

# Mag ik zo vrij zijn?

## Een waardering van de Wet seksuele misdrijven op hoofdlijnen

Renée Kool<sup>1</sup>

In deze bijdrage wordt de inmiddels door de Tweede Kamer aanvaardde Wet Seksuele Misdrijven op hoofdlijnen beschreven. Dat de zedenwetgeving modernisering behoeft is duidelijk maar daartegenover staat een andere, minstens even zwaarwichtige zorg: die van te vergaande oprekking van strafrechtelijke aansprakelijkheid en de daaraan verbonden gevolgen voor het recht op seksuele autonomie. Het argument van de minister dat het wetsvoorstel strekt tot verheldering van de normstelling en de belofte dat bij handhaving 'maatwerk' wordt betracht laat onverlet dat de beoogde wet verregaand ingrijpt op een terrein waar terughoudendheid van overheidswege wenselijk is.

### 1. Inleiding

Onlangs is het wetsvoorstel Wet seksuele misdrijven (hierna: WSM) door de Tweede Kamer aangenomen.<sup>2</sup> De ambitie is groot, het doel is om de zedenwetgeving 'bij de tijd te brengen'.<sup>3</sup> Geïnspireerd door het verdragsrecht en de rechtspraak van het EHRM moet de WSM voorzien in 'een actueel en effectief strafrechtelijk instrumentarium' als 'wezenlijk belang voor een veilige samenleving'.<sup>4</sup> Daarmee reageert de minister op de maatschappelijk roep om bescherming tegen seksueel grensoverschrijdend gedrag.<sup>5</sup> Zij leest daarin een opdracht voor de wetgever om de grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor seksuele handelingen op meer heldere wijze te duiden.<sup>6</sup> Het streven is 'genoegdoening [te bieden-RK] voor het vaak verwoestend een langdurige leed bij slachtoffers van seksuele misdrijven'. Dat perspectief biedt 'een legitimatie om diep in te grijpen in levens van plegers door hen met behulp van (zware) sanctiemogelijkheden tot ander gedrag aan te zetten'.<sup>7</sup> De minister heeft goede hoop dat verlaging van de grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid leidt tot betere bescherming.<sup>8</sup> Verwacht wordt dat het aantal aangiften toeneemt en dat de politie en het Openbaar Ministerie beter zullen zijn toegerust daarop te reageren.<sup>9</sup>

In deze bijdrage schets ik de WSM op hoofdlijnen. Achtereenvolgens worden de strafbaarstelling van seksuele contacten jegens meerderjarigen (par. 4), die jegens minderjarigen (par. 5) en enige overige strafbaarstellingen beschreven (par. 6). In de vierde paragraaf ga ik uitgebreid in op de omstreden kwestie van de voorgenomen strafbaarstelling van culpoze aanranding en verkrachting. Voorafgaand aan deze inhoudelijke bespreking van de

WSM worden de achtergrond (par. 2) en de systematiek (par. 3) geschetst. De bijdrage wordt afgesloten met een korte waardering (par. 7).

### 2. Achtergrond van de WSM

Sinds de laatste uitgebreide herziening (2001) is de zedentitel meermaals partieel gewijzigd, wat resulteerde in een 'rommelige' zedentitel. Daarnaast gaf de groeiende zorg om de aan digitalisering verbonden risico's voor seksueel misbruik aanleiding tot een grondige evaluatie. In hun rapport uit 2016 schetsen Lindenberg & Van Dijk de grondtrekken voor een herziening.<sup>10</sup> In datzelfde jaar trad het Verdrag van Istanbul (hierna: Istanbul) voor Nederland in werking.<sup>11</sup> Artikel 36 Istanbul schrijft voor dat seksuele contacten die niet berusten op wederzijdse toestemming strafbaar moeten worden gesteld. Uit het landenrapport van het toezichthoudend orgaan GREVIO bleek dat de Nederlandse strafwetgeving niet voldoet. In het bijzonder het in artikel 242 Sr opgenomen bestanddeel 'dwingen' en de daaraan door de Hoge Raad gegeven uitleg zou niet voldoen.<sup>12</sup> Dat gaf minister Grapperhaus destijds aanleiding om de voorgenomen herziening van de strafbaarstelling van onvrijwillige seksuele contacten aan te scherpen.<sup>13</sup> Voorgesteld werd om naast opzettelijke verkrachting een culpoze variant in te voeren en dit ook te doen voor de aanranding. Dit voorstel leidde tot (wetenschappelijk) debat.<sup>14</sup> Echter, de WSM omvat meer. Het wetsvoorstel strekt tot een algehele herziening van de zedentitel in het licht van een tijdgeest die internationale en nationale 'zorg om de (seksuele) zeden' uitademt, met daarin gelegen streven naar verruiming van de strafrechtelijke aansprakelijkheid.<sup>15</sup>

### 3. De systematiek van de WSM

Het opschrift van Titel XIV Sr wordt gewijzigd. Niet langer wordt gesproken van zedendelicten, maar van seksuele misdrijven. Daarmee wordt uitdrukking gegeven aan de grondslag van de strafbaarstelling: de schending van de seksuele autonomie. De keuze voor een neutralere terminologie is met name terug te vinden in de strafbaarstellingen van seksuele contacten met en tussen minderjarigen waarin 'ontucht' of 'ontuchtige handelingen' vervangen zijn door 'seksuele handelingen'. Nieuw ook zijn de definitiebepalingen neergelegd in artikel 239 WSM (omschrijving pleger 'seksuele handeling' en 'visuele weergave') en artikel 244 WSM (omschrijving van enige vormen van wilsonvrijheid).

## Niet langer wordt gesproken van zedendelicten, maar van seksuele misdrijven

Ook de ordening van de strafbare handelingen is anders, zij het dat deze in grote lijnen overeenkomt met de bestaande zedentitel. Als eerste worden de strafbaarstellingen gegeven die zien op onvrijwillige seksuele contacten tussen meerderjarigen (artikel 240-243 WSM). Daaronder worden ook seksuele contacten met jongeren vanaf zestien jaar begrepen, de leeftijd waarop een minderjarige als seksueel meerderjarig wordt beschouwd. Uitzondering daarop vormen de seksuele contacten met zestien- tot achttienjarigen binnen afhankelijkheidsrelaties (artikel 245-246 WSM); daar berust de strafwaardigheid op het miskennen van de functionele verantwoordelijkheid door de meerderjarige dader. De daaropvolgende categorie omvat seksuele contacten met minderjarigen in de leeftijd tussen twaalf en zestien jaar (artikel 247-249 WSM). Zij

worden niet als seksueel meerderjarig gezien. Hen wordt enige seksuele handlungsruimte gegund, om die reden is voorzien in strafuitsluitingsgrond.

Dan volgt de strafbaarstelling van *hands off* contacten. Artikel 251 WSM brengt verschillende vormen van online seksueel misbruik samen, met als nieuwkomer de strafbaarstelling van sexchatting. Voor dergelijk handelen is het van belang dat artikel 251 WSM een ruimere definitie geeft van daderschap: het strafbare handelen jegens de minderjarige ziet ook op contacten 'op afstand'<sup>16</sup> en omvat seksueel handelen door de minderjarige 'met zichzelf' of 'met een derde'.

Voorts worden wijzigingen voorgesteld betreffende de verjaring (artikel 70 Sr). Voor opzet- en schuldverkrachting gaat gelden dat deze niet verjaren, en ook seksuele contacten door meerderjarigen gepleegd jegens minderjarigen jonger dan achttien jaar zullen niet verjaren.<sup>17</sup> Voor minderjarige daders is de verjaringstermijn verhoogd tot twintig jaar (artikel 77d lid 3 Sr). Eenzelfde beeld van verhoogde strafwaardigheid spreekt uit de hogere strafmaxima<sup>18</sup> en de in artikel 254 WSM genoemde strafverzwaringen omstandigheden.<sup>19</sup>

### 4. Seksuele contacten jegens meerderjarigen

Dit onderdeel van de WSM is het meest omstreden, want bevat het voornemen tot strafbaarstelling van culpoze aanranding en culpoze verkrachting (artikel 242-243 WSM). Tot op heden ligt de grens van de strafrechtelijke aansprakelijkheid in de Nederlandse strafwet in het voorwaardelijk opzet. Het voornemen is die grens te verleggen naar culpoos handelen; de vraag is of het Verdrag van Istanbul daartoe verplicht? De minister meent van wel, maar anderen twijfelen.<sup>20</sup> Dat zou strafbaarstelling niet in de weg hoeven te staan, want het Verdrag van Istanbul geeft minimumnormen. Gelet op de mogelijk onverplichte, principiële verruiming van de strafrechtelijke aansprakelijkheid die besloten ligt in de strafbaarstelling van culpoze seksuele misdrijven is het goed nogmaals te kijken naar wat daaromtrent is af te leiden uit artikel 36 Istanbul en de Explanatory Notes.<sup>21</sup>

#### Auteur

1. Mr. dr. R.S.B. Kool is als senior-onderzoeker verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law.

#### Noten

1. Kamerstukken II 2022/23, 36222, nrs. 1-3.
2. Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 3, 10 en 14.
3. Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 3.
4. Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 3.
5. Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 3.
6. Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 3 en 4.
7. Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 4.
8. Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 7, p. 6

9. Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 44.

10. K. Lindenberg & A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten*, 2016 repository. wocd.nl/handle/20.500.12832/2086.

11. *Trb.* 2015, 197; *Stb.* 2015, 409.

12. GREVIO, *Baseline Evaluation Report*, 20 januari 2020, [rm.coe.int/grevio-report-on-netherlands/1680997253](https://rm.coe.int/grevio-report-on-netherlands/1680997253).

13. Kamerstukken II 2018/19, 29279, nr. 518. Zie ook: S. Smeets, 'Zorg om de zeden', *NTS* 2020/29, afl. 2, p. 95-104.

14. L.E.M. Scheurs, J. van der Ham & L.E.M. Hamers, 'Dwang bij misdrijven tegen de zeden in het afgelopen decennium,' *Delikt en Delinkwent* 2019/59, afl. 9; K. Lindenberg, 'Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele identiteit: moet Nederland ook naar een "Nein heisst Nein"?', in: E. Grutter e.a., *Modern Straf-*

*recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019; R. ter Haar, L. Kesteloo & N.A. Korhals, 'De strafbaarstelling van seks tegen de wil: een eerste verkenning van het juridische landschap', *TPWS* 2019/100; J. van Wijngaarden, L. van Wijchen & L. Sliedregt, 'Het is de kunst van het opschrijven', *NJB* 2020/1212, afl. 19; Smeets 2020; R. Kool & A. Jongenotter, 'Verkrachting: what's in a name', *NJB* 2021/100, afl. 2, p. 90-98.

15. R. Kool, '(Te) Verantwoorde(n) seks', [ucallblog.sites.uu.nl/2023/06/01/te-verantwoorden-seks/](https://ucallblog.sites.uu.nl/2023/06/01/te-verantwoorden-seks/).

16. Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 15; doel is het in de rechtspraak ontwikkelde 'interactiecriterium' te legaliseren.

17. Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 7, p. 17 en Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 8. De reden hiervoor ligt in het feit dat slachtoffers van aanranding en verkrachting

pas veel later aangifte doen.

18. Wat betreft de strafmaxima is er onder andere kritiek op het verschil in strafmaximum voor opzetaanranding (zes jaar) en de schuldverkrachting (vier jaar). Dat zou uit victimologisch perspectief bezwaar oproepen, Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 10, bijlage 1093708, p. 19.

19. De verhoging berust op de wens van de minister om uitdrukking te geven aan de bijzondere ernst van seksueel misbruik; voor kritiek: Kamerstukken II, 2022/23, 36222, nr. 10, bijlage 1093708, par. 2.6.

20. Ter Haar e.a. 2019, par. 5; Lindenberg 2020, p. 1017.

21. Council of Europe, *Explanatory Notes to the Council of Europe Convention on preventing and combatting violence against women and domestic violence*, [rm.coe.int/16800d383a](https://rm.coe.int/16800d383a).



© Shutterstock

Die laatste vermelden dat ‘any sexual act listed in [article 36 – RK] lit a. to c.’ strafbaarstelling behoeft.<sup>22</sup> De bewoordingen waarin wordt overgelaten aan de verdragstaten. Echter, duidelijk is dat de opstellers van het verdrag verruiming van de strafrechtelijke aansprakelijkheid beoogden. Paragraaf 189 van de Explanatory Notes bevestigt dat de verplichting tot strafbaarstelling ziet op ‘all forms of sexual acts which are performed on another person without his or her freely given consent and which are carried out intentionally’.<sup>23</sup> Ook artikel 36 lid 1 Istanbul spreekt over ‘intentional conducts’. Onderscheid wordt gemaakt tussen penetratieve seksuele contacten (onder a), enig ander niet-consensueel seksueel contact met een mens (onder b) en het bewerkstelligen van non-consensuele seksuele contacten met een derde persoon (onder c). Voor alle drie genoemde categorieën intentionele seksuele contacten geldt dat deze vanwege het onvrijwillige karakter ervan strafbaar moeten worden gesteld.

De intentionaliteit moet dus worden begrepen in samenhang met het ontbreken van wilsvrijheid, ofwel: ‘consent’. Uit de omschrijving daarvan in artikel 36 lid 2 Istanbul blijkt dat instemming het product moet zijn van vrije wil, welke beoordeling moet plaatsvinden ‘in the context of the surrounding circumstances’. Aansluiting wordt gezocht bij de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Verwezen wordt naar par. 161 van *M.C./Bulgarije*: het bewijs van het weten moet berusten op een ‘context-sensitive assessment of the evidence’.<sup>24</sup> Er mag geen rigide opstelling worden betracht bij het beoordelen

van het bewijs van wilsvrijheid. Daaruit volgt dat ook rekening moet worden gehouden met het feit dat door slachtoffers ervaren wilsvrijheid zich op uiteenlopende, op objectief onverwachte wijze kan manifesteren.<sup>25</sup> Kortom, het verdragsrechtelijk vertrekpunt ligt in de bescherming van de in de seksuele autonomie gelegen wilsvrijheid, die moet worden begrepen vanuit het slachtofferperspectief.

Dat vertrekpunt verdient bijval. Echter, de opdracht om de wilsvrijheid voorop te stellen en een context-sensitieve bewijswaardering te betrachten is geen synoniem voor een verdragsrechtelijke verplichting om culpoze aanranding en verkrachting strafbaar te stellen. Artikel 36 lid 1 Istanbul spreekt weliswaar over ‘intentional conducts’, maar niet duidelijk is of hiermee ook culpoos handelen wordt bedoeld. Par. 189 Explanatory Notes vermeldt dat ‘the interpretation of the word “intentionally” is left to domestic law, but the requirement for intentional conduct relates to all the elements of the offence’.<sup>26</sup> Daaruit volgt vooraanvogend dat er geen verdragsrechtelijke verplichting is om aanranding en verkrachting in culpoze vorm strafbaar te stellen. Tot die conclusie komen ook de wetgevingsrapporteurs WSM.<sup>27</sup> Gelet op de geest van het Verdrag van Istanbul is de wens van de minister om ‘meer’ te doen dan waartoe het verdrag verplicht invoelbaar, maar dat behoeft dan adequate onderbouwing. En op dat punt is kritiek te beluisteren.

De minister – en hier voorganger Grapperhaus – baseren het voornemen tot strafbaarstelling van culpoze

**Gelet op de geest van het Verdrag van Istanbul is de wens van de minister om ‘meer’ te doen dan waartoe het verdrag verplicht invoelbaar, maar dat behoeft dan adequate onderbouwing**

aanranding en verkrachting op de veranderde maatschappelijke opvattingen en de daarmee samenhangende kritiek op de uitleg van artikel 242 Sr door de Hoge Raad.<sup>28</sup> Het probleem zou liggen in een door de Hoge Raad in het bestanddeel 'dwingen' ingelezen voorwaarde. Daarvoor zou sprake moeten zijn van een voor de verdachte kenbaar verzet door het slachtoffer. In de literatuur is betoogd dat dit onjuist is, welk standpunt ik deel. Wat de Hoge Raad vraagt is dat de verdachte heeft geweten, althans minst genomen de aanmerkelijke kans op wilsonvrijheid kende en aanvaardde. Dat oordeel moet worden afgeleid uit de feiten en omstandigheden zoals die blijken uit het strafdossier en wat ter zitting wordt vastgesteld, en behoeft motivering.<sup>29</sup> In die beoordeling schuilt een zekere objectivering van de slachtofferervaring, want vereist is dat het slachtoffer, zijnde de mens die hij of zij is, zich gegeven de feiten en omstandigheden niet aan het seksuele contact kon onttrekken en dat de aanmerkelijke kans op deze situationele wilsonvrijheid kenbaar is geweest voor de verdachte en door hem is aanvaard.<sup>30</sup> Die objectivering staat volgens de minister op gespannen voet met artikel 36 Istanbul, waarin de 'lezing' van de feiten en omstandigheden als ervaren door het slachtoffer het uitgangspunt vormen.

De WSM beoogt dit door de minister gesignaleerde tekort aan rechtsbescherming te repareren. In de eerste plaats door een vereenvoudiging van de strafbaarstelling van aanranding en verkrachting. Gekozen wordt voor een grondvorm en een gekwalificeerde vorm (artikel 241-243 WSM). Bij de grondvorm volstaat het 'weten' en is voor een bewezenverklaring niet vereist dat dit blijkt uit het gebruik van geweld, dreiging of een andere feitelijkheid. Gebruik van dergelijke middelen vormt een strafverzwarende omstandigheid en is strafbaar gesteld als gekwalificeerd delict (artikel 241 lid 3 en artikel 243 lid 3 WSM). De vraag is of dit onderscheid winst oplevert. Het '(gekwalificeerde) weten' vraagt immers om bewijs van (kans)weten en aanvaarding daarvan door de verdachte en dat geeft zoals bekend aanleiding tot problemen.<sup>31</sup>

Dat gegeven wordt onderkend en daarom is voorzien in een tweede oplossing. Om vrijspraken naar aanleiding van bewijsproblemen met betrekking tot het (voorwaardelijk) opzet te voorkomen is strafbaarstelling van culpoze aanranding en verkrachting (artikel 240 en 242 WSM) voorgesteld. Deze bepalingen dienen als vangnet via het gebruik van primair/(meer) subsidiaire tenlasteleggingen.<sup>32</sup> Het betreft situaties waarin de verdachte zich onterecht geen vragen zou hebben gesteld over de wilsvrijheid van het slachtoffer (onbewuste schuld), of zo hij<sup>33</sup> daaraan heeft gedacht, daarover te optimistisch gestemd was (bewuste schuld).<sup>34</sup> Dat getuigt volgens de minister van een 'wezenlijk onverschillige mentale houding' die strafbaarstelling legitimeert.<sup>35</sup> 'Nee is nee', is het credo van de WSM en dat brengt met zich dat eenieder die seksueel contact wenst is gehouden zorgvuldig te onderzoeken of die wens wederzijds is.<sup>36</sup>

Met de invoering van de culpoze variant van aanranding en verkrachting raakt de WSM in normatief vaarwater. De culpa vormt immers een 'hachelijke maatstaf', want vergt dat de rechter retrospectief de wederrechtelijkheid van het handelen vaststelt welk oordeel moet worden gebaseerd op een vergelijking van het handelen van de verdachte met dat van de 'maatmens'.<sup>37</sup> Voor de culpa geldt, net als voor de dolus, dat het handelen van de verdachte moet worden beoordeeld in het licht van wat deze voorafgaand en tijdens het seksuele contact heeft mogen en moeten begrijpen omtrent de wilsvrijheid van het slachtoffer. Seksuele communicatie blinkt in de regel niet

## Met de invoering van de culpoze variant van aanranding en verkrachting raakt de WSM in normatief vaarwater

22. Explanatory Notes, par. 193.

23. Dit volgt ook uit art. 36 Istanbul en par. 194 Explanatory Notes waarin wordt gesproken van 'sexual violence and rape'. Dit sluit aan op de 'inclusieve' benadering van het EHRM; K. Lindenberg, 'Onvrijwillige seksuele interactie', *Ars Aequi* 2020, november, p. 1017, verwijzend naar EHRM 28 mei 2020, 39257/17 (*Z./Bulgarije*), par. 80.

24. Explanatory Notes, par. 191. Zie ook: K. Lindenberg, 'Zedendelicten en positieve verplichtingen', in: J.H. Gerards & C.H. Sieburgh, *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer 2013: Kluwer, p. 501-530 en Lindenberg 2020.

25. Explanatory Notes, par. 191-192.

26. Hier dringt zich de vraag op in hoeverre par. 189 Explanatory Notes disculperend kan werken voor de verdachte. Gelet op het

vertrekpunt van wilsvrijheid van art. 36

Istanbul lijkt het vereiste dat de in de strafbaarstelling verwoorde intentionaliteit betrekking moet hebben op alle facetten van het misdrijf erop te wijzen dat de verdachte alert behoort te zijn op verwachte en onverwachte uitingen van wilsonvrijheid. Echter, wanneer het vertrekpunt ligt in de bewijsrechtelijk gewaarborgde vaststelling van schuld kan dit ook worden uitgelegd als de eis dat die intentionaliteit moet blijken uit voor de verdachte kenbare blijken van wilsonvrijheid. Die laatste lezing zou aansluiten op de rechtspraak van de Hoge Raad.

27. *Kamerstukken II* 2022/23, 36222, nr. 10, bijlage 1093708, p. 7 en § 3.6.

28. Daarbij wordt gewicht toegekend aan de kritiek van GREVIO.

29. HR 31 mei 2022, *NJ* 2011/264: HR 27 november 2018, *NJ* 2019/241, m.nt. K.

Rozemond; HR 23 maart 2021, *NJ*

2021/842. Voor een bespreking van andere rechtspraak: Scheurs e.a. 2019; Van Wijngaarden e.a. 2020 en Ter Haar e.a. 2020.

30. Het voor het (voorwaardelijk) opzet vereiste weten en aanvaarden kan ook blijken uit het negeren van 'duidelijk waarneembare signalen'; *Kamerstukken II* 36222, nr. 3, o.a. p. 79-80.

31. Ook hier ligt een door wetgevingsrapporteurs WSM benoemd aandachtspunt; *Kamerstukken II* 2022/23, 36222, nr. 10, bijlage 1093708, § 3.8.

32. *Kamerstukken II* 2022/23, 36222, nr. 3, p. 20.

33. Korthedshalve gebruik ik de term 'hij', daaronder worden ook vrouwelijke verdachten begrepen.

34. *Kamerstukken II* 2022/23, 36222, nr. 3, p. 16, 17, 77, 79 en 8; *Kamerstukken II* 2022/23, 36222, nr. 7, p. 21-22; gespro-

ken wordt over 'wezenlijke onverschilligheid' (voorwaardelijk opzet), 'ernstige lichtzinnigheid (bewuste schuld) en 'ernstige onachtzaamheid' (onbewuste schuld).

35. *Kamerstukken II* 2022/23, 36222, nr. 3, p. 16, 17, 20, 77, 79 en 81. Voorts: J.M. ten Voorde, '#MeToo, seksuele handelingen en functionele afhankelijkheid', *Justitiële Verkenningen* 2022, afl. 4, p. 60-74.

36. Lindenberg 2019; *Kamerstukken II* 2022/23, 36222, nr. 7, p. 36; gesproken wordt van een 'verificatieplicht'.

37. C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, par. 6.3.2; zij spreken van een retrospectief 'interpretatief proces', waarin normativering onvermijdelijk is omdat bij de vaststelling van het bewustzijn 'noodgedwongen een beroep wordt gedaan op sociale normen.' (p. 244). Zie ook: par. 6.5.4, in het bijzonder p. 296.

uit door helderheid, en vaak is sprake van onuitgesproken assumpties over seksuele beschikbaarheid.<sup>38</sup> Dat daarvan niet mag worden uitgegaan is alleszins redelijk, en ook dat bij het aangaan rekening wordt gehouden met atypische reacties.<sup>39</sup> Van de verdachte mag worden verwacht dat deze daar voorafgaand en tijdens het seksuele contact rekening mee houdt. Echter, hier ligt risico voor geobjectiverde, en daarmee te normatieve toerekening. Het zal immers per situatie en per persoon verschillen wat in rechte kan worden vastgesteld omtrent de ‘mentale houding’ van de verdachte.<sup>40</sup> Zeker ook omdat het niet alleen om expliciete gedragingen en bewoordingen (bijvoorbeeld ‘nee’ zeggen of ‘niet doen’) gaat, maar ook om non-verbale uitingen en door de verdachte op te pakken signalen (bijvoorbeeld huilen, schreeuwen).<sup>41</sup>

De minister geeft zich rekenschap van de betekenis en de complexiteit van de casuïstiek. De rechter moet bij diens oordeelsvorming afgaan op de *‘uiterlijke verschijningsvorm van de (interactie tussen) gedragingen van de verdachte en gedragingen van de ander alsook de overige omstandigheden waaronder die gedragingen zijn verricht en wat daaruit naar algemene regels valt af te leiden’*.<sup>42</sup> Dat lijkt een heldere maatstaf, en meer kan de wetgever wellicht ook niet gelet op de complexiteit van de casuïstiek.<sup>43</sup> Echter, het oordeel van de strafrechter vormt een machtswoord, dat gegrond moet zijn op bewijsrechtelijke waarborgen. Gevoegd bij de eis van de voorzienbaarheid<sup>44</sup> en de onvoorspelbaarheid van menselijk gedrag vraagt dit om duidelijke begrenzing van de strafrechtelijke aansprakelijkheid.<sup>45</sup> Zeker omdat het uitgangspunt voor strafwaardigheid in de WSM sterk is verbonden met het slachtofferperspectief. Dat heeft een keerzijde, want niet alleen de seksuele autonomie van het slachtoffer, maar ook die van de verdachte staat op het spel.

Opinieonderzoek uitgevoerd in opdracht van voor-

## Niet alleen de seksuele autonomie van het slachtoffer, maar ook die van de verdachte staat op het spel

malig minister Grapperhaus bevestigt dit. Daaruit blijkt dat burgers de wenselijkheid van een ruimere bescherming tegen seksueel geweld onderschrijven, maar ook dat wordt gevreesd, met name door mannen, voor onterechte beschuldigingen.<sup>46</sup> Wellicht beoogt de minister zo’n ‘chilling effect’, maar dat heeft keerzijden want kan aanleiding geven tot kruisvaarderij en seksuele verkramping. Bovendien is niet uitgesloten dat de strafbaarstelling van culpoze aanranding en culpoze verkrachting kan worden ervaren als ‘tweedehands kwalificatie’.<sup>47</sup> Kortom: strafbaarstelling van culpoze aanranding en culpoze verkrachting mag aansluiten op de geest van artikel 36 Istanbul, maar de minister is niet verplicht tot strafbaarstelling. De vraag ook is hoe de daarin gelegen verlaging van de grens van de strafrechtelijke aansprakelijkheid zich verhoudt tot de gedachte dat het strafrecht een ultimum remedium zou

moeten zijn? De minister zegt die gedachte te onderschrijven, maar lijkt daar niet naar te handelen.<sup>48</sup>

## 5. Seksuele contacten met minderjarigen

### 5.1. Hands-on seksuele misdrijven

De strafbaarheid van seksuele contacten met en tussen minderjarigen staat geregeld in artikel 245-247 WSM. Hiervoor geldt dat jongeren niet zonder meer als seksueel autonoom worden beschouwd; zij behoeven (onder omstandigheden) bescherming door de strafwet. De strafbepalingen zijn gerangschikt naar leeftijdscategorie, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen aanranding en verkrachting. Dat levert het volgende op:

- strafbaarheid van seksuele contacten door een meerderjarige die uit hoofde van een bijzondere relatie functioneel verantwoordelijk is voor een minderjarige tussen de zestien en achttien jaar (artikel 245 en 246 WSM);
- strafbaarheid van seksuele contacten tussen seksueel meerderjarigen en minderjarigen tussen twaalf en zestien jaar, behalve wanneer sprake is van een gelijkwaardige relatie tussen betrokkenen (artikel 247, lid 3 en 248, lid 3 WSM);
- een absoluut verbod op seksuele contacten met kinderen onder de twaalf jaar (artikel 249 WSM).

Geen onderscheid wordt gemaakt tussen opzettelijk en culpoos handelen. Reden daarvoor is dat de wil van de minderjarige met betrekking tot het seksuele contact irrelevant is. Artikel 246 en 247 WSM verbieden alle seksuele contacten met minderjarigen tussen twaalf en zestien jaar. Enkel wanneer het seksuele contact plaatsvond in de context van een ‘gelijkwaardige relatie’ is dit straffeloos (artikel 246 lid 3 en artikel 247 lid 3 WSM). Dat vormt echter de uitzondering en niet de regel. Ook voor deze categorie seksuele contacten geldt dat de WSM de reikwijdte van de strafwet verruimt. Onder het geldende recht is het aan de rechter om de vraag te beantwoorden of sprake is van een strafwaardige, namelijk ‘ontuchtige’ handeling (artikel 245 respectievelijk 247 Sr). In de WSM is strafbaarheid het uitgangspunt en is straffeloosheid afhankelijk van de vraag of de exceptie van toepassing is.

Ook voor seksuele contacten binnen afhankelijkheidsrelaties geldt dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid is verruimd. De relaties genoemd in artikel 245 en 246 WSM zijn namelijk ruimer dan die neergelegd in artikel 249 Sr. Naast relaties die hun grondslag vinden in een ‘wettelijke’ grond, worden ook feitelijke zorg- en/of opvoedingsrelaties onder de reikwijdte van de bepalingen gebracht. Daarnaast geldt het verbod ook voor minderjarigen die in een ‘bijzonder kwetsbare positie’ verkeren. Dat laatste vormt de vertaling van het in artikel 243 Sr opgenomen verbod op seksueel binnendringen van een (geestelijk of lichamelijk) onmachtige, uitgebreid met de aanranding. Het uitgangspunt dat instemming door de minderjarige in dergelijke situaties irrelevant is, blijft gehandhaafd. Bij bewijsproblemen kan worden teruggevallen op de generale strafbaarstellingen van aanranding en verkrachting (artikel 240-243 WSM). Dat laatste vraagt om bewijs van het opzet respectievelijk de schuld.

Behouden is ook de gedachte dat minderjarigen tussen de twaalf en zestien jaar onder omstandigheden

# Behouden is de gedachte dat minderjarigen tussen twaalf en zestien jaar onder omstandigheden seksuele autonomie moet worden gegund

seksuele autonomie moet worden gegund. Dat wordt momenteel tot uitdrukking gebracht in het bestanddeel 'ontuchtige handelingen' genoemd in de artikelen 245-247 Sr. Gekozen is om de in de jurisprudentie gegeven uitleg van wat als ontuchtig heeft te gelden in de wet neer te leggen door de eis te stellen dat het seksuele contact plaatsvond in een gelijkwaardige, seksuele relatie tussen betrokkenen. Die gelijkwaardigheid moet worden begrepen in samenhang met het leeftijdsverschil tussen betrokkenen, waarbij een verschil van meer dan twee jaar wordt gezien als indicatie voor (machts)ongelijkheid en daaruit voortvloeiende wilsonvrijheid.<sup>49</sup> Hoewel destijds in het voorontwerp werd aangegeven dat een ruimere uitleg wenselijk zou zijn gelet op de maatschappelijke opvattingen,<sup>50</sup> is het de vraag of de rechter daaraan gehoor zal geven. Juist voor dergelijke situaties geldt dat vaak sprake is van seksueel experimenteel gedrag, waarbij minderjarigen onderling een zekere autonomie moet worden gegund. In dergelijke situaties moet het slachtoffer worden gehoord over de vervolgingsbeslissing (artikel 167a Sv).

## 5.2. Hands-off seksuele misdrijven

Op grond van artikel 239 WSM is voor strafbaarheid geen fysiek contact nodig tussen de minderjarige en de pleger. Van strafbaar handelen is ook sprake wanneer de pleger de minderjarige seksuele handelingen met zichzelf en/of een derde laat plegen of laat ondergaan. Daarmee is het online plegen van seksuele misdrijven jegens minderjarigen strafbaar gesteld.<sup>51</sup> Dat vindt uitwerking in artikel 251

WSM, waarin verschillende vormen van seksueel misbruik strafbaar zijn gesteld. Het gaat om reeds strafbaar gestelde handelingen (seksueel benaderen, grooming en seksueel corrumperen). De inhoud daarvan komt overeen met de huidige bepalingen, maar de bewoordingen verschillen; de bestanddelen 'ontucht' en 'ontuchtige handelingen' zijn ook hier vervangen door neutrale termen. Artikel 251 lid 1 onder b WSM definieert seksueel corrumperen als het getuige doen zijn van een 'handeling of visuele weergave van seksuele aard of met een onmiskenbare seksuele strekking'. In dat laatste galmt de 'ontucht' na, want of een handeling of visuele weergave een 'onmiskenbare seksuele strekking' heeft hoeft uitleg in het licht van de maatschappelijke opvattingen over wat betamelijk is wanneer het gaat om seksualiteit in relatie tot minderjarigen.

Nieuw is de strafbaarstelling van sexchatting (artikel 251 lid 1 onder a WSM). Dat vormt een belangrijke omslag, want eerder gold dat strafbaarstelling niet opportuun werd geacht vanwege verwachte handhavingsproblemen. Inmiddels wordt het op indringende mondelinge en/of schriftelijke wijze seksueel benaderen van een minderjarige jonger dan zestien jaar dat objectief gezien schadelijk is te achten, strafwaardig geacht. Dergelijke communicatie kan de seksuele ontplooiing van minderjarigen belemmeren.<sup>52</sup> Die aanname geldt ook voor jongeren tussen de zestien en achttien jaar, verkerende in een afhankelijkheidsrelatie als bedoeld in artikel 245 lid 1 WSM. Ook voor hen geldt dat seksueel benaderen strafbaar is (artikel 251 lid 2 WSM). Een uitzondering geldt voor berichten (en beelden) die worden uitgewisseld tussen leeftijdsgenoten ouder dan twaalf jaar binnen een gelijkwaardige (seksuele) relatie. Dat past in een tijdsperiode waarin online en offline communicatie onlosmakelijk is verbonden met het sociale leven van jongeren.

## 6. Overige strafbaarstellingen

Over de seksuele misdrijven, opgenomen in de artikelen 254b tot en met d WSM, kan ik kort zijn. Achtereenvolgens gaat het om 'openbare schennis der eerbaarheid', 'wraakporno', dierenpornografie en seks met dieren. Ook voor deze misdrijven is de verouderde terminologie vervangen

38. Zie ook: L. Kesteloo, R. ter Haar & N. Korthals, 'Strafbaarstelling van seks tegen de wil: een verkenning van de culpa', *NTS* 2022/35. Betoogd wordt dat de in het wetsvoorstel beoogde situaties van culpoos handelen in de regel zien op onbewuste schuld (het ontbreken van onderkennen van signalen wijzende op wilsonvrijheid). In het wetsvoorstel ligt de nadruk echter op situaties van bewuste schuld.

39. Explanatory Notes, par. 192. Kritisch hierover de wetgevingsrapporteurs WSM, *Kamerstukken II* 2022/23, 36222, nr. 10, bijlage 1093708, p. 36-37.

40. *Kamerstukken II* 2022/23, 36222, nr. 7, p. 15.

41. *Kamerstukken II* 2022/23, 36222, nr. 3, p. 4, en 17. Zie ook: Kesteloo e.a. 2022, p. 130.

42. *Kamerstukken II* 2022/23, 36222, nr. 7, p. 36.

43. *Kamerstukken II* 2022/23, 36222, nr. 7, p. 25; de minister geeft aan dat moet worden voorzien in een formeel wettelijk kader. Echter dat kan er slechts één zijn 'in algemene en richtinggevende zin'.

44. Zie ook *Kamerstukken II* 2022/23, 36222, nr. 10, § 3.7.

45. Smeets 2020; Van Wijngaarden e.a. 2020.

46. M. Winninghof, *Modernisering zedenwetgeving*, Amsterdam: Ferro 2019, par. 4.

47. Smeets 2020, p. 100; College voor de Rechten van de Mens, *Advies inzake het voorontwerp van een wetsvoorstel seksuele misdrijven*, Utrecht 2020, p. 6, waar wordt gesproken over een 'hiërarchie van slachtoffers'. Overigens komt dit bezwaar niet

terug in het advies van het College op de WSM. Daarin wordt de culpoze strafbaarstelling van aanranding en verkrachting positief gewaardeerd (College voor de Rechten van de Mens, *Advies inzake het wetsvoorstel seksuele misdrijven*, Utrecht 2021, par. 2.1.2).

48. *Kamerstukken II* 2022/23, 36222, nr. 3, p. 4 en 67.

49. *Kamerstukken II* 2022/23, 36222, nr. 7, p. 40; hier ligt ruimte voor de strafrechter, de uitleg van het relevante leeftijdsverschil hangt namelijk af van hoe oud de minderjarige is. Zie ook: R. Kool & L. Dalhuisen, 'Strafbare seks tussen jongeren: "ontuchtig" of "anders dan in het kader van een gelijkwaardige relatie"', *Proces* 2021, afl. 3.

50. *Kamerstukken II* 2022/23, 36222, nr. 3, par. 2.2 en 4.2.

51. De in art. 251 WSM genoemde seksuele misdrijven kunnen ook offline worden gepleegd.

52. In de literatuur lopen de meningen over de legitimiteit van deze strafbaarstelling uiteen. Zie: C.P.M. Cleiren, J.M. ten Voorde & W. van Waas, 'Strafbaarstelling van sexchatting en sextortion onder de loep', *Strafblad* 2019, p. 69-76; R. Kool & B. van der Vorm, 'Een strafrechtelijk-criminologisch perspectief op de strafbaarstelling van sexchatting', in: B. van der Vorm (red.), *Strafrechtelijke criminologie*, Den Haag: Boom 2022, p. 441-457 en R.A. Aksay & M.W. Kouwenberg, 'Consensuele sexting tussen minderjarigen. Een bespreking van de exceptie', *NTS* 2021, afl. 5, p. 297-310.

door neutralere termen, hoewel artikel 254 b WSM vereist dat het handelen aanstotelijk moet zijn voor de 'eerbaarheid'. Voor dierenpornografie en seks met dieren is de 'ontuchtige handeling' vervuild voor '(visuele weergave van) een seksuele handeling waarbij een mens of dier (schijnbaar) betrokken zijn'. Vermeld wordt dat het plegen kan zien op het door een derde doen ondergaan van een seksuele handeling met of door een dier (artikel 254d WSM). Dat past in de omschrijving van daderschap gegeven in artikel 239 WSM, maar brengt geen verruiming van de reikwijdte ten opzichte van artikel 254 Sr. Het doen ondergaan/plegen door een derde valt namelijk al onder de daarin opgenomen 'ontuchtige handeling'.

Echter, uit de strafbaarstelling van wraakporno (artikel 254ba WSM) en straatintimidatie (artikel 429ter WSM) spreekt wel een duidelijke verruiming van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Deze strafbaarstelling vormt de uitkomst van initiatiefwetgeving.<sup>53</sup> Het betreft geen seksueel misdrijf, maar een overtreding tegen de openbare orde bedoeld om de grenzen van het 'seksueel fatsoen' strafrechtelijk te duiden. Het artikel is open geformuleerd en ziet op een ruime verzameling handelingen, gebaren, geluiden, et cetera getuigende van het op indringende wijze met achterliggende seksuele intentie benaderen van een ander. Het kan gaan om offline of online handelingen, waarbij voor het laatste vereist is dat het om een forum gaat dat voor iedereen zeer ruim toegankelijk is.<sup>54</sup> De handhaving is (voornamelijk) toebedacht aan de BOA's. Het voorstel is kritisch ontvangen, naast de legaliteit worden ook twijfels geuit over de opportuniteit van zo'n strafbaarstelling.<sup>55</sup>

## 7. Afronding

Wat is mijn voorlopige oordeel over de WSM? Voorlopig, omdat het wetsvoorstel op het moment van schrijven bij de

Tweede Kamer lag. Aangekondigd is dat de WSM in januari 2024 in werking zal treden, maar uitstel is te verwachten. Dat de zedenwetgeving modernisering behoeft is duidelijk, maar ook dat het wetsvoorstel begrepen moet worden tegen de achtergrond van een 'seksueel (over)geprikkelde' tijdgeest. Daarmee geeft de WSM blijk van crimineel-politieke overwegingen en die behoeven gelet op het machtskarakter van het strafrecht afdoende motivering.

Daarmee misken ik niet dat seksueel geweld bestrijding behoeft, ook vanuit het strafrecht. Integendeel. Seksueel geweld is mij sinds jaar en dag een zorg. Echter, daartegenover staat een andere, minstens even zwaarwichtige zorg: die van te vergaande oprekking van de strafrechtelijke aansprakelijkheid en daaraan verbonden gevolgen voor het recht op seksuele autonomie. Het argument van de minister dat de WSM strekt tot verheldering van de normstelling en de belofte dat bij handhaving 'maatwerk'<sup>56</sup> wordt betracht laat onverlet dat de WSM verregaand ingrijpt op een terrein waar terughoudendheid van overheidswege wenselijk is. Toegegeven, de recente seksuele schandalen doen het geloof in het menselijk kunnen zich seksueel fatsoenlijk te gedragen afnemen. Verheldering van de normstelling en herordening van de systematiek via de WSM vormen in dat opzicht winst, maar gewaakt moet worden voor verlaging van de ondergrens van de strafrechtelijke aansprakelijkheid met daaraan verbonden repercussies.

Vanuit die zorg is mijn voorlopig oordeel over de WSM niet onverdeeld positief. Er zijn winstpunten (terminologie, systematiek), maar daartegenover staan zorgpunten (open strafbepalingen, de culpoze varianten).<sup>57</sup> Wellicht kan het beloofde 'maatwerk' worden gerealiseerd, maar opgeld doende maatschappelijke en (internationale) politieke druk stuwden de roep om strafrechtelijk ingrijpen op. Echter, het uitgangspunt zou moeten zijn dat strafrechtelijk ingrijpen een uiterste middel moet zijn, ook wanneer het gaat om de regulering van de seksualiteit. •

## De WSM geeft blijk van crimineel-politieke overwegingen en die behoeven gelet op het machtskarakter van het strafrecht afdoende motivering

<sup>53</sup> Kamerstukken II 34904, nr. 2.

<sup>54</sup> Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 112.

<sup>55</sup> Smeets 2020, par. 5; College voor de Rechten van de mens 2022; M. Dekker, 'De strafbaarstelling van straatintimidatie en het risico van etnisch profileren', *Recht der Werkelijkheid* 2022, afl. 1.

<sup>56</sup> Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 22 en 36.

<sup>57</sup> Daarmee kom ik (voorlopig) terug op een eerder ingenomen standpunt: R.S.B. Kool, 'Verantwoorde seks', in: A.A. Franken e.a. (red.), *Constante waarden*, Den Haag: Boom juridisch 2008, p. 223-233.