

‘zorg voor slachtoffers met voldoende oog voor belangen van potentiële verdachten’

Auteur: mr. I.E. (Ivonne) Leenhouders¹
Betreft: Position paper ten behoeve van het rondetafelgesprek over het wetsvoorstel Wet seksuele misdrijven d.d. 11 mei 2023

Inleidende opmerkingen

Het is van groot belang dat de huidige zedentitel² integraal wordt herzien en dat de strafrechtelijke bescherming tegen seksueel geweld (aanranding en verkrachting) wordt uitgebreid. Ook het verlaten van het ‘dwang-model’ en de invoering van het ‘consentmodel’ is een belangrijke en noodzakelijke aanpassing. Dit vanuit de breed in de maatschappij levende visie dat seksueel contact vrijwillig dient te zijn en behoort te berusten op wederzijdse instemming.

In de vele inhoudelijke reacties op het wetsvoorstel³ is uitgebreid gereageerd op de voorgestelde aanpassingen van de strafbaarstellingen van aanranding en verkrachting, waarbij – begrijpelijk – veel aandacht is besteed aan de wensen en behoeften van slachtoffers.⁴

In deze reactie wil ik, als strafrechtadvocaat gespecialiseerd in zedenzaken, een aantal opmerkingen maken over het wetsvoorstel⁵ vanuit het perspectief van ‘de burger als potentiële verdachte’.⁶ Bij de vraag of strafrechtelijk ingrijpen is geboden dienen immers de belangen van slachtoffers (waaronder de behoefte aan erkenning en genoegdoening) te worden afgewogen tegen de belangen van burgers om bij het aangaan van hun seksuele relaties in voldoende mate vooraf te kunnen inschatten wanneer zij het risico lopen als verdachte van een zedendelict te worden aangemerkt (voorzienbaarheid, legaliteit). De enkele beschuldiging van seksueel grensoverschrijdend gedrag heeft immers al grote gevolgen en leidt bijna per definitie tot (reputatie)schade, ook als het uiteindelijk niet tot een strafrechtelijke vervolging komt. Met een duidelijke en voorzienbare normstelling worden overigens ook de belangen van slachtoffers gediend omdat het ook voor hen belangrijk is dat duidelijk kenbaar is in welke situaties het strafrecht een oplossing kan bieden.⁷

¹ Ivonne Leenhouders is advocaat sinds 1999 en heeft zich sinds 2004, aanvankelijk op het kantoor van Chris Verraart, gespecialiseerd in zedenzaken. Momenteel is zij partner bij Jebbink Soeteman advocaten in Amsterdam. Daarnaast is Ivonne Leenhouders als buitenpromovenda verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen waar zij onderzoek doet naar de strafbaarstelling van seksueel contact binnen functionele afhankelijkheidsrelaties.

² Titel XIV, Tweede Boek, Wetboek van Strafrecht.

³ En op de hieraan voorafgaande consultatieversies van het voorontwerp en het wetsvoorstel.

⁴ Zo is de in het voorontwerp gebruikte kwalificatie ‘seks zonder instemming’ na kritiek gewijzigd in een uitbreiding van de basisdelicten voor aanranding en verkrachting, onder meer vanwege de roep vanuit (belangen)organisaties om ieder seksueel contact dat plaatsvindt zonder toestemming te kwalificeren als verkrachting of aanranding; zie onder meer de reacties van Amnesty International Nederland d.d. 3 augustus 2020 en TK 2022-2023, 36 222 nr. 7 (nota n.a.v. het verslag) p. 32 van 106.

⁵ Gedoeld wordt op de meest actuele versie, na de wijziging van 9 maart 2023, TK 2022-2023, 36 222 nr. 8.

⁶ Zie voor nadere onderbouwing hiervan WODC onderzoek ‘Herziening van de Zedentitel’ onderdeel 1.2.2.; in de Memorie van Toelichting wordt gewezen op het waarborgen van de rechten en positie van plegers van seksuele misdrijven (p.4). Dit is mijns inziens een te beperkte formulering omdat het gaat om bescherming en rechten van burgers die – soms onterecht – de status van verdachte kunnen krijgen, met alle stigmatiserende gevolgen van dien.

⁷ Als alternatief kan worden gedacht aan het arbeidsrecht of het tuchtrecht; zie ook TK 2022-2023, 36 222 nr. 4 (Advies RvS en nader rapport) p. 5.

In dit verband verwijs ik naar de opmerkingen van Lindenberg, die over de invoering van een consentmodel het volgende heeft opgemerkt:⁸

“Aan een consentmodel zitten uiteraard ook haken en ogen. Meer bescherming voor potentiële slachtoffers betekent hier noodzakelijkerwijs minder bescherming voor potentiële verdachten. Dat is vaker het geval, maar het gaat in deze context – seksuele handelingen – om zowel complexe menselijke interacties als uiterst stigmatiserende strafrechtelijke kwalificaties (‘zedendelicten’).”

Tegen deze achtergrond wil ik de volgende onderwerpen aan de orde stellen:

1. Strafbaarstelling schulddelicten (schuldverkrachting en schuldaanranding)
2. Afbakening nieuwe basisdelicten, waarbij ik aandacht wil geven aan
 - 2.1 functionele afhankelijkheidsrelaties (het vervallen van art. 249 lid 2 Sr)
 - 2.2 seksuele misleiding

1. Strafbaarstelling schulddelicten

In eerdere adviezen over het wetsvoorstel is vanuit de Nederlandse Orde van Advocaten al opgemerkt dat de schulddelicten zouden moeten vervallen omdat via de ruimere strafbaarstelling van de basisdelicten aanranding en verkrachting (het nieuwe consentmodel) en via het voorwaardelijk opzet begrip in voldoende mate bescherming kan worden geboden tegen seksueel grensoverschrijdend gedrag.⁹ Ook de Raad van State heeft in zijn advies de vraag opgeworpen of de schuldvariant, gelet op de ruime reikwijdte die de opzetvariant heeft, wel zelfstandige betekenis heeft.¹⁰

In de nadere toelichting heeft de minister van Justitie en Veiligheid (hierna: de minister) het onderscheid tussen de opzet- en schuldvarianten verduidelijkt en benoemt zij dat de ondergrens van strafrechtelijke aansprakelijkheid ligt bij het doorzetten van seksueel contact terwijl diegene *ernstig redenen heeft om te vermoeden* dat bij de ander de wil daartoe ontbreekt. Hiervan is sprake als iemand de duidelijk waarneembare signalen voor een ontbrekende wil¹¹ bij die ander wel heeft opgemerkt, maar deze verkeerd heeft ingeschat.¹²

Uit de nadere toelichting van de minister blijkt nogmaals hoezeer de formulering van bewuste schuld al overeenkomt met de elementen van het voorwaardelijk opzet. Het gaat immers om situaties waarin een verdachte duidelijke signalen voor een ontbrekende wil heeft opgemerkt, zich bewust is geweest van het risico dat het contact ongewenst zou kunnen zijn, maar desondanks zou

⁸ K. Lindenberg, ‘Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een ‘Nein heißt Nein’?’, in: E. Gritter (ed.), *Modern Strafrecht – Bijdragen aan de Landelijke Strafrechtdag 2017* (Groningen), Deventer: Kluwer 2019 (pre-press version, page 1-31; available at www.rug.nl) p. 8 en 9.

⁹ Advies NOvA d.d. 3 juni 2021 aanbeveling 3.3.; te raadplegen via <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-db431b8661e360c7312fefef19e1ec280c7eb058/pdf>; zie ook de diverse commentaren waarin wordt geconcludeerd dat het invoeren van een schuldvariant is vereist op grond van internationale verplichtingen (onder meer Advies RvS en nader rapport p. 12).

¹⁰ TK 2022-2023, 36 222 nr. 4 p.10 en p. 11.

¹¹ De minister noemt op een ander moment dat dergelijke duidelijke indicaties voor een ontbrekende wil kunnen zijn gelegen in het gedrag van de ander, zoals een onzekere, wisselende of weifelende opstelling, maar ook in de aanwezigheid van feiten en omstandigheden, zoals een ongelijkwaardige uitgangshouding (Staatscourant 2022 nr. 27114, 3 november 2022) p. 65

¹² Zie TK 2022-2023, 36 222 nr. 7 (nota n.a.v. het verslag) p. 24 van 106, waarin de minister expliciet benoemt dat de schuldvariant zowel bewuste als onbewuste schuld omvat

hebben geconcludeerd dat de ander wel instemde.¹³ Als het gaat om het aangaan van seksueel contact, dan zijn moeilijk situaties voor te stellen waarin de signalen van een ontbrekende wil wel zijn opgemerkt, maar het desondanks toch aannemelijk wordt geacht dat de verdachte is uitgegaan van instemming.¹⁴ Veelal zal de conclusie zijn dat de verdachte de kans dat het seksueel contact niet gewild was “op de koop toe heeft genomen”, waarmee aan de voorwaarden voor voorwaardelijk opzet is voldaan. De opzetvariant van het nieuwe basisdelict volstaat derhalve, het invoeren van een schulddelict is voor dit soort situaties niet nodig.

De minister geeft in haar toelichting aan dat ook situaties van ‘onbewuste schuld’ kunnen vallen onder de delicten schuldverkrachting en schuldaanranding. Het gaat dan om situaties waarin een verdachte, ondanks het waarnemen van duidelijke signalen, zich in het geheel niet bewust is geweest van de mogelijkheid van een ontbrekende wil bij de ander.¹⁵ Los van het feit dat onvoldoende duidelijk is hoe situaties waarin sprake is van onbewuste schuld zich verhouden tot het in de wet opgenomen criterium ‘ernstige redenen hebben om te vermoeden’¹⁶, is hier het risico levensgroot dat niet strafwaardig gedrag onder de strafbaarstelling komt te vallen.¹⁷ Seksueel contact kent nu eenmaal vele vormen en kan gepaard gaan met beperkte of subtiële (non-verbale) vormen van communicatie. Er zullen zich situaties blijven voordoen waarin de verdachte geen (strafrechtelijk) verwijt valt te maken, terwijl het slachtoffer het seksueel contact wel als ongewenst heeft ervaren. Het is simpelweg onmogelijk alle risico’s uit te bannen en het is van belang dit te onderkennen en hierover duidelijk te zijn, zodat (ook richting potentiële slachtoffers) geen verkeerde verwachtingen worden gewekt. Met de nieuwe opzetdelicten kan een voldoende mate van bescherming worden geboden aan potentiële slachtoffers en wordt recht gedaan aan alle – soms met elkaar botsende – belangen.

2. Afbakening basisdelicten voor verkrachting en aanranding

2.1 seksueel contact binnen afhankelijkheidsrelaties

Als gevolg van de ruime reikwijdte van de nieuwe delicten aanranding en verkrachting is de specifieke strafbaarstelling van het plegen van ontuchtige handelingen in een functionele afhankelijkheidsrelatie (het huidige art. 249 lid 2 Sr) komen te vervallen.¹⁸ Voor een aantal specifiek benoemde gezags- en of vertrouwensrelaties¹⁹ is een strafverzwaringsgrond in het wetsvoorstel opgenomen die qua terminologie aansluit bij de op dit moment bestaande afzonderlijke strafbaarstelling.²⁰

¹³ TK 2022-2023, 36 222 nr. 7 (nota n.a.v. het verslag) p. 24 van 106.

¹⁴ Zie hierover ook L. Kesteloo, R. ter Haar en N. Korthals ‘*De strafbaarstelling van seks tegen de wil: een verkenning van de culpa*’ p.3.

¹⁵ TK 2022-2023, 36 222 nr. 7 (nota n.a.v. het verslag) p. 24 van 106.

¹⁶ Zie hierover uitgebreid L. Kesteloo, R. ter Haar en N. Korthals ‘*De strafbaarstelling van seks tegen de wil: een verkenning van de culpa*’ waarin onder meer wordt besproken dat deze formulering veelal wijst op een zwaardere culpavorm (p.3)

¹⁷ Of in de woorden van de RvS: dat strafbaarstellingen zo ruim worden geredigeerd dat hieronder ook situaties vallen waarin strafrechtelijke aansprakelijkheid achterwege moet blijven (Advies RvS en nader rapport TK 2022-2023, 36 222 nr. 4 p.9);

¹⁸ In de consultatieversie van het wetsvoorstel werd deze afzonderlijke strafbaarstelling in het voorgestelde art. 254 gehandhaafd.

¹⁹ Het gaat dan onder meer om de bescherming van mensen opgenomen in bepaalde instellingen of ten aanzien van patiënten met wie een behandel- of zorgrelatie bestaat.

²⁰ Dit is art. 254 lid 1 sub b van het wetsvoorstel. De terminologie is gemoderniseerd en ook hier is de term ‘ontuchtige handelingen’ vervangen door de neutrale term ‘seksuele handelingen’. Zie voor de mogelijke problemen met betrekking tot deze wijziging de opmerkingen van de RvS in onderdeel d van het advies (Advies

Onder de nieuwe wet hebben we dus te maken met een open norm die ruimer is dan enkel de in het huidige art. 249 lid 2 Sr beschreven situaties. Dit heeft tot gevolg dat het voor potentiële verdachten veel minder goed voorzienbaar is wanneer sprake is van strafbaar handelen. Dit staat op gespannen voet met het in art. 1 Sr verankerde legaliteitsbeginsel.

Volgens de toelichting *kan* strafbaar handelen aan de orde zijn als de ander in een zodanige ongelijkwaardige situatie verkeert ten opzichte van degene die het seksueel contact initieert dat laatstgenoemde *moet* weten dat de ander door die afhankelijkheidsrelatie zodanig wordt beïnvloed dat deze niet (of mogelijk niet) in staat is tot vrije wilsuiting.²¹ Het komt hier dus aan op de invulling van het toch al complexe begrip ‘vrije wilsuiting’ en ‘vrije wil’ en dan ook nog eens in situaties waarin iemand mogelijk verbaal of non-verbaal heeft ingestemd met het hebben van seksueel contact, maar de verdachte later het verwijt wordt gemaakt dat niet op deze instemming had mogen worden vertrouwd vanwege de gebrekkige wijze van totstandkoming hiervan.²² Ook hier ontbreekt de voorzienbaarheid in vergaande mate.

De verwijzing naar de nieuwe strafverzwarringsgrond van art. 254 lid 1 sub b biedt enige houvast bij de vraag wanneer sprake is van een gebrekkige wilsvorming, maar is niet voldoende. Het basisdelict bestrijkt immers meer situaties dan alleen de in dit artikel genoemde²³, terwijl het bestaan van één van de in dit artikel specifiek benoemde gezags- of afhankelijkheidsrelaties niet per definitie betekent dat er *dus* sprake is van een ontbrekende wil en daarmee van strafbaar handelen. De in de jurisprudentie ontwikkelde uitzonderingssituatie dat van strafbaarheid geen sprake is indien de vertrouwens- of zorgrelatie bij de seksuele handelingen geen enkele rol heeft gespeeld, blijft ongewijzigd.²⁴ Dit is niet anders dan in de huidige situatie maar betekent wel dat art. 254 lid 1 sub b Sr bij de invulling van de nieuwe open norm ook in de daar genoemde specifieke situaties niet voldoende duidelijkheid biedt.²⁵

Ook de nadere toelichting van de minister over de ‘andere functionele afhankelijkheidsrelaties’ waarbinnen de handelingsvrijheid van ondergeschikten wezenlijk *kan* zijn beperkt, zoals in de arbeids-, cultuur- of sportsector, geeft burgers onvoldoende houvast om hun seksuele leven op zodanige wijze in te richten dat zij het risico op het plegen van een strafbaar feit en eventuele daaruit voortvloeiende strafvervolgning kunnen voorkomen. Dat zou slechts anders zijn als het advies zou zijn om ieder seksueel contact binnen een hiërarchische (of vanwege verschil in leeftijd of status anderszins ongelijkwaardige) relatie te allen tijde te vermijden, iets wat ongetwijfeld niet de bedoeling van de wetgever is geweest.²⁶

RvS en nader rapport, TK 2022-2023, 36 222 nr. 4 p. 12-14) en de reactie hierop van de minister (Staatscourant 2022 nr. 27114) p. 106.

²¹ Staatscourant 2022, nr. 27114 p. 105.

²² In de MvT wordt vermeld dat voor strafbaar handelen vereist is dat *op het moment dat de seksuele handelingen plaatsvinden* de wil daartoe ontbreekt (MvT p.16); hieronder vallen dus ook situaties dat het vermeende slachtoffer op het moment zelf denkt dat hij of zij met de seks instemt maar dat achteraf – soms pas veel later – met terugwerkende kracht blijkt dat er gebreken kleven aan die instemming en dat de verdachte dat had moeten weten; zie ook nota naar aanleiding van het verslag p. 29 van 106

²³ “Dit *kan* het geval zijn als tussen betrokkenen een functionele afhankelijkheidsrelatie bestaat (...) Bij het bestaan van een dergelijke hiërarchische of vertrouwelijke relatie is een ontbrekende wil bij de ander *in beginsel* gegeven (...)” (Staatscourant 2022, nr. 27114 p. 105, 106)

²⁴ Staatscourant 2022, nr. 27114 p. 106

²⁵ Over de uitzonderingssituaties van het huidige art. 249 lid 2 Sr merkte annotator ’t Hart op: “Opnieuw is hier een voorbeeld van onduidelijke en gemakzuchtige wetgeving, nu een belangrijke groep van gevallen - die al bij de opstelling van de wetgeving werd voorzien - geacht wordt niet onder de strafbepaling te moeten worden begrepen, terwijl de strafbaarstelling volstrekt absoluut en ongeclausuleerd geformuleerd is.” Zie NJ 1997, 485.

²⁶ Zie hierover ook de RvS (Staatscourant 2022 nr. 27114) p. 10

2.2 seksuele misleiding

Op advies van de Raad van State is in de nadere toelichting ingegaan op de vraag naar de eventuele strafbaarheid van ‘seksuele misleiding’ onder de nieuwe wet.²⁷ Toegelicht wordt dat ook in geval van seksuele misleiding sprake *kan* zijn van strafbaar handelen omdat ‘de wil tot seksueel contact wordt geacht te hebben ontbroken’. Per geval zal moeten worden beoordeeld of de misleiding van voldoende gewicht is en of de onjuiste voorstelling van zaken rechtstreeks verband houdt met de seksuele integriteit van een ander, aldus de toelichting.²⁸

De nadere toelichting geeft aldus enkel als handvat mee dat ‘seksuele misleiding’ in bepaalde gevallen strafbaar is (vanwege de gebrekkige wilsvorming), maar geeft onvoldoende kaders om vooraf te kunnen inschatten in welke gevallen van strafbaar handelen sprake is en in welke gevallen niet. Opvallend is dat geen aandacht wordt besteed aan het feit dat in het verleden vaker de vraag aan de orde is geweest of seksuele misleiding in bepaalde situaties strafbaar zou moeten worden gesteld en dat tot nu toe steeds – na debat hierover in het parlement en na advies van deskundigen – is besloten de voorgestelde strafbaarstellingen *niet* door te voeren omdat deze te ruim werden geacht en daardoor ook gevallen van misleiding zouden bestrijken die buiten de strafwet moeten blijven.²⁹ Niet wordt toegelicht waarom hierover thans anders wordt gedacht en hoe wordt voorkomen dat niet strafwaardige situaties ook onder deze bepaling worden gebracht en burgers dus ten onrechte aan strafvervolg worden blootgesteld.

Ook hier is sprake van een onvoldoende heldere toelichting en is onvoldoende voorzienbaar welk handelen of nalaten kan leiden tot het opleggen van straf.³⁰

Afsluitende opmerkingen

Afsluitend wil ik wijzen op het feit dat in de toekomst een zeer grote verscheidenheid aan situaties, variërend van het met geweld afdwingen van geslachtsgemeenschap (gekwalficeerde opzetverkrachting) tot aan het maken van een verkeerde inschatting bij het aangaan van seksueel contact³¹ (schuldverkrachting) de kwalificatie ‘verkrachting’ zullen krijgen. Hierbij kan sprake zijn van de ‘klassieke situatie’ van penetratie³² van het lichaam van het slachtoffer, maar ook van situaties waarbij geen fysiek contact plaatsvindt³³ en zelfs waarbij van seksueel binnendringen van het lichaam van het slachtoffer in het geheel geen sprake is.³⁴ In veel verschillende situaties

²⁷ Zie hierover ook de RvS (Staatscourant 2022 nr. 27114) p. 10; als voorbeelden worden genoemd misleiding ten aanzien van de identiteit van degene die seksueel contact initieert of ten aanzien van het gebruik van een voorbehoedmiddel.

²⁸ TK 2022-2023, 36 222 nr. 7 (nota n.a.v. het verslag) p. 101 en 102 van 106

²⁹ TK 2000-2001, 27 745 nr. 3 p 8 en 9

³⁰ Het is de taak van de wetgever hierin wel te voorzien zo wordt ook nadrukkelijk benoemd in de MvT, p.3

³¹ Zie nadere toelichting minister bij paragraaf 3.2. (Staatscourant 2022 nr. 27114 p. 65)

³² Onder ‘seksueel binnendringen’ wordt niet alleen verstaan het binnendringen met een geslachtsdeel in vagina, mond of anus, maar ook andersoortige penetratie van het lichaam met bijvoorbeeld een attribuut, zie MvT p. 71. Aangesloten is bij de jurisprudentie van de Hoge Raad en het criterium dat het moet gaan om handelingen die een wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit met geslachtsgemeenschap vergelijkbare gedraging.

³³ Uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat gedragingen in de offline wereld en in de online wereld die op soortgelijke wijze een aantasting vormen van de lichamelijke en seksuele integriteit van een slachtoffer even strafwaardig zijn (MvT p. 14 en 15); van verkrachting is dus ook sprake als een slachtoffer op afstand, via de webcam, zichzelf penetreert met een voorwerp terwijl de wil daartoe ontbrak.

³⁴ De minister erkent in de Nota naar aanleiding van het verslag dat sprake kan zijn van verkrachting zonder dat het lichaam van het slachtoffer is binnengedrongen (TK 2022-2023, 36 222 nr. 7 p. 26 van 106); Hierbij kan

kan iemand het etiket ‘verkrachter’ opgeplakt krijgen (met het bijbehorende stigma) waardoor in de ogen van het algemeen publiek een onjuist beeld ontstaat van het strafbaar gedrag waarover het gaat.³⁵ Kortom: de kwalificatie verhoudt zich te vaak niet met de ernst van de gedraging.

Ten slotte wil ik nog benoemen dat het de verwachting is dat invoering van de nieuwe wet zal leiden tot meer aangiftes en meer strafvervolgingen.³⁶ In de praktijk blijkt echter dat de zedenrecherche het aantal zaken nu al niet aan kan en dat ook bij het openbaar ministerie en de rechtspraak de achterstanden groot zijn. Indien onvoldoende capaciteit aanwezig is om alle meldingen en aangiften op een adequate manier af te handelen worden slachtoffers nog steeds onvoldoende beschermd. Het is ook daarom van extra belang dat het systeem alleen wordt belast als het gaat om strafwaardig gedrag. Een heldere normstelling en een duidelijke visie omtrent de wenselijkheid en de mogelijkheden van strafrechtelijk ingrijpen in seksuele relaties zijn hiervoor noodzakelijke voorwaarden.

Invoering van strafbaar gedrag dat voor de burger niet voorzienbaar is leidt niet alleen tot onvoldoende bescherming van de burger, maar ook tot verwachtingen bij potentiële slachtoffers die niet waar gemaakt kunnen worden en tot een verdere overbelasting van het strafrechtelijk systeem.

gedacht worden aan de situatie dat het slachtoffer tegen de wil seksueel binnendringt bij de dader zelf of bij een derde. (MvT p. 86)

³⁵ Lestrade benoemt het belang dat een delict een eerlijk ‘label’ (fair labelling) krijgt omdat het gaat om een korte omschrijving voor het algemeen publiek om wat voor strafbaar gedrag het gaat; zie ‘de strafbaarstelling van arbeidsuitbuiting in Nederland’, Lestrade, S.M.A, proefschrift 2018 p.165; zie hierover ook advies NOvA over het voorontwerp d.d. 29 juli 2020 en advies wetsontwerp d.d. 3 juni 2021.

³⁶ Alleen het maatschappelijk debat over seksueel grensoverschrijdend gedrag heeft al gezorgd voor een toename van het aantal meldingen en aangiftes, Nota n.a.v. het verslag (TK 2022-2023, 36 222 nr. 7 p.4 van 106).