

Verantwoorde seks

Een oriëntatie op de strafbaarstelling van verkrachting

Renée Kool

Inleiding

Enkele decennia na de Seksuele Revolutie is genoegzaam bekend dat seksuele permissiviteit haar keerzijden heeft. Regelmatig gaan onder ogenschijnlijk consensuele seksuele contacten (subtiële) vormen van dwang schuil, die qua laakbaarheid schuren langs de randen van het strafrecht. Soms gaat het om individuele contacten, maar regelmatig ook over groepsseks waarbij een aantal jonge mannen ‘gebruik’ maakt van de seksuele diensten van een jonge vrouw. Wordt zo’n zaak aan de strafrechter voorgelegd dan volgt regelmatig (partiële) vrijspraak omdat het opzet niet kan worden bewezen. In sommige gevallen kunnen andere, subsidiair ten laste gelegde strafbepalingen soelaas bieden, zoals artikel 245 Sr voor minderjarigen of artikel 249 Sr voor hen die in een afhankelijke positie verkeerden. Maar regelmatig is er geen ‘alternatief’ voor de ten laste gelegde verkrachting en blijft het slachtoffer strafrechtelijk onbeschermd. Indachtig de op bescherming gerichte koers van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) roept dit de vraag op of de Nederlandse strafbaarstelling van verkrachting voldoet aan de Straatburgse normen. In deze bijdrage, geschreven in het thema dat Constantijn zo nauw aan het hart ligt: de menselijke verantwoordelijkheid, betoog ik dat dit niet het geval is en bepleit ik een herziening van de strafbaarstelling van verkrachting.

Rechtsbescherming uit hoofde van het EVRM

Het EHRM benadert verkrachting vanuit het vereiste van consensualiteit: ‘[...] the development of law and practice in that area reflects the evolution of societies towards effective quality and respect for each individual’s sexual autonomy’.¹ Verkrachting wordt gekwalificeerd als schending van artikel 3 respectievelijk artikel 8 EVRM.² Dat het gaat om handelingen tussen particulieren staat aan de verplichting tot bescherming van overheidswege niet in de weg. Zo’n verplichting

1 EHRM 4 december 2003, M.C. t. Bulgarije, appl. no. 39272/98, § 165; zie § 185 waarin wordt gesproken van ‘the relevant modern standards in comparative and international law’. Voorts: Cesare Pitea, Rape as Human Rights Violation and a Criminal Offence: the European Court’s Judgement in M.C. v. Bulgaria, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 454. Pitea meent dat het hof via de positieve verplichtingen een ‘adoption of a definition of crime’ oplegt.

2 EHRM 25 september 1997, Aydin t. Turkije, appl. no. 23178/94.

vloeit volgens het hof voort uit artikel 1 EVRM.³ Van belang daarbij is dat de *margin of appreciation*, de beleidsruimte voor de lidstaten betreffende de keuze van middelen, beperkt is wanneer het gaat om fundamentele rechtsbelangen.⁴ Er kan dan ook geen misverstand over bestaan dat inzet van het strafrecht ter bestrijding van seksueel geweld geïndiceerd is uit hoofde van het EVRM.

Maar wat houdt die rechtsbescherming in? Hier komen de positieve verplichtingen in beeld, waarbij onderscheid moet worden gemaakt tussen preventieve verplichtingen en reactieve verplichtingen. De eerste categorie ziet op het tegengaan van mensenrechtenschendingen door middel van effectieve afschrikking, te bewerkstelligen via het opstellen van adequate strafbepalingen. De tweede categorie bouwt hierop voort en ziet op de effectieve handhaving. 'States have a positive obligation inherent in Articles 3 and 8 of the Convention to enact criminal-law provisions effectively punishing rape and to apply them in practice through effective investigation and prosecution', aldus het EHRM.⁵

Van belang voor mijn betoog is de bereidheid van het EHRM om ter verwerkelijking van het gewenste niveau van rechtsbescherming de grenzen van de legaliteit te verruimen. Er wordt afstand genomen van *formalistic definitions and narrow interpretations*, de nadruk ligt op de noodzaak van rechtsvinding in aansluiting op de heersende maatschappelijke opvattingen.⁶ Het uitgangspunt is gelegen in *effective equality* te bereiken via een context-specifieke beoordeling van de feiten; voor de eis dat het slachtoffer zich fysiek heeft verzet tegen de dader is in deze benadering geen plaats.⁷

Verrassend is deze ontwikkeling niet; aanspraken op strafrechtelijke rechtsbescherming door het (zedens)slachtoffer uit hoofde van het EVRM zijn inmiddels een aanvaard, zij het niet onomstreden gegeven. Met het oog op mijn betoog is het evenwel van belang te onthouden dat het EHRM blijkt geeft van een materiële opvatting inzake de legaliteit en bereid is soepel om te gaan met de wettekst.⁸

3 Vergelijk EHRM 10 mei 2001, Z. e.a. t. het VK, appl.no. 29392/95, § 72-73; EHRM 26 oktober 2002, E. e.a. t. het VK, appl.no. 3321/8/96, § 88 en M.C. t. Bulgarije, § 149-150. Kritisch: L. Zwaak, General Survey of the European Convention, in: P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006, p. 30-32 en P. de Hert en S. Guthwirth, Gij zult straffen om de mensenrechten te beschermen! De strafbaarstelling als positieve staatsverplichting, in: F. Verbrugge e.a. (red.), *Strafrecht als roeping: liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven: Universitaire Pers 2005, deel II, p. 729-756.

4 EHRM 17 december 2002, Venema t. Nederland, appl.no. 35731/97, § 90. In M.C. t. Bulgarije, § 154-155 wordt enige beleidsruimte aanvaard, zij het dat 'relevant modern standards' met de daarin gelegen nadruk op 'consent' (§ 181 en 185) deze ruimte beperken.

5 M.C. t. Bulgarije, § 153. Eerder ten aanzien van het recht op leven ex artikel 2 EVRM: EHRM 28 oktober 1998, Osman t. het VK, Reports 1998-VIII, § 128.

6 M.C. t. Bulgarije, § 161: 'Regardless of the specific wording chosen by the legislature [...] the prosecution of non-consensual sexual acts in all circumstances is sought in practice by means of interpretation [...]'.
7 M.C. t. Bulgarije, § 165, resp. § 127 en 157: 'A central concern underlying reforms in rape law had been to clarify that it was not necessary to establish that the accused had overcome the victim's physical resistance in order to prove lack of consent'. Voorts § 164 waarin wordt benadrukt dat van minderjarige slachtoffers geen fysiek verzet mag worden gevraagd.

8 Beate Rudolf en Andrea Eriksson, Women's rights under international human rights treaties: Issues of rape, domestic slavery, abortion and domestic violence, *International Journal of Constitutional Law* 2007, p. 507-525.

De Nederlandse strafbaarstelling van verkrachting

Bij het ontwerpen van het Wetboek van Strafrecht beoogde de wetgever een beperkt verkrachtingsbegrip. Strafrechtelijke bescherming werd gepast geacht wanneer de wilsvrijheid ontbrak, tot uitdrukking gebracht in het bestanddeel ‘dwingen’. Die dwang werd restrictief uitgelegd: van dwang is alleen sprake wanneer de verdachte heeft kunnen voorzien dat de wilsvrijheid ontbrak. Deze ‘harde’ eis berustte op de gedachte dat een te ruime strafbaarstelling aanleiding zou kunnen geven tot chantage.⁹

De strikte afbakening van het bestanddeel ‘dwingen’ paste in de visie van de toenmalige wetgever dat het opzetbegrip in het algemeen restrictief moest worden opgevat. Voorkomen moest worden dat het strafrecht een te brede toepassing kreeg. Vereist was ‘dat de wil des daders gerigt zij op het feit dat zij met straf bedreigt’, hetgeen voorwaardelijk opzet niet uitsloot.¹⁰ Waar het verkrachting betreft moest dit (voorwaardelijk) opzet, in afwijking van de regel, bovendien gericht zijn op de wederrechtelijkheid, tot uitdrukking gebracht in een koppeling van het ‘dwingen’ aan geweld of bedreiging met geweld.¹¹ De precieze vorm en inhoud van de dwang respectievelijk het geweld werd door de wetgever overgelaten aan de rechter.¹² Wel moet het gaan om een zodanig werkzaam geweld dat ‘zij voor de bedreigde als genoegzame dwang tot het gedoogen van het feit kan worden beschouwd. [...] De individualiteit van de handelende persoon [het slachtoffer, RK] komt hier in hoge mate in aanmerking’.¹³

Deze terughoudende opstelling van de wetgever komt in de jaren tachtig van de vorige eeuw onder druk te staan. De bereidheid tot een ruimere inzet van het strafrecht groeit, hetgeen resulteert in het voorstel van de commissie-Melai om het dwangbegrip te verruimen.¹⁴ Voorgesteld wordt de dwang betreffende de verkrachting te herijken op de leest van artikel 284 Sr, het algemene dwangartikel. Refererend aan het gendered uitgangspunt van de wetgever van 1886 merkt de commissie-Melai op dat er geen bezwaar is tegen een ruimere omschrijving van de dwang: er is immers geen reden om het slachtoffer met ‘bijzonder wantrouwen’ tegemoet te treden; de verdachte behoeft geen ‘bijzondere bescherming’.¹⁵

9 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van Strafrecht*, deel II, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 312, minister van Justitie Modderman citerend: ‘Wat betreft het waken tegen de verleiding, bepaaldelijk van vrouwen, wil ik al dadelijk constateren dat deze [...] zover gaat als, na rijp overleg, op dit oogenblik, zonder grooter kwaad te doen ontstaan, mogelijk is’. Slechts het Kamerlid Van der Werk maakte bezwaar tegen deze gendered beeldvorming.

10 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van Strafrecht*, deel I, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 87: ‘Wanneer wij niet regtstreeks den wil (hebben) gerigt op het misdrijf, doch, de mogelijkheid voorziende dat ons handelen [...] zeker gevolg zal hebben [...] toch handelen [...] zonder ons door die voorziene mogelijkheid te laten weerhouden’.

11 Kai Lindenberg, *Strafbare dwang* (diss. Groningen), Apeldoorn: Maklu 2007, § 3.3.

12 Smidt I, 1891, p. 306: ‘De wet belemmre den regter niet door nadere aanduiding, maar late hem voor elk gegeven geval volkomen vrij te beslissen, of de bedreiging werkelijk de oorzaak van het dulden is’.

13 Smidt II, 1891, p. 306.

14 Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving, *Eindrapport*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1980, § 4.1. Overigens spreekt uit dit rapport reeds de geest van het beschermingsdenken dat later een vertaling krijgt via de positieve verplichtingen.

15 Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving, 1980, p. 16.

De wetgever geeft geen gehoor aan deze oproep. Wanneer in 1991 de herziening van de zedelijkheidswetgeving van kracht wordt is de verkrachtingsbepaling verruimd, evenwel niet door een verruiming van het dwingen, maar via de invoeging van het bestanddeel 'andere feitelijkheid'.¹⁶ Daarmee beoogt de wetgever ook die situaties als verkrachting strafbaar te stellen waarin het slachtoffer tegen diens wil een seksuele handeling heeft gedoogd of gepleegd, daartoe gebracht door een middel met dezelfde werkzaamheid als geweld of dreiging met geweld.¹⁷ Wederom geldt dat die werkzaamheid moet worden beoordeeld vanuit het gezichtspunt van het slachtoffer: de vraag is niet of de gemiddelde burger onder deze omstandigheden het seksuele contact had kunnen vermijden, maar om de vraag of dít slachtoffer, gelet op diens capaciteiten en de omstandigheden ten tijde van het feit, daartoe in staat moet worden geacht.¹⁸ Dit veronderstelt een duidelijk causaal verband tussen het handelen van de verdachte en het dulden door het slachtoffer. Zo blijft de traditioneel strikte invulling van het opzet gehandhaafd: vastgesteld moet worden dat het slachtoffer in een onvrije situatie heeft verkeerd én dat de verdachte zich daarvan bewust is geweest, althans van de aanmerkelijke kans daarop. Een ruimere omschrijving van de dwang zou volgens de wetgever leiden tot een onaanvaardbare verruiming van de strafbepaling.¹⁹

Biedt artikel 242 Sr adequate bescherming?

De vraag is nu of artikel 242 Sr en de daarop gebaseerde jurisprudentie adequate en effectieve bescherming tegen verkrachting bieden, als vereist door het EHRM. Om die vraag te kunnen beantwoorden moet niet alleen worden gekeken naar de strafbaarstelling, maar ook – en wellicht vooral – naar de processuele vertaling van het materieelrechtelijke opzet via het bewijsrecht.²⁰

Vooropgesteld moet worden dat de reikwijdte van de strafbepaling is verruimd door de invoeging van de andere feitelijkheid. De beslissing de invulling over te laten aan de rechter is juist gebleken: de rechtspraak heeft in de regel oog voor de feitelijke machtsverhoudingen besloten in de omstandigheden van het geval. Daartegenover staat dat dit bestanddeel ten dienste staat van het dwingen, waardoor de rechtsbeschermende dimensie vanuit het slachtoffer bezien aan betekenis inboet.²¹

16 Wet 9 oktober 1991, *Stb.* 519.

17 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 930, nr. 5, p. 17 en nr. 8, p. 8.

18 Lindenberg, 2007, p. 141-142; Lindenberg spreekt van 'relatieve vermijdbaarheid'.

19 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 930, nr. 8, p. 2; minister van Justitie Hirsch Ballin stelt dat het dwingen substantieel moet zijn, anders zou 'iedere vorm van overreding [...] tot strafbaarheid leiden, en aldus aan de bepaling een onverantwoord ruime strekking [...] worden gegeven.' Met de invoeging van de andere feitelijkheid zijn de grenzen bereikt: 'Verder moet men naar mijn oordeel niet gaan'.

20 J.M. Reijntjes, Het aantonen van opzet, in: M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Glijdende schalen: liber amicorum J. de Hullu*, Deventer: Kluwer 2004, p. 473-491 en N.J.M. Kwakman, De opzet van het opzet, in: B.F. Keulen e.a. (red.), *Pet af: liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 289-314.

21 Renée Kool, Veranderde zeden?, *DD* 2004, p. 912-932.

En dat brengt me terug bij de wisselwerking tussen het materiële en het formele strafrecht. In de door de wetgever van 1886 beoogde gevallen zijn de bewijsproblemen beperkt: het vereiste gebruik van geweld of dreiging daarmee vergt een substantieel handelen van de verdachte. Handeling en gevolg liggen dicht op elkaar, waardoor geen causaliteitsproblemen ontstaan. Ook de strafwaardigheid van zulk handelen staat buiten kijf. Dat ligt evenwel anders voor 'modernere vormen' van (groeps)verkrachting, ofwel zaken waarin de dwang zou zijn verwezenlijkt via een andere feitelijkheid. Wanneer de verdachte hier ontkent rest het voorwaardelijk opzet, waarbij het kansweten en willen moeten worden afgeleid uit diens handelingen, in samenhang met de persoon van het slachtoffer en de omstandigheden van het geval. Van (groot) belang daarbij is dat de aanmerkelijkheid van de kans naar het oordeel van de Hoge Raad niet afhankelijk mag worden gesteld van de aard van het te schenden rechtsbelang; centraal staan het bewustzijn en de wilsvorming van de verdachte.²² De uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging en de objectieve betekenis daarvan bieden daarvoor weliswaar aanknopingspunten, maar laten de koppeling naar de persoon van de dader onverlet: verkrachting vereist dat de dader daadwerkelijk inzicht heeft gehad in de wilsonvrijheid, het feit dat sprake is van maatschappelijk onbetamelijk handelen is daarvoor onvoldoende.

In geval van aandringen, al dan niet gepaard gaande met een manipulatief, en soms subtiel misbruik van omstandigheden ontstaat dan al snel een bewijsrisico. Op het eerste gezicht lijkt dit ook niet onredelijk gelet op de zwaarte van het te vellen oordeel (verkrachting), in samenhang met de permissieve seksuele sfeer en de veelal moeizaam verlopende communicatie als het gaat om seks. Zeker wanneer het seksuele contacten tussen volwassenen betreft wordt bovendien een zekere gelijkwaardigheid, met daaruit voortvloeiende 'eigen verantwoordelijkheid', verondersteld. Daarbij komt dat artikel 249 Sr in voorkomende gevallen als achtervang kan dienen om het processuele risico op vrijpraak van de primair ten laste gelegde verkrachting te ondervangen.²³ Eenzelfde functie vervult artikel 245 Sr wanneer het gaat om minderjarige slachtoffers. Zo lijkt de Nederlandse strafwet een voldoende niveau van rechtsbescherming te bieden tegen verkrachting, althans tegen ernstiger vormen van seksueel geweld.

Schijn bedriegt evenwel. De door het EHRM voorgestane consensualiteit, met de daaraan verbonden *effective equality* wordt in deze systematiek van subsidiair ten laste leggen namelijk onvoldoende gewaarborgd. Een veroordeling wegens ontuchtige handelingen of seksueel misbruik binnen een afhankelijkheidsrelatie (artikel 245 respectievelijk 249 Sr) berust feitelijk op het niet kunnen bewijzen van het voor verkrachting vereiste (voorwaardelijk) opzet, veroorzaakt door de (te) strikte betekenis en uitleg van het dwingen. In minder

22 Voor een normatievere opvatting van het opzet: D.H. de Jong, De aanmerkelijke kans, in: Groenhuijsen e.a. (red.), 2004, p. 217-224. Zie ook diens noot onder HR 2 oktober 2007, *NJ* 2007, 645. Eerder heb ook ik voor zo'n benadering gepleit (R.S.B. Kool, Verkrachting en legaliteit, in: M. Moerings e.a. (red.), *Morele kwesties in het strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 156-171). In deze bijdrage kies ik voor een uitwerking die dichter bij het uitgangspunt van het geïndividualiseerde schuldverwijt ligt.

23 Hierover AG Machielse bij HR 27 maart 2007, *NJ* 2007, 287.

eenduidige situaties, die zich gelet op de permissieve seksuele tijdgeest al snel voordoen, is de kans op veroordeling wegens verkrachting afhankelijk van de wijze waarop het slachtoffer uitdrukking geeft aan diens ‘verantwoordelijkheid’ om de verdachte op enigerlei wijze kenbaar te maken geen seks te willen. In deze bewijslast ligt echter impliciet een aanname van gelijkwaardigheid besloten, die in vele gevallen niet alleen onrealistisch is, maar ook haaks staat op de door het EHRM gestelde eis van *effective equality*. Feitelijk komt het neer op een omkering van uitgangspunten: straffeloze seksualiteit veronderstelt immers consensualiteit, ofwel de voortdurende (bereidheid tot) afstemming op de (wilsvrijheid van de) ander. Het gendered uitgangspunt van de wetgever dat ten aanzien van verkrachting bijzondere bescherming heeft te gelden voor de verdachte, geconcretiseerd in een strikte uitleg van het opzet, komt hiermee in strijd. Sterker nog: het is een achterhaald concept. Juist in een tijdsbeeld dat doordrenkt is van ogenschijnlijke seksuele permissiviteit, met het daaruit voortvloeiende risico op versluierde vormen van seksueel geweld, is het – zoals het EHRM aangeeft – zaak het vereiste van consensualiteit op heldere wijze in de (uitleg van de) wet tot uitdrukking te brengen.²⁴

Vanuit dat perspectief maak ik bezwaar tegen het gebruik van artikel 245 Sr als subsidiaire bepaling voor groepsverkrachting van minderjarigen. Deze bepaling strekt ertoe minderjarigen tussen de twaalf en zestien jaar te beschermen tegen maatschappelijk onbetamelijke seksuele handelingen, hetgeen vrijwillige deelname overigens niet uitsluit.²⁵ Artikel 245 Sr heeft als ‘voordeel’ dat het opzet niet gericht hoeft te zijn op het schenden van de wilsvrijheid, zelfs niet gericht hoeft te zijn op het ontuchtig karakter van de seksuele handelingen. Voldoende is dat de verdachte wist, althans de aanmerkelijke kans aanvaardde dat zijn handelen in strijd was met de maatschappelijke betamelijkheid. Wanneer deze bepaling wordt gebruikt als vangnet voor een mogelijke vrijspraak wegens verkrachting ligt de grondslag van het verwijt evenwel niet primair in de maatschappelijke onbetamelijkheid, maar in het onvoldoende rekening houden met de wilsvrijheid van het slachtoffer. En dat omvat mijns inziens meer dan het algemene verwijt te hebben gehandeld in strijd met de maatschappelijke fatsoensnormen.²⁶ Feitelijk gaat het hier om ‘culpoze’ verkrachting, maar zo’n strafbaarstelling heeft de wetgever niet gewild.²⁷ Dat ‘gat’ nu wordt in de praktijk afgedekt door het subsidiair ten laste leggen van artikel 245 Sr. Het is

24 Illustratief voor het tijdsbeeld: H. de Graaf e.a., *Tienerseks; vormen van instrumentele seks onder tieners*, Utrecht: Rutgers Nisso Groep 2007.

25 *Handelingen II* 1990/91, 20 930, nr. 12, p. 584-585; minister van Justitie Hirsch Ballin stelt dat wilsvrijheid sec onvoldoende is voor strafbaarstelling nu kwetsbare groepen om verkeerde redenen kunnen instemmen met het seksuele contact. Zie ook: Hof 's-Hertogenbosch 9 oktober 2007, *LJN* BB5179.

26 Zie mijn lezing van M.C. t. Bulgarije, in: Kool, 2004. Anders: Lindenberg, 2007, p. 81 voetnoot 183. Voorts: Noyon/Langemeijer/Rommelink, *Wetboek van Strafrecht*, artikel 246, aantekening 5 (supplement 130): ‘het wil mij voorkomen dat een handeling van seksuele aard haar ontuchtige karakter eerst of juist krijgt doordat iemands recht op seksuele zelfbeschikking wordt geschonden’. Ook wordt gesproken over dwingen en ontuchtige handelingen als ‘communicerende vaten’.

27 Lindenberg, 2007, p. 155, voetnoot 457; Lindenberg oppert dat Nederland vanwege het ontbreken van een strafbaarstelling van culpoze verkrachting en aanranding mogelijk niet voldoet aan de eisen gesteld in het EVRM.

vanwege de specifieke aard van het verwijt, gelegen in het onvoldoende respect betonen voor de wilsvrijheid, dat ik bezwaar heb tegen artikel 245 Sr als stoplap voor het niet kunnen bewijzen van verkrachting. Waar artikel 242 Sr zich expliciet toespitst op de kern van de zaak, te weten het ontbreken van de instemming, wordt dat onvoldoende tot uitdrukking gebracht bij een veroordeling voor overtreding van artikel 245 Sr.²⁸ Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de toepassing van artikel 249 Sr als subsidiaire bepaling voor verkrachting.

Zoeken naar oplossingen

Duidelijk moge zijn dat artikel 242 Sr volgens mij niet voldoet aan het vereiste van adequate rechtsbescherming gesteld door het EHRM. Tegelijkertijd ben ik me ervan bewust dat het gaat om strafrecht op het scherpst van de snede: een te actieve inzet van het strafrecht zou kunnen leiden tot een uitholling van de seksuele autonomie. Dat stelt grenzen aan de redactie van de strafbepalingen: rigiditeit moet worden voorkomen.²⁹ Maar ook dan kan de strekking van de bepaling, in het bijzonder het uitgangspunt van consensualiteit en *effective equality*, helderder worden verwoord dan nu het geval is.

Nu dwingt de rechtspraak van het EHRM niet tot aanpassing van de wettekst, dankzij het daarin gehanteerde materiële wetsbegrip en de ruime uitleg van de legaliteit. De door mij beoogde omslag is evenwel principieel van aard en behoeft daarom het akkoord van de wetgever. Inspiratie voor zo'n wetwijziging put ik uit de recente herziening van de Belgische en Engelse verkrachtingsbepalingen. Beide wetgevers benadrukken de consensualiteit als uitgangspunt van strafbaarstelling en de noodzaak deze uitdrukkelijk in de strafwet op te nemen. De uitwerking verschilt, hetgeen samenhangt met verschil in rechtsculturen.

Gelet op de gedeelde continentale rechtstraditie zou het voor de hand liggen om de Belgische wetgever te volgen en consensualiteit duidelijk tot uitdrukking te brengen in de wettekst. Artikel 375 Belgisch Strafwetboek bepaalt daartoe:

'Verkrachting is elke daad van seksuele penetratie van welke aard en met welk middel ook, gepleegd op een persoon die daar niet in toestemt. Toestemming is er met name niet wanneer de daad is opgedrongen door middel van geweld, dwang of list of mogelijk is gemaakt door een onvolwaardigheid of een lichamenlijk of een geestelijk gebrek van het slachtoffer.'³⁰

De vraag is of hiermee kan worden volstaan. Immers, voorzienbaar is dat zich identieke bewijsproblemen zullen voordoen als voor artikel 242 Sr. Desalniettemin is het expliciet noemen van de toestemming als uitgangspunt voor straffeloosheid een stap vooruit.

28 Renée Kool, Vrijwillige vrijage of (groeps)verkrachting, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 1139-1149.

29 EHRM 25 mei 1993, Kokkinakis t. Griekenland, Series A vol. 260-A, § 40: 'The need to avoid excessive rigidity and to keep in pace with changing circumstances means that many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent are vague'.

30 Wet op de verkrachting, wet van 4 juli 1989, *Belgisch Staatsblad* 1989. Overigens ademen de bepalingen een duidelijke sfeer van bescherming uit; zie ook Liesbet Stevens, *Strafrecht en seksualiteit* (diss. Leuven), Antwerpen/Groningen: Intersentia 2002.

De Engelse wetgever voegt daar nog iets aan toe. Ook hier geldt de consensualiteit als uitgangspunt, tot uitdrukking gebracht in de strafbaarstelling van verkrachting in artikel 1 Sexual Offences Act 2003 (SOA 2003). Of de verdachte in redelijkheid mocht aannemen dat het slachtoffer toestemde wordt daarbij getoetst via een argumentatieschema (de zogenoemde *absence of reasonable belief test*):

- ‘(1) A person (A) commits an offence if
- (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis
 - (b) B does not consent to the penetration, and
 - (c) A does not reasonably believe that B consents
- (2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.’³¹

Aanvullend geeft artikel 74 SOA 2003 bovendien een wettelijke definitie van *consent*.³²

Maar er is meer, want gekoppeld aan de strafbaarstelling van verkrachting geven artikel 75³³ en 76³⁴ SOA 2003 wettelijke bewijsvermoedens.³⁵ Wanneer de verdachte het feit heeft begaan en aan de (alternerende) voorwaarden genoemd in artikel 75 of 76 heeft voldaan is het bewijs van de dwang geleverd. Daarbij geldt dat het bewijsvermoeden uit artikel 75 SOA 2003 is te weerleggen door de verdachte, het bewijsvermoeden uit artikel 76 SOA 2003 echter niet. Als reden voor deze omkering van het bewijs voerde de wetgever aan een *parity of status* te willen bewerkstelligen tussen verdachte en slachtoffer.³⁶

Nu moet de betekenis van deze wetvermoedens in zoverre worden gerelativeerd dat zij gekoppeld zijn aan wettelijke voorwaarden: het daderschap moet

31 Te vinden op: <www.opsi.gov.uk>.

32 Artikel 74 SOA 2003: ‘A person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice’. Overigens erkent de Engelse wetgever, net als de Nederlandse, dat gelet op de zwaarte van het verwijt niet kan worden volstaan met een te lichte schuldvorm. Minimaal dient sprake te zijn van opzet of roekeloosheid. Daaraan verbonden wordt de eis van een heldere strafbepaling; *Setting the Boundaries. Reforming the Law on Sex Offences*, London: HMO, July 2000, § 2.12.

33 Artikel 75 Sexual Offences Act 2003, chapter 42, Evidential presumptions about consent: ‘(1) If in proceedings for an offence to which this section applies it is proved -

- (a) that the defendant did the relevant act,
- (b) that any of the circumstances specified in subsection (3) existed, and
- (c) that the defendant knew those circumstances existed,

the complainant is to be taken not to have consented to the relevant act unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he consented, and the defendant is to be taken not to have reasonably believed that the complainant consented unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he reasonably believed it [...].’

34 Artikel 76 Sexual Offences Act 2003, chapter 42, Conclusive presumptions about consent: ‘(1) If in proceedings for an offence to which this section applies it is proved that the defendant did the relevant act and that any of the circumstances specified in subsection (2) existed, it is to be conclusively presumed -

- (a) that the complainant did not consent to the relevant act, and
- (b) that the defendant did not believe that the complainant consented to the relevant act [...].’

35 Vergelijk EHRM 7 oktober 1988, Salabiaku t. Frankrijk, appl.no. 10519/83, § 28.

36 *Setting the Boundaries*, 2000, § 2.10. Dit sluit aan op het door het EHRM gehanteerde *effective equality* in M.C. t. Bulgarije, § 165.

vaststaan, evenals de voorwaarden waaronder het feit is begaan.³⁷ Materieel gezien komt dat neer op het gebruik van (dreiging met) geweld (tegen een derde), onrechtmatige vrijheidsberoving van het slachtoffer, een toestand van slaap, bewusteloosheid of verminderde geestelijke vermogens bij het slachtoffer, verminderd bewustzijn wegens gedwongen toediening van enige substantie of misleiding omtrent het doel van de handeling of de identiteit van de dader.³⁸ Kortom dezelfde condities als gesteld in het Nederlandse strafrecht, alleen dan verdeeld over een aantal strafbepalingen.³⁹

Dit roept de vraag op wat de meerwaarde is van de Engelse wetssystematiek. Een principieel winstpunt, ook terug te vinden in de Belgische bepaling, ligt in het verschil in perspectief. Waar de Nederlandse wetgever het dwingen benadert vanuit het gezichtspunt van de verdachte en daarmee het door het openbaar ministerie te leveren strafrechtelijk bewijs van het (voorwaardelijk) weten en willen vooropstelt, ligt het vertrekpunt van de Belgische en Engelse wetgever in de verantwoordelijkheid van, en daaraan verbonden zorgplicht voor de verdachte: deze is uitdrukkelijk gehouden te voorkomen dat hij de wilsvrijheid van de ander schendt.⁴⁰ De Engelse wetgeving geeft bovendien niet alleen het uitgangspunt weer (lees: instemming), maar biedt ook (niet-limitatieve) aanwijzingen wanneer daaraan (vermoedelijk) niet is voldaan. Hoewel het lijkt te gaan om een verschil in bewijsregime en niet om een verschil in opvattingen betreffende de materieelrechtelijke betekenis van de dwang is dat niet juist. Voor de Engelse wetgeving geldt dat het voldaan zijn van de wettelijke voorwaarden in alle gevallen leidt tot de kwalificatie verkrachting, met daarbij behorend strafmaximum van levenslange gevangenisstraf.⁴¹ Dat laatste weerspiegelt niet alleen een (fors) verschil in waardering inzake de strafwaardigheid, maar ook over hetgeen heeft te gelden als verkrachting.

Nu moet de Engelse wetssystematiek, met de daarin gelegen bewijsvermoedens worden begrepen tegen de achtergrond van een *common law*-stelsel, met daarin geldende (vrijere) bewijsposities en regels. Een vergelijking met het Nederlandse straf(proces)recht gaat alleen al om die redenen mank. Dat laat onverlet dat de Engelse wetgever, evenals haar Belgische collega, meer 'zorg' heeft besteed aan het definiëren van hetgeen in rechte moet worden begrepen als

37 Jenny McEwan, Providing Consent in Sexual Cases: Legislative Change and Cultural Evolution, *Criminal Law Review* 2005, p. 11.

38 De omstandigheden staan genoemd in artikel 75 section 2 respectievelijk artikel 76 section 2 Sexual Offences Act 2003.

39 Dit geldt niet voor misleiding of list; in het Belgische en Engelse strafrecht is dan sprake van verkrachting. In de Nederlandse systematiek valt dit onder artikel 243 Sr. Een ander verschil ligt in het onderscheid tussen penale penetratie en overige vormen, met daaraan verbonden verschil in strafmaximum, gemaakt in SOA 2003. Ook dat is anders dan artikel 242 Sr dat ziet op alle vormen van seksueel binnendringen.

40 Zie de definitie van roekeloosheid in *Setting the boundaries*, 2000, p. 22: 'A person acts recklessly with respect to a result if he is aware of a risk that it will occur and it is unreasonable to take that risk having regard to the circumstances as he knows or believes them to be' (p. 22). Voorts: R. v. Olugboja [1982] QB 320, waarin expliciet onderscheid wordt gemaakt tussen *consent* en *sub-mission*.

41 Overigens betekent dit niet de facto levenslang; vervroegde vrijlating is mogelijk hetgeen (langdurig) reclasseringstoezicht impliceert.

verkrachting. Concrete aanleiding daartoe ook vormde de wens om een aantal in de rechtspraak ontwikkelde verweren te ontcrachten, met name de zogenaamde *Morgan-defence* (inhoudende dat de verdachte oprecht heeft geloofd in de toestemming).⁴² De bereidheid van de wetgever elders om via het opstellen van ruime strafbepalingen respectievelijk het opstellen van bewijsvermoedens duidelijkheid te verschaffen, in het bijzonder betreffende het strafrechtelijk opzet, getuigt van verantwoordelijkheidsgevoel. Daarmee is niet gezegd dat zo'n uitgebreide regeling per definitie tot 'betere' resultaten leidt; de aan verkrachting inherente bewijsproblematiek blijft immers onverlet. Vanuit oogpunt van publieke normstelling verdient zo'n ruimere regeling evenwel aanbeveling omdat het recht doet aan de legaliteit, met de daaraan verbonden 'adequate en effectieve' rechtsbescherming als neergelegd in de jurisprudentie van het EHRM.⁴³

Afsluiting

In het bestek van deze bijdrage kan ik de door mij gesignaleerde wenselijkheid en mogelijkheden tot herziening van de strafbaarstelling van verkrachting niet verder uitwerken. Mijn bijdrage is bedoeld als oriëntatie, in het licht van de maatstaven gesteld door het EHRM. Wat betreft de wenselijkheid van zo'n herziening kan ik duidelijk zijn: daar is alle aanleiding toe omdat de Nederlandse strafwet niet (princiepelijk) beantwoordt aan de Straatburgse maatstaf van een adequate en effectieve bescherming. Vooralsnog heb ik me daarbij beperkt tot de strafbaarstelling. Praktische problemen in de zin van tekortschietende inspanningen van politie en openbaar ministerie signaleer ik in de regel niet. Dat ligt anders voor de strafbaarstelling: daarin mag de menselijke verantwoordelijkheid voor het aangaan van seksuele contacten worden aangescherpt. Want 'wanneer men de betekenis van het woord eerbaarheid heeft begrepen, heeft men tevens de grondslag gevonden voor de strafbaarheid van de seksuele criminaliteit', zoals Pompe ooit schreef.⁴⁴

42 R. v. Morgan [1976] A.C. 182 en in reactie: R. v. Olugboja [1982] QB 320. Overigens is het voeren van een *Morgan-defence* nog wel mogelijk ten aanzien van een weerlegbaar wetsvermoeden (artikel 75 SOA). Zie J. Temkin en A. Ashworth, The sexual Offences Act 2003, Rape, Sexual assaults and the Problems of Consent, *Criminal Law Review* 2004, p. 328-346; Nicola Lacey, Beset by Boundaries: The Home Office Review of Sex Offences, *Criminal Law Review* 2001, p. 3-15 en Jenny McEwan, 'I thought she consented': defeat of the rape shield or the defence that shall not run, *Criminal Law Review* 2006, p. 969-980.

43 Zie ook Joanne Conaghan, Extending the Reach of Human Rights to Encompass Victims of Rape: M.C. v. Bulgaria, *Feminist Legal Studies* 2005, p. 145-157.

44 W.P.J. Pompe, *Sexuele criminaliteit*, Assen: Van Gorcum 1963, p. 7.