten lijkt onder omstandigheden dus wel mogelijk. Hierover A.J.M. Machielse, 'De deelneming; een terugblik' in H. de Doelder e.a. (red.), *Met recht naar 2000*, Lelystad: Vermande 1990, p. 167-179, p. 173 en 174 die wijst op HR 17 februari 1987, *LJN AC9704*, *NJ* 1987, 750.

¹⁶⁷ Of die mogelijkheid er werkelijk is, is van belang. Zie HR 26 oktober 2004, *LJN AR2187*, *NJ* 2004, 682 m.nt. P.A.M. Mevis.

¹⁶⁸ In deze zin J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 438-440. Erbij zijn en zich niet distantieëren kan onder omstandigheden dus medeplegen opleveren. HR 11 januari 2000, *LJN ZD1700*, *NJ* 2000, 228 geeft een mooi voorbeeld van medeplegen in een dergelijke situatie maar zie bijvoorbeeld ook HR 8 mei 2001, *LJN AB1472*, *NJ* 2001, 480.

¹⁶⁹ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 445.

¹⁷⁰ In deze zin J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 443.

¹⁷¹ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 445.

¹⁷² J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 445. Zie HR 10 april 1973, *LJN AC1366*, *NJ* 1973, 468 m.nt. Th.W. van Veen.

¹⁷³ Dat verdeling van bestanddelen mogelijk is, hangt samen met het karakter van medeplegen als directe deelinemingsvorm. Hierover G. Knigge, 'Het opzet van de deelnemer' in M.S. Groenhuljzen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 291-321, p. 297. Zie ook J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 436.

¹⁷⁴ In deze zin A.J.M. Machielse, 'Medeplegen en feitelijke leiding geven' in P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *Levend strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context. Liber amicorum Ybo Buruma*, Deventer: Kluwer 2011, p. 375-388, p. 376 met verwijzing naar HR 29 juni 1936, *NJ* 1936, 1047.

In lijn met het voorgaande kan een kwaliteitsdelict worden medegepleegd door iemand die de desbetreffende kwaliteit mist maar het opzet van de medepleger moet dan wel (mede en al dan niet in voorwaardelijke vorm) op die kwaliteit bij een van de andere betrokkenen gericht zijn.¹⁷⁵ Bij een en ander sluit aan dat in het midden kan blijven wie van de betrokkenen precies wat heeft gedaan, als maar vaststaat dat het door één van de samenwerkende betrokkenen is gedaan en duidelijk is dat er in voldoende mate volledig en nauw is samengewerkt zoals bij (een belangrijke rol in de) planning van het geheel.¹⁷⁶

Overigens omgekeerd is het geen vereiste voor medeplegen dat een veroordeling wegens plegen is uitgesloten¹⁷⁷ m.a.w. ook als een dergelijke veroordeling wegens plegen mogelijk is, kan er sprake zijn van medeplegen.

3.3.4.5 Opzet

Voor medeplegen is opzet op de samenwerking vereist. Er moet sprake zijn van een bewuste samenwerking. Dit opzet kan blijken uit overleg en afspraken maar samenwerking kan ook stilzwijgend geschieden.¹⁷⁸ Voldoende is een wederzijds begrijpen, een op het moment van de handeling weten samen te werken tot hetzelfde resultaat.¹⁷⁹ Over het antwoord op de vraag of voorwaardelijk opzet hier toereikend is (in casu het willens en wetens aanvaarden van de aanmerkelijke kans dat men samenwerkt) wordt verschillend gedacht.¹⁸⁰

Opzet op de samenwerking is bij misdrijven niet voldoende. De medepleger moet bij opzetmisdrijven namelijk daarnaast een opzet hebben dat niet wezenlijk verschilt van het opzet dat de pleger moet hebben.¹⁸¹ Voorwaardelijk opzet zal in de regel voldoen. Bij culpoze misdrijven moet de medepleger opzet op de delictsgedraging hebben en schuld voor de door culpa beheerste bestanddelen.¹⁸² Voor medeplegen van overtre-

¹⁷⁵ HR 21 juni 1926, *NJ* 1926, p. 955 e.v. m.nt. L. Ch. Besier en HR 28 februari 2006, *LJN* AU9096, *NbSr* 2006, 116. Hierover ook J. R Emmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 439 en 440, C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 6e op artikel 47 Sr (S.S. Arendse en M.M. Dolman) en J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 449.

¹⁷⁶ Hierover J. R Emmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 438 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 443. Zie HR 17 mei 1943, *NJ* 1943, 576 voor een voorbeeld van medeplegen waarbij het er niet toe doet wie de handeling nu precies verricht (in casu een dodelijke slag met een hamer).

¹⁷⁷ Zie HR 29 juni 1936, *NJ* 1936, 1047 (geannoteerd door raadsheer Taverne die het arrest mede gewezen had), M.M. van Toorenburg, *Medeplegen*, diss. Tilburg, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 50-55 (historie) en 94-96 (actuele stand van zaken) en C.P.M. Cleiren & M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 6a op artikel 47 Sr (S.S. Arendse en M.M. Dolman). Zie ook T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. R Emmelink (voortgezet door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer, losbladig, aantekening 22 op artikel 47 Sr (door A.J.M. Machielse).

¹⁷⁸ In deze zin M.M. van Toorenburg, *Medeplegen*, diss. Tilburg, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 109 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 447. Zie met betrekking tot stilzwijgende samenwerking HR 15 maart 1937, *NJ* 1937, 846 (over "twee of meer verenigde personen" in artikel 138, vierde lid, Sr) en HR 10 april 1973, *LJN* AC1366, *NJ* 1973, 468 m.nt. Th.W. van Veen.

¹⁷⁹ In deze zin J. R Emmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 436. In dezelfde zin A.J.M. Machielse, 'De deelneming; een terugblik' in H. de Doeder e.a. (red.), *Met recht naar 2000*, Lelystad: Vermande 1990, p. 167-179, p. 174.

¹⁸⁰ M.M. van Toorenburg, *Medeplegen*, diss. Tilburg, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 109 en J.M. ten Voorde, 'Medeplegen van culpoze misdrijven', *Strafblad* 2007, p. 332-343, p. 334 (positief) en J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 447 (negatief).

¹⁸¹ Volgens G. Knigge, 'Het opzet van de deelnemer' in M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 291-321, moet de medepleger zelf het vereiste opzet hebben: toerekening van het opzet van de ene medepleger aan de andere medepleger is er niet bij (p. 311, 312 en 315).

¹⁸² J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 446. Zie bijvoorbeeld HR 7 juli 2009, *LJN* BI3862, *NJ* 2009, 482 m.nt. P.A.M. Mevis en HR 6 oktober 2009, *LJN* BJ9367, *NJ* 2009, 504. Zie over medeplegen van culpoze misdrijven J. R Emmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996, p. 442 en 443 en J.M. ten Voorde, 'Medeplegen van culpoze misdrijven', *Strafblad* 2007, p. 332-343.

dingen is slechts opzet op de samenwerking vereist.¹⁸³ Wetenschap van de precieze gedragingen van de mededaders is (steeds) niet vereist.¹⁸⁴ Maar een algemene verantwoordelijkheid voor de gang van zaken en acceptatie van die gang van zaken, zonder wetenschap van de bijzonderheden die het delict individualiseren, zijn onvoldoende om de vereiste samenwerking op te baseren.¹⁸⁵

Het kan zijn dat de betrokkenen met hun samenwerking verschillende delicten op het oog hadden. Het voorwaardelijk opzet zal dit probleem vaak aanmerkelijk relativeren. Als de medeplegers een uiteenlopend opzet van meer dan beperkte betekenis hebben waar het om de misdrijven gaat, komt een analoge toepassing van artikel 47, tweede lid, Sr in beeld: de medepleger kan slechts aansprakelijk worden gesteld voor zover zijn eigen opzet reikt.¹⁸⁶

3.3.4.6 Onderscheid tussen medeplegen en medeplichtigheid

Er is geen harde grens is tussen medeplegen en medeplichtigheid. Wel is sprake van een bepaald grijs gebied tussen beide deelnemingsvormen en het is zeer wel mogelijk dat bij hetzelfde feitencomplex zowel de kwalificatie medeplegen als de kwalificatie medeplichtigheid mogelijk is.¹⁸⁷ In dit verband verdienen de woorden van De Hullu de aandacht:

“Noch theorievorming, noch rechtspraak heeft hier tot veel houvast geleid. Belangrijkste oriëntatiepunt is dat medeplichtigheid marginaler is, minder betrokkenheid met het strafbare feit vergt dan medeplegen. Daarbij kan men letten op de objectieve zijde (gelijkwaardig aandeel in samenwerking) of meer op de subjectieve zijde (het opzet van de medeplichtige behoeft minder ver te gaan, hij wil ‘slechts’ behulpzaam zijn) of beide zijden van belang achten.”¹⁸⁸

Een en ander neemt niet weg dat, vooral gelet op het lagere strafmaximum bij medeplichtigheid, het onderscheid tussen medeplegen en medeplichtigheid wel van belang is en dat het in een voorliggend geval zaak is te bezien of de ene kwalificatie beter past dan de andere of misschien zelfs toch de enig juiste is.

3.3.4.7 Gevolgtrekking

Naar ons oordeel kan het handelen van degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt niet worden aangemerkt als het medeplegen van het hier bedoelde misdrijf, althans, voor het geval daartoe toch mogelijkheden gezien zouden worden, lijkt ons deze kwalificatie duidelijk minder passend dan de kwalificatie medeplichtigheid aan dat misdrijf.

De ‘bottleneck’ zit hem wat het medeplegen in casu betreft niet in de omstandigheid dat de identiteit van degene die van de vondelingenkamer gebruik maakt, onbekend blijft en daarmee ook niet vastgesteld kan worden of deze strafbaar is (omdat, zoals

¹⁸³ HR 20 mei 1997, *LJN* ZK0235 (overname redenen in de conclusie van het OM) en HR 2 februari 1999, *LJN* ZD1313, *NJ* 1999, 554 m.nt. T.M. Schaiken. Zie ook J.M. ten Voorde, ‘Medeplegen van culpoze misdrijven’, *Strafblad* 2007, p. 332-343, p. 334 en A.J.M. Machielse, ‘De deelneming; een terugblik’ in H. de Doelder e.a. (red.), *Met recht naar 2000*, Lelystad: Vermande 1990, p. 167-179, p. 174 en ‘Medeplegen en feitelijke leiding geven’ in P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *Levend strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context. Liber amicorum Ybo Buruma*, Deventer: Kluwer 2011, p. 375-388, p. 377.

¹⁸⁴ HR 10 april 2007, *LJN* AZ5713, *NJ* 2007, 224.

¹⁸⁵ In deze zin HR 30 mei 2006, *LJN* AV2344, *NJ* 2006, 315. Zie ook A.J.M. Machielse, ‘Medeplegen en feitelijke leiding geven’ in P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *Levend strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context. Liber amicorum Ybo Buruma*, Deventer: Kluwer 2011, p. 375-388, p. 378.

¹⁸⁶ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 447 en 448.

¹⁸⁷ Over het onderscheid tussen beide deelnemingsvormen zeer uitgebreid M.M. van Toorenburg, *Medeplegen*, diss. Tilburg, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 195-236 die terecht stelt (p. 236) dat over dit onderscheid al veel geschreven is. Zie ook C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpaalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening 6g op artikel 47 Sr (S.S. Arendse en M.M. Dolman).

¹⁸⁸ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 476 en 477. Hij wijst er op dat de Hoge Raad medeplegen en medeplichtigheid ten aanzien van een bepaald delict als “hetzelfde feit” in de zin van artikel 68 Sr aanmerkt (HR 10 januari 1989, *LJN* AC1226, *NJ* 1989, 516).

in onderdeel 3.3.4.3 van dit advies besproken, de identiteit en strafbaarheid van de ander niet hoeven komen vast te staan).

De medepleger moet (zoals aangegeven in onderdeel 3.3.4.5 van dit advies) bij opzet misdrijven naast het opzet op de samenwerking een opzet hebben dat niet wezenlijk verschilt van het opzet dat de pleger moet hebben. Ook dit opzet van de medepleger levert naar onze mening in casu geen problemen op. Degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt, heeft naar ons oordeel voorwaardelijk opzet op het hier bedoelde misdrijf (zoals ook al in onderdeel 3.3.3.6 van dit advies werd gesteld in het kader van de bespreking van de medeplichtigheid in casu). Deze neemt namelijk bewust op de koop toe of, moderner uitgedrukt, aanvaardt willens en wetens de aanmerkelijke kans dat door het neerleggen van een kind in de vondelingenkamer diens staat wordt verduisterd.

De voor medeplegen vereiste bewuste en nauwe samenwerking levert in casu echter wel problemen op.

In de eerste plaats is er een probleem gelegen op het vlak van de (in onderdeel 3.3.4.2 van dit advies besproken) vereiste nauwe samenwerking. In onze optiek is geen sprake van een zodanig nauwe samenwerking dat van medeplegen kan worden gesproken. Belangrijk gezichtspunt voor ons is dat degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt, zelfstandig opereert, vóór en na gebruikmaking van de vondelingenkamer. De vondelingenkamer wordt beschikbaar gehouden zonder enige afspraak en zonder enige planvorming met degene die van de vondelingenkamer gebruik maakt en ook na gebruikmaking ervan gaat degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt, zijn eigen weg. Deze heeft (zoals ook al in onderdeel 3.3.3.6 van dit advies naar voren kwam) typisch de rol van een faciliteerder. Uiteraard gaat de houder van de vondelingenkamer ervan uit dat er mensen zijn die van de vondelingenkamer gebruik willen maken, weet de toekomstige gebruiker van de vondelingenkamer van de beschikbaarheid daarvan en is er op het moment van gebruikmaking van de vondelingenkamer een kortstondig, veelal oppervlakkig contact tussen beide 'partijen', maar een en ander rechtvaardigt naar ons oordeel niet de conclusie dat sprake is van de voor medeplegen vereiste nauwe samenwerking. In dit verband hechten wij eraan op te merken dat de omstandigheid dat (zoals in onderdeel 2.2.10 van dit advies besproken) de zuivere eenzijdigheid ontbreekt indien gebruik wordt gemaakt van de vondelingenkamer, niet automatisch betekent dat er sprake is van de voor medeplegen vereiste nauwe samenwerking.

Duidelijk zal zijn dat bij deze stand van zaken het (in onderdeel 3.3.4.5 van dit advies besproken) voor medeplegen vereiste opzet op de samenwerking — de bewustheid ervan — in casu ook niet gemakkelijk ligt. Waaruit de bewustheid op de (niet voldoende nauwe) samenwerking in casu precies zou moeten blijken, is een niet zo gemakkelijk te beantwoorden vraag¹⁸⁹ nu degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt en de gebruikmaker ervan geen overleg hebben gevoerd, geen afspraken hebben gemaakt e.d. Als wij het goed zien, komen we derhalve terecht in de 'hoek' van het wederzijds begrijpen (op basis van wat beide 'partijen' zonder vooraf contact met elkaar te hebben gehad van elkaar konden verwachten). Dat is niet de 'hoek' waar het meest heldere licht schijnt.

Al met al zijn er dus problemen die in onze optiek verhinderen het handelen van degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt aan te merken als het medeplegen van het hier bedoelde misdrijf. En zo er toch nog een gaatje voor het medeplegen gevonden zou kunnen worden, lijkt ons deze kwalificatie in casu duidelijk minder passend dan de kwalificatie medeplichtigheid.

¹⁸⁹ In het algemeen zal bij nauwe samenwerking de bewustheid van die samenwerking veelal ook gegeven zijn. In deze zin J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 447.

3.3.5 Conclusies

De vraag of ingeval in de vondelingenkamer werkelijk een baby wordt neergelegd, van degene die deze vondelingenkamer beschikbaar houdt, gezegd kan worden dat deze zich schuldig heeft gemaakt aan strafbare uitlokking van, medeplichtigheid aan en/of medeplegen van de verduistering van staat als bedoeld in artikel 236, eerste lid, Sr wordt door ons dus aldus beantwoord dat:

- er, materieel gezien, op zichzelf wel sprake kan zijn van strafbare uitlokking; echter omdat degene die het kind in de vondelingenkamer heeft neergelegd doorgaans onbekend zal blijven, zal in de meeste gevallen niet vast te stellen zijn dat bij deze persoon de vereiste psychische omslag heeft plaatsgevonden en dat deze persoon strafbaar is;
- medeplichtigheid van degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt juridisch reëel te noemen is;
- er problemen op het vlak van de bewuste en nauwe samenwerking zijn die verhinderen het handelen van degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt, aan te merken als het medeplegen van het hier bedoelde misdrijf; zo er toch nog een gaatje voor het medeplegen gevonden zou kunnen worden, lijkt ons deze kwalificatie in casu duidelijk minder passend dan de kwalificatie medeplichtigheid.

Een en ander in aanmerking genomen zouden wij ingeval in de vondelingenkamer werkelijk een kind wordt neergelegd met betrekking tot degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt, uitsluitend willen spreken van medeplichtigheid aan de verduistering van staat als bedoeld in artikel 236, eerste lid, Sr.

3.3.6 Betekenis van het vervolgingsbeletsel voor medeplichtigheid aan verduistering van staat

Direct doemt wel de vraag op of het in onderdeel 2.3.8 van dit advies besproken vervolgingsbeletsel¹⁹⁰ ook aan vervolging wegens medeplichtigheid aan verduistering van staat in de weg staat. Wij menen dat dit zo is. Zeer belangrijk, zo niet doorslaggevend, voor dit oordeel is dat ook bij een vervolging wegens medeplichtigheid aan verduistering van staat volop ter discussie kan komen wat de staat van de betrokkene precies is en, in samenhang daarmee, of deze wel verduisterd is. Er kan zich derhalve een discussie ontspannen die de wetgever de belanghebbenden juist heeft willen besparen. Een andere overweging die hier een rol speelt, is dat de tekst van artikel 236, derde lid, Sr het vervolgingsbeletsel niet tot het misdrijf zelf beperkt ("vervolging heeft niet plaats dan...") en dus een iets ruimer bereik kan hebben (waarbij, gelet op de plaatsing van het vervolgingsbeletsel in het derde lid van artikel 236 Sr, dit misdrijf natuurlijk wel in beeld moet zijn). Ons oordeel laat zich trouwens goed verenigen met de spaarzame rechtspraak van de Hoge Raad over het artikellid. Bij medeplichtigheid aan verduistering van staat is immers geen sprake van overtreding van strafbepalingen die geheel andere rechtsbelangen beogen te beschermen welke overtredingen wel zonder meer vervolgd kunnen worden.

¹⁹⁰ Vervolging kan ingevolge artikel 236, derde lid, Sr alleen plaats hebben nadat een verzoek tot inroeping of tot betwisting van staat is gedaan en de burgerlijke rechter daarop een eindsbeslissing heeft gegeven of, ingeval het verzoek door het stilzitten van partijen onvoldoende voortgang vindt, nadat de burgerlijke rechter heeft beslist dat er een begin van bewijs is.

4. Eindconclusies

Strafbaarheid van het neerleggen van een kind in de vondelingenkamer

Degene die gebruik maakt van de vondelingenkamer maakt zich niet schuldig aan het misdrijf omschreven in artikel 256 Sr maar maakt zich wél schuldig aan het misdrijf omschreven in artikel 236, eerste lid, Sr. Vervolging van de verduisteraar van staat kan (echter) alleen plaats hebben nadat een verzoek tot inroeping of tot betwisting van staat is gedaan en de burgerlijke rechter daarop een eindbeslissing heeft gegeven of, ingeval het verzoek door het stilzitten van partijen onvoldoende voortgang vindt, nadat de burgerlijke rechter heeft beslist dat er een begin van bewijs is.

Strafbaarheid beschikbaar houden vondelingenkamer zonder dat daarin een kind wordt neergelegd

Het beschikbaar houden van een vondelingenkamer (zonder dat daarin een kind wordt neergelegd) is niet wegens uitlokking, medeplichtigheid of medeplegen strafbaar. Pas wanneer het misdrijf verduistering van staat werkelijk plaatsvindt, zou sprake kunnen zijn van één of meer van deze deelnemingsvormen.

Materieel gezien zou op zichzelf wel sprake kunnen zijn van een strafbare poging van degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt om een ander door het verschaffen van gelegenheid te bewegen het misdrijf verduistering van staat te begaan. Echter, onduidelijk zal vaak blijven of er geen gebruik is gemaakt van de vondelingenkamer omdat iemand daartoe niet kon worden overgehaald of omdat iemand, ofschoon daartoe wel overgehaald, daarin toch geen kind heeft neergelegd. Vaak zal de mogelijkheid blijven bestaan dat er überhaupt geen potentiële gebruiker van de vondelingenkamer is geweest en dat de vondelingenkamer daarom ongebruikt is gebleven. Een begaanbare weg biedt artikel 46a Sr doorgaans dus niet, nog daargelaten dat de vraag rijst of het in artikel 236, derde lid, Sr neergelegde vervolgingsbeletsel een stokje zou steken voor vervolging op grond van artikel 46a Sr juncto artikel 236, eerste lid, Sr.

Strafbaarheid beschikbaar houden vondelingenkamer indien daarin een kind wordt neergelegd

Ingeval in de vondelingenkamer werkelijk een baby wordt neergelegd, kan aan de zijde van degene die deze vondelingenkamer beschikbaar houdt, materieel gezien, op zichzelf wel sprake zijn van strafbare uitlokking; echter omdat degene die het kind in de vondelingenkamer heeft neergelegd doorgaans onbekend zal blijven, zal in de meeste gevallen niet vast te stellen zijn dat bij deze persoon de vereiste psychische omslag heeft plaatsgevonden en dat deze persoon strafbaar is (waardoor het leveren van het bewijs van uitlokking in veel gevallen niet te doen zal zijn). Medeplichtigheid van degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt is daarentegen juridisch reëel te noemen. Er bestaan wezenlijke problemen op het vlak van de bewuste en nauwe samenwerking welke problemen verhinderen het handelen van degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt, aan te merken als het medeplegen van het hier bedoelde misdrijf; zo er toch nog een gaatje voor het medeplegen gevonden zou kunnen worden, lijkt ons deze kwalificatie in casu duidelijk minder passend dan de kwalificatie medeplichtigheid. Kortom, ingeval in de vondelingenkamer werkelijk een kind wordt neergelegd zouden wij met betrekking tot degene die de vondelingenkamer beschikbaar houdt, uitsluitend willen spreken van medeplichtigheid aan de verduistering van staat als bedoeld in artikel 236, eerste lid, Sr.

Het in artikel 236, derde lid, Sr neergelegde vervolgingsbeletsel staat (echter) ook aan vervolging wegens medeplichtigheid aan verduistering van staat in de weg.