

# Verkrachting: what's in a name?

## De voorgenomen strafbaarstellingen van verkrachting en seks tegen de wil in het licht van artikel 36 Istanbul

Renée Kool & Anne Jongenotter<sup>1</sup>

Titel XIV van het Wetboek van Strafrecht gaat op de schop, waarbij onder meer seks tegen de wil op bredere grondslag strafbaar wordt. Het Verdrag van Istanbul en gewijzigde maatschappelijke opvattingen nopen inderdaad tot aanpassingen maar de voorgenomen strafbaarstelling van verkrachting (artikel 241 Sr (nieuw)) in samenhang met de meer algemene strafbaarstelling van seks tegen de wil (artikel 239 Sr (nieuw)), voldoet niet. Seks tegen de wil, of je het nu verkrachting noemt of niet, moet krachtig worden bestreden. Alle redenen om te pleiten voor een afdoende strafrechtelijke bescherming. Maar een waarschuwing voor een al te ongebreidelde beschermingsdrang en de daarin besloten gevaren is ook op zijn plaats. Vanuit dat oogpunt moet de wetgever terug naar de tekentafel.

### 1. Inleiding

Deze zomer lag het voorontwerp van het wetsvoorstel seksuele misdrijven ter consultatie voor.<sup>2</sup> Het betreft een ingrijpende wetswijziging. Titel XIV van het Wetboek van Strafrecht gaat op de schop, waarbij onder meer seks tegen de wil op bredere grondslag strafbaar wordt. Aanleiding en vertrekpunt zijn de evaluatie van Lindenberg en Van Dijk<sup>3</sup> en de gevoelde noodzaak om de strafbaarstelling van verkrachting in de pas te laten lopen met artikel 36 Verdrag van Istanbul.<sup>4</sup> Aanzet daartoe gaf ook de kritische evaluatie van GREVIO betreffende de implementatie van deze bepaling door Nederland.<sup>5</sup> Daarnaast speelt de #Metoo-discussie, want hoewel het Verdrag van Istanbul dateert van 2010, zag de wetgever daarin eerder geen aanleiding tot herziening van de strafbaarstelling van verkrachting.<sup>6</sup> Het voornemen tot herziening werd al in 2018 gecommuniceerd,<sup>7</sup> maar de wetgever hechtte eraan zich te laten adviseren door een expertcommissie. Deze uitkomsten zijn helaas niet gepubliceerd; dat zou mogelijk licht hebben kunnen werpen op de keuzes gemaakt in het voorontwerp.<sup>8</sup> Keuzes die wat betreft de strafbaarstelling van verkrachting vragen oproepen, zoals bleek uit de consultatieronde. Ook de minister is inmiddels tot dit inzicht gekomen en heeft aangekondigd het wetsvoorstel op dit punt te zullen herzien.<sup>9</sup>

In dit artikel leveren we een bijdrage aan het debat. De centrale vraag is de verenigbaarheid van artikel 242 Sr

met artikel 36 van het Verdrag van Istanbul (hierna: Istanbul). We constateren dat er gereede aanleiding is tot herziening,<sup>10</sup> maar dat de voorgenomen strafbaarstelling van verkrachting (artikel 241 Sr (nieuw)) in samenhang met de meer algemene strafbaarstelling van seks tegen de wil (artikel 239 Sr (nieuw)), niet voldoet. Daartoe analyseren we wat artikel 36 Istanbul volgens ons voorschrijft (par. 2), waarna we de Nederlandse strafbaarstelling inzake verkrachting onder de loep nemen, alsmede de voorgenomen strafbaarstellingen (par. 3). In paragraaf 4 zetten we de strafbaarstelling van verkrachting en de beoogde systematiek in het voorontwerp af tegen artikel 36 Istanbul, waarna een afronding volgt (par. 5).

### 2. Waartoe verplicht artikel 36 Istanbul?

Vooropgesteld moet worden dat het interpreteren van het Verdrag van Istanbul geen eenvoudige zaak is. Naast de verdragstekst biedt enkel het Explanatory Report houvast, waarnaast ook enige betekenis mag worden gehecht aan de uitleg van het verdrag door het toezichthoudende orgaan, GREVIO.

Deze beperkingen in acht genomen kan het volgende worden opgemerkt. Het Verdrag van Istanbul strekt ter 'prevention, protection and punishment' van seksueel en huiselijk geweld tegen vrouwen.<sup>11</sup> Strafbbaarstelling, waaronder die van 'rape', vormt een essentieel onderdeel. Hier is artikel 36 Istanbul van belang:

‘1. De partijen nemen de wetgevende of andere maatregelen die nodig zijn om te waarborgen dat de volgende opzettelijke gedragingen strafbaar worden gesteld:

a. het zonder wederzijds goedvinden op seksuele wijze vaginaal, anaal of oraal met een lichaamsdeel of object binnendringen van het lichaam van een ander;  
(...)

2. De toestemming dient vrijwillig te zijn gegeven en voort te vloeien uit de vrije wil van de betrokken persoon hetgeen wordt vastgesteld in het licht van de omstandigheden.  
(...)

Volgens het Explanatory Report dienen de verdragsstaten zorg te dragen voor ‘criminal legislation which encompasses the notion of lack of freely given consent to any sexual acts listed in lit.a to lit.c’ (§ 193).<sup>12</sup> De exacte formulering wordt overgelaten aan de verdragsstaten.<sup>13</sup> Ook staat het

hen vrij om factoren op te stellen die uitsluiten dat sprake is van vrijelijk gegeven toestemming. De partijen dienen de implementatie van het verdrag met gepaste inzet (‘due diligence’) ter hand te nemen.<sup>14</sup> Op handhavingsniveau geldt voorts de door het EHRM voorgeschreven context-sensitieve benadering: bij het beoordelen van de vrijwilligheid van het seksuele contact dient de rechter oog te hebben voor de feiten en omstandigheden waaronder gender, leeftijd(sverschil), numeriek overwicht of ‘frozen fright’.<sup>15</sup>

De competentie van de Raad van Europa brengt met zich mee dat het inspanningsverplichtingen betreft.<sup>16</sup> Toezicht verloopt via landenrapportages en aanbevelingen van GREVIO. *Des Pudels Kern* ligt in de lezing van het tweede lid van artikel 36 Istanbul. De daar gegeven definitie van toestemming moet worden gelezen als een nadere invulling van het onder a vermelde ‘zonder wederzijds goedvinden’. ‘Toestemming’ als bedoeld in het tweede lid heeft namelijk een materiële connotatie en strekt ertoe te benadrukken dat de aanwezigheid van formele toestemming niet voldoende hoeft te zijn.<sup>17</sup> Men

## Des Pudels Kern ligt in de lezing van het tweede lid van artikel 36 Istanbul. De daar gegeven definitie van toestemming moet worden gelezen als een nadere invulling van het onder a vermelde ‘zonder wederzijds goedvinden’

### Auteurs

1. Mr. dr. R.S.B. Kool is als senior docent-onderzoeker werkzaam bij het WPI en Ucall van de Universiteit Utrecht.

Mr. A.C. Jongenotter is alumnus van de Universiteit Utrecht; zij schreef een master-scriptie over de strafbaarstelling van verkrachting (*Dwang, tegen de wil, zonder toestemming*, Universiteit Utrecht 2020 (ongepubliceerd)).

### Noten

2. Wet seksuele misdrijven 12 mei 2020, [www.internetconsultatie.nl/wetseksuele-misdrijven](http://www.internetconsultatie.nl/wetseksuele-misdrijven); de consultatieronde liep van 12 mei 2020 tot 6 augustus 2020.

3. K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten?*, Groningen: Paris 2016.

4. *Council of Europe Convention on preventing and combatting violence against women and domestic violence*, Strasbourg: Council of Europe Treaty Series – nr. 2010. Voor Nederland in werking getreden op 1 maart 2016; *Trb.* 2015, 197.

5. GREVIO, *Baseline Evaluation Report Netherlands*, 20 januari 2020. GREVIO (Group of Experts on Action against Women and Domestic Violence) is het toezichhoudende orgaan dat via de beoordeling van

landenrapportages toezicht houdt op de implementatie van het Verdrag van Istanbul.

6. *Baseline Report The Netherlands*, 7 september 2018, p. 46 en 49. Uitgangspunt was dat artikel 242 Sr in gezamenlijkheid met de overige bepalingen, in het bijzonder art. 244 en 245 Sr, voldeed.

7. *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, 518.

8. Overigens maakt Smeets melding van kritiek binnen de expertcommissie op de voorgestelde strafbaarstelling van verkrachting (‘two crime model’); S.F.J. Smeets, ‘Zorgen om zeden’, *NTS* 2020/29, afl. 2, p. 100.

9. NOS, Alle onvrijwillige seks wordt strafbaar als verkrachting, [nos.nl/1/2355344](http://nos.nl/1/2355344).

10. Eerder: K. Lindenberg, ‘Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een “Nein heißt Nein”?’; in: E. Gritter (red.), *Modern strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 26. Eerder kwam hij, samen met Van Dijk, tot een andere conclusie. Zie K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zeden-delicten?*, Groningen: Paris 2016, p. 228.

11. Council of Europe, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combatting violence against women and domestic violence*, <https://rm.coe.int/16800d383a>, § 6.

12. Met het oog op de verbinding die in het Explanatory Report wordt gelegd met de rechtspraak van het EHRM is het relevant op te merken dat daarin volgens Lindenberg geen duidelijke verplichting tot strafbaarstelling van ‘any non consensual sexual act’ zou liggen besloten. Wel zou sprake zijn van een potentiële positieve verplichting; K. Lindenberg, ‘Zedendelicten en positieve verplichtingen’, in: J.H. Gerards & C.H. Sieburg, *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 525.

13. Council of Europe, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combatting violence against women and domestic violence*, [rm.coe.int/16800d383a](http://rm.coe.int/16800d383a), § 193. Het is aan de verdragsstaten ‘to decide upon the specific wording of the legislation and the factors that they consider to preclude freely given consent’.

14. I. Boerefijn, ‘Het verdrag van Istanbul. Een nieuw instrument voor het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld’, *NTM/NJCM* 2017, afl. 3, p. 379-395.

15. Council of Europe, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combatting violence against women and domestic violence*, <https://rm.coe.int/16800d383a>, § 189-194. Zie ten

deze EHRM 4 december 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:1204JUDO3927298 (*M.C./Bulgarije*). ‘Frozen fright’ of tonische immobiliteit staat voor psychologische mechanismen waarbij angst leidt tot versterking bij het slachtoffer waardoor deze niet in staat is zich fysiek te verzetten. Zie ook: Wet seksuele misdrijven 12 mei 2020 (MvT), [www.internetconsultatie.nl/wetseksuele-misdrijven](http://www.internetconsultatie.nl/wetseksuele-misdrijven), p. 3.

16. R. Kool, ‘Het verdrag van de Raad van Europa ter bestrijding van geweld tegen vrouwen: reden voor een feestje?’, *NTM/NJCM* 2011, p. 645. Uit het Verdrag van Istanbul zou een ‘gidsambitie’ spreken.

17. Council of Europe, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combatting violence against women and domestic violence*, <https://rm.coe.int/16800d383a>, § 193: ‘Such an assessment must recognise the wide range of behavioral responses to sexual violence and rape which victims exhibit and shall not be based on assumptions of typical behavior in such situations’. In dit verband ook: E. Mulder & A. Bosma, ‘Als je echt verkracht bent, doe je morgen aangifte. Reacties op een non-stereotypische #MeToo-casus’, *Proces* 2018, afl. 4, p. 237-251.



© Shutterstock

kan immers 'ja' zeggen en 'nee' bedoelen. Verder kan uit artikel 36 lid 2 Istanbul worden opgemaakt dat het de verdragsstaten niet vrij staat nader te bepalen wat 'onvrijwillig' kan worden genoemd.<sup>18</sup> Het is de verdragsstaten niet toegestaan om naast het ontbreken van de in vrijheid gegeven toestemming meer eisen te stellen om te kunnen spreken van onvrijwilligheid. Het opstellen van handvatten ter beoordeling van de wilsvrijheid zou te ver zijn afgelegen van de betekenis van het in de bepaling vermelde 'zonder wederzijds goedvinden'.<sup>19</sup> Ook GREVIO laat daartoe geen ruimte, gesproken wordt van 'the lack of consent given voluntarily as the result of the person's free will'.<sup>20</sup>

Kortom, gelet op de essentiële betekenis van de wilsvrijheid is de marge voor de verdragsstaten niet groot. Dit betekent echter niet dat het verdrag een grammaticale verplichting inhoudt.<sup>21</sup> Wel kan worden bepleit dat een teleologische uitleg van artikel 36 Istanbul – in het bijzonder met het oog op het tweede lid – verplicht tot een materiële, op bescherming van de seksuele autonomie gerichte uitleg. Een formele benadering lijkt niet aan de orde; noch qua redactie, noch qua interpretatie.<sup>22</sup>

### 3. Strafbaarstelling van verkrachting en seks tegen de wil

#### 3.1. Artikel 242 Sr

In Nederland is verkrachting strafbaar gesteld in artikel 242 Sr. Deze bepaling luidt als volgt:

'Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het ondergaan van handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt als schuldig aan verkrachting gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.'

De strafbaarstelling bevat verschillende bestanddelen. Het gaat om het i) dwingen van een persoon ii) door geweld of een andere feitelijkheid of door bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid tot iii) het ondergaan van handelingen die (mede) bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam.

#### 3.1.1. Dwang

Allereerst vereist artikel 242 Sr dat sprake is van dwang. Dit vormt de centrale delictsgedraging van de strafbaarstelling. In het bestanddeel liggen drie componenten besloten.<sup>23</sup> De seksuele penetratieve handelingen dienen tegen de wil van het slachtoffer te zijn verricht, waarbij het ondergaan van deze handelingen onvermijdbaar moet zijn geweest voor het slachtoffer. Daarnaast is vereist dat de verdachte opzet heeft gehad. We zullen deze drie componenten kort toelichten.

Het vereiste dat sprake is van een handelen tegen de wil houdt in dat het slachtoffer niet wilde dat de verdachte zodanig handelde. Er dient dus sprake te zijn van onvrijwilligheid aan de zijde van het slachtoffer. Van

onvrijwilligheid kan slechts worden gesproken, indien het slachtoffer op het beslissende moment niet wilde dat het gevolg onder die omstandigheden tot stand zou komen.<sup>24</sup> Zo is geen sprake van dwang, indien het slachtoffer zich ten tijde van de seksuele penetratie in bewusteloze toestand bevond of werd misleid. In die situaties heeft het slachtoffer gedurende de penetratie immers geen onwil ervaren.<sup>25</sup>

Het vereiste van onvermijdbaarheid houdt in dat het slachtoffer zich naar redelijke verwachting niet heeft kunnen verzetten tegen de seksuele handelingen of zich daaraan niet heeft kunnen onttrekken.<sup>26</sup> Of dit het geval is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Uit de rechtspraak blijkt dat de onvermijdbaarheid niet te gemakkelijk wordt aangenomen en door de feitenrechter onder verwijzing naar de feiten en omstandigheden moet worden gemotiveerd.<sup>27</sup>

## Door (voorwaardelijk) opzet te vereisen is de beleving van het slachtoffer onvoldoende voor strafbaarheid

Wat betreft het opzetvereiste geldt dat de verdachte de seksuele penetratieve handeling opzettelijk tegen de wil van het slachtoffer dient te hebben verricht. Voorwaardelijk opzet is hierbij voldoende.<sup>28</sup> De verdachte dient derhalve bewust de aanmerkelijke kans te hebben aanvaard

dat de seksuele penetratieve handelingen tegen de wil van het slachtoffer plaatsvinden. Door (voorwaardelijk) opzet te vereisen is de beleving van het slachtoffer onvoldoende voor strafbaarheid.<sup>29</sup> Van belang is dat de verdachte 'daadwerkelijk inzicht heeft gehad in de wilsonvrijheid'.<sup>30</sup> Dat betekent dat de verdachte (minstens voorwaardelijk) opzet moet hebben op de onvermijdbaarheid.<sup>31</sup>

Daarnaast geven Lindenberg & Van Dijk aan dat eveneens is vereist dat de verdachte opzet heeft gehad op de onvermijdbaarheid.<sup>32</sup> Zij maken dit op uit de plaatsing van het begrip 'opzettelijk' in enkele uitspraken van de Hoge Raad.<sup>33</sup> Volgens Lindenberg zou het opzetvereiste aan de hand van het voorwaardelijk opzet geconcretiseerd kunnen worden.<sup>34</sup>

*3.1.2. (Bedreiging met) geweld of een andere feitelijkheid*  
Voorts vereist artikel 242 Sr dat de verdachte het slachtoffer dwingt door geweld of een andere feitelijkheid of door bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid. Een causaal verband tussen deze dwangmiddelen en het dwingen is vereist.<sup>35</sup>

Geweld dient te worden begrepen als de aanwending van fysieke kracht en dient geschikt te zijn om de weerstand van het slachtoffer te breken.<sup>36</sup> Bij de beoordeling of sprake is van geweld spelen de omstandigheden van het geval een rol.<sup>37</sup>

Bij het begrip andere feitelijkheid kan worden gedacht aan: i) het uitoefenen van psychische druk op het slachtoffer, ii) het brengen van het slachtoffer in een afhankelijkheidsituatie en iii) het brengen van het slachtoffer in een door de verdachte veroorzaakte, (bedreigende) situatie. De rechtspraak van de Hoge Raad beschouwend, veronderstellen wij dat de Hoge Raad deze lijst niet exhaustief heeft bedoeld.<sup>38</sup> Dit wekt onze inziens ook geen verbazing. Het al dan niet aannemen

18. K. Lindenberg, 'Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een "Nein heißt Nein"?', in: E. Gritter (red.), *Modern strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 1-31. Eerder concludeerde hij samen met Van Dijk dat artikel 242 Sr voldeed; K. Lindenberg en A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten?*, Groningen: Paris 2016, p. 25 en 227.

19. K. Lindenberg, 'Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een "Nein heißt Nein"?', in: E. Gritter (red.), *Modern strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 26.

20. O.a. GREVIO, *Baseline Evaluation Report Albania*, 24 november 2017, § 125; *Baseline Report Denmark*, 24 november 2017, § 174; *Baseline Report Finland 2* september 2019, § 165 en *Baseline Report Italy*, 13 januari 2020 § 190.

21. R.J.A. McQuigg, *The Istanbul Convention, Domestic Violence and Human Rights*, New York: Routledge 2017.

22. S.F.J. Smeets, 'Zorgen om zeden', *NTS* 2020/29, afl. 2, p. 100.

23. K. Lindenberg, 'Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een "Nein heißt Nein"?', in: E. Gritter e.a., *Modern Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 11.

24. K. Lindenberg, *Strafbare dwang. Over het bestanddeel 'dwingen' en strafbaarstellingen van dwang, in het bijzonder art. 284 Sr*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2007, p. 135-139 en 162-164.

25. Dergelijk handelen kan wel onder artikel 243 Sr vallen.

26. K. Lindenberg, *Strafbare dwang. Over het bestanddeel 'dwingen' en strafbaarstellingen van dwang, in het bijzonder art. 284 Sr*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2007, p. 142; HR 27 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:494, r.o. 4.2.1.

27. Vlg. bijv. HR 27 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2194 en HR 12 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7767.

28. Zie bijv. HR 27 november 2018,

ECLI:NL:HR:2018:2194, r.o. 3.3.

29. HR 27 november 2018,

ECLI:NL:HR:2018:2194, *NJ* 2019/241, m.nt. N. Rozemond, punt 1.

30. R.S.B. Kool, 'Verantwoorde seks', in: A.A. Franken, M. de Langen & M. Moerings (red.), *Constante waarden: liber amicorum prof. mr. Constantijn Kelk*, Den Haag: BJu 2008, p. 227.

31. K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten?*, Groningen: Paris 2016, p. 7 en 220-221. Deze conclusie is overgenomen in het voorontwerp; Wet seksuele misdrijven 12 mei 2020 (MvT), [www.internetconsultatie.nl/wet-seksuele-misdrijven](http://www.internetconsultatie.nl/wet-seksuele-misdrijven), p. 8.

32. K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten?*, Groningen: Paris 2016, p. 220-221.

33. Zie HR 12 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7767, r.o. 3.4; HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3627, r.o. 3.2; HR 27 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:494, r.o. 4.2.1.

34. K. Lindenberg, *Strafbare dwang. Over*

*het bestanddeel 'dwingen' en strafbaarstellingen van dwang, in het bijzonder art. 284 Sr*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2007, p. 171.

35. L.E.M. Schreurs, J. van der Ham & L.E.M. Hamers, 'Dwang bij misdrijven tegen de zeden in het afgelopen decennium. Gezichtspunten uit de rechtspraak met het oog op een toekomstig wetsvoorstel', *Delikt en Delinkwent* 2019/59, afl. 9, p. 770.

36. HR 16 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3040, r.o. 3.3; Concl. A-G A.J. Machielse, ECLI:NL:PHR:2004:AR3040, bij HR 16 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3040, par. 3.2.

37. S.E. van den Brink & S.M. Milani, *Zedelijkheidswetgeving. Een overzicht en analyse van zedendelicten*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 45.

38. HR 27 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:494, r.o. 4.2.1: 'Van door een feitelijkheid dwingen [...] kan sprake zijn indien ...' (cursivering toegevoegd).

van de andere feitelijkheid hangt in grote mate af van de casuïstiek. Dit maakt het lastig om het bestanddeel sluitend te definiëren.

Wat betreft bedreiging met geweld of met een andere feitelijkheid geldt dat hiervan sprake is 'indien de dader een dermate dreigende situatie heeft gecreëerd dat de vrees van het slachtoffer (...) gerechtvaardigd is'.<sup>39</sup> Daarbij heeft de Hoge Raad bepaald dat ook sprake kan zijn van bedreiging indien de bedreiging in het algemeen geen indruk zou maken, maar er in het desbetreffende geval wel degelijk vrees is opgewekt bij het slachtoffer.<sup>40</sup>

### 3.1.3. Het seksueel binnendringen van het lichaam

Tot slot beperkt artikel 242 Sr zich tot gevallen waarin het slachtoffer is gedwongen een 'seksueel binnendringen van het lichaam' te ondergaan. Dit bestanddeel wordt ruim uitgelegd. In het licht van de wetsgeschiedenis interpreteert de Hoge Raad het bestanddeel als 'ieder binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking'.<sup>41</sup> Of sprake is van een dergelijk binnendringen is afhankelijk van het concrete geval.<sup>42</sup> Bij de beoordeling hiervan is onder meer van belang 'de wijze waarop, en de omstandigheden waaronder het binnendringen heeft plaatsgehad, waaronder begrepen de aard van het voorwerp waarmee is binnengedrongen, alsmede 'in welke lichaamsopening is binnengedrongen en hoe de subjectieve beleving van het binnendringen bij de verdachte en/of het slachtoffer is geweest'.<sup>43</sup> De opgedrongen tongzoen wordt door de Hoge Raad niet langer aangemerkt als seksueel binnendringen van het lichaam.<sup>44</sup>

Voorts stelt artikel 242 Sr handelingen strafbaar die *mede* bestaan uit het 'seksueel binnendringen van het lichaam'. De Hoge Raad geeft aan dat het de bedoeling van de wetgever is dat 'seksuele handelingen die aan het binnendringen voorafgaan, daarop volgen of daarmee gepaard gaan' ook onder de reikwijdte van de strafbaarstelling kunnen vallen.<sup>45</sup>

Verder heeft de Hoge Raad bepaald dat seksuele penetratieve handelingen die gepleegd zijn door een ander dan degene die de dwang heeft uitgeoefend niet onder de strafbaarstelling van verkrachting vallen.<sup>46</sup> Dit geldt ook voor de gevallen waarin het slachtoffer wordt gedwongen seksuele handelingen bij zichzelf te verrichten.<sup>47</sup>

### 3.2. Het voorontwerp

Nu enig licht is geworpen op de huidige strafbaarstelling van verkrachting, nemen we het voorontwerp onder de loep. Wat heeft de minister voor ogen? In het voorontwerp wordt onder meer de nieuwe strafbaarstelling van 'seksuele interactie tegen de wil' geïntroduceerd (artikel 239 Sr (nieuw)):

'1. Hij die met een persoon seksuele handelingen verricht of een persoon seksuele handelingen laat verrichten met hem of met zichzelf of met een derde dan wel een persoon seksuele handelingen laat ondergaan door een derde terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze handelingen tegen de wil van die persoon plaatsvinden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

2. Indien de in het eerste lid bedoelde handelingen bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam wordt gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie opgelegd.'

Onder de term 'seksuele handelingen' wordt begrepen: 'handelingen van seksuele aard die een inbreuk op de lichamelijke en seksuele integriteit van een slachtoffer maken'.<sup>48</sup> Hieronder vallen zowel seksuele penetratieve als niet-penetratieve handelingen. Dat laatste vormt een strafverzwarende omstandigheid en wordt gekwalificeerd als 'seks tegen de wil'.<sup>49</sup>

Krachtens artikel 239 Sr (nieuw) is het verrichten van seksuele penetratieve handelingen strafbaar in de situatie waarin de verdachte weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze handelingen tegen de wil van het slachtoffer plaatsvinden.<sup>50</sup> In tegenstelling tot artikel 242 Sr is in artikel 239 Sr (nieuw) geen dwang vereist; de focus ligt op de vrijwilligheid. Met het oog op het waarborgen daarvan bevat artikel 239 Sr (nieuw) zowel een opzetbestanddeel als een schuldbestanddeel.<sup>51</sup> Bij het opzetbestanddeel gaat het erom dat de verdachte weet dat de seksuele penetratieve handelingen tegen de wil van het slachtoffer plaatsvinden, dan wel dat sprake is van voorwaardelijk opzet. Het schuldbestanddeel daarentegen, vereist dat er feiten en omstandigheden aanwezig waren, waaruit de verdachte redelijkerwijs had moeten afleiden dat het seksuele contact onvrijwillig was. De minister geeft aan dat degene die het seksuele contact aangaat oplettend behoort te zijn (zeker indien instemmende signalen ontbreken) en – indien daartoe aanleiding is – dient na te gaan bij de ander of geen ongewild contact plaatsvindt. Er geldt dus een onderzoeksplicht voor de initiator van het seksuele contact. Dit gaat echter niet zo ver dat het verrichten van seksuele penetratieve handelingen zonder uitdrukkelijk, vooraf gevraagde goedkeuring strafbaar wordt.<sup>52</sup>

Tot slot is voor strafbaarheid vereist dat de verdachte het slachtoffer seksuele penetratieve handelingen (of handelingen die hier mede uit bestaan) laat verrichten met hem (de verdachte), zichzelf (het slachtoffer) of met een derde of dat de verdachte het slachtoffer dergelijke handelingen laat ondergaan door een derde.<sup>53</sup> Het binnendringen kan vaginaal, oraal of anaal geschieden en kan worden verricht met een lichaamsdeel alsook met een attribuut.<sup>54</sup>

Wat betreft de strafbaarstelling van verkrachting (artikel 241 Sr (nieuw)) treden weinig wijzigingen op ten opzichte van artikel 242 Sr. De enige aanpassing die de minister voor ogen heeft, houdt in dat niet langer slechts degene die de dwang uitoefent degene kan zijn die ook daadwerkelijk de seksuele penetratieve handelingen ver-

**In het voorontwerp wordt onder meer de nieuwe strafbaarstelling van 'seksuele interactie tegen de wil' geïntroduceerd**

richt. Ook andere vormen van afgedwongen seksuele penetratie worden onder de reikwijdte van de strafbaarstelling gebracht.<sup>55</sup> Net zoals zojuist uiteen is gezet voor artikel 239 Sr (nieuw). Het beoogde artikel 241 Sr (nieuw) luidt als volgt:

‘Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid een persoon dwingt tot het ondergaan van seksuele handelingen van hem of een derde of het verrichten van seksuele handelingen met hem, met zichzelf of met een derde welke handelingen bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam wordt, als schuldig aan verkrachting, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.’

### 3.2.1. De verhouding tussen artikel 241 Sr (nieuw) en artikel 239 Sr (nieuw)

Gelet op het voorgaande vormt de strafbaarstelling van verkrachting als het ware de gekwalificeerde vorm van ‘seks tegen de wil’, strafbaar gesteld in artikel 239 lid 1 en 2 Sr (nieuw). Enkel indien sprake is van dwang – hetgeen inhoudt dat het ondergaan of verrichten van de ongewilde seksuele penetratieve handelingen onvermijdbaar was voor het slachtoffer en de verdachte opzet had hierop – kan de handeling worden gekwalificeerd als verkrachting ex artikel 241 Sr (nieuw). Ontbreekt de dwang dan kan de ongewilde seksuele penetratieve handeling worden gekwalificeerd als ‘seks tegen de wil’. Dit onderscheid komt ook tot uitdrukking in het strafmaximum van beide strafbaarstellingen: een gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren (artikel 241 Sr (nieuw)) versus een maximale gevangenisstraf van zes jaren (artikel 239 lid 2 Sr (nieuw)).

## 4. Artikel 242 Sr en het voorontwerp getoetst

### 4.1. Artikel 36 Istanbul

Hoe valt de toets van de (voorgenomen) strafbaarstelling van verkrachting in het licht van artikel 36 Istanbul uit? Feitelijk liggen twee vragen voor. De eerste is of artikel 36 Istanbul noodzaakt tot wijziging van de strafbaarstelling van verkrachting ex artikel 242 Sr. Gesteld dat dit het geval is, rijst een vervolgvraag, namelijk of de wijze waar-

op aan die herziening is vormgegeven in het voorontwerp correct is.

De eerste vraag beantwoorden we positief. Gelet op de strekking van artikel 36 Istanbul en de uitleg door GREVIO mogen aan de onvrijwilligheid geen nadere eisen worden gesteld (par. 2). En daar ligt het pijnpunt van artikel 242 Sr. Naast onvrijwilligheid is immers onvermijdbaarheid vereist. Het enkele handelen ‘tegen de wil’ van het slachtoffer is onvoldoende voor strafbaarheid ex artikel 242 Sr, onvermijdbaarheid en (voorwaardelijk) opzet hierop zijn eveneens vereist. Op deze manier wordt het uitgangspunt van het recht op seksuele autonomie miskend. De nadruk ligt niet op de door het slachtoffer ervaren onvrijwilligheid, maar op het bewustzijn daarvan van de dader, minst genomen in de vorm van een aanvaarding van de aanmerkelijke kans. Dat laatste stelt echter hogere eisen aan het daderbewustzijn dan is toegestaan op grond van artikel 36 Istanbul, en dat maakt dat artikel 242 Sr niet in overeenstemming is met de verdragseisen.

Dit brengt ons tot de tweede vraag: hoe verhoudt het voorontwerp zich tot artikel 36 Istanbul? Nu de beoogde strafbaarstelling van verkrachting ex artikel 241 Sr (nieuw) niet wezenlijk verschilt van het huidige artikel 242 Sr, kan worden gesteld dat ook deze bepaling niet in overeenstemming is met artikel 36 Istanbul. Dit geldt daarentegen niet voor het beoogde artikel 239 Sr (nieuw). Anders dan in het geval van artikel 241 Sr (nieuw), hoeft de onvrijwilligheid niet te zijn herleiden tot enige door de dader gecreëerde dwang,<sup>56</sup> met de daarin besloten onvermijdbaarheid. Onvrijwilligheid is op zichzelf voldoende voor strafbaarheid. Dit komt dus wel overeen met de verdragsverplichting van artikel 36 Istanbul.

Echter, wanneer beide bepalingen in samenhang worden gezien, moet worden geconstateerd dat de keuze voor twee naast elkaar bestaande strafbaarstellingen van onvrijwillig ondergaan (of gepleegd) seksueel binnendringen niet in overeenstemming is met de Istanbulse systematiek. De kwalificatie ‘verkrachting’ wordt in het voorontwerp namelijk voorbehouden aan gedragingen in de zin van artikel 241 Sr, met de daaraan gekoppelde eis van onvermijdbaarheid.<sup>57</sup> Echter, gelezen het opschrift van artikel 36 Istanbul (‘Sexual violence, including rape’), in samenhang met het tweede lid, mogen aan de formulering van de nationale strafbaarstelling wat betreft de vrij-

39. HR 22 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0225, r.o. 6.1. Zie ook HR 28 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD1118, r.o. 1 en 4.  
40. HR 28 mei 1996, DD 96.321.  
41. Zie bijv. HR 22 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9650, r.o. 5.8; HR 21 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1026 (Tongzoen I), r.o. 5.1; Kamerstukken II 1990/91, 20930, nr. 13, p. 3.

42. HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:859, r.o. 3.3.  
43. HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:859, r.o. 3.3.  
44. HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653 (Tongzoen II),

r.o. 2.6-2.7.  
45. HR 18 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1456, r.o. 4.3.  
46. HR 11 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2972 (Pollepel), r.o. 3.4.  
47. Beide gevallen zouden wel onder de reikwijdte van art. 246 Sr kunnen vallen.  
48. Wet seksuele misdrijven 12 mei 2020 (MvT), [www.internetconsultatie.nl/wetseksuele misdrijven](http://www.internetconsultatie.nl/wetseksuele misdrijven), p. 31.  
49. De minister onderbouwt in de memorie van toelichting niet waarom ervoor is gekozen om het tegen de wil verrichten van seksuele niet-penetratieve handelingen en seksuele penetratieve handelingen (‘seks

tegen de wil’) in één strafbepaling op te nemen.  
50. Wet seksuele misdrijven 12 mei 2020 (MvT), [www.internetconsultatie.nl/wetseksuele misdrijven](http://www.internetconsultatie.nl/wetseksuele misdrijven), p. 34.  
51. Wet seksuele misdrijven 12 mei 2020 (MvT), [www.internetconsultatie.nl/wetseksuele misdrijven](http://www.internetconsultatie.nl/wetseksuele misdrijven), p. 35.  
52. Wet seksuele misdrijven 12 mei 2020 (MvT), [www.internetconsultatie.nl/wetseksuele misdrijven](http://www.internetconsultatie.nl/wetseksuele misdrijven), p. 35.  
53. Wet seksuele misdrijven 12 mei 2020 (MvT), [www.internetconsultatie.nl/wetseksuele misdrijven](http://www.internetconsultatie.nl/wetseksuele misdrijven), p. 34.  
54. Wet seksuele misdrijven 12 mei 2020 (MvT), [www.internetconsultatie.nl/wetseksuele misdrijven](http://www.internetconsultatie.nl/wetseksuele misdrijven), p. 32.

suele misdrijven, p. 32.  
55. Wet seksuele misdrijven 12 mei 2020 (MvT), [www.internetconsultatie.nl/wetseksuele misdrijven](http://www.internetconsultatie.nl/wetseksuele misdrijven), p. 41.  
56. Daaronder begrijpen we ook situaties waarin de dader niet zelf heeft gecreëerd maar weet van de bij het slachtoffer door de omstandigheden gecreëerde wilsonvrijheid en daar gebruik van maakt.  
57. Wet seksuele misdrijven 12 mei 2020 (MvT), [www.internetconsultatie.nl/wetseksuele misdrijven](http://www.internetconsultatie.nl/wetseksuele misdrijven), p. 13, onderscheiden worden: seks tegen de wil, aanranding en verkrachting.

willingheid geen eisen worden gesteld. Zeker niet wanneer dit een vereiste van onvermijdbaarheid inhoudt.<sup>58</sup> Desondanks kiest de minister voor een afzonderlijke strafbaarstelling van afgedwongen penetratieve seksuele contacten. Hij beroept zich daartoe op de Nederlandse opvattingen, waarin 'aanranding en verkrachting nog steeds als naar aard en ernst te onderscheiden delicten worden gezien'.<sup>59</sup> Dat staat echter haaks op de toelichting op artikel 36 Istanbul in het Explanatory Report.

Deze keuze is te meer opvallend omdat artikel 239 lid 1 en 2 Sr (nieuw) nauw aansluit bij dat wat wordt beoogd met de strafbaarstelling van artikel 36 Istanbul. Het begrip 'rape' wordt weliswaar niet gedefinieerd in het Verdrag, maar uit het Explanatory Report wordt duidelijk het begrip ruim moet worden opgevat:

'(...) Paragraph 1 (van artikel 36 Istanbul - red.) covers all forms of sexual acts which are performed on another person without her or his freely given consent and which are carried out intentionally'.<sup>60</sup>

Ook dat gegeven wijst erop dat het gekozen onderscheid tussen onvrijwillig ondergaan (of plegen) van penetratieve seksuele handelingen als voorgesteld in artikel 239 lid 2 Sr (nieuw) respectievelijk 241 Sr (nieuw) niet is toegestaan.

Dat betekent dat de wetgever terug moet naar de tekentafel. Uitgaande van de door artikel 36 Istanbul 'opgelegde' wetssystematiek zou gekozen kunnen worden voor een generale strafbaarstelling gericht op het gronddelict ('seks tegen de wil'), met daarin opgenomen een verbijzondering in de vorm van een strafverzwarende grond voor het geval sprake is geweest van afgedwongen penetratieve seksuele handelingen.<sup>61</sup> Conform de Istanbulse systematiek zou de kwalificatie dan 'seks tegen de wil, omvattende verkrachting', dienen te zijn. Maar voorstelbaar is dat de kwalificatie 'seks tegen de wil' wordt gekozen, en dat de kwalificatie verkrachting wordt opgenomen in het lid dat daarop ziet.<sup>62</sup>

Anders geformuleerd: in onze systematiek vormt 'tegen de wil' het basisartikel. Dat valt als zodanig niet onder de kwalificatie 'verkrachting'; die reserveren we via een gelede normstelling van het basisartikel voor de zwaardere vormen van seks tegen de wil. Derhalve voor afgedwongen penetratieve contacten die zijn gepleegd (onder bedreiging) met geweld, of door (dreiging met) een andere feitelijkheid. Nader onderscheid tussen de voor 'verkrachting' vereiste dwangmiddelen (geweld of andere feitelijkheid) door invoeging van een extra lid met daaraan verbonden verschil in strafmaximum is onzes inziens onwenselijk. Sterker nog, dat zou in strijd zijn met het Verdrag van Istanbul en de rechtspraak van het EHRM. Uitgangspunt is immers dat bescherming moet worden geboden aan degenen die gelet op hun maatschappelijke positie risico's lopen slachtoffer te worden van seksueel geweld.<sup>63</sup> Die kwetsbaarheid manifesteert zich veelal niet in 'verschil in spierkracht', maar in psychische en/of sociaal-economische afhankelijkheid van het slachtoffer ten opzichte van de dader(s).

We zijn er ons van bewust dat zo'n gelede wijze van strafbaarstelling haaks staat op de Nederlandse strafwets-systematiek, die zich in de regel kenmerkt door afzonder-

lijke strafbaarstellingen van het gronddelict en gekwalificeerde vormen, maar onbekend is zo'n constructie niet.<sup>64</sup> Bovendien is wat betreft artikel 239 Sr (nieuw) al gekozen voor een gelede normstelling. Het zou enkel gaan om het toevoegen van een derde lid waarmee recht kan worden gedaan aan de maatschappelijke opvattingen. Die handelingsvrijheid lijkt de minister bij de implementatie van artikel 36 Istanbul te mogen nemen, zeker omdat deze constructie geen afbreuk zou doen aan de kwalificatie van verkrachting als bedoeld in artikel 36 Istanbul.

#### 4.2. *Secundaire victimisatie en een 'hiërarchie van slachtoffers'*

Er is nog een ander argument dat pleit voor de zojuist voorgestelde gelede strafbaarstelling, namelijk het tegengaan van risico's voor secundaire victimisatie. Veroordeling wegens schending van artikel 239 Sr (nieuw) zou – in de woorden van Smeets – gezien kunnen worden als een veroordeling voor een 'tweederangs verkrachting'.<sup>65</sup> Dit, gelet op het verschil in strafmaximum.<sup>66</sup> Ook binnen de Tweede Kamer is het voorontwerp om die reden kritisch ontvangen; hetzelfde geldt voor het College voor de Rechten van de Mens.<sup>67</sup> Het College waarschuwt voor het ontstaan van 'een hiërarchie van slachtoffers' en wijst erop dat GREVIO benadrukt dat 'verkrachting, verkrachting' moet blijven.<sup>68</sup> Vanuit dit vertrekpunt zou het evenzeer raadzaam zijn om één strafbaarstelling in het Wetboek van Strafrecht op te nemen met daarin opgenomen gradaties van ernst.

#### 4.3. *Is daarmee de kous af? Of niet helemaal?*

Een gelaagde strafbaarstelling, zoals zojuist voorgesteld, lost de bij verkrachting in de zin van artikel 242 Sr behorende bewijsproblematiek echter niet op. De minister beroept zich in het voorontwerp op de internationale norm en op het vertrekpunt dat seks consensueel dient te zijn, hetgeen ligt verankerd in de maatschappelijke opvattingen. Die laatste laten echter zien dat het omslagpunt van wat consensueel is en wanneer de dader een verwijt kan worden gemaakt, onduidelijk is.<sup>69</sup> Dit, terwijl het juist noodzakelijk is dat het te maken strafrechtelijk verwijt voldoende genuanceerd is; ook in de wijze waarop dat in de strafwet tot uitdrukking wordt gebracht.<sup>70</sup>

De minister geeft zich daar rekenschap van, maar benadert het legaliteitsargument vanuit een instrumenteel perspectief.<sup>71</sup> De insteek is de strafrechtelijke aansprakelijkheid te verruimen door 'goed toepasbare strafbepalingen' te creëren. Ofwel: bepalingen die concrete handvatten bieden aan de handhavers en zodoende kunnen leiden tot maatwerk en succesvolle strafvervolgung.<sup>72</sup> De vraag is of dit doel kan worden bereikt. De door de wetgever, in navolging van de internationale regelgeving, gelegde nadruk op de wilsonvrijheid biedt weliswaar een vingerwijzing voor de rechter, maar veroordeling kan slechts volgen als er voldoende wettig bewijs is en een daarop gebaseerde rechterlijke overtuiging. Waar die vingerwijzing voor artikel 239 Sr (nieuw) mogelijk leidt tot verschuiving van (bewijs)accenten, zal dat niet het geval zijn voor de in artikel 241 Sr (nieuw) opgenomen verkrachting. Een veroordeling voor verkrachting blijft immers verbonden aan de zwaardere bewijsdrempel van de met 'dwang' gepaard gaande onvermijdbaarheid en het

(voorwaardelijk) opzet daarop, althans wanneer het gaat om 'dwingen via een andere feitelijkheid'.<sup>73</sup>

Uit oogpunt van legaliteit is het echter legitiem om grenzen te stellen aan wat mag worden begrepen als 'dwingen via een andere feitelijkheid'. Het gaat immers om de zwaarst mogelijke kwalificatie ('verkrachting'), met een daarmee corresponderend strafmaximum. Daarbij was er tot op heden geen politiek draagvlak voor strafbaarstelling van culpoze non-consensuele penetratieve seksuele contacten tussen volwassenen.<sup>74</sup> Wanneer het gaat om seksuele contacten tussen meerderjarigen stelde de wetgever zich terughoudend op, met dien verstande dat de invoering van de 'andere feitelijkheid' bij de laatste integrale wetwijziging (1991) een kanteling in het denken markeert. Maar ook toen bleef het (voorwaardelijk) opzet de grens en werd strafbaarstelling van 'culpoze verkrachting' niet overwogen.<sup>75</sup>

In het huidige maatschappelijke en internationale vertoog ligt het vertrekpunt echter op de seksuele autonomie als een door burgers onderling te respecteren grondrecht. Vanuit dat vertrekpunt mogen geen eisen worden gesteld aan de vrijwilligheid, noch in de wijze van strafbaarstelling, noch bij de handhaving.<sup>76</sup> Daarmee komen ook culpoze vormen van (penetratieve) seks tegen de wil in het strafrechtelijk domein te liggen. Met het oog op het machtskarakter van het strafrecht legt echter ook de legaliteit en de gewaarborgde waarheidsvinding (met de daar-

in besloten onschuldspresumptie) gewicht in de schaal. Ook dat maakt onderdeel uit van het grondrechtelijk kader. De kunst is bij tegenover elkaar staande verhalen de essentie van beide te duiden. Dat is een moeilijke, maar geen onmogelijke opgave.<sup>77</sup>

## 5. Afronding

We zijn ons ervan bewust een wat controversiële boodschap af te geven, en ook één die we met een zekere pijn in het hart op papier hebben gezet. Seks tegen de wil, of je het nu verkrachting noemt of niet, moet krachtig worden bestreden. Alle reden dus om te pleiten voor een afdoende strafrechtelijke bescherming. Maar we menen ook te moeten waarschuwen voor een te ongebreidelde beschermingsdrang en de daarin besloten gevaren. Waar het de zeden betreft, heeft de geschiedenis bewezen dat het 'alles of niets' is. Tot een eeuw geleden gold dat de wetgever zich had te onthouden van bemoeienis met het seksuele leven van de burger, nu geldt dat die bemoeienis een grondrecht is geworden. Maar ook dan blijven door de wetgever opgelegde en gehandhaafde beperkingen van de seksualiteit vrijwel altijd omstreden; de bescherming van de één, vormt immers de beperking van de ander. Tussen die twee uitersten kan het continuüm van strafbaarheid in tijd verschillen, maar steeds – waar het de strafrechtelijke handhaving betreft – op een met waarborgen omgeven wijze. ●

58. GREVIO, *Baseline Evaluation Report Netherlands*, 20 januari 2020.

59. Wet seksuele misdrijven 12 mei 2020 (MvT), [www.internetconsultatie.nl/wet-seksuele misdrijven](http://www.internetconsultatie.nl/wet-seksuele misdrijven), p. 41.

60. Council of Europe, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combatting violence against women and domestic violence*, [rm.coe.int/16800d383a](http://rm.coe.int/16800d383a), § 189.

61. Hiervoor kan aansluiting worden bij art. 311 Sr (diefstal onder strafverzwarende omstandigheden). We zijn ons ervan bewust dat het voorbeeld gemankeerd is. De voorkeur van de Nederlandse wetgever om gekwalificeerde vormen van het gronddelict afzonderlijk strafbaar te stellen geldt immers ook voor de diefstal (zie art. 312-316 Sr). Eenzelfde wijze van strafbaarstelling geldt voor huisvredebreuk (art. 138 Sr).

62. C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 109; daar worden naast art. 310 Sr, ook art. 317, 318, 321 en 326 Sr als voorbeeld gegeven. Deze wijze van strafbaarstelling zou overigens ook gevolgen hebben voor de regeling omtrent de strafverzwarende omstandigheden neergelegd in artikel 248 Sr. Kritisch over deze bepaling vanwege het 'verzamelkarakter' ervan: Lindenbergh & Van Dijk 2016, § 2.8.

63. O.a. EHRM 25 mei 2006, ECHR

2016/175, § 54 (I.C./Roemenië); EHRM 15 maart 2016, EHRC 2016/59, § 70 (M.G.C./Roemenië) en EHRM 28 mei 2019, EHRC 2019/115 (E.B./Roemenië), voor verwijzingen naar een 'child-sensitive' respectievelijk 'context-sensitive assessment/approach'.

64. Zie bijv. art. 138 Sr (huisvredebreuk) en art. 311 Sr (eenvoudige diefstal onder strafverzwarende omstandigheden). Kelk & De Jong wijzen erop dat de wetgever ook gebruikmaakt van strafbaarstelling zonder in de wet opgenomen kwalificatie. Die methode lijkt hier echter gelet op de stellige wens van de ontwerpers van artikel 36 Istanbul om 'seks tegen de wil' als categorie strafbaar te stellen niet te voldoen (C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 109).

65. S.F.J. Smeets, 'Zorgen om zeden', NTS 2020/29, afl. 2, p. 100. Smeets had zitting in deze expertcommissie en verwijst naar p. 6 en 8 van het verslag van de expertmeeting.

66. Op overtreding van art. 239 lid 2 Sr (nieuw) staat maximaal zes jaren gevangenisstraf bedreigd; op overtreding van art.

241 Sr (nieuw) twaalf jaren gevangenisstraf.

67. J. Harmsen, 'De Tweede Kamer is kritisch op de nieuwe zedenwet van Grapperhaus, want 'seks tegen de wil' is toch zeker gewoon verkrachting?', *Trouw* 20 oktober 2020.

68. College voor de rechten van de mens,

*Advies inzake het voorontwerp van een wet wetsvoorstel seksuele misdrijven*, Utrecht, augustus 2020, p. 6.

69. M. Winninghof, *Modernisering zedenwetgeving*, Amsterdam: Ferro 2019. Een soortgelijke discussie is destijds gevoerd over de uitleg van het begrip 'seksueel binnendringen', waartoe door de Hoge Raad in eerste instantie ook de afgedwongen tongzoen werd begrepen.

70. J. van Wijngaarden, L. van Wiechen & L. Sliedregt, 'Het is de kunst van het opschrijven', *NJB* 2020/1212, afl. 19.

71. Wet seksuele misdrijven 12 mei 2020 (MvT), [www.internetconsultatie.nl/wet-seksuele misdrijven](http://www.internetconsultatie.nl/wet-seksuele misdrijven), p. 18, voor een verwijzing naar de betekenis van de legaliteit in de zin van voorzienbaarheid en daaraan verbonden preventief effect.

72. Wet seksuele misdrijven 12 mei 2020 (MvT), [www.internetconsultatie.nl/wet-seksuele misdrijven](http://www.internetconsultatie.nl/wet-seksuele misdrijven), p. 18-19.

73. Wet seksuele misdrijven 12 mei 2020 (MvT), [www.internetconsultatie.nl/wet-seksuele misdrijven](http://www.internetconsultatie.nl/wet-seksuele misdrijven), p. 35.

74. Kool 2008; Lindenbergh 2019.

75. R.S.B. Kool, 'Veranderde zeden?', *Delikt en Delinkwent* 2004, nr. 9, p. 918-931.

76. In deze zin EHRM 19 maart 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0319JUDO04908910, § 56 (E.B./Roemenië) onder verwijzing naar M.C./Bulgarije, § 166 (EHRM 4 december 2003,

ECLI:CE:ECHR:2003:1204JUDO03927298). Ook: Council of Europe, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combatting violence against women and domestic violence*, [rm.coe.int/16800d383a](http://rm.coe.int/16800d383a), § 193.

77. Zie ook: L.E.M. Scheurs e.a., 'Dwang bij misdrijven tegen de zeden in het afgelopen decennium', *Delikt en Delinkwent* 2019, nr. 9, p. 756-781. Gewezen ook kan worden op de handvatten daarvoor gegeven in de rechtspraak van het EHRM. Bijv.

EHRM 26 november 2019,

ECLI:CE:ECHR:2019:1126JUDO00631817, § 71-72 (M.M.B./Slowakije), waar wordt gewezen op het belang van een 'consistent approach' van het bewijs. Voorts:

EHRM 19 maart 2019,

ECLI:CE:ECHR:2019:0319JUDO04908910, § 58 (E.B./Roemenië), waar aanwijzingen worden gegeven voor de bewijsvergaring. Van belang is voorts dat in de nationale rechtspraak en dogmatiek wordt erkend dat het bewijs van het kennisement en het willen en/of aanvaarden daarvan mag worden afgeleid van de betekenis die in de maatschappelijke opvatting mag worden toegekend aan de situatie (C. Kelk & F.de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 262-268.