

Uitdijende strafbaarheid van onzedelijk handelen

Constantijn Kelk*

In de afgelopen eeuw en daarna zijn steeds meer zedenmisdrijven in het Wetboek van Strafrecht opgenomen. Sommige formuleringen zijn intussen weer zó veranderd dat de rechter meer interpretatieruimte heeft gekregen. Het slachtofferbelang weegt vaak zwaar, in weerwil van het strikte legaliteitsbeginsel van artikel 1 lid 1 Sr.

'Er zijn nu eenmaal mensen die van de Schepper geen mogelijkheden tot zedelijk zelfregiem hebben meegekregen.'
Prof.dr. H.M.M. Fortmann (rooms-katholieke priester en psycholoog, 1912-1970)



1 Inleiding

In deze bijdrage wordt gezien hoe met de vele uitbreidingen van het terrein van de zedenmisdrijven de taak van de rechter in dezen er niet mak-

kelijker op is geworden. Ook de Hoge Raad ziet zich nogal eens voor moeilijke rechtsbeslissingen gesteld. Bovendien zullen deze zoveel mogelijk in een consistente en consequente lijn, een rode draad, moeten passen. Mensen verzinnen evenwel steeds weer nieuwe wegen, nu ook via de sociale media, om de eigen – tevens seksuele – behoeften te bevredigen.

Met de vele uitbreidingen van het terrein van de zedenmisdrijven is de taak van de rechter in dezen er niet makkelijker op geworden. Ook de Hoge Raad ziet zich nogal eens voor moeilijke rechtsbeslissingen gesteld

De mens als 'zedelijk wezen', zoals W.P.J. Pompe deze zag, behoort zich echter zedig te gedragen en zich te onthouden van zedeloze lichamelijke uitingen. Deze uitingen werden in vroeger tijden soms alleen al op grond van hun intrinsieke betekenis verworpen. Zo bracht in de Middeleeuwen homoseksualiteit, toen als 'sodomie' aangeduid, menigeen als perverseling en goddeloze op de brandstapel. En nog altijd wordt in sommige maatschappijen homoseksualiteit – meestal als religieus misdrijf – bestraft. Dit is bijvoorbeeld in Egypte herhaaldelijk aan de orde.¹

Pompe schreef over de verhouding tussen recht en moraal het volgende:

'Vóór de grote Franse revolutie aan het einde der 18e eeuw, welke ook voor het strafrecht en het strafprocesrecht een diepgaande omwenteling heeft betekend, werd de grens tussen deze beide gebieden niet scherp getrokken. Delicten tegen de zedelijkheid, evenals die tegen de godsdienst, werden veelvuldig en soms barbaars streng strafbaar gesteld. De wijziging in de opvatting omtrent de verhouding tussen persoon en gemeenschap, met name de accentuering van de individuele vrijheid tegenover de staatsoverheid, bracht een scheiding tussen recht en moraal te wege, politiek en juridisch zich openbarende in de wetgeving sinds 1789 (...). Op het gebied van de zedendelicten had deze omwenteling een verre gaande beperking ten gevolge. Het Franse Wetboek van 1791 kende slechts drie zedendelicten: de openbare schennis der eerbaarheid, het bederf der jeugd en de verkrachting.'²

Sedertdien heeft een voortdurende uitbreiding van deze delicten plaats gehad, eerst

* Prof. mr. C. Kelk is emeritus hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Utrecht.

1 Zie bijvoorbeeld *De Volkskrant* 13 januari 2015.

2 W.P.J. Pompe, 'De seksuele criminaliteit in het Strafrecht', in: W.P.J. Pompe e.a., *Sexuele criminaliteit*, Assen: Van Gorcum 1963, p. 1.

in de Code Pénal, waarop het Nederlandse strafrecht tussen 1811 en 1886 hoofdzakelijk gebaseerd is geweest, maar daarna veel meer in ons nationale Wetboek van Strafrecht van 1886, dat door de liberale minister Modderman door het parlement werd geloodst. Diens aanvankelijke liberale terughoudendheid op het terrein van de zedendelicten – hij wilde de staat geen zedenmeester laten zijn op het bij uitstek privéterrein van de seksualiteit – werd reeds in 1911 ingehaald door de uitbreidende en aanscherpende zedenwet van minister Regout, nadat in de Kamer allengs een grote bezorgdheid was gegroeid over het ‘zedelijk verval’ van met name de lage bevolkingsgroeperingen, dit als gevolg van de toenemende urbanisatie.³ Bovendien zou de Nederlandse wetgeving een achterstand vertonen bij buitenlandse strafwetboeken, zoals het Duitse. De katholieke minister Regout zag na veel discussie zijn aanscherpende wet ‘ter bestrijding van de zedeloosheid’ ingevoerd.⁴ Een door hem persoonlijk sterk voorgestane nieuwe strafbaarstelling was die van homoseksueel contact met minderjarigen (art. 248 bis Sr), die onder meer aan een groot aantal heren van aanzien veel ellende heeft gebracht. Hoewel van meet af aan tegen deze bepaling is geprotesteerd werd deze discriminatie tussen heteroseksuele ontucht met minderjarigen beneden de zestien jaar en homoseksuele ontucht met minderjarigen (toen beneden de 21 jaar) pas in 1971 afgeschaft.⁵

De golfbewegingen hebben veel te maken met veranderingen van maatschappelijke opvattingen en die weer met maatschappelijke ontwikkelingen. Zedendelicten zijn bij uitstek sterk ‘cultuurgevoelig’

Thans, ruim een eeuw later, kunnen we constateren dat ook na de wetgeving van 1911 telkens weer sprake is geweest van uitbreidingen van strafbare feiten en van verhogingen van wettelijke strafmaxima op sommige van die feiten. Deze golfbewegingen hebben veel te maken met veranderingen van maatschappelijke opvattingen en die weer met maatschappelijke ontwikkelingen. Dit beeld geldt natuurlijk voor meer terreinen van het recht, maar de zedendelicten zijn bij uitstek – zoals dit is genoemd – sterk ‘cultuurgevoelig’.

2 Vrijere zeden in de jaren 60 en 70

De bekende psychiater Trimbos sprak zich begin jaren 60 uit tegen de onderwaardering, zo niet afkeer van het direct geslachtelijke die door een krachtige traditie en door een onderstroom in het christendom gehandhaafd was gebleven. Bovendien signaleerde hij dat de strafrechtelijke afgrenzing tussen wel en niet criminele seksuele gedragvormen vaak niet op wezenlijke verschillen berust (bijvoorbeeld homoseksueel verkeer met twintigjarigen was toenmaals strafbaar, met eenentwintigjarigen niet, etc.). Daarbij vond Trimbos dat de behandeling en voorkoming van seksuele afwijkingen, met name van seksuele delicten, niet strafrechtelijk maar via de – bijvoorbeeld geestelijke – zorg moest geschieden. In het bijzonder door een verblijf in de gevangenis werden zijns inziens de gewraakte gedragingen alleen maar bevorderd in plaats van bestreden.⁶ Deze geluiden over het irrationele van het strafrecht en van de straf waren toentertijd tamelijk nieuw en vormden het voorportaal van het anti-autoritaire denken en de daarmee samenhangende democratiseringsbewegingen die onze samenleving in de jaren 60 en 70 in hoge mate zijn gaan beheersen.

In die tijdgeest paste ook een verwerping van de ‘onderdrukking van de seksuele moraal’, hetgeen leidde tot een liberalisering van de seksuele gedragsnormen.⁷ Deze beperkte zich trouwens niet alleen tot Nederland, ook in andere Europese landen deed zich een soortgelijk verschijnsel voor. De opkomst van de welvaartsstaat had voor heel wat individuele vrijheidsbeleving ruimte geschapen.⁸

Seksueel verkeer werd niet meer gezien als monopolie van het huwelijk of van vaste relaties. Veeleer voelde men zich lid van een tolerante gemeenschap waarin sprake was van seksuele bevrijding: preutsheid werd taboe verklaard en (afgebakende) naaktstranden en naaktcampings raakten ruimschoots in zwang. Het wederzijds goedvinden ten aanzien van de seksuele vrijheid die partners wilden genieten was – achteraf gezien – in de praktijk vaak door een moreel opgedrongen tolerantie geforceerd. Vooral vrouwen waren nogal eens de lijdende partij, waaruit bleek dat het feminisme nog bepaald een flinke slag had te maken. Maar de tolerantie was duidelijk wél gegroeid ten aanzien van homoseksualiteit zodat artikel 248 bis Sr – als gezegd – eindelijk werd geschrapt.

Ook de uitvoerige strafbepalingen betreffende de pornografie werden voor herziening vatbaar geacht. Deze begonnen wat te knellen, zoals was gebleken toen in 1964 op het

3 Zie R.S.B. Kool, *Schuivende panelen. Een achtergrondstudie naar wereldlijke en kerkelijke ontwikkelingen rondom seksueel misbruik van minderjarigen binnen de Rooms-Katholieke Nederlandse Kerkprovincie*, Den Haag: Balans 2011, geciteerd in Rapport commissie Deetman naar seksueel misbruik van minderjarigen in de rooms-katholieke kerk, Amsterdam: Balans 2011, p. 91.

4 Zie over de rol daarbij van Regout zelf: de Utrechtse hoogleraar Criminologie G.Th. Kempe, ‘Uitvoerder of kruisvaarder?’, in: C. Kelk e.a. (red.), *Recht, macht en manipulatie*, Utrecht/Antwerpen: Het Spectrum 1976, p. 47-66.

5 Zie de goed gedocumenteerde bundel van G. Hekma & T. van der Meer (red.), ‘Bewaar me voor de waanzin van het recht’. *Homoseksualiteit en strafrecht in Nederland*, Diemen: AMB 2011.

6 C.J.B.J. Trimbos, ‘Psychiatrische aspecten van seksuele afwijkingen en criminaliteit’, in: W.P.J. Pompe e.a., *Sexuele criminaliteit*, Assen: Van Gorcum 1963, p. 61.

7 Zie ook C.W. Maris, ‘Recht & moraal: de Hoge Raad tijdens de seksuele revolutie’, *AA* 2005, afl. 10, p. 807-814 (AA20050807), over de rechtsvormende oordelen van de Hoge Raad inzake de pornografie en het begrip aanstotelijkheid voor de eerbaarheid in dat verband.

8 Zie ook Kool 2011, p. 95.

Amsterdamse Spui prenten onder meer van vrijende paren van de hand van de kunstenaar Aat Veldhoen à raison van drie gulden vanaf een rondrijdende bakfiets te koop waren aangeboden. Een aantal daarvan werd van een te hoog zinnenprikkelend gehalte geoordeeld, waarop de Leidse hoogleraar criminologie Willem Nagel reageerde met de beroemd geworden woorden: 'Waartoe heb ik mijn zinnen als ze niet geprikkeld mogen worden?'⁹ De regering wilde echter alvorens herzieningsvoorstellen te doen eerst adviezen ontvangen van de in 1970 ingestelde Adviescommissie, de zogeheten commissie-Melai, over een aantal elementen van de zedenmisdriven, zoals over 'aanstotelijkheid voor de eerbaarheid' en over het gebruiken van geweld of het misbruiken van iemands machteloosheid ter eigen lustbevrediging. Deze commissie wilde in haar eindrapport van 1980 onder meer – kort gezegd – alle pornografie, inclusief kinderporno, vrijgeven.

De commissie-Melai wilde in haar eindrapport van 1980 onder meer – kort gezegd – alle pornografie, inclusief kinderporno, vrijgeven

3 De repressievere jaren 80

Gedurende de jaren 80 stak in onze strafrechtspleging evenwel een geheel andere wind op, en wel in de richting van een repressiever straffklimaat. Dit gold zeer zeker ook voor het terrein van de zedendelicten, waar zich nieuwe opvattingen ontwikkelden. De tolerantie in onze samenleving nam af naarmate het accent hoe langer hoe meer op een veilige samenleving kwam te liggen. Hieraan was niet vreemd dat ieders besef om bescherming te kunnen vinden in zijn subjectieve rechten als mens, sterk werd gestimuleerd en geactiveerd. Zo drongen de fundamentele rechten van het EVRM via een aanwassende hoeveelheid jurisprudentie scherper tot het rechtsbewustzijn door. En ook kreeg de (rechts) positie van het slachtoffer in het strafrecht geleidelijk meer aandacht. In concrete strafzaken werd daaraan door de media veel publiciteit gegeven. De gemeenschap begon meer en meer de neiging te vertonen zich met het slachtoffer te identificeren. En zo kwam ook in zedenzaken *het slachtoffer* als zodanig en het (ernstig) geschonden zijn van diens recht op fysieke integriteit centraler te staan.

Gedurende de jaren 80 stak in onze strafrechtspleging een geheel andere wind op, en wel in de richting van een repressiever straffklimaat. Dit gold zeer zeker ook voor het terrein van de zedendelicten

Inmiddels begon de wetgever zich royaal te manifesteren. Er kwamen wetswijzigingen tot stand respectievelijk in 1985 inzake pornografie, waarbij de strafbepaling van kinderpornografie werd vernieuwd (art. 240b Sr),¹⁰ in 1991 inzake seksuele geweldsdelicten en de delicten waarbij jeugdigen en overige kwetsbaren betrokken zijn, in 1994 inzake de bepalingen over mensenhandel, in 1995 inzake de verlenging van de verjaringstermijn met betrekking tot zedendelicten jegens jeugdigen en in 1995 inzake de aanscherping van de bepaling over kinderpornografie.

Wat de kinderpornografie betreft heeft de Hoge Raad in 2000 geoordeeld dat hiervan geen sprake was bij een geëxposeerde foto van een naakte man, die een erectie heeft, met een eveneens naakt klein jongetje op zijn arm.¹¹ De rechtbank had er terecht op gelet of de uit de afbeelding naar voren komende ambiance voor het afgebeelde jongetje mogelijk schadelijk was geweest en ook of de publicatie van de foto niet als schadelijk voor het kind kon worden aangemerkt. De rechtbank had daartoe overwogen dat de foto een groot deel van de door de combinatie opgeroepen onnatuurlijkheid verliest door de omstandigheid dat de man de vader van het kind is die door de moeder is gefotografeerd en dat de man en het jongetje niet herkenbaar in beeld zijn gebracht. Mogelijke schadelijkheid voor het kind is dus de centrale vraag. Maar tevens hoort het gevaar voor aanzuigende werking tot de ratio van deze strafbaarstelling.

Ook zijn niet lang geleden nog meer wetswijzigingen in werking getreden, in 2002 inzake de schrapping van het klachtvereiste bij zedendelicten¹² en in 2010 inzake de aanscherping van de kinderpornografie (ook 'virtuele' kinderpornografie), de strafbaarstelling van *grooming* alsmede van het getuige doen zijn van een minderjarige van het plegen van ontuchtige handelingen¹³ en in 2010 inzake de strafbaarstelling van ontucht met dieren en het vervaardigen, bezitten, vervaardigen, et cetera, van dierenpornografie. Ten slotte trad in 2014 een nieuw artikel 248f Sr in werking,

9 Zie over deze affaire: 'Vunze platen op een bakfiets', *De Groene Amsterdammer* 12 februari 2015.

10 Wet van 3 juli 1985, *Stb.* 1985, 385.

11 HR 26 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7230, *NJ* 2001/61, m.nt. J. de Hullu.

12 *Stb.* 2002, 388

13 Art. 248e Sr, *Stb.* 2009, 544.

dat strafbaar stelt het door dwang, et cetera, bewerkstelligen of bevorderen van ontucht door een minderjarige met een derde. De gemeenschappelijke boodschap is steeds: geen seks met hen die we kwetsbaar achten; seks is dan veeleer ‘verdacht’ en geen ‘liefdevolle handeling’ zoals vaak door de pleger(s) wordt gepretendeerd.

De gemeenschappelijke boodschap is steeds: geen seks met hen die we kwetsbaar achten; seks is dan veeleer ‘verdacht’ en geen ‘liefdevolle handeling’ zoals vaak door de pleger(s) wordt gepretendeerd

Een aantal van deze wetswijzigingen geeft uitvoering aan internationale verdragen. Belangrijk is het verdrag van Lanzarote van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik van 2007.¹⁴ Kind in de zin van dit verdrag is elke persoon jonger dan achttien jaar. De seksuele meerderjarigheid verschilt per lidstaat en varieert van dertien tot zeventien jaar (in Nederland is dat zestien jaar). Voor seksueel meerderjarige kinderen (bij ons zestien- en zeventienjarigen) zijn sommige delicten wel en andere niet van toepassing. Ook de strafbare mensenhandel (art. 273f Sr) en kinderporno beschermen de kwetsbare minderjarige tegen uitbuiting.

4 Zedendelicten en de jurisprudentie van de Hoge Raad

Dergelijke veranderingsgolven stellen de rechter natuurlijk voor nieuwe rechtsvragen.

In de eerste plaats valt te denken aan kwesties van overgangsrecht. Hoe moest bijvoorbeeld worden geoordeeld over een geval van verkrachting staande het huwelijk dat zich reeds had voorgedaan voordat in 1991 het voor strafbare verkrachting essentiële bestanddeel: ‘buiten echt’ uit artikel 242 Sr was geschrapt? Een strikte toepassing van artikel 1, eerste lid Sr staat dan aan een veroordeling in de weg, maar het rechtsgevoel ten aanzien van de strafwaardigheid van verkrachting binnen het huwelijk had zich, zo mag men aannemen, al stilaan ontwikkeld. De reeds verander(en)de maatschappelijke ethiek keurde al lang voordien af dat het huwelijk een strafrechtelijke vrijplaats zou zijn om de

partner door geweld of dreiging met geweld te mogen dwingen tot zoals het toen nog in de wet heette: vleselijke gemeenschap.

Desniettemin oordeelde de Hoge Raad in 1988 anders over een verkrachting in een huwelijk, dat reeds in de fase van een echtscheidingsprocedure verkeerde.¹⁵ Er was sprake van een zogenaamde ‘knipperlichtrelatie’ en de man verkrachtte zijn bijna niet meer wettige echtgenote. De Hoge Raad zag deze situatie (nog) niet als ‘buiten echt’, zodat de man alsnog vrijuit ging. Door critici werd deze enge, niet extensieve, interpretatie van ‘buiten echt’ als te formalistisch gezien en in feite als schoffering van het verkrachte slachtoffer. Toch mag een moreel argument (zoals dit laatste) *op zichzelf* niet een reden zijn om een strikte interpretatie van artikel 1 Sr vanwege het *lex certa*-beginsel los te laten.¹⁶ Hier zal evenwel een redelijke argumentatie aan ten grondslag dienen te liggen, zoals bijvoorbeeld door het EHRM in 1995 is gehanteerd.¹⁷

De verander(en)de maatschappelijke ethiek keurde al lang af dat het huwelijk een strafrechtelijke vrijplaats zou zijn om de partner door geweld of dreiging met geweld te mogen dwingen tot vleselijke gemeenschap

De herziening van de zedenwetgeving van 1991 bracht bovendien een nieuwe terminologie. In artikel 242 Sr werd het door geweld of bedreiging met geweld een vrouw dwingen met hem buiten echt vleselijke gemeenschap te hebben *vervangen door*: het door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingen tot het ondergaan van handelingen die (mede) bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam. Dit is wat thans verkrachting inhoudt, waarop als een zwaarste zedenmisdrijf maximaal twaalf jaar gevangenisstraf is gesteld.

Het was echter allerminst direct duidelijk wat een ‘feitelijkheid’ is en wanneer sprake is van ‘seksueel binnendringen’. Door strafrechtsdeskundigen werd dan ook gewezen op de ruime interpretatie die door dergelijke termen mogelijk wordt gemaakt en dat, terwijl seksueel binnendringen van het lichaam juist het zwaardere element van de verkrachting uitmaakt vergeleken met het lichtere misdrijf

¹⁴ *Trb.* 2008, 58.

¹⁵ HR 9 februari 1988, ECLI: NL:HR:1988:AC0737, NJ 1988/613, m.nt. G.E. Mulder.

¹⁶ Zie in soortgelijke geest J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 103.

¹⁷ EHRM 22 november 1995, 20290/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (*C.R. / Verenigd Koninkrijk*). Het EHRM achtte de strafwaardigheid van verkrachting binnen het huwelijk ‘reasonably foreseeable and consistent with the essence of the offence’.

van feitelijke aanranding van de eerbaarheid van artikel 246 Sr, waarbij het gaat om dwingen tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen.¹⁸ Interpretaties blijken echter vloeiende overgangen te kunnen opleveren tussen deze twee delicten die als van een verschillend kaliber bedoeld zijn.

Door Kool is benadrukt dat van oudsher over de strafbaarstelling van seksuele gedragingen slechts moeizaam maatschappelijke en politieke consensus valt te bereiken. De pluriformiteit van seksuele praktijken en de ingeschapen hang naar seksuele privacy vormen zeer complicerende factoren: de wetgever, die het evenwicht moet zien te vinden tussen terughoudendheid en interventie, vertoont de neiging dat evenwicht te zoeken in open delictsomschrijvingen. Dit is ook een kwestie van rechtspolitiek: hierdoor wordt tevens een zo ruim mogelijke bescherming geboden tegen inbreuken door derden.¹⁹

De wetgever, die het evenwicht moet zien te vinden tussen terughoudendheid en interventie, vertoont de neiging dat evenwicht te zoeken in open delictsomschrijvingen

Ook het rechterlijk oordeel lijkt door het toegenomen belang van slachtofferbescherming meer op scherp te zijn geraakt. Wij zagen een en ander duidelijk geïllustreerd tijdens opzienbarende processen zoals in 2010 en 2013 tegen de zwemleraar Benno L. en de in een crèche werkzame Robert M., die grote aantallen aan hun zorg toevertrouwde kleine kinderen en zelfs baby's seksueel hebben misbruikt.

5 De begrippen 'feitelijkheid', 'dwingen' en 'seksueel binnendringen' bij verkrachting

Maar wat behelst in de praktijk van artikel 242 Sr het begrip *feitelijkheid* (naast geweld of bedreiging daarmee) om iemand te dwingen tot het ondergaan van verkrachtingshandelingen? Uit de jurisprudentie blijkt dat onder *dwingen* moet worden verstaan dat de verdachte het opzettelijk voor de ander zó moeilijk maakt om zich aan verdachtes handelingen te onttrekken,²⁰ dat de verdachte daardoor *veroorzaakt* dat de ander deze handelingen tegen zijn of haar wil ondergaat.²¹ De feitelijke waarheid wordt gedwongen moet dan bestaan uit een gedraging die

geschikt is om iemand te dwingen tot datgene wat van hem of haar wordt verlangd.²² Het alleen maar hebben van overwicht is in het algemeen onvoldoende om als feitelijke handeling te gelden,²³ maar wel kan het uitoefenen van psychische druk zo'n feitelijke handeling zijn.²⁴ Het is duidelijk dat de aanwezigheid van een feitelijke handeling sterk contextueel bepaald wordt.

In een verkrachtingszaak van een dochter door haar vader heeft de Hoge Raad voor het bewezen verklaren van dwingen niet uitdrukkelijk de eis gesteld dat de betrokkene de desbetreffende handelingen heeft ondergaan tegen haar wil. Annotator Keijzer vindt dit te meer opvallend aangezien de dochter had verklaard: 'Ik liet het wel toe, omdat (...) ik dacht: het is toch je vader.' Keijzer neemt aan dat naar het vermoedelijke oordeel van de Hoge Raad dwingen betekent

'dat de betrokkene wordt beroofd van de vrijheid om het seksueel binnendringen al dan niet toe te laten. Straftbaar is dan reeds het met geweld (etc.) binnendringen zonder toestemming. Bij die opvatting is het door verkrachting aangetaste rechtsgoed niet noodzakelijkerwijze de seksuele integriteit van het lichaam (...), maar reeds de seksuele zelfbeschikking.'²⁵

In deze zaak zou de vader met zijn dochter twee vormen van verkrachting hebben bedreven, te weten: a. door haar meermalen te dwingen handelingen te ondergaan die neerkomen op het seksueel binnendringen van haar lichaam door zijn tong in haar mond te duwen en haar een tongzoen op te dringen en b. hetzelfde door zijn vinger(s) tussen haar schaamlippen te brengen en te duwen. Wat deze laatste gedraging betreft stelde de Hoge Raad zich op het standpunt dat 'daarvan in redelijkheid niet kan worden gezegd dat deze niet op één lijn kan worden gesteld met geslachtsgemeenschap of een wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbare gedraging'. Dit is de inmiddels vaste maatstaf om van verkrachting in de zin van artikel 242 Sr te kunnen spreken.²⁶

De tongzoen als mogelijke verkrachtingshandeling heeft een opmerkelijke voorgeschiedenis

Anders evenwel oordeelde de Hoge Raad over de tongzoen. De tongzoen als mogelijke verkrachtingshandeling heeft een opmerkelijke voorgeschiedenis. In 1998 zag de Hoge Raad een ongewenste tongzoen als verkrachting (welk vergrijp in 1991 nieuw

18 Zie D.H. de Jong, 'De gewijzigde zedendelicten: een tussenstand', *DD* 1995, p. 193-201.

19 R.S.B. Kool, 'Verkrachting en legaliteit', in M. Moerings, C.M. Pelsen & C.H. Brants (red.), *Morele kwesties in het strafrecht*, Deventer: Gouda Quint, 1999, p. 158-159.

20 HR 16 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1653, *NJ* 2000/125.

21 HR 12 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7767, *NJ* 2007/422.

22 HR 16 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1653, *NJ* 2000/125.

23 HR 27 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5707, *NJ* 2007/288 m.nt. J.M. Reijntjes.

24 HR 18 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0645, *NJ* 1997/485, m.nt. A.C. 't Hart.

25 Zie de noot van Keijzer bij HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3627, *NJ* 2013/438 m.nt. N. Keijzer.

26 Zie HR 18 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6910, *NJ* 2010/287.

geformuleerd was), ervan uitgaande dat het seksueel binnendringen ieder binnendringen met een seksuele strekking omvat en dat de wetsgeschiedenis daarop geen beperkingen kent betreffende de wijze waarop het lichaam van de ander is binnengedrongen.²⁷ Op deze beslissing werd indertijd in de strafrechtswereld nogal met verbazing gereageerd. Thans is de Hoge Raad van zijn eerdere standpunt teruggekomen, oordelende dat een tongzoen in redelijkheid niet op één lijn kan worden gesteld met geslachtsgemeenschap of met een wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbare gedraging.²⁸

6 Feitelijke aanranding van de eerbaarheid?

In 2012 is de Hoge Raad niet akkoord gegaan met de kwalificatie feitelijke aanranding van de eerbaarheid waarbij het ging om iemand die vanuit een kleedhokje van een zwembad of een douchehok van een camping ongemerkt een (mobiel met ingebouwde) camera onder de afscheidingswand door of over deze wand heen stak en heimelijk een foto maakte van de (gedeeltelijk) blote persoon die zich in het belendende hokje bevond.²⁹

Hoewel aldus heimelijk gefotografeerde personen zich in hun seksuele schaamtegevoel gekwetst zullen voelen en/of het als dwang ervaren dat ze zich in het afgesloten hokje niet tegen deze onverhoedse actie hebben kunnen verzetten, terwijl bovendien de verdachte de gemaakte foto's achteraf zal kunnen gebruiken ter bevrediging van eigen lustgevoelens of die van derden (er is natuurlijk niet zonder reden aangifte gedaan), maakt dit alles de desbetreffende handelingen niet direct tot handelingen van seksuele aard. Om te kunnen spreken van ontuchtige handelingen die men gedwongen moet plegen of ondergaan in de zin van aanranding van artikel 246 Sr zal naar het oordeel van de Hoge Raad bij ontstentenis van fysieke aanraking ten minste sprake dienen te zijn geweest van een *relevante interactie* tussen de verdachte en het slachtoffer. De aard van het zedendelict van artikel 246 Sr is nu eenmaal dat iemands seksuele integriteit wordt geschonden, geheel in overeenstemming met de ratio van de wettelijke strafbaarstelling van ontucht.³⁰ Het ligt voor de hand dat de Hoge Raad wel wijst op artikel 139f lid 1 Sr, dat strafbaar stelt het heimelijk vervaardigen van een afbeelding van een persoon die zich thuis of op een niet toegankelijke plaats bevindt. Het gaat hier

om schending van de privacy, hetgeen een rechtsgoed van een iets andere orde is. Het typische karakter van de seksuele delicten wordt miskend als de desbetreffende delictshandeling op een geforceerde wijze onder een wettelijke kwalificatie wordt gebracht die niet strookt met het beeld dat daarbij in het dagelijkse spraakgebruik bestaat. Dat is wat met het aan de Duitse strafrechtsdogmatiek ontleende begrip *Typizität* wordt bedoeld.

Om te kunnen spreken van ontuchtige handelingen die men gedwongen moet plegen of ondergaan in de zin van aanranding van artikel 246 Sr zal ten minste sprake dienen te zijn geweest van een *relevante interactie*

7 Zeer jeugdige slachtoffers en hun strafrechtelijke bescherming

Uiteindelijk heeft door de toename van open delictsommeringen op het cultuurgevoelige terrein van de zedendelicten de rechtsbeschermende werking van artikel 1, eerste lid Sr aan striktheid ingeboet, maar daar staat een grotere bescherming van het slachtoffer tegenover, zij het dat deze uiteraard niet onbegrensd is.

Inmiddels trekt de *veiligheidssamenleving* ook in het strafrecht haar diepe sporen, waarbij het slachtofferschap een zwaarwegende leidraad is geworden, soms volkomen terecht, maar soms ook nogal zwaar aangezet. De gemeente zoekt hoe langer hoe meer op vele fronten a priori bescherming tegen mogelijke onveiligheid.

De bezorgdheid over de gevaren van het enorm toegenomen aantal gebruiksmogelijkheden van de digitale, zogeheten 'sociale media' is groot, zeker voor zover daarmee op een doortrapte manier misbruik kan worden gemaakt van kwetsbare personen, zoals jeugdigen.

Onlangs is het misdrijf van *grooming* (art. 248e Sr) door de Hoge Raad iets nader geprofileerd. In een zaak die zich eind 2014 bij de Hoge Raad aandienende ging het om een twintigjarige jongen, die gedurende circa acht maanden herhaaldelijk per sms bij een elfjarig meisje had aangedrongen op het spoedig maken van een afspraak teneinde seks met haar te hebben.³¹ Daarbij had hij

²⁷ HR 21 april 1998, *NJ* 1998/781, m.nt. J. de Hullu (*Tongzoen I*).

²⁸ HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653, *NJ* 2013/437 m.nt. N. Keijzer (*Tongzoen II*).

²⁹ Zie resp. HR 14 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5254, *NJ* 2012/504 m.nt. B.F. Keulen en HR 8 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5000, *NJ* 2012/505, m.nt. B.F. Keulen.

³⁰ Zie HR 11 december 2002, ECLI:NL:HR:2001:AD5390, *NJ* 2002/61, over ontuchtige handelingen met minderjarigen beneden de 16 jaar (art. 247 Sr).

³¹ HR 11 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3140, *NJ* 2015/73 m.nt. N. Keijzer.

diverse malen een concrete plaats, datum en tijd genoemd. Ook had hij haar in dat kader zijn telefoonnummer gegeven. Blijkens de wetsgeschiedenis veronderstelt de strafbaarstelling van *grooming* dat er weliswaar nog geen sprake is van daadwerkelijk seksueel misbruik, maar wel dat misbruik wordt gemaakt van de open communicatiemogelijkheden op internet om kinderen tot dat misbruik te verleiden. Naar het oordeel van de Hoge Raad is voor strafbaarheid vereist dat de communicatiefase uitmondt in het voorstellen van een ontmoeting en het verrichten van een handeling die gericht is op het verwezenlijken van die ontmoeting (in casu het geven van het eigen telefoonnummer door de verdachte).

Blijkens de wetsgeschiedenis veronderstelt de strafbaarstelling van *grooming* dat misbruik wordt gemaakt van de open communicatiemogelijkheden op internet om kinderen tot dat misbruik te verleiden

De jurisprudentie van de Hoge Raad wijst uit dat in het kader van artikel 46 Sr (strafbare voorbereiding van een misdrijf waarop een gevangenisstraf van acht jaar of meer staat) de strafbaarheid nog veel verder kan worden uitgerekt.³² De ratio van dit artikel is immers bescherming van de maatschappij tegen ernstige misdrijven. Het ging in casu om een verdachte van het voorbereiden van verkrachting en van medeplegen van ontucht met een meisje van 10 jaar. Zijn plan dat onder meer de seksuele penetratie van dit meisje omvatte was bij hem op gang gekomen naar aanleiding van e-mailcontacten met iemand (later zou dit een journalist blijken te zijn), die in dit verband een meisje bij name had genoemd, ene Laura, die echter niet bestond, dus geheel fictief was. De verdachte begaf zich per auto gretig op weg naar een plaats waar hij het meisje zou treffen en had daartoe een hoeveelheid seksartikelen bij zich, waaronder tepelklemmen, rollen tape, crème, een rubberen penis, et cetera.

Zoals gezegd bestond het meisje niet. In onze dogmatiek is altijd de absolute pogingsleer dominant geweest, volgens welke een poging ten aanzien van een absoluut ondeugdelijk object (bijvoorbeeld schieten op een lijk) straffeloos moest blijven. De Hoge Raad acht

evenwel deze theorie niet van toepassing op (strafbaar gestelde) voorbereidingshandelingen, doch oordeelt het voor strafbaarheid daarvan voldoende dat de bewezenverklaarde gedragingen naar hun uiterlijke schijn (zie bijvoorbeeld de meegevoerde seksartikelen) strekken ter voorbereiding van feiten zoals in de bewezenverklaring bedoeld en dat het opzet van de verdachte op het begaan daarvan was gericht: reeds door de getoonde bereidheid dat hij uitvoering wilde geven aan zijn wens om seksuele handelingen te verrichten bij kinderen onder de twaalf jaar is gebleken 'dat verdachte een gevaar vormt voor de samenleving en meer in het bijzonder voor kinderen onder de twaalf jaar.' Al met al kan de uiterlijke schijn van voorbereiding van een ernstig misdrijf jegens een slechts schijnbaar bestaand slachtoffer dus zeer strafbaar zijn, hetgeen men zal moeten zien als passend in de digitale schijnwereld waarin we meer en meer noodgedwongen terecht komen.

Al met al kan de uiterlijke schijn van voorbereiding van een ernstig misdrijf jegens een slechts schijnbaar bestaand slachtoffer zeer strafbaar zijn

Dat in ons tijdsbestek het gevaar voor jeugdigen sterk centraal staat, blijkt tevens uit de uitspraak inzake de pedofielenvereniging Martijn. De Hoge Raad oordeelde dat Martijn met zijn bewering dat seksuele relaties tussen volwassenen en kinderen 'puur en goed' kunnen zijn, dergelijke contacten verheerlijkt en de gevaren daarvan bagatelliseert.³³ Hoewel, mede gezien het grondrecht van vereniging, grote terughoudendheid ten aanzien van het verbieden en ontbinden van een vereniging moet worden betracht, meent de Hoge Raad dat het bij afweging van alle betrokken rechten en belangen in een democratische samenleving toch noodzakelijk is dat deze vereniging wordt verboden en ontbonden in het belang van de gezondheid en de rechten en vrijheden van kinderen.

Tegenover dit alles staat dat de drang tot bescherming van jeugdigen ook kan doorslaan. Ik noem ter illustratie de zaak van twee collegae die tijdens een bedrijfsuitje in een openbaar zwembad spontaan een 'geintje' hadden uitgehaald. In het bubbelbad had de één de zwembroek van de ander voor de grap even naar beneden getrokken, waarna de ander in zijn blote billen een pirouette had ge-

32 HR 27 mei 2014, ECLI: NL:HR:2014:1233, NJ 2014/338 m.nt. N. Rozemond.

33 HR 18 april 2014, ECLI: NL:HR:2014:948.

maakt met zijn rug naar bubbelbaden waarin zich ook schoolkinderen bevonden (van tien à elf jaar). Volwassen medezwimmers hadden er smakelijk om gelachen. Wegens schennis van de eerbaarheid (art. 239 Sr) door een handeling ‘die het normaal ontwikkelde schaamtegevoel kwetst’ had de politierechter de kortstondige nudist een geldboete opgelegd van 400 euro. Het Hof Den Bosch kwam tot een voorwaardelijke geldboete van 150 euro.³⁴ Een dergelijk minuscuul, nogal goedaardig voorval verdient – lijkt me – eigenlijk een opgeheven wijsvinger van de zwemmeester of hooguit een waarschuwing van het OM, maar toch niet een vervolging en een rechterlijke veroordeling. In een tijd waarin behalve rechters ook officieren van justitie geregeld klagen over hun veel te zware werklast is zo’n ‘flutzaak’, zoals Buruma dat noemt, moeilijk navoelbaar.

Te constateren valt dat zich op het terrein van de zedenmisdrijven een uitdijende beweging heeft voorgedaan, die nog steeds gaande is

8 Tot slot

Te constateren valt dat zich op het terrein van de zedenmisdrijven een uitdijende beweging heeft voorgedaan, die nog steeds gaande is, zowel wat betreft het aantal misdrijven in het Wetboek van Strafrecht, als wat de rechterlijke interpretatie ter zake betreft. Er is sprake van meer open delictsomschrijvingen waarin begrippen als ‘feitelijkheid’, ‘dwingen’ en ‘seksueel binnendringen’ in het kader van verkrachting nogal sterk worden geïnter-

preteerd met het oog op de bescherming van de slachtoffers en waarbij ten aanzien van de verkrachtingshandeling als zodanig de maatstaf wordt gehanteerd of deze al dan niet op één lijn kan worden gesteld met geslachts-gemeenschap of een wat de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbare gedraging. Voorheen was het dwingen tot ‘vleselijke gemeenschap’ een wettelijk bestanddeel van het verkrachtings-artikel. De genoemde extensieve interpretatie zou dan bij een streng gehanteerd legaliteits-beginsel bepaald op bezwaren stuiten, maar de Hoge Raad neemt in het huidige tijds-bestek de prioriteit van veiligheid en van slachtofferbescherming voor zijn rekening.

Daarentegen houdt de Hoge Raad zijn rug recht ter zake van de kwalificatie feitelijke aanranding van de eerbaarheid als het gaat om iemand die in het geheim een foto neemt van iemand in naakte toestand, bijvoorbeeld in het kleedhokje van een zwembad, zonder dat van een relevante interactie tussen beiden heeft plaats gevonden.

Ook de opgedrongen tongzoen valt volgens de lijn van de Hoge Raad niet meer onder verkrachting en daarmee is de Raad teruggekomen op zijn vroegere opvatting daaromtrent.

Maar wel is door de Hoge Raad beslist dat het naar aanleiding van e-mailcontacten voorbereiden van een verkrachting van een tienjarig meisje dat niet bestaat op grond van artikel 46 Sr tot een veroordeling kan leiden. De vraag van de objectieve pogingsleer speelt bij voorbereiding nu juist geen rol, aldus de Raad.

Het is duidelijk dat de redelijkheid van de argumentaties een belangrijke functie vervult bij het vaststellen van het al dan niet vervuld zijn van de bestanddelen van de betrokken delictsomschrijvingen.

³⁴ Hof Den Bosch 18 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1776.