

VU Research Portal

De strafbaarstelling van seks tegen de wil

ter Haar, Rob; Kesteloo, L.; Korthals, Nicole

published in

Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht
2019

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

ter Haar, R., Kesteloo, L., & Korthals, N. (2019). De strafbaarstelling van seks tegen de wil: een eerste verkenning van het juridische landschap. *Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht*, 2019(37), 244-253. Article 100. <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D28410&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De strafbaarstelling van seks tegen de wil: een eerste verkenning van het juridische landschap

TPWS 2019/100

De Minister van Justitie en Veiligheid heeft in mei 2019 vastgesteld dat de huidige strafbaarstellingen van verkrachting (en aanranding) te beperkt zijn. Hij heeft daarom in een Kamerbrief aangekondigd dat hij zowel doleuze als culpoze seks tegen de wil strafbaar wil stellen. In dit artikel wordt onderzocht hoe het juridische landschap met betrekking tot verkrachting er thans uitziet, zodat gereflecteerd kan worden op de ruimte die bestaat voor de in de Kamerbrief voorgestelde strafbaarstelling van seks tegen de wil. Daartoe is rechtspraak geanalyseerd, van zowel de Hoge Raad als feitenrechters, en onderzocht of een internationale verplichting bestaat voor deze voorgestelde strafbaarstelling.

1. Inleiding

In oktober 2017 ging de *hashtag* #MeToo viral.² Dat leverde een storm op aan verhalen over grensoverschrijdend gedrag, seksueel slachtofferschap en – niet zelden alleen digitale – beschuldigingen. De *hashtag* maakte inzichtelijk dat seksueel grensoverschrijdend gedrag vaker lijkt voor te komen dan veel mensen tot dan toe dachten en liet zien hoe langdurig (en zeer) ernstig de gevolgen daarvan kunnen zijn.³ Mede onder invloed van deze *MeToo*-beweging wordt steeds kritischer gekeken naar grensoverschrijdend seksueel gedrag. Bij die maatschappelijke ontwikkeling, die overigens niet beperkt is gebleven tot Nederland,⁴ past de aankondiging van minister Grapperhaus van Justitie en Veiligheid van afgelopen mei om seks tegen de wil strafbaar te stellen.⁵ Volgens de minister is aanpassing – gezien de ver-

ander(en)de seksuele moraal – nodig.⁶ Seks dient vrijwillig te zijn, en de minister stelt dan ook in zijn Kamerbrief dat “de maatschappelijke discussie over welk gedrag als seksueel grensoverschrijdend moet worden aangemerkt [...] een discrepantie bloot [legt] tussen wat maatschappelijk wordt gezien als seksueel grensoverschrijdend gedrag en wat strafrechtelijk als zodanig wordt gekwalificeerd”.⁷

Het voorstel van de minister houdt in dat een nieuwe strafbepaling wordt opgenomen in het Wetboek van Strafrecht. Het nieuwe wetsartikel zal dus naast de huidige artikelen 242 en 246 Sr worden geïntroduceerd, waarin thans de strafbaarstellingen van verkrachting en aanranding zijn opgenomen. Op het eerste gezicht levert dat met betrekking tot grofweg twee punten een verruiming op van de strafwet. Allereerst wordt in de nieuwe strafbepaling niet ‘dwang’, maar ‘seks tegen de wil’ het criterium. Daarnaast wordt de ondergrens verlaagd door ook een culpoze variant op te nemen.⁸ Op grond van de nieuwe strafbaarstelling is voldoende dat er feiten en omstandigheden waren waaruit iemand de onvrijwilligheid van de ander had kunnen afleiden of *behoren* af te leiden.⁹ Een veelvoorkomend probleem waarop de minister wijst, betreft de zogenoemde ‘tonische immobiliteit’,¹⁰ waarbij het slachtoffer bevriest en niet meer in staat is om zich te uiten en/of verzet te bieden.¹¹ In het nieuwsbericht dat de Kamerbrief begeleidde en dat op de website van Rijksoverheid werd gepubliceerd, staat dat “de

1 Mr. R. (Rob) ter Haar is (als docent) verbonden aan de sectie Strafrecht van de Universiteit Utrecht; mr. L. (Linda) Kesteloo en mr. N.A. (Nicole) Korthals zijn (respectievelijk als docent/onderzoeker en docent) verbonden aan de sectie Strafrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam. Citeerwijze: R. ter Haar, L. Kesteloo & N.A. Korthals, ‘De strafbaarstelling van seks tegen de wil: een eerste verkenning van het juridische landschap’, *TPWS* 2019/100.
2 Nieuwsbericht NRC, ‘Na ruim tien jaar gaat #metoo eindelijk viral’, (20 oktober 2017) [te raadplegen via www.nrc.nl].
3 Brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 22 mei 2019, 2574955, p. 1. Hierna: Kamerbrief.
4 Zie in dit verband EHRM 4 december 2003, M.C./Bulgarije, nr. 39272/98, par. 163; diverse nieuwsberichten, online te raadplegen, zie [theguardian.com/world/2017/oct/20/women-worldwide-use-hashtag-metoo-against-sexual-harassment], [zeit.de/zeit-magazin/2018/13/dieter-wedel-fernsehen-deutschland-sexuelle-noetigung-metoo], [theguardian.com/world/2018/oct/31/tariq-ramadan-admission-sparks-fresh-row-over-claims] en [metronieuws.nl/nieuws/buitenland/2017/11/metoo-in-europa-een-overzicht].
5 Zie Kamerbrief. Wij realiseren ons dat wij in een (zeer) vroeg stadium reageren, maar de kern lijkt duidelijk en geeft voldoende stof tot reflectie.

6 De wetgever zou hiermee aldus een in de samenleving (in ieder geval) thans geldende norm bevestigen (moreel onacceptabel en individuele seksuele zelfbeschikking), hetgeen als een legitieme reden voor strafbaarstelling kan gelden. Uit bijv. discussies in de aanloop naar de totstandkoming van het Verdrag van Istanbul blijkt ook de brede verontwaardiging over het feit dat lang niet alle EU-lidstaten onvrijwillige seks in algemene zin strafbaar stellen, waardoor vrouwen in dat opzicht gevaar lopen als gevolg van gedateerde wetgeving die is gegrond op archaïsche machtsstructuren. Zie in dit verband ook het Amnesty rapport ‘Case closed: Rape and human rights in the Nordic countries’ (2010), waaruit blijkt dat een “too narrow definition of rape” ervoor zorgt dat gevallen die thans wel degelijk als verkrachting zouden moeten worden gezien niet (als zodanig) worden vervolgd (“While rape legislation in the Nordic countries still links the question of guilt to the ability to prove that the sexual act was obtained through the use of, or threats of, violence, international criminal law recognises lack of genuine consent to be the defining element of rape.” (Zie p. 144)).

7 Kamerbrief, p. 1.

8 Kamerbrief, p. 3.

9 Kamerbrief, p. 3.

10 Een vraag die (om begrijpelijke redenen) niet wordt beantwoord in de Kamerbrief, maar die wij wel willen opwerpen, is of het negeren van afspraken omtrent de omstandigheden waaronder seks zou plaatsvinden ook strafbare seks tegen de wil kan opleveren. Hierbij kan worden gedacht aan het zogenoemde *stealth*, waarbij de man tijdens de seks – tegen de afspraak in – het condoom afdoet. Het is dan niet de seks die onvrijwillig is – die is strikt genomen juist niet tegen de wil – maar deze is tegen de wil *onveilig*. Maakt een dergelijke grensoverschrijding van de omstandigheden waaronder de seks zou plaatsvinden dat sprake is van de seks tegen de wil als bedoeld in het voorstel? Zie hierover A. Brodsky, “Rape-adjacent”: imagining legal responses to nonconsensual condom removal, *Columbia Journal of Gender and Law* 2017, p. 183.

11 Kamerbrief, p. 2. Zie voor een voorbeeld van een geval van tonische immobiliteit [nos.nl/nieuwsuur/artikel/2208390-in-zweden-seks-hebben-met-iemand-dan-eerst-toestemming-vragen.html].

lat [nu] soms te hoog [ligt] voor het bewijs van dwang bij aanranding en verkrachting”, waardoor “aangiftes niet altijd [kunnen] worden opgepakt, terwijl dat wel gewenst zou zijn”.¹² Door de voorgestelde wijziging wordt het volgens de minister eenvoudiger om aangifte te doen van ongewilde seksuele interactie.¹³

In dit artikel wordt onderzocht hoe het juridische landschap met betrekking tot verkrachting er thans uitziet,¹⁴ zodat gereflecteerd kan worden op de ruimte die bestaat voor de in de Kamerbrief voorgestelde strafbaarstelling van seks tegen de wil. In hoeverre doen de door de minister geconstateerde beperkingen van het huidige juridische kader zich daadwerkelijk voor? En wat zijn de implicaties van de voorgestelde strafbaarstelling? Om deze vragen te beantwoorden, gaan wij eerst in op de eisen die thans gelden voor verkrachting (paragraaf 2). Volgens de huidige rechtspraak is – kort gezegd – vereist dat komt vast te staan dat een slachtoffer wordt gedwongen tot seksuele handelingen. De verdachte moet bij het gebruik van dwangmiddelen het (voorwaardelijk) opzet hebben om het slachtoffer tegen zijn of haar wil de seksuele handelingen te doen ondergaan.¹⁵ De vervolgvraag is welke gevolgen deze eisen hebben voor concrete strafzaken. Is het inderdaad zo dat de – zoals de minister het omschrijft – hoge lat voor bewijs van dwang bij aanranding en verkrachting ertoe leidt dat seksueel grensoverschrijdend gedrag onbestraft blijft? En om wat voor situaties gaat het dan? Om deze vragen te beantwoorden, bespreken wij vervolgens feitenrechtspraak (paragraaf 3). Daarna gaan wij in op de uit de voorgestelde strafbepaling voortvloeiende onderzoekspllicht en reflecteren wij op de eerder besproken uitspraken van feitenrechters (paragraaf 4). Na de verkenning van het Nederlandse juridische landschap, onderzoeken wij of internationaal recht en de daaruit voortvloeiende verplichtingen volgens ons nopen tot strafbaarstelling van seks tegen de wil (paragraaf 5). Wij sluiten af met een conclusie (paragraaf 6).

2. Veroordeling voor verkrachting vereist dwang en opzet

Het voorstel van de minister beoogt niets te veranderen in de bestaande delictomschrijvingen van verkrachting en aanranding.¹⁶ Alvorens wordt geanalyseerd of zich in

de feitenrechtspraak zaken voordoen die in een vrijspraak eindigden ondanks het feit dat de seks onvrijwillig was, is het nuttig om te bezien in hoeverre de rechtspraak van ons hoogste rechtscollege daadwerkelijk restrictief is. Dient bijvoorbeeld inderdaad te blijken van verzet en de onmogelijkheid tot onttrekking, en wat is precies de rol van de dwangmiddelen in relatie tot de vereiste dwang? En hoe moet het vereiste opzet in relatie tot deze zedendelicten worden uitgelegd?

Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van dwingen, is in algemene zin beslissend of de ander toelaat wat deze niet zou hebben gedaan, ware er geen dwang toegepast.¹⁷ De Hoge Raad stelt dat van dwang in de zin van artikel 242 Sr slechts sprake is indien de dader opzettelijk veroorzaakt dat het slachtoffer de handelingen tegen haar (of zijn) wil ondergaat.¹⁸ A-G Spronken geeft, op basis van Hoge Raad rechtspraak, in ECLI:NL:PHR:2017:624 de volgende, trefende omschrijving van de ‘dwang’ uit artikel 242 Sr:

“Van dwang in de zin van art. 242 Sr kan worden gesproken, wanneer de geweldshandelingen of andere feitelijkheden die van de verdachte uitgaan (bijv. psychische druk) zijn gericht op het bewerkstelligen van seksueel contact en dat deze van een zodanig kaliber zijn dat de ander zich daartegen redelijkerwijs niet heeft kunnen verzetten. Dat de ander zich tegen de dwang van de verdachte daadwerkelijk heeft verzet, hoeft niet te blijken. De kern van dwang is dat degene die eraan blootstaat iets toelaat wat hij of zij zonder die dwang niet zou laten gebeuren.”¹⁹

Het moet de verdachte er dus om te doen zijn (dan wel dat hij de aanmerkelijke kans daartoe op de koop toeneemt, zie ook later) een situatie te *veroorzaken* waarin de wilsvrijheid van het slachtoffer in doorslaggevende mate wordt beperkt. Nu (het voornemen tot) het wetsvoorstel ‘seks tegen de wil’ is genoemd, is er dus wat betreft de vrijwilligheid geen verschil. De Hoge Raad eist wel dat de dader het slachtoffer in een situatie brengt waarin zij niet of zeer moeilijk in staat was zich tegen de betreffende seksuele handelingen te verzetten.²⁰ Een voorbeeld hiervan biedt deze algemene overweging uit een arrest uit 2013:

“Van door een feitelijkheid dwingen als hiervoor bedoeld kan sprake zijn indien de verdachte opzettelijk een zodanige psychische druk heeft uitgeoefend of het slachtoffer in een zodanige afhankelijkheidssituatie heeft gebracht dat het slachtoffer zich daardoor naar redelijke verwachting niet tegen die handelingen heeft kunnen verzetten,

12 Nieuwsbericht ‘Seks tegen de wil en seksuele intimidatie worden strafbaar’, 22 mei 2019 [te raadplegen via rijksoverheid.nl].

13 Kamerbrief, p. 1 en p. 3. De minister lijkt in zijn brief aansluiting te zoeken bij K. Lindenberg & A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten? Een analyse van Titel XIV, Tweede Boek, Wetboek van Strafrecht met het oog op samenhang, complexiteit en normstelling*, WODC, Ministerie van Justitie 2015. Lindenberg en Van Dijk stellen op p. 464: “(...) Die aantallen van vrouwen die rapporteren verkracht te zijn, zijn veel hoger dan de vrouwen die aangifte doen. Dan kan een conclusie zijn ‘ze komen niet door die meldingen-zeef heen van de politie’, maar dat heeft er ook mee te maken dat die zeef zo fijnmazig is omdat de wet de drempel zo hoog legt”.

14 De strafbaarstelling van aanranding zullen wij verder niet afzonderlijk bespreken, maar opgemerkt zij dat daarvoor thans dezelfde wettelijke eisen gelden als voor verkrachting, met uitzondering van het vereiste het seksueel binnendringen van het lichaam.

15 HR 27 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2194, r.o. 3.3.

16 En de nieuwe strafbaarstelling krijgt dus ook niet het label ‘verkrachting’ (voor zover het betreft seksueel binnendringen).

17 Machiels in NLR, aant. 5 op art. 242 Sr.

18 Zie bijv. HR 10 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY6940 en HR 16 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7650, NJ 2008/126, m.nt. Keijzer.

19 PHR 13 juni 2017, ECLI:NL:PHR:2017:624, ov. 4.4.

20 Zie bijv. HR 16 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7650: “Uit de inhoud van de gebezigde bewijsmiddelen kan worden afgeleid dat de verdachte door het slachtoffer een slaapmiddel toe te dienen haar opzettelijk in een zodanige toestand van fysieke weerloosheid heeft gebracht, dat zij als gevolg daarvan niet of zeer moeilijk in staat was zich tegen de bewezenverklarde seksuele handelingen te verzetten”.

of dat de verdachte het slachtoffer heeft gebracht in een zodanige door hem veroorzaakte (bedreigende) situatie dat het slachtoffer zich naar redelijke verwachting niet aan die handelingen heeft kunnen onttrekken. Of zulk een dwang zich heeft voorgedaan, laat zich niet in het algemeen beantwoorden, maar hangt af van de concrete omstandigheden van het geval.”²¹

Gelet op de wettekst (door een dwangmiddel dwingen tot het ondergaan van seksueel binnendringen) zou de rechtspraak van de Hoge Raad dus een tweetal zaken duidelijk moeten kunnen maken: wanneer een gecreëerde situatie onder een dwangmiddel valt en wanneer het slachtoffer is gedwongen. Omdat deze zaken moeilijk los van elkaar kunnen worden gezien pakt de Hoge Raad ze samen. Uit de hierboven geciteerde overwegingen wordt duidelijk dat ‘veroorzaking tegen de wil’ inhoudt dat het slachtoffer als gevolg van dusdanige afhankelijkheid, psychische druk of dreiging niet onder de seks (dat wil zeggen: het seksueel binnendringen) uit heeft kunnen komen.

Voor een veroordeling voor verkrachting is bovendien vereist dat de verdachte bij het (opzettelijk) creëren van de dwangsituatie zich minimaal bewust was van de aanmerkelijke kans dat het slachtoffer de seks niet wilde en die kans ook aanvaardde, zo bleek uit een recent arrest van de Hoge Raad.²² Het ging in deze om de vraag of de verdachte zich wel bewust was van het feit dat het slachtoffer de seks niet wilde. De verdachte in deze zaak had weliswaar dwangmiddelen toegepast om op bedreigende wijze in de woning en de slaapkamer van het slachtoffer binnen te dringen, maar de verdachte ging ervan uit dat het slachtoffer de seksuele handelingen vrijwillig met hem verrichtte (ze zou daartoe zelf het initiatief hebben genomen) en het is voor hem niet kenbaar geweest dat de aangeefster geen seks wilde. De Hoge Raad overwoog in dit verband dat de term ‘dwingt’ in artikel 242 Sr aldus dient te worden verstaan dat daaraan slechts is voldaan indien het (voorwaardelijk) opzet van de verdachte mede omvat dat hij iemand handelingen die bestaan of mede bestaan uit seksueel binnendringen, doet ondergaan tegen zijn of haar wil en dat het oordeel van het Hof dat de verdachte bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de bewezenverklaarde seksuele handelingen tegen de wil van het slachtoffer hebben plaatsgevonden, niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

Nu de Hoge Raad in ECLI:NL:HR:2018:718 heeft verduidelijkt dat onder ‘de naar algemene ervaringsregels aanmerkelijke kans’ dient te worden verstaan de in de gegeven omstandigheden reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid,²³ is de uitleg van ‘dwingt’ zeker niet beperkt te noemen. Wel is het zo dat hiermee de beleving van de setting door de verdachte bepalend is.²⁴ De combinatie nu van die beleving met de

dwangmiddelen (feitelijkheden) maakt de uitleg toch (relatief) beperkt bezien in het licht van huidige maatschappelijke opvattingen dat alle onvrijwillige seks strafbaar dient te zijn. De veroorzaakte druk of (dreigende) sfeer moet immers ‘zodanig’ zijn dat onttrekken of verzetten tegen de seks (naar redelijke verwachting) niet mogelijk was. Dat lijkt te wijzen in de richting van een toch wel zeer behoorlijke pressie. ‘De kwestie van het verzet’ is daarmee – indien men aldus de rechtspolitieke opvatting huldigt dat iedere vorm van onvrijwillige seks strafbaar dient te zijn – wel een issue, ook al wordt in de Kamerbrief van de minister ten onrechte de indruk gewekt dat de bewijsrechtelijke lat (mede) te hoog ligt omdat moet worden aangetoond dat sprake is van verzet. Het gaat erom dat verzet naar redelijke verwachting niet mogelijk was en dat de verdachte de reële kans daarop – dat wil zeggen: op onvrijwillige seks – heeft aanvaard. Die kans kan gezegd worden te zijn aanvaard wanneer er een stevige mate van pressie, afhankelijkheid of dreiging is gecreëerd.

Wat levert nu – naast uiteraard de geijkte situaties waarin een slachtoffer door geweld of bedreiging daarmee de seksuele handelingen toelaat – concreet dwang op volgens de Hoge Raad? Op basis van enkele casusposities met betrekking tot de dwangbepaling(en) van artikel 242 Sr (en artikel 246 Sr) waarover de Hoge Raad heeft geoordeeld kan een aardig beeld worden verkregen van de voor ‘dwingen’ vereiste ernst van de door de dader gecreëerde situatie. Zo bepaalde de Hoge Raad in 2013 dat inspelen op de godvruchtigheid dwang in de zin van artikel 242 Sr kan opleveren. In die zaak deed het slachtoffer wat de verdachte wilde of van haar verwachtte, vanwege de wijze waarop zij door de verdachte was geïndoctrineerd, door de intensiteit waarmee de verdachte de dingen zei en door de bangmakerij voor het geloof, welk geloof door de verdachte door de invulling die hij eraan heeft gegeven als machtsmiddel werd ingezet. Het Hof stelde vast dat in de gegeven omstandigheden de verdachte een psychisch en uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht had op het slachtoffer en (meermalen) heeft ingespeeld op haar devotie of godvruchtigheid, hetgeen een zodanige psychische druk opleverde dat het voor het slachtoffer zo moeilijk was om zich aan de bewezenverklaarde handelingen te onttrekken, dat sprake was van door de verdachte uitgeoefende dwang. Dit oordeel gaf hier volgens de Hoge Raad geen blijk van een verkeerde uitleg van begrip andere feitelijkheid als bedoeld in artikel 242 Sr. Dat de overwichtssituatie en het leeftijdsverschil in de relatie tussen dader en slachtoffer hier wel tot dwang kon leiden, lijkt verband te houden met de intensiteit waarmee de bangmakerij gepaard ging.²⁵

Ook in ECLI:NL:HR:2006:AY6940 mocht worden geoordeeld dat de dader opzettelijk heeft veroorzaakt dat de aangeefster het seksueel binnendringen tegen haar wil heeft ondergaan. De verdachte was hier opzettelijk voorbijgegaan aan het feit dat het slachtoffer aanvankelijk te kennen gaf niet op zijn seksuele toenadering te willen ingaan door haar te bevelen ‘zich van onderen te gaan wassen’, haar te bevelen haar nachtjapon en onderbroek uit te trekken, met zijn lichaam op haar te gaan liggen, haar te zeggen dat ze haar

21 HR 27 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:494.

22 HR 27 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2194, NJ 2019/241, m.nt. Rozemond.

23 Waarmee geen wezenlijk andere of grotere mate van waarschijnlijkheid tot uitdrukking wordt gebracht dan met de in oudere rechtspraak, zoals in HR 9 november 1954, NJ 1955/55, gebruikte formulering “de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans”.

24 Zie daarover ook punt 1 uit de noot van Rozemond onder NJ 2019/241.

25 HR 27 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:427.

benen wijd moest doen en door zijn penis in haar vagina te brengen. Gelet op de geringe weerbaarheid van het slachtoffer waarvan verdachte op de hoogte was, de gedragingen en mondelinge uitlatingen van verdachte leverden zo'n lichamelijke en geestelijk overwicht op, dat het slachtoffer daaraan geen weerstand kon bieden.²⁶ In ECLI:NL:HR:2007:BA7650 oordeelde het Hof terecht dat in casu bij het door verdachte gecedeerde slachtoffer sprake was van 'door een andere feitelijkheid dwingen' nu de verdachte door het slachtoffer een slaapmiddel toe te dienen haar opzettelijk in een zodanige toestand van fysieke weerloosheid heeft gebracht, dat zij als gevolg daarvan niet of zeer moeilijk in staat was zich tegen de bewezenverklarde seksuele handelingen te verzetten.²⁷ Het bestaan van een afhankelijkheidsrelatie en het daarmee samenhangende overwicht van de verdachte – als bijvoorbeeld vader, opa, therapeut of leidinggevende – leidt in elk geval niet zonder meer tot de conclusie dat gesproken kan worden van dwang. In *NJ 2013/438* ging het om een vader die seksuele handelingen met zijn dochter verrichtte van haar vijftiende tot negentiende levensjaar.²⁸ Omdat de verdachte die seksuele handelingen initieerde en daarbij misbruik maakte van zowel zijn fysieke als zijn psychische overwicht als vader achtte het Hof tevens bewezen dat bij genoemde handelingen sprake was van door feitelijkheden dwingen. Uit de bewijsmiddelen kan volgens de Hoge Raad echter niet zonder meer volgen dat de verdachte opzettelijk tegenover zijn dochter een zodanige psychische druk heeft uitgeoefend of haar in een zodanige afhankelijkheidsituatie heeft gebracht dat zij zich daardoor niet tegen de bewezenverklarde handelingen kon verzetten, of dat de verdachte haar heeft gebracht in een zodanige, door hem opzettelijk veroorzaakte, (bedreigende) situatie dat het daardoor voor haar zo moeilijk was om zich aan die handelingen te onttrekken dat er sprake was van dwang van de kant van de verdachte. In zijn noot merkt Keijzer hierover op dat dwingen bij die opvatting betekent dat de betrokkene wordt beroofd van de vrijheid om het seksueel binnendringen al dan niet toe te laten.²⁹

In ECLI:NL:HR:2003:AJ1188 was de verdachte een masseur/hypnotherapeut, waarbij het vermeende slachtoffer in verband met psychische problemen therapie volgde. De verdachte maakte op opportunistische wijze misbruik van de kwetsbaarheid van het zeer depressieve en afhankelijke slachtoffer door seksuele handelingen (tongen, vingeren en neuken) met haar te verrichten. Hoewel de verdachte op enig moment het slachtoffer, door haar met barse stem toe te spreken (hetgeen volgens de Hoge Raad "onder omstandigheden" als feitelijkheid in de zin van artikel 242 Sr kan worden aangemerkt), heeft gedwongen zijn penis in haar mond te nemen, kon voor wat de overige bewezenverklarde seksuele handelingen, met name ten aanzien van de vleselijke gemeenschap, niet volgen dat het slachtoffer (door een feitelijkheid) was gedwongen. Duidelijk is hier dat de verdachte – gezien de persoonlijkheid van het slachtoffer, de tussen hen bestaande hulpverleningsrelatie, het overwicht dat hij op haar had en dat zij niet gediend was van bepaalde seksuele handelingen, maar deze toch heeft ondergaan – minst genomen bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat het slachtoffer de seksuele penetratie heeft ondergaan omdat zij boog voor het overwicht dat verdachte over haar had. Dat er geen bewijs voor het dwingen door feitelijkheden was, zit 'm dus in het gegeven dat de dreigende sfeer (die dus zou kunnen ontstaan door het overwicht gecombineerd met met barse stem spreken) bij de gemeenschap ontbrak, waardoor de psychische druk niet zodanig groot was dat weerstand bieden in feite niet meer tot de mogelijkheden behoorde.³⁰

Ook in een zaak uit 2006, waarin de verdachte als chef van een ambulanceteam en instructeur EHBO-cursussen een bepaald overwicht en een zekere uit de hem toegedichte deskundigheid voortvloeiende overtuigingskracht had, was geen sprake van dwang. De verdachte heeft de aangeefsters weliswaar bewogen tot de bewezenverklarde seksuele handelingen, doch kennelijk niet gedwongen. Wetende dat hij door de aangeefsters als zeer deskundig werd aangemerkt, heeft hij van dit overwicht en deze overtuigingskracht gebruikgemaakt bij het verkrijgen van toestemming tot het verrichten van de bewezenverklarde seksuele handelingen. Daarbij heeft de verdachte ten onrechte doen voorkomen dat die handelingen in het kader van de opleiding nodig en professioneel verantwoord waren. Volgens de Hoge Raad kon hieruit evenwel niet zonder meer volgen dat de verdachte opzettelijk een zodanige psychische druk heeft uitgeoefend of de aangeefsters in een zodanige afhankelijkheidsituatie heeft gebracht, dat zij zich daardoor niet tegen die handelingen konden verzetten, of dat de verdachte de aangeefsters heeft gebracht in een zodanige, door hem opzettelijk veroorzaakte (bedreigende) situatie dat het daardoor voor hen zo moeilijk was om zich aan die handelingen te onttrekken dat er sprake was van dwang van de kant van de verdachte.³¹

26 HR 10 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY6940. Ook in ECLI:NL:HR:2007:BA0862 negeerde de verdachte de expliciete afwijzingen van de aangeefster. In laatstgenoemde zaak heeft de verdachte een oudere vrouw in haar woning betast en gezoend. Het Hof kon hier oordelen dat het slachtoffer als gevolg van 'het onverhoeds binnenlopen van de woning van het slachtoffer' en 'het doorgaan met de ontuchtige handelingen ondanks dat het slachtoffer (meermalen) zei dat hij daarmee niet moest doorgaan' geen weerstand kon bieden aan de verdachte en aldus werd gedwongen tot het dulden van diens ontuchtige handelingen. Hierbij was volgens de Hoge Raad van belang de omstandigheid dat de verdachte ten tijde van het feit 27 jaar oud was en het slachtoffer 77 jaar. Zie HR 22 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0862.

27 HR 16 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7650.

28 HR 12 maart 2013, *NJ 2013/438*, m.nt. Keijzer.

29 Zie *NJ 2013/438*. Zie in dit verband ook HR 27 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5707, waarin de verdachte door het Hof was veroordeeld ter zake van verkrachting, meermalen gepleegd. De feitelijkheid bestond hierin dat de verdachte een feitelijk overwicht op het slachtoffer heeft gehad (gezien het leeftijdsverschil en de relatie opa-kleinkind) en aldus voor haar een bedreigende situatie heeft doen ontstaan. Uit hetgeen het Hof heeft vastgesteld was volgens de Hoge Raad wel een uit de relatie opa-kleinkind en het leeftijdsverschil tussen de verdachte en het slachtoffer voortvloeiend feitelijk overwicht af te leiden, maar daaruit kon echter niet zonder meer volgen dat het slachtoffer tot het ondergaan van de seksuele handelingen werd gedwongen door een door de verdachte opgeroepen bedreigende situatie. De bewezenverklaring was dan ook niet toereikend gemotiveerd.

30 Overigens moet dit oordeel worden gezien tegen de achtergrond van doel en strekking van art. 249 Sr (seks/ontucht met patiënt).

31 HR 12 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7767.

Dat ook de zogenaamde 'seksuele oplichting' geen dwang hoeft op te leveren, blijkt uit een arrest uit 2007. Daarin had de verdachte bij wijze van ritueel – om zogenaamd de relatie tussen zijn zoon en het slachtoffer te herstellen – gemeenschap met het geblinddoekte slachtoffer na toediening van alcohol. Gezien zijn enorme behoefte aan seks had de verdachte een list bedacht om het slachtoffer in bed te krijgen. Zij was verliefd op een zoon van de verdachte en hij had haar wijsgemaakt dat hij de verbroken relatie wel in orde kon maken. Door middel van voodoo-achtige handelingen heeft hij haar zo ver gekregen dat zij de seksuele handelingen toeliet, ook nadat zij geblinddoekt werd, van andere personen die zich op dat moment in de kamer bevonden. Het slachtoffer was niet op de hoogte van het feit dat zij ook met een ander dan verdachte geslachtsgemeenschap had, zodat de geslachtsgemeenschap in zoverre een onvrijwillig karakter had.³² Het door feitelijkheden dwingen kon volgens de Hoge Raad echter niet zonder meer uit de bewijsmiddelen worden afgeleid. Hoe grof en stuitend het optreden van verdachte ook was, misleiding en bedrog is volgens de Hoge Raad iets anders dan dwang. Men kan het betreuren, maar 'seksuele oplichting' valt buiten het bereik van de strafwet, aldus A-G Knigge.³³

Uit de rechtspraak komt in ieder geval het beeld naar voren dat voor 'dwang' de seks niet alleen onvrijwillig dient te zijn geweest. Op opportunistische wijze gebruikmaken van een situatie door zonder het aanwenden van geweld of het creëren van een bedreigende sfeer of setting toch seks te krijgen, levert niet zonder meer dwang op. Dit bewijst namelijk niet dat de seks (door aanwending van een dwangmiddel)³⁴ – om met Lindenberg en Van Dijk te spreken –³⁵ onvermijdbaar was. Er moet door de dader opzettelijk een dusdanige beangstigende situatie worden gecreëerd bij het slachtoffer dat het redelijk is om aan te nemen dat verzet of onttrekken geen reële optie was dan wel simpelweg niet kon worden geveerd van het slachtoffer.

3. Feitenrechtspraak

De minister geeft in de Kamerbrief aan dat het door de voorgestelde wijziging eenvoudiger wordt om aangifte te doen van ongewilde seksuele interactie.³⁶ Gevallen waarin het vermeende slachtoffer tijdens het seksuele contact een passieve, weifelende of ambigue houding heeft aangenomen, zullen namelijk niet snel tot een veroordeling leiden, en reeds daarom snel in de strafrechtssketen stranden. Een analyse van feitenrechtspraak heeft evenwel laten zien dat dit soort zaken ook onder de huidige wettelijke regeling de

strafrechter weten te bereiken. Hoe beoordelen feitenrechters in dit soort zaken de ten laste gelegde verkrachting, met name wat de vereiste dwang en/of het opzet betreft? Deze rechtspraak bespreken wij hieronder. Opgemerkt zij dat wij geen volledig beeld proberen te schetsen van de feitenrechtspraak, maar aan de hand daarvan meer inzicht willen verkrijgen in de door de minister geconstateerde beperkingen van het huidige wettelijke kader. Op basis daarvan kunnen wij vervolgens reflecteren op de vraag in hoeverre die op gespannen voet lijken te staan met de op dit vlak thans geldende sociale norm.

In 2014 speelde bij de Rechtbank Rotterdam een zaak waarin aangeefster verklaarde dat het seksuele contact met de verdachte ongewild was.³⁷ De Rechtbank vat (een deel van) hetgeen gebeurd is als volgt samen:

“Ze zegt dat ze in het begin duidelijk is geweest en heeft gezegd dat verdachte moest stoppen maar dat zij, naarmate de handelingen een seksueler karakter kregen, niets meer heeft gedaan waaruit kon blijken dat ze het niet wilde [...].

Uit de verklaring van aangeefster blijkt dat, toen verdachte haar kietelde, zijn hand onder haar kleding bracht en haar borsten aanraakte, aangeefster woordelijk duidelijk heeft gemaakt deze handelingen niet te willen. Verdachte verklaart ten aanzien van deze handelingen dat aangeefster weliswaar heeft gezegd dat hij moest stoppen, maar dat hij dacht dat ze *hard to get* speelde.”

Uit de verdere bespreking van de feiten blijkt dat de aangeefster zich vervolgens passief heeft opgesteld (hij: “ze gaf toen geen reactie” en zij: “ik deed niets om hem tegen te houden”), maar deels ook een meewerkende houding aannam (“hij ging met mijn hand achter mijn rug, ik ben wel een beetje naar voren gegaan, en toen maakte hij mijn bh achter los”), naar eigen zeggen ook in de hoop dat hij zou stoppen. De Rechtbank overweegt expliciet dat zij niet aan de geloofwaardigheid van de aangifte twijfelt, maar spreekt de verdachte (toch) vrij omdat noch van (psychische) dwang noch van opzet sprake was.³⁸

De Rechtbank Midden-Nederland heeft zich in 2013 uitgelaten over een zaak waarin de aangeefster zei verkracht te zijn door een goede vriend die bij haar was blijven slapen.³⁹ Deze vriend had al eerder, toen hij eens bij haar sliep, seksuele toenadering gezocht. Die had zij afgewezen en dat heeft tot een korte vertrouwensbreuk geleid. Enkele weken daarna bezocht hij haar op haar uitnodiging en bleef hij wederom slapen. Die nacht werd zij naar eigen zeggen wakker omdat hij haar aanraakte, met zijn vingers in haar vagina gleed en haar vervolgens voorzichtig anaal penetreerde, terwijl

32 HR 9 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9177.

33 PHR 9 oktober 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA9177 (ov. 11-13). Ook in een arrest uit 2006 ging het om misleiding. De Hoge Raad oordeelde hier dat het feit dat het slachtoffer, doordat zij, terwijl zij in een slaap/waaktoestand verkeerde, door misleiding van de kant van de verdachte omtrent zijn identiteit diens handelingen heeft toegelaten, nog niet mee brengt dat sprake is van dwang. Zie HR 14 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8042.

34 Daar bij oplichting/misleiding als in ECLI:NL:HR:2007:BA9177 de seks weliswaar 'onvermijdbaar' was, doch niet door het toepassen van een dwangmiddel.

35 Zie Lindenberg & Van Dijk 2015, p. 220.

36 Kamerbrief, p. 3.

37 Rb. Rotterdam 9 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9988.

38 Bij de beoordeling van het opzet van de verdachte weegt de Rechtbank (onder verwijzing naar een psychologisch rapport) mee dat zijn geconstateerde onrijpe persoonlijkheid ertoe leidt dat hij “onvoldoende overziet wat de gevolgen van zijn gedrag zijn voor een ander, en dat, zeker wanneer het gaat om subtiele nuances in interacties, er een grote kans bestaat dat verdachte deze nuances zal missen”, (zie Rb. Rotterdam 9 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9988).

39 Rb. Midden-Nederland 31 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0914.

zij zich slapende hield. Naar eigen zeggen was zij zo bang voor de verdachte dat zij niet durfde aan te geven dat de seks ongewild was. Toen verdachte gestopt was, heeft ze via facebook een vriend van de verkrachting op de hoogte gebracht, zich opgesloten in het toilet en de verdachte gesms't dat hij haar huis moest verlaten, waaraan hij uiteindelijk ook gehoor heeft gegeven. Nu er DNA-sporen van de verdachte in aangeefsters lichaam zijn aangetroffen en ook de sms-berichten zijn gevonden, twijfelt de Rechtbank niet aan de vraag of de verdachte de beschreven handelingen heeft verricht. De vraag of deze handelingen dwang of opzet in de zin van artikel 242 Sr opleveren, beantwoordt de Rechtbank evenwel ontkennend. Daarvoor acht de Rechtbank van belang dat de aangeefster de verdachte, ondanks een eerdere onenigheid, "weer bij haar in bed [heeft] uitgenodigd, terwijl ze slechts een slip droeg". Daarmee heeft zij volgens de Rechtbank – juist na zijn eerdere toenaderingspoging – een dubbelzinnige boodschap afgegeven hem onnodig bij haar in bed laten slapen. De Rechtbank vervolgt:

"De twijfel van de rechtbank over de vraag of sprake was van dwang, van opzet bij [verdachte] om seksuele handelingen te verrichten tegen de wil van aangeefster wordt mede gevoed door de omstandigheid dat verdachte aangeefster kusjes op de rug gaf, over de rug wreef en heel voorzichtig deed. Daarbij is de door aangeefster gestelde angst niet goed voorstelbaar, nu verdachte immers een goede vriend was en zij hem bij de eerdere avances wel direct haar afwijzing duidelijk had gemaakt en verdachte hierbij op geen enkele manier boos of gewelddadig was geworden. Ook overigens is, naar zij bij de rechter-commissaris verklaart, [verdachte] nooit agressief of bedreigend naar haar geweest, hij heeft haar nooit onheus bejegend."⁴⁰

Kortom: nu de aangeefster zich ambigu heeft opgesteld, het handelen van de verdachte eerder als voorzichtig of zachtvaardig moet worden omschreven, en ook niet goed valt in te zien waarom de aangeefster zich daar niet aan kon onttrekken, wordt de verdachte vrijgesproken van de ten laste gelegde verkrachting.⁴¹

Ook in andere zaken was het volgens de feitenrechter voor de verdachte onvoldoende duidelijk dat de seksuele handelingen tegen de wil van de desbetreffende aangeefster plaatsvonden. In 2012 oordeelde de Rechtbank Amsterdam in een verkrachtingszaak dat in het midden kan blijven of de seks onvrijwillig was, omdat het mogelijk is dat de ver-

dachte haar verkeerd had begrepen en derhalve het vereiste opzet op dwang niet kan worden bewezen. De aangeefster protesteerde namelijk alleen in het begin, duwde de verdachte wel weg maar deed dat niet hard, en staakte verder verzet.⁴² In 2010 moest de Rechtbank Zwolle-Lelystad zich uitlaten over een zaak waarin de aangeefster de medeverdachte, waarmee zij eerder seks heeft gehad, had uitgenodigd bij haar thuis en waarop hij een drietal andere jongens meenam, die deels aanmerkelijk ouder waren dan zij.⁴³ Vrij snel na binnenkomst heeft eerdergenoemde medeverdachte seks met haar gehad. Als hij daarna vraagt of het "goed is dat er een vriend (van beneden) bijgehaald wordt" en hij uit de slaapkamer weggaat, blijft zij naakt op het bed liggen.⁴⁴ De Rechtbank overweegt dat "[n]iet is gebleken dat zij op dat moment duidelijk heeft gemaakt, bijvoorbeeld door zich te bedekken, door op te staan, haar kleding te pakken, weg te lopen of anderszins aan de situatie te ontkomen dan wel verzet te bieden, dat zij er niet mee instemde dat hij er een vriend bij zou halen". Hoewel het zo kan zijn dat de handelingen (in haar beleving) ongewild waren, kan volgens de Rechtbank niet worden uitgesloten dat dat voor de verdachten niet duidelijk was; zij mochten er zelfs van uit gaan dat de handelingen de instemming van aangeefster hadden.⁴⁵ De Rechtbank spreekt de verdachte dan ook vrij, zij het niet zonder een laatste, vermanende overweging: het is verwijtbaar dat hij en de medeverdachten niet expliciet hebben gevraagd of de seks gewild was, hetgeen "indruist tegen de normen van fatsoen en respect jegens vrouwen". Hoe dit verwijt zich precies verhoudt tot de eerdere vaststelling dat verdachte ervan uit mocht gaan dat de aangeefster instemde, is zonder nadere motivering niet direct duidelijk.⁴⁶ De hierboven besproken zaken hebben allemaal met elkaar gemeen dat, uitgaande van de door de strafrechter vastgestelde feiten, de desbetreffende verdachte en het vermeende slachtoffer de seksuele interactie anders hebben

40 Rb. Midden-Nederland 31 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0914, r.o. 4.3. Opgemerkt zij dat verkrachtelingen vaak gepaard gaan met bepaald gedrag dat leken daarbij niet verwachten of daar niet mee associëren (en daar wordt ook in mediaberichten nauwelijks aandacht aan besteed). Te denken valt aan het tonen van pseudo-intimiteiten, zoals zoenen. Zie hierover uitgebreid: A.W.E.A. de Zutter, R. Horselenberg & P.J. van Koppen, 'Detecting the true nature of allegations of rape', *Journal of Police and Criminal Psychology* 2017, p. 116.

41 Ook van de ten laste gelegde handelingen die mede bestonden uit het seksueel binnendringen van slachtoffers lichaam, terwijl zij geestelijk of lichamelijke weerloos was, wordt hij vrijgesproken, evenals voor de ten laste gelegde ontucht, omdat onvoldoende is komen vast te staan dat sprake was van opzet gericht op het ontuchtig karakter van zijn handelingen.

42 Rb. Amsterdam 24 februari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV7126. Ook in een (poging tot) verkrachtingszaak uit 2017 kon de Rechtbank Oost-Brabant niet vaststellen dat voor de verdachte duidelijk was dat hij seksuele grenzen overschreed (noch dat sprake was van de vereiste dwang) (zie Rb. Oost-Brabant 13 april 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:2164). De verdachte en de aangeefster zouden gezamenlijk al kletsend en al zoenend naar een dug-out zijn gelopen, alwaar hij geprobeerd zou hebben om haar seksueel te penetreren, waarmee hij stopte zodra zij (fysieke) weerstand bood. Omdat de aangeefster eerst "lacherig en nonchalant" zou hebben geageerd toen hij haar hand op zijn penis legde, gaat de Rechtbank ervan uit dat er voor haar – na een vrijwillig intiem begin – een 'omslagpunt' is geweest.

43 Rb. Zwolle-Lelystad 9 februari 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BL3169.

44 Zie Rb. Zwolle-Lelystad 9 februari 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BL3169, r.o. 4.

45 Daar zouden ook de uitlatingen op wijzen die de aangeefster nadien tegen het zusje van de verdachte heeft gedaan, namelijk dat het seksuele contact met medeverdachte 'lekker' was.

46 Zie in dit verband tevens de uitspraak van het Hof Arnhem Leeuwarden in een zaak uit 2015 waarin een 15-jarig meisje ook met meerdere jongens seksuele handelingen verrichtte. De verdachte wordt vrijgesproken van verkrachting maar wel veroordeeld voor ontucht. Het hof stelt vast dat "ook al is geen sprake van verkrachting, van vrijwilligheid aan de zijde van aangeefster geen sprake was. Ze ging met verdachte mee omdat zij dacht gezellig ergens wat te gaan eten met [medeverdachte1], door wie ze was uitgenodigd. Dat liep heel anders, [...]. Soms werd er voor of tijdens de seksuele handelingen zelfs geen woord gewisseld met aangeefster. Op zijn minst had van de jongens onder de gegeven, grensoverschrijdende situatie verwacht mogen worden dat ze zich zouden vergewissen van de nadrukkelijke instemming van aangeefster". Hof Arnhem-Leeuwarden 5 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:876.

ervaren. Het vermeende slachtoffer heeft niet onmiskenbaar tot uiting gebracht dat de seks ongewild was. Het bood (bijvoorbeeld) nauwelijks tot geen weerstand, zei niet herhaaldelijk nee, liep niet weg maar bleef juist liggen, of nam soms zelfs een meewerkende houding aan. Die omstandigheden stonden de bewijsbaarheid van het opzet van de verdachte in de weg. De seksuele handelingen in voornoemde zaken vonden bovendien niet onder dussdanige omstandigheden plaats dat het vermeende slachtoffer zich daar niet aan had kunnen onttrekken dan wel daartegen verzetten. Die dwang was – gezien de passieve opstelling van de aangeefster – ook helemaal niet nodig.

4. Onderzoeksplicht

De bespreking van Hoge Raad jurisprudentie heeft duidelijk laten zien dat er juridisch gezien ruimte bestaat voor de voorgestelde strafbaarstelling van seks tegen de wil. Een belangrijk element van het voornemen van de minister is de verlaging van de ondergrens voor strafrechtelijke aansprakelijkheid door zowel een opzetvariant (weten)⁴⁷ als een schuldvariant (behoren te weten) van het delict seksuele interactie tegen de wil te introduceren. Daarmee is dus voldoende dat er feiten en omstandigheden waren waaruit de verdachte de onvrijwilligheid van de ander had kunnen afleiden of op grond van feiten en omstandigheden had behoren af te leiden, aldus de minister. De situatie had daarmee behoren te worden onderkend. Men had scherper en oplettender dienen te zijn. Anders gezegd: de verdachte is met zijn gedrag in aanzienlijke mate achtergebleven bij dat van de criteriumfiguur in dezelfde situatie. Hoewel het niet makkelijk voorstelbaar is dat iemand bepaalde signalen die duiden op onvrijwilligheid niet oppikt (bewuste schuld of voorwaardelijk opzet lijken hier meer voor de hand te liggen),⁴⁸ is het niet ondenkbaar dat iemand, verblind door lustgevoelens of gevoelens van macht, de bijzonderheid van de situatie onvoldoende tot zich laat doordringen.⁴⁹ Aan wat voor type situatie moet hier in het kader van onvrijwilligheid zonder dwang(middel) eigenlijk worden gedacht? Uiteraard niet om situaties waarin de ander voorafgaand aan of tijdens de handelingen door middel van verbale signalen en/of expliciet afhoudend gedrag kenbaar maakt de seksuele handelingen niet te willen. Een duidelijk “nee” en/of afhoudende gebaren of bewegingen zullen in ieder geval toch minst genomen tot bewustheid van de reële kans op onvrijwilligheid leiden en moeten zonder meer reden zijn te stoppen. De minister verschaft zelf een aantal (heldere) voorbeelden:

“Niet alleen expliciete verbale signalen en gedrag van de ander, maar ook feiten en omstandigheden die aanleiding behoren te geven tot het vermoeden dat seksuele handelingen mogelijk niet vrijwillig zijn, kunnen strafrechtelijke aansprakelijkheid tot gevolg hebben. Hierbij valt te denken aan (non-) verbale signalen en gedrag waaruit die onvrijwilligheid kan worden afgeleid, bijvoorbeeld wanneer iemand voorafgaand aan of tijdens de seksuele handelingen een weifelende, wisselende of licht afhoudende houding inneemt. *Onder die omstandigheden* is er sprake van een onderzoeksplicht voor degene die het (verdergaande) seksuele contact initieert om na te gaan of er ongewilde handelingen plaatsvinden. [cur-sivering toegevoegd]

Dat geldt evenzeer als de ander verstijft bij aanvang van of tijdens de seksuele handelingen of niet of nauwelijks signalen van fysieke interactie vertoont, of op enig moment stopt met meedoen. Nagaan of de ander de seksuele handelingen wel wil kan bijvoorbeeld door de ander op dat moment te vragen of die het contact wel prettig vindt en wil doorgaan. Als iemand dit nalaat en doorgaat met de seksuele handelingen kan dit aanleiding zijn voor de conclusie dat sprake is van strafbaar gedrag.”⁵⁰

De minister beoogt aldus een onderzoeksplicht te introduceren. Op basis van de huidige strafbepaling ligt dus een zekere verantwoordelijkheid om duidelijk *kenbaar te maken* dat de seksuele handelingen ongewenst zijn bij het vermeende slachtoffer, terwijl in de nieuwe strafbepaling de verantwoordelijkheid om *duidelijk te krijgen* of de seksuele handelingen gewenst zijn bij de verdachte kan komen te liggen. Iets anders gezegd: de verantwoordelijkheid voor de duidelijkheid omtrent de vrijwilligheid – moet die worden *verschafft*, of moet die worden *verkregen*? – verschuift.

Nu zal in het uiteindelijke wetsartikel niet komen te staan dat de verdachte zich ervan had dienen te vergewissen van de vrijwillige aard van de deelname aan de seksuele handelingen (of iets dergelijks). Bedoeld zal dus zijn dat rechter – zoals thans het geval is in het kader van schuldhealing – in het bestanddeel culpa die onderzoeksplicht inleest. Zo is voor een veroordeling ter zake van schuldhealing in de zin van artikel 417bis lid 1 onder a Sr is vereist dat de verdachte ten tijde van het verwerven of voorhanden krijgen van het goed “redelijkerwijs had moeten vermoeden” dat het betreffende goed door misdrijf is verkregen. Dat bestanddeel houdt mede een zogenaamde vergewisplicht in.⁵¹ De omstandigheden waaronder een goed wordt verkregen kunnen een onderzoeksplicht doen ontstaan naar de herkomst van dat goed. Als de verdachte daarin in ernstige mate tekort is geschoten, dan is er sprake van de voor schuldhealing vereiste aanmerkelijke onvoorzichtigheid die maakt dat de verdachte redelijkerwijs had moeten vermoeden

47 Daaronder begrepen de bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans.

48 Veel draait bij seksueel contact immers om signalen en de intieme interactie zorgt vanzelfsprekend voor een sterke gerichtheid op elkaar waarbij de ‘seks tegen de wil’-dader veel eerder opportunistisch zal handelen (onwelgevallige signalen negeren) dan onwetend door onoplettendheid.

49 Overigens erkent de minister dat de aard van de strafbare gedragingen meebrengt dat niet steeds met scherp te onderscheiden zal zijn of er sprake is van opzet dan wel schuld en dat dit onderscheid ook niet doorslaggevend is voor het strafwaardige karakter van het gedrag. Als in een concreet geval zou blijken dat de strafbare gedraging de schuldvariant betreft, dan kunnen het Openbaar Ministerie en de rechter deze factor betrekken bij de afweging van de strafsoort en de strafmaat.

50 Kamerbrief, p. 4. Overigens zou ook een geval als ‘seksuele oplichting’ als een dergelijke situatie kunnen worden getypeerd. Zie daartoe het onder 2 besproken voorbeeld uit HR 9 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9177.

51 Zie bijv. HR 19 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3191, HR 10 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3263 en HR 17 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:611.

den dat het goed door misdrijf is verkregen. De omstandigheden die tot een nader onderzoek verplichten moeten dan wel uit de bewijsvoering blijken. Het gaat erom of aangewomen kan worden dat ieder weldenkend mens argwaan zou moeten krijgen. Is dat het geval dan is doorvragen of nader onderzoek vereist.⁵²

De vraag rijst of de voorgestelde wetswijziging ruimte biedt om in de (in de vorige paragraaf) besproken zaken – uitgaande van de feiten zoals die door de strafrechter zijn vastgesteld – tot een bewezenverklaring en dus een andere uitkomst te komen. Wij sluiten dat niet uit. Vooropgesteld zij dat een en ander afhangt van de beoordeling van het geval door de feitenrechter, die daarbij een ander juridisch kader centraal zou stellen dan hij in de eerder besproken zaken heeft gedaan. Dat heeft gevolgen voor de focus van het onderzoek ter terechtzitting, de vragen die aan betrokkenen worden gesteld en wat de voor de rechter relevante feiten zijn. Onder de voorgestelde strafbaarstelling zal het niet meer gaan om de vraag of de aangever voldoende duidelijk was (in verband met de bewijsbaarheid van verdachtes opzet), maar om de vraag of de verdachte voldoende aanwijzingen had om door te vragen. Het huidige kader dwingt de rechter aldus niet om scherp na te denken over de kwesties die onder de voorgestelde wet van belang zouden worden.

Een deel van besproken zaken bevat in ieder geval feitelijke omstandigheden waaruit de onvrijwilligheid van de ander mogelijk kon worden afgeleid of daar mogelijk uit had moeten worden afgeleid. De goede vriend die bleef slapen (Rechtbank Midden-Nederland 2013) had, zonder zich van aangeefster instemming te vergewissen, besloten om haar 's nachts te betasten en anaal te penetreren. Nu zij hem in haar bed heeft uitgenodigd, terwijl zij eerder zijn avances heeft afgewezen (waardoor zelfs een vertrouwensbreuk was ontstaan), komt de Rechtbank tot de conclusie dat zij een dubbelzinnige boodschap heeft afgegeven. Daarom zou gezegd kunnen worden dat de situatie van dien aard was dat de verdachte onder de voorgestelde strafbaarstelling – als initiator van de (verdergaande) seksuele handelingen – de vrijwilligheid aan de kant van de aangeefster nader had moeten onderzoeken. Zij droeg weliswaar enkel een slip in bed, maar tijdens de seksuele handelingen hield zij zich slapende en was zij dus inactief. Ook de verdachte die meende dat de aangeefster *hard to get* speelde (Rechtbank Rotterdam 2014), had, gezien de – om de bewoordingen van de minister te gebruiken – “weifelende, wisselende of licht afhoudende houding” van de aangeefster, eerst moeten nagaan hoe zij tegenover de seks stond. Dat een onderzoeksplicht zou worden aangenomen in de zaak waarin de verdachte een drietal vrienden meenam naar aangeefster (Rechtbank Zwolle-Lelystad) ligt daarentegen minder voor de hand. Hoewel het handelen van de verdachten in die zaak expliciet laakbaar wordt geacht, stelt de Rechtbank vast dat de verdachten ervan uit mochten gaan dat de handelingen aangeefsters instemming hadden. Tegelijkertijd valt op dat de overwegingen van de Rechtbank een grote verantwoordelijkheid bij de aangeefster leggen, (want: zij maakte niet

duidelijk dat zij niet wilde, bijvoorbeeld “door zich te bedekken, door op te staan, haar kleding te pakken, weg te lopen of anderszins aan de situatie te ontkomen dan wel verzet te bieden”). Dat laat zich moeilijk rijmen met de uitgangspunten uit de Kamerbrief. Uit het vonnis blijkt niet hoe de aangeefster zich vlak voor en tijdens de seksuele handelingen met de twee vrienden heeft gedragen, waardoor niet is te zeggen of in die zaak een onderzoeksplicht zou hebben gegolden.

De vrijspraken voor de ten laste gelegde verkrachting zijn in elk van de eerder besproken zaken juridisch gezien goed uit te leggen. Toch blijven niet alle verdachten zonder blaam. Zoals ook de Rechtbank Zwolle-Lelystad treffend verwoordde: door geen navraag te doen, hebben zij in strijd gehandeld met de normen van fatsoen en respect jegens vrouwen. Want waarom zou iemand in een enigszins onduidelijke situatie niet vragen of de seksuele handelingen gewenst zijn? Omdat zij rekening houden met een afwijzende reactie, of in ieder geval niet rekenen op een volmondig ‘ja’? Dan is straffeloosheid, zeker in het licht van de verander(en) de seksuele moraal, moeilijk te verdedigen.

5. Internationale verplichtingen en seks tegen de wil

De voorgenomen strafbaarstelling is volgens de minister in lijn met het Verdrag van Istanbul inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld dat in 2016 voor Nederland in werking is getreden. Op basis van artikel 36 van het verdrag zijn staten verplicht om seksuele handelingen zonder wederzijds goedvinden ('non-consensual') strafbaar te stellen.⁵³ De minister geeft aan dat vrijwilligheid het besef van een verantwoordelijkheid voor het eigen handelen en bewustzijn van het gedrag van de ander veronderstelt. En dat is ook het uitgangspunt van het Verdrag van Istanbul.⁵⁴ De vraag is of artikel 36 van het verdrag een dergelijke aanvulling verplicht.

De tekst van de eerste twee leden van artikel 36 van het verdrag lijkt helder. Lindenberg en Van Dijk stellen in hun WODC-onderzoek naar zedendelicten dan ook dat de tekst op het eerste gezicht op gespannen voet lijkt te staan met de Nederlandse strafbaarstelling van artikel 242 Sr.⁵⁵ Na een analyse van het *explanatory report*,⁵⁶ waarin sterk geleund wordt op EHRM-rechtspraak, concluderen zij evenwel dat

53 Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (2011). De verdragsbepaling luidt als volgt: “1. The following intentional conducts are criminalised: a) engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object; b) engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person; c) causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person. 2. Consent must be given voluntarily as the result of the person's free will assessed in the context of the surrounding circumstances”.

54 Kamerbrief, p. 2.

55 Lindenberg & Van Dijk 2015, p. 226-227. Zie ook K. Lindenberg, 'Zedendelicten en positieve verplichtingen', in: J.H. Gerards & C.H. Sieburg (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 519-520; 525.

56 *Explanatory report* bij het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (CETS nr. 210), Istanbul 11 mei 2011 [te raadplegen via coe.int].

52 Zie hierover bijv. PHR 6 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:102.

de verdragsbepaling enkel een aanbeveling en geen verplichting oplevert om de Nederlandse strafwetgeving op dit punt te verruimen (in de kern omdat: “It is [...] left to the Parties to decide on the specific wording of the legislation and the factors that they consider to preclude freely given consent.”).⁵⁷ Uit M.C. tegen Bulgarije blijkt – naast het feit dat onvrijwillige seks strafbaar moet worden gesteld –⁵⁸ ook dat het daarbij niet alleen gaat om de bewoordingen van de strafbaarstelling, maar ook om de uitleg die daaraan in de strafrechtspraak wordt gegeven:

“What is decisive, however, is the meaning given to words such as “force” or “threats” or other terms used in legal definitions. For example, in some legal systems “force” is considered to be established in rape cases by the very fact that the perpetrator proceeded with a sexual act without the victim’s consent or because he held her body and manipulated it in order to perform a sexual act without consent. As noted above, despite differences in statutory definitions, the courts in a number of countries have developed their interpretation so as to try to encompass any non-consensual sexual act (see paragraphs 95 and 130-47).”⁵⁹

De strafbaarstelling van zedendelicten betreft een uitsluitend nationale competentie, nu de EU op grond van artikel 83 VWEU de bevoegdheid mist om minimumvoorschriften vast te stellen voor zedendelicten. Nu het Verdrag van Istanbul juridisch bindend is voor de deelnemende landen en zowel de tekst van artikel 36 als de rechtspraak van het EHRM wijzen in de richting van het strafbaar stellen van ‘any non-consensual act of sexual violence, including rape’, lijkt de minister er niet ten onrechte van uit te gaan dat het verdrag “verplicht tot het strafbaar stellen van seksuele handelingen zonder wederzijds goedvinden”.⁶⁰ Daarbij dient wel te worden aangetekend dat dit verdrag niet verplicht tot een strafbaarstelling van een culpoze seks tegen de wil-variant.⁶¹

57 Zie voor een nadere toelichting ook K. Lindenberg, ‘Verkrachting, aanranding en de bescherming van seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een ‘Nein heisst Nein’?’, in: E. Gritter (red.), *Modern Strafrecht: Bijdragen aan de Landelijke Strafrechtdag 2017 (Groningen)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019 (geaccepteerd/in druk), p. 23-24. Hij komt – anders dan eerst – in deze publicatie wel tot de conclusie dat het Verdrag van Istanbul verplicht tot het hanteren van een consentmodel (p. 25; 27).

58 EHRM 4 december 2003, M.C./Bulgarije, nr. 39272/98. Inmiddels herhaald in onder andere M.G.C./Roemenië: “On the basis of the above principles, the Court has previously found that States have a positive obligation inherent in Articles 3 and 8 of the Convention to enact criminal-law provisions that effectively punish rape and to apply them in practice through effective investigation and prosecution (see M.C. v. Bulgaria, cited above, § 153). In addition, in accordance with contemporary standards and trends in the area, the member States’ positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim (ibid., § 166)”. Lindenberg concludeert op grond van latere EHRM-arresten dat zij “bevestigen dat een rigide dwangmodel in strijd kan komen met het EVRM, maar nog steeds geen afgetekend antwoord geven op de vraag of het EVRM tot een algemeen consentmodel verplicht”. Zie Lindenberg 2019 (geaccepteerd/in druk), p. 22.

59 M.C./Bulgarije, par. 171.

60 Kamerbrief, p. 2.

61 Zie Lindenberg 2019 (geaccepteerd/in druk), p. 28-29.

6. Uitleidende beschouwingen

Gezien de wens tot herziening van de zedenwetgeving⁶² en de notie dat anno 2019 anders wordt gedacht over wat seksueel grensoverschrijdend gedrag oplevert, is het goed navolgbaar dat de minister voornemens is om – ter uitvoering van de verplichtingen die uit het Verdrag van Istanbul voortvloeien – onvrijwillige seks strafbaar te stellen. In het WODC-rapport over zedendelicten is een aantal suggesties gedaan over de aanpassing van artikel 242 Sr, variërend van schrapping van de dwangmiddelen, het toespitsen van de delictomschrijving op het ontbreken van instemming en het strafbaar stellen van culpoze verkrachting.⁶³ De minister heeft ervoor gekozen om seks tegen de wil strafbaar te stellen, zonder het bestaande artikel 242 Sr te wijzigen. Daarmee is bij tegen de wil seksueel binnendringen van het lichaam niet aanstonds duidelijk of het strafbare gedrag – naast de handelingen die reeds onder artikel 242 Sr strafbaar zijn gesteld – ook als verkrachting zal worden gekwalificeerd.⁶⁴ Wel voldoet hij aan de ogenschijnlijke mensenrechtelijke verplichting om ‘any non-consensual act of sexual violence’ strafbaar te stellen. Een korte analyse van zowel hogere als lagere rechtspraak heeft laten zien dat er juridisch ruimte bestaat voor de voorgestelde strafbaarstelling.⁶⁵ Elke gedwongen seksuele interactie is onvrijwillig, maar niet elke onvrijwillige seksuele interactie gaat gepaard met dwang (in de zin van artikel 242 Sr). Er zit – anders gezegd – in juridische zin licht tussen gedwongen seks en onvrijwillige seks. Ondanks dat de minister lijkt aan te nemen dat verzet thans wel wordt vereist, blijkt uit de analyse dat bij de huidige uitleg die aan de bestanddelen dwang en opzet worden gegeven, situaties onbestraft blijven die volgens de in de Kamerbrief beschreven huidige maatschappelijke opvattingen een strafrechtelijke reactie behoeven. De meest in het oog springende voorgestelde wijziging, te weten de voorgestelde strafbaarstelling van culpoze onvrijwillige seks, is de te introduceren onderzoeksplicht. De aandacht verschuift hierdoor in zekere zin naar de positie van de aangever: het draait om zijn beleving en de vraag onder welke omstandigheden de seksuele handelingen hebben plaatsgevonden, en niet meer om de wijze waarop de dader zich opstelde (in de zin van dwang) en daadwerkelijk psychisch betrokken was bij de ongewilde seks. Een verdachte komt bij vervolging wegens seks tegen de wil niet weg met het verweer dat hij niets heeft gemerkt van bepaalde signalen. Wanneer de rechter oordeelt dat de situatie zo was dat er objectief gezien aanleiding was te informeren of de seksuele handelingen wel echt door de ander worden

62 Lindenberg & Van Dijk 2016.

63 Zie #159 (schrapping van dwangmiddelen), #161 (delictomschrijving toespitsen op het ontbreken van instemming), #162 (strafbaarstelling van culpoze verkrachting).

64 Zie over *fair labelling*: Lindenberg 2013, p. 527. Lindenberg concludeert dat het Verdrag van Istanbul verdragsstaten vrij laat om nieuwe strafbaarstellingen “te vertalen naar een eigen kwalificatiesysteem”, zie Lindenberg 2019 (geaccepteerd/in druk), p. 27.

65 En die ruimte ziet niet alleen op gevallen waarin sprake is van tonische immobiliteit aan de zijde van het vermeende slachtoffer, zie (o.a.) par. 3 & 4.

gewild – hetgeen bepaald geen sinecure is – dan kan een veroordeling volgen. Daarmee lijkt het belangrijkste verweer te zijn een harde ontkenning van dat specifieke karakter van de situatie (namelijk: “hij/zij gaf aan dat ze het wilde”, “het was een geslaagde verleiding”, of: “ik heb goed opgelet en er waren absoluut geen signalen van zijn/haar kant dat de seks ongewild was”). Dat maakt dat een rechter – uiteraard indien het belastende relaas van de aangever wordt geloofd en bovendien sprake is van voldoende steunbewijs – betrekkelijk snel tot een veroordeling zal kunnen komen. Het voorstel is in die zin verstrekkend (waarvan de minister zich blijkens de Kamerbrief overigens ook bewust was). Ons lijkt daarbij wel van belang dat feitenrechters te zijner tijd hun oordeel in dit soort zaken uitvoerig en feitelijk onderbouwen. Zo worden niet alleen de juridische grenzen van de strafbaarstelling van seks tegen de wil verduidelijkt, maar wordt ook geconcretiseerd wat de verdachte precies wordt verweten (en wat op dit punt van eenieder wordt verwacht). Hem zal immers duidelijk moeten worden gemaakt hoe hij – evenals de criteriumfiguur – had moeten handelen.