

## **Internetconsultatie Seks tegen de wil**

*Bijdrage van mr. S.F.J. Smeets, advocaat*

*Dit is een verkorte weergave van het artikel 'Zorgen om zeden' dat in het derde nummer van het Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht verscheen.*

### *Inleiding*

Politici lijken zich maar al te graag bezig te houden met wat de burger in de slaapkamer wel en niet mag doen. Zedelijkheidswetgeving is *hot*, mits er mee gescoord kan worden bij de kiezer. Goede wetssystematiek, die consistente en onderling goed afgebakende delictomschrijvingen vereist, is in politiek Den Haag veel minder sexy.<sup>1</sup> Een wetsvoorstel dat de zedentitel van het Wetboek van Strafrecht helderder en eenvoudiger vormgeeft ter vergroting van de praktische toepasbaarheid ervan laat al jaren op zich wachten.<sup>2</sup>

Op 29 februari 2016 kondigde de toenmalige minister van Veiligheid en Justitie aan dat hij verwachtte een wetsvoorstel tot herziening van de zedenwetgeving nog datzelfde najaar in consultatie te kunnen geven.<sup>3</sup> Op 1 mei 2018 liet de minister van (inmiddels) Justitie en Veiligheid weten dat hij verwachtte het conceptwetsvoorstel rond de zomer van 2018 gereed te hebben.<sup>4</sup> In brieven van 22 mei 2019 en 22 augustus 2019 werd dat december 2019<sup>5</sup> en tijdens het algemeen overleg (AO) over zeden dat 18 december 2019 plaatsvond, kondigde de minister aan dat het

---

<sup>1</sup> Vergelijk in dat verband ook de situatie die begin 2020 ontstond rondom de wet USB. Over de vraag of een TUL wegens overtreding van de algemene voorwaarde dat men geen nieuwe strafbare feiten mag plegen - waartegen sinds 1 januari 2020 geen beroep meer mogelijk is - nu wel of niet tenuitvoergelegd kan worden zolang vrijspraak in de hoofdzaak in hoger beroep nog tot de mogelijkheden behoort, denken inmiddels verschillende rechtbanken verschillend en is binnen een maand na de inwerkingtreding van de wet USB cassatie in belang der wet ingesteld.

<sup>2</sup> Sinds 2016 is een wetsvoorstel in voorbereiding in aansluiting op het WODC-onderzoek dat werd uitgevoerd door K. Lindenberg en A.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*, Zutphen (2016). De minister heeft de conclusie van dit onderzoek, dat de zedentitel integraal moet worden herzien (blz. 647) en aanzienlijk helderder en meer gestructureerd kan worden vormgegeven (blz. 652) overgenomen (*Kamerstukken II*, 2015-2016, 29 0279, nr. 300, blz. 9) en geeft zelf aan dat een betere vormgeving van de zedentitel deze beter toepasbaar maakt in de praktijk (*Kamerstukken II*, 2017-2018, 29 0279, nr. 427, blz. 2).

<sup>3</sup> *Kamerstukken II*, 2015-2016, 29 279, 300.

<sup>4</sup> *Kamerstukken II*, 2017-2018, 29 279, 427.

<sup>5</sup> *Kamerstukken II*, 2018-2019, 29 279, nr. 518, blz. 6; *Kamerstukken II*, 2018-2019, 35000VI, nr. 127.

wetsvoorstel in internetconsultatie zal worden gedaan na afronding van een impactanalyse in februari 2020.<sup>6</sup>

Intussen zijn echter wel diverse specifieke strafbaarstellingen ingevoerd, aangepast of in vergaande mate voorbereid die tal van vragen oproepen en waarbij vaak ook het punt van elkaar overlappende strafbaarstellingen speelt. Dit maakt een integrale herziening van de zedenmisdrijven er niet gemakkelijker op, want om politieke redenen of uit oogpunt van duurzame wetgeving zal men geneigd zijn recente wetgeving zoveel mogelijk intact te laten. Zal de wetgever er tegen deze achtergrond nog wel in slagen de zedentitel, met al zijn inconsistenties en onduidelijkheden<sup>7</sup>, inhoudelijk en systematisch tot een helder en werkbaar geheel om te vormen?

### *Seks tegen de wil*

In die brief van 22 mei 2019 wordt aangekondigd dat er naast en in aanvulling op de bestaande dwangdelicten van verkrachting en aanranding in de artikelen 242 en 246 Sr, nieuwe strafbaarstellingen moeten komen over ‘seks tegen de wil’.

Volgens deze brief en een toelichting die het ministerie op 15 juli 2019 gaf tijdens een expertmeeting over dit onderwerp bij het Clara Wichmann Instituut, is nieuwe wetgeving noodzakelijk omdat de wettelijke norm niet meer zou aansluiten op de maatschappelijke norm.<sup>8</sup> De regering wil in de nieuwe wetgeving dus kennelijk duidelijk(er) maken welk seksueel gedrag ‘gepast’ is. In het licht van de diversiteit aan opvattingen over seksualiteit en seksueel gedrag en gegeven het uitgangspunt dat

---

<sup>6</sup> Verslag (ongecorrigeerd stenogram) algemeen overleg (AO) 18 september 2019, blz. 36.

<sup>7</sup> Vgl. Lindenberg en Van Dijk (2016), blz. 5-6.

<sup>8</sup> In de brief van 22 mei 2019 staat dat de nieuwe seksuele misdrijven worden geïntroduceerd “om de strafrechtelijke normstelling meer in lijn te brengen met de sociale norm rondom onvrijwillige seksuele interactie”, zie *Kamerstukken II*, 2018-2019, 29 279, nr. 518, blz. 2. Zie verder het online beschikbare verslag van de Vereniging voor Vrouw en Recht Clara Wichmann (VVR), ‘Strafbaarstelling seks zonder instemming. Verslag van de expertmeeting over het door het kabinet aangekondigde voornemen tot strafbaarstelling van seks zonder instemming’, 15 juli 2019, blz. 2. Over de vraag of de wettelijke en de maatschappelijke norm inderdaad uiteenlopen wordt door de experts echter, zo bleek tijdens deze bijeenkomst, getwist (blz. 8). 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, blz. 246 en 252 lijken het in de kamerbrief ingenomen standpunt over maatschappelijke opvattingen over seksueel grensoverschrijdend gedrag te aanvaarden en vinden de voorstellen ‘navolgbaar’.

het niet tot de taak van de staat (wetgever noch rechter) behoort *zijn* opvattingen over seksueel goed leven via het strafrecht af te dwingen, is dit bepaald geen sinecure.

Vanwege het ingrijpende karakter van de voorgenomen strafbaarstellingen waardoor veel mannen zich — zo blijkt uit onderzoek<sup>9</sup> — bedreigd en gestigmatiseerd voelen, is een belangrijke vraag die de regering klip en klaar zal moeten beantwoorden, of het Verdrag van Istanboel bij de huidige stand van de Nederlandse wetgeving en rechtspraak nu wel of niet verplicht tot de voorgenomen strafbaarstellingen van seks tegen de wil.<sup>10</sup> Deze vraag is van groot maatschappelijk gewicht, nu op grond van die strafbaarstellingen zeer diep zal kunnen worden ingegrepen in het privéleven van miljoenen burgers.

Tot voor kort nam de regering steevast het standpunt in dat met de reeds bestaande strafbepalingen wordt voldaan aan de internationale wet- en regelgeving. Zo schreef de regering in oktober 2014 in de memorie van toelichting bij het voorstel van rijkswet tot goedkeuring van het verdrag, dat de gedragingen genoemd in artikel 36 van het verdrag in Nederland strafbaar zijn ingevolge o.a. de artikelen 242 en 246 Sr.<sup>11</sup> En in zijn brief van 29 februari 2016 schrijft de minister dat het WODC-onderzoek bevestigt dat de strafrechtelijke bescherming die de bestaande zedenwetgeving biedt tegen seksueel onwenselijk gedrag uit juridisch oogpunt in beginsel toereikend en in overeenstemming met de internationale wet- en regelgeving is.<sup>12</sup> Vervolgens merkt de regering in september 2018 in een rapport voor de toezichthoudende commissie bij het verdrag op, dat het Nederlandse juridische *framework* met de verplichtingen van het verdrag in overeenstemming is, waarbij opnieuw op o.a. de artikelen 242 en 246 Sr wordt gewezen.<sup>13</sup> In de brief van 22 mei 2019, ten slotte, waarin de nieuwe strafbaarstellingen worden aangekondigd, wordt evenmin het standpunt ingenomen dat het verdrag tot die strafbaarstellingen dwingt.

---

<sup>9</sup> Ferro Explore, *Modernisering zedenwetgeving. Een kwalitatief onderzoek. Definitieve rapportage Versie 1.0*, januari 2019 (online beschikbaar), blz. 15.

<sup>10</sup> Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, Istanboel 11 mei 2011, Trb. 2012, 233 met correcties in de vertaling in Trb.2013, 238. Dit verdrag is goedgekeurd bij Rijkswet van 24 juni 2015, Stb. 2015, 409, en trad op 1 maart 2016 voor Nederland in werking.

<sup>11</sup> *Kamerstukken II*, 2014–2015, 34 038 (R2039), nr. 3, blz. 32.

<sup>12</sup> *Kamerstukken II*, 2015-2016, 29 279, nr. 300, blz. 8, in aansluiting op Lindenberg en Van Dijk (2016), blz. 228.

<sup>13</sup> <https://rm.coe.int/netherlands-state-repot-grevio/16808d91ac>, blz. 46 en 49.

De regering stelt in die brief slechts dat de voorgestelde strafbaarstellingen ‘in lijn zijn met’ het Verdrag van Istanboel.<sup>14</sup> Pas tijdens het algemeen overleg over zeden op 18 december 2019 heeft minister Grapperhaus voor het eerst een ander geluid laten horen. Verwijzend naar het zeer recente rapport van het Grevio-comité over Nederland, stelt de minister dat recent duidelijk is geworden dat de bepalingen waarin dwang centraal staat onvoldoende uitvoering geven aan het Verdrag van Istanboel en dat Grevio heeft aanbevolen de wetgeving te verbreden tot alle gevallen van onvrijwillige seks.<sup>15</sup> Tegen die achtergrond stelt de minister thans dat zijn voorstellen “de strafwet dus meer in lijn” brengen met artikel 36 van het Verdrag van Istanboel.

Als het aan minister Grapperhaus ligt, wordt seks kort gezegd strafbaar indien de verdachte wist (opzet) of redelijkerwijs kon vermoeden (schuld) dat die seks zonder instemming van de ander plaatsvindt. Op die wijze wil men wat in artikel 36 van het Verdrag van Istanbul ‘consent’ wordt genoemd in ons wetboek een plek geven. Consent is overigens een nogal vaag begrip dat ook in het verdrag zelf niet geheel duidelijk is omschreven. Zoals gezegd komt de voorgestelde strafbaarstelling *naast* de al bestaande verkrachting in artikel 242 Sr en voert deze dus in feite een ‘tweederangs verkrachting’ in, waarvoor minder bewijs nodig zal zijn en waarvoor lager gestraft wordt. Tijdens de expertmeeting waren o.a. prof. Römken (UvA) en Anna Błus (Amnesty International) kritisch over dit ‘two crime model’.<sup>16</sup>

Daarnaast heeft de consentwetgeving die in het Verenigd Koninkrijk sinds 2003 geldt niet tot een afname van het aantal verkrachtingen geleid. Integendeel, sinds 2012 is er

---

<sup>14</sup> *Kamerstukken II*, 2018-2019, 29 279, nr. 518, blz. 2. Kai Lindenberg, ‘Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit’: moet Nederland ook naar een ‘Nein heißt Nein?’, in: E. Gritter (red.), *Modern Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, blz. 24-26, interpreteert artikel 36 van het verdrag intussen anders dan in 2016, zich mede baserend op de kritische evaluatie van de Deense wetgeving (zie <https://rm.coe.int/grevio-first-baseline-report-on-denmark/16807688ae>, blz. 46 en 68). Ook 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, blz. 252, gaan ervan uit dat het verdrag verplicht tot het strafbaar stellen van seksuele handelingen zonder wederzijds goedvinden.

<sup>15</sup> Verslag (ongecorrigeerd stenogram) algemeen overleg (AO) 18 september 2019, blz. 35. Het Grevio-rapport over Nederland werd op 15 november 2019 aangenomen en op 20 januari 2020 gepubliceerd, zie met name: <https://rm.coe.int/grevio-report-on-netherlands/1680997253>, blz. 46-47 en 71.

<sup>16</sup> Verslag expertmeeting, 15 juli 2019, blz. 6 en 8.

een aanzienlijke stijging.<sup>17</sup> Voor zover als effect van de nieuwe strafbaarstellingen een afname van seksueel geweld zou worden verwacht, past daarbij dus de nodige scepsis.

In de voorstellen blijven de huidige vereisten voor verkrachting (art. 242 Sr), waarop 12 jaar staat, en voor aanranding (art. 246 Sr), waarop 8 jaar staat, overeind, maar wordt bij het misdrijf ‘seks tegen de wil’, waarop bij opzet 6 en bij schuld 4 jaar komt te staan, volstaan met lichtere vereisten.

De strafrechtadvocaat ziet het al voor zich: het openbaar ministerie legt de daad in drie varianten ten laste en uiteindelijk blijft er vast wel eentje kleven. Want laten we eerlijk zijn: voor de schuldvariant is bijna niets nodig. Het is genoeg als de verdachte had moeten weten dat het slachtoffer niet wilde. Dat slachtoffer hoeft daar niets voor te doen. Een verveelde of verdrietige blik of een niet al te actieve houding is voldoende. Dit levert veel rechtsonzekerheid op. Vooral als de verdachte man is, want het wetsvoorstel lijkt toch vooral mee te gaan in het deterministische idee dat de man altijd dader en de vrouw altijd slachtoffer is. Het verrast dan ook niet dat uit een in opdracht van het ministerie van Justitie en Veiligheid verricht onderzoek blijkt dat vrouwen zich door de voorgenomen wetgeving gesterkt, gesteund en erkend voelen, terwijl mannen zich daardoor juist bedreigd en gestigmatiseerd voelen.<sup>18</sup>

Maar ook voor slachtoffers zijn er niet alleen voordelen. Zo zal het bewijs van opzettelijke seks tegen de wil, waarover later meer, nog steeds niet eenvoudig zijn, al zal het wel gemakkelijker zijn om de schuldvariant te bewijzen. Ook kan het slachtoffer zich een ‘tweederangs slachtoffer’ gaan voelen als de rechter vrijspreekt van verkrachting en de verdachte alleen veroordeelt voor het lichtere seks tegen de wil.

De nieuwe strafbaarstelling roept vele vragen op. Zoals: hoe zit het in gevallen waarin drank of drugs in het spel zijn, zoals bij chemsex? Kan dan nog een wil worden

---

<sup>17</sup> Vgl. o.a. ‘Reported rapes in England and Wales double in four years’, The Guardian 13 oktober 2016.

<sup>18</sup> Ferro Explore, *Modernisering zedenwetgeving. Een kwalitatief onderzoek. Definitieve rapportage Versie 1.0*, januari 2019 (online beschikbaar), blz. 13 en 15. Een deel van de onderzochte mannen geeft aan ook weerstand te voelen omdat de voorgenomen wetgeving de natuurlijke mannelijke neiging tot flirten zal onderdrukken (blz. 15).

bepaald in de zin van de nieuwe strafbaarstelling? Of moet dan steevast worden uitgeweken naar de artikelen 243 en 247 Sr over seksueel binnendringen en ontuchtige handelingen bij verminderd bewustzijn? En hoe zit dit bij andere gevallen van verminderd bewustzijn, bijvoorbeeld wanneer het slachtoffer (half) slaapt?<sup>19</sup> Als voorafgaand aan en ten tijde van de seksuele handelingen het slachtoffer zijn of haar wil niet kan bepalen, mag die wil dan in de periode daarna worden bepaald? Met andere woorden: als het slachtoffer achteraf vindt dat tegen zijn of haar wil is gehandeld, ben je dan strafbaar? En als dat zo is, hoe verhoudt zich dat dan tot de onderzoeksplicht van degene die het seksueel contact initieert? Die onderzoeksplicht is in tijd immers, naar mag worden aangenomen, beperkt tot de periode direct vóór en ten tijde van het handelen. Wordt hier zo in feite toch niet een model van voorafgaande toestemming ingevoerd, ook al heeft de minister dat model uitdrukkelijk afgewezen?<sup>20</sup> Moet de rechter bij seks tegen de wil die wil per afzonderlijke seksuele handeling die in het kader van die seks plaatsvond vaststellen? En wat te denken van seksfeesten of BDSM? Wil iedereen altijd wel gerespecteerd worden in de slaapkamer respectievelijk de dungeon, parenclub of darkroom? Om over sekswerkers nog maar te zwijgen.

### *Misbruik van prostitué(e)s*

Dat laatste verdient wellicht wat uitleg. Sekswerkers worden nu al gestigmatiseerd: een veelgehoorde opvatting is immers dat geen enkele vrouw echt vrijwillig voor ‘zulk werk’ kiest. Die opvatting miskent dat sekswerk werk is en zorgt ervoor dat het beleid ten aanzien van sekswerk vooral vanuit slachtofferdenken wordt gevoed.

In 2014 diende Gert-Jan Segers van de ChristenUnie samen met Kamerleden van de SP en de PvdA al een wetsvoorstel in waarin de klant van een sekswerker in een nieuw artikel 273g Sr strafbaar wordt gesteld als hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de prostituee met wie hij seks heeft slachtoffer is van mensenhandel. In 2016 werd het vereiste ‘redelijkerwijs moet vermoeden’ bij derde nota van

---

<sup>19</sup> In de rechtspraak is bij verkrachting (art. 242 Sr) aangenomen, dat er bij slaap of halfslaap geen sprake is van dwang (ECLI:NL:HR:1998:ZD0980, NJ 1998/534 en ECLI:NL:HR:2006:AU8042, NJ 2006, 166). Is er in dit geval evenmin sprake van seks tegen de wil?

<sup>20</sup> *Kamerstukken II*, 2018-2019, 29 279, nr. 518, blz. 4; Verslag (ongecorrigeerd stenogram) algemeen overleg (AO) 18 september 2019, blz. 38-39.

wijziging aangescherpt tot ‘ernstige reden heeft om te vermoeden’, om onterechte criminalisering van prostituanten te voorkomen.<sup>21</sup> Dit wetsvoorstel is inmiddels aangenomen door de Tweede Kamer en wordt momenteel behandeld door de Eerste Kamer. Intussen rijst hierbij de vraag hoe de bepaling van artikel 273g Sr zich zal verhouden tot de door de regering voorgestelde strafbaarstelling van culpose seks tegen de wil, want in wezen heeft dat voorstel eenzelfde of vergelijkbare strekking. Ook daarin zal immers sprake zijn van strafbaarheid ingeval het slachtoffer zijn of haar onvrijwilligheid niet uitdrukkelijk uitspreekt, maar de dader deze behoort af te leiden uit feiten en omstandigheden.<sup>22</sup> In beide voorstellen gaat het om signalen op grond waarvan de dader had behoren te weten dat er een ongewenste seksuele situatie was.<sup>23</sup> Voor zover mag worden aangenomen dat het vermoeden van slachtofferschap van mensenhandel<sup>24</sup>, mede gelet op het aangescherpte schuldvereiste, in de praktijk toch net iets moeilijker te bewijzen zal blijken te zijn dan het vermoeden van (louter) onvrijwilligheid bij culpose seks tegen de wil, lijkt het aannemelijk dat aan artikel 273g Sr uiteindelijk toch minder behoefte zal blijken te zijn dan de initiatiefnemers tot dusver hebben verkondigd.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> *Kamerstukken II*, 2015–2016, 34 091, nr. 16, blz. 1.

<sup>22</sup> *Kamerstukken II*, 2018–2019, 29 279, nr. 518, blz. 2.

<sup>23</sup> Vgl. *Kamerstukken I*, 2018–2019, 34 091, E, blz. 9.

<sup>24</sup> Zie over de signalen van slachtofferschap van mensenhandel: *Kamerstukken II*, 2014–2015, 34 091, nr. 3, blz. 9. Het gaat om signalen die betrekking hebben op het slachtoffer zelf, op de omgeving waarin de seksuele diensten worden aangeboden dan wel op de wijze waarop prostituanten in contact worden gebracht met het slachtoffer in kwestie. Deze signalen moeten ieder op zich of in combinatie met elkaar duidelijk genoeg zijn voor de prostituant. De Raad van State merkt in zijn advies hierover op dat het, vooral bij een enkel signaal, moeilijk blijft om te bepalen wanneer de prostituant het slachtofferschap moet vermoeden, zie *Kamerstukken II*, 2014–2015, 34 091, nr. 4, blz. 5.

<sup>25</sup> Zie over de ‘nut en noodzaak’ van het wetsvoorstel in de ogen van de initiatiefnemers *Kamerstukken I*, 2018–2019, 34 091, E, blz. 2–3. Op 15 oktober 2019 is verder het conceptwetsvoorstel Wet regulering sekswerk gepubliceerd voor internetconsultatie (<https://www.internetconsultatie.nl/sekswerk>). Daarin is bepaald dat prostitutie alleen door een prostituee met een prostitutievergunning mag plaatsvinden, waarbij ‘prostituee’ in art. 1 seksneutraal is gedefinieerd. Ook dit voorstel beoogt mensenhandel en uitbuiting tegen te gaan (concept-memorie van toelichting, blz. 3–4); ook beoogt het misstanden in de prostitutiebranche tegen te gaan (blz. 7). De klant die seks heeft met een prostituee zonder vergunning of werkende voor een exploitant zonder vergunning voor een prostitutiebedrijf riskeert 12 maanden hechtenis of geldboete van de derde categorie (art. 40). En de prostituee die niet aan de vereisten van de wet voldoet riskeert een bestuurlijke boete van maximaal het bedrag van de vierde categorie (art. 41). Om te voorkomen dat het prostitutiebeleid van de overheid wordt ondermijnd, wordt tot slot in art. 206a Sr in een nieuw misdrijf tegen het openbaar gezag voorzien, waarin het faciliteren van illegale prostitutie strafbaar wordt gesteld (vgl. concept-memorie van toelichting, blz. 52). Volgens Marjan Wijers, ‘Registratieplicht sekswerkers heeft averechts effect’ (*De Volkskrant*, 23 oktober 2019), lijkt dit voorstel meer gericht op het bestrijden van prostitutie dan op het bestrijden van dwang en geweld.

Het is dubieus of dit initiatief werkelijk in het voordeel van sekswerkers zal uitpakken. Strafbaarstelling van de klant is immers geen aanmoediging om misstanden bij de politie te melden. En mogelijk zullen prostituanten buitenlandse sekswerker gaan mijden. Waarom? In de discussie over het wetsvoorstel van Segers c.s. kwam aan de orde dat het vermoeden van slachtofferschap van mensenhandel mede kan worden ingegeven doordat de sekswerker geen Nederlands spreekt.<sup>26</sup> Geen klanten meer voor buitenlandse sekswerkers dus, want je zal maar achteraf te horen krijgen dat van mensenhandel sprake was. Dan ben je de Sjaak (of, in het Engels, de ‘John’).

### *Tonic immobility en verzet*

In zijn brief van 22 mei 2019 schenkt de minister ook aandacht aan het fenomeen *tonic immobility*, waarbij slachtoffers van verkrachting of ander seksueel geweld verstijven van angst en zich daardoor niet tegen de dader verzetten. Volgens de minister ligt de bewijslat op dit moment te hoog en krijgen slachtoffers in wezen pas strafrechtelijke bescherming als kan worden aangetoond dat sprake is geweest van verzet.<sup>27</sup> Daardoor zouden ‘veel daders’ van verkrachting worden vrijgesproken. Wie wat dieper graaft, ziet al snel dat het best meevalt met al die vrijspraken. Wat met vrijspraken vaak verward wordt, is dat zaken simpelweg nooit bij een rechter belanden en er dan dus ook geen veroordeling volgt. Het probleem zit meer bij de politie en het openbaar ministerie dan bij een gebrekkige wetgeving.

Verder miskent de brief dat het bevroezingsscenario in de rechtspraak al is ondervangen door een ruime uitleg van het bestanddeel ‘dwingen’. Dat verzet zou moeten worden bewezen, klopt gewoonweg niet<sup>28</sup> en lijkt eerder een malicieus *frame* te zijn, bedoeld om deze opstap naar de Staat als zedenmeester te rechtvaardigen.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Vgl. *Kamerstukken II*, 2014–2015, 34 091, nr. 5, blz. 12.

<sup>27</sup> Brief van 22 mei 2019, 2018–2019, 29 279, nr. 518, blz. 2.

<sup>28</sup> In dezelfde zin: L.E.M. Schreurs, J. van der Ham & L.E.M. Hamers, ‘Dwang bij misdrijven tegen de zeden in het afgelopen decennium. Gezichtspunten uit de rechtspraak met het oog op een toekomstig wetsvoorstel’, *Delikt en Delinkwent* 2019/59, blz. 777, 779 en 781 en 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, blz. 246. Opmerkelijk is dat in dit laatste artikel desalniettemin wordt gesteld dat de rechtspraak laat zien dat er ruimte is voor de voorgestelde strafbaarstellingen en dat die ruimte niet alleen (maar kennelijk wel mede, SS) ziet op gevallen van tonische immobiliteit (blz. 252, noot 65).

In HR 31 mei 2011 besliste de Hoge Raad immers al expliciet dat het zich niet verzetten tegen de dader er geenszins aan in de weg staat om van ‘dwingen’ te kunnen spreken:

*“Het hof heeft overwogen dat van dwang door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid, geen sprake kan zijn indien het slachtoffer zich niet heeft verzet tegen de dader. Door aldus te overwegen heeft het hof een onjuiste betekenis toegekend aan de in de tenlastelegging voorkomende term “dwingen” die aldaar is gebezigd in dezelfde betekenis als daaraan toekomt in art. 246 Sr.”<sup>30</sup>*

Niets nieuws onder de zon dus. En uit HR 16 november 2004 volgde eerder al dat van ‘dwang’ ook sprake kan zijn als het slachtoffer door onverhoeds handelen van de dader overvallen wordt en daardoor verzet voorkomen wordt.<sup>31</sup>

Geheel in lijn met deze rechtspraak uit 2004 en 2011 heeft de Hoge Raad op 27 november 2018 bevestigd dat ook bij het ontbreken van verzet sprake kan zijn van ‘dwingen’ in de zin van artikel 242 Sr.<sup>32</sup> Vereist is wel dat het opzet of voorwaardelijk opzet van de dader erop is gericht dat de seksuele handelingen (in casu pijpen) tegen de wil van het slachtoffer plaatsvinden. Dit doet zich met name voor als de verdachte het slachtoffer opzettelijk in een bedreigende situatie brengt waaraan dat slachtoffer zich niet kan onttrekken en waarin de seksuele handelingen plaatsvinden.

Uit deze rechtspraak blijkt dus dat de huidige strafbaarstellingen al ruimte bieden voor een veroordeling ingeval van *tonic immobility*. Verder blijkt uit deze rechtspraak dat

---

<sup>29</sup> Het algemeen overleg van 18 december 2019 (blz. 35, 38) bood op dit punt vooral een herhaling van zetten en verschaftte weinig helderheid.

<sup>30</sup> ECLI:NL:HR:2011:BQ2491, NJ 2011/264.

<sup>31</sup> ECLI:NL:HR:2004:AR3040, NJ 2005, 20. Kai Lindenberg, ‘Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit’: moet Nederland ook naar een ‘Nein heißt Nein?’, in: E. Gritter (red.), *Modern Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, blz. 12, wijst erop dat de Hoge Raad met deze rechtspraak waarin onverhoeds handelen onder ‘dwingen’ wordt geschaard (o.a. in het arrest van 16 november 2004 en in HR 22 mei 2007, NJ 2007, 315) een ruime invulling geeft aan dat bestanddeel. Ook L.E.M. Schreurs, J. van der Ham & L.E.M. Hamers, blz. 781, spreken over een ‘ruime opvatting van het bestanddeel’.

<sup>32</sup> ECLI:NL:HR:2018:2194, NJ 2019/241.

opzettelijke seks tegen de wil ook nu al een essentieel aspect vormt bij de belangrijkste zedenmisdrijven.<sup>33</sup>

### *Bewijs van opzet op seks tegen de wil*

Dat wil niet zeggen dat het bewijs van (voorwaardelijk) opzet op seks tegen de wil altijd eenvoudig is. Zo sprak de Rechtbank Gelderland op 27 februari 2017 een verdachte vrij omdat het voor de man, die in echtscheiding lag met het slachtoffer, niet duidelijk was dat zijn ex zich gedwongen voelde de seksuele handelingen te ondergaan.<sup>34</sup> De rechtbank overwoog dat de aanvankelijk aanwezige dwingende setting naar de achtergrond was verdwenen toen hij seks had met betrokkene. En op 6 augustus 2019 volgde bij de Rechtbank Rotterdam vrijspraak van verkrachting, omdat de rechtbank er niet van overtuigd was dat het voor de verdachte op het moment van het plegen van de seksuele handelingen kenbaar was dat die handelingen *dit keer* tegen de wil plaatsvonden. In deze zaak was sinds anderhalve maand sprake van een affectieve relatie met vrijwillige seks en dat dit ineens anders zou zijn, kwam alleen naar voren in de verklaring van het slachtoffer.<sup>35</sup> Het ligt niet in de lijn der verwachting dat de bewijslast bij het door de minister aangekondigde misdrijf van opzettelijke seks tegen de wil veel eenvoudiger zal zijn. Eerder mag worden verwacht dat de afbakening en de kenbaarheid van het “tegen de wil” tot vele vragen aanleiding zal geven.<sup>36</sup>

### *Daderschap en seksueel binnendringen, de tong en genderneutraliteit*

---

<sup>33</sup> Vgl. L.E.M. Schreurs, J. van der Ham & L.E.M. Hamers, die opmerken: “Overwegingen die nadrukkelijk ingaan op de (on)vrijwilligheid van het seksuele contact tussen dader en slachtoffer zijn de feitenrechter dan ook binnen de huidige zedentitel verre van vreemd.” (blz. 777), alsook: “Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat de opzettelijke variant van seks tegen de wil naar verwachting heel dicht tegen de huidige praktijk ten aanzien van de dwangbepalingen aan komt te liggen.” (blz. 778).

<sup>34</sup> ECLI:NL:RBGEL:2017:631.

<sup>35</sup> ECLI:NL:RBROT:2019:6385. Overigens zal er ook opzet op de seks oftewel een bewijsbare seksuele component moeten zijn. Zie ECLI:NL:GHSHE:2019:704 voor een geval waarin een vrouw bij de keel werd gepakt en op de buik naar beneden werd gedrukt, maar waarbij het hof uit de vastgestelde handelingen geen seksuele lading of seksuele opwinding kon afleiden, zodat verdachte van poging tot verkrachting moest worden vrijgesproken.

<sup>36</sup> Vgl. L.E.M. Schreurs, J. van der Ham & L.E.M. Hamers, blz. 779, 780, en Kai Lindenberg, blz. 28, die erop wijst dat de verhouding tussen de instemming en de omstandigheden die de geldigheid daarvan kunnen beïnvloeden duidelijk zal moeten worden gemaakt.

In 2016 heeft de Hoge Raad het begrip ‘seksueel binnendringen’ in art. 242 opnieuw uiteengezet.<sup>37</sup> De Hoge Raad oordeelde:

*“De term ‘seksueel binnendringen van het lichaam’ omvat iedere seksuele vorm van genitaal, oraal en anaal binnendringen, ook wanneer dit plaatsvindt met een artificieel substituut, ofwel ieder binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking (...). De vraag of sprake is van een dergelijke gedraging laat zich niet in algemene zin beantwoorden, maar vergt een beoordeling van het concrete geval. Daarbij is onder meer van belang de wijze waarop, en de omstandigheden waaronder, dat binnendringen heeft plaatsgehad, waaronder begrepen de aard van het voorwerp waarmee is binnengedrongen. Daarbij kan ook van betekenis zijn in welke lichaamsopening is binnengedrongen en hoe de subjectieve beleving van het binnendringen bij de verdachte en/of het slachtoffer is geweest.”*

Deze casuïstische benadering vergroot weliswaar de ruimte voor de rechter om zo goed mogelijk recht te doen aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval, maar deze benadering heeft wel een prijs. Zij gaat immers ten koste van de voorzienbaarheid van de strafbaarheid van bepaalde seksuele handelingen. De integrale herziening van de zedentitel vormt een goede gelegenheid voor de wetgever om te bezien of voor het seksueel binnendringen van het lichaam de grenzen toch niet iets duidelijker kunnen worden aangegeven door enkele richtsnoeren in de wet op te nemen.

Zo zou de wetgever zich, geïnspireerd door het Tongzooen II-arrest van de Hoge Raad<sup>38</sup>, kunnen afvragen of ook andere handelingen dan de tongzooen die louter met de tong worden verricht op één lijn mogen worden gesteld met geslachtsgemeenschap of een wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbare gedraging.<sup>39</sup> Als het antwoord op die vraag ontkennend luidt, zou voor

---

<sup>37</sup> HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:859, NJ 2016/249 nt Wolswijk.

<sup>38</sup> HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653, NJ 2013/437 nt Keijzer.

<sup>39</sup> In 2010, dus nog vóór het Tongzooen II-arrest, werd seksueel binnendringen van het lichaam mede aangenomen op basis van de verklaring van het slachtoffer dat de verdachte ‘met zijn tong over en tussen haar schaamlippen en kittelaar is gegaan’ en de verklaring van verdachte, dat hij het slachtoffer ‘twee maal heeft gebeft en dat hij daarbij met zijn tong over haar vagina en kittelaar is geweest’, zie HR 18 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6910, NJ 2010, 287.

het bestanddeel ‘seksueel binnendringen van het lichaam’ een beperkende definitie in de wet kunnen worden opgenomen.<sup>40</sup>

Een andere kwestie betreft het daderschap bij seksueel binnendringen. Uit het bekende Pollepel-arrest van de Hoge Raad uit 2005 volgt dat seksuele handelingen die gepleegd zijn door een ander dan degene die de dwang heeft uitgeoefend, niet onder verkrachting vallen, maar onder aanranding.<sup>41</sup> Een gedwongen penetratie waarbij het slachtoffer wordt gedwongen zichzelf of een ander, bijvoorbeeld de dader, te penetreren, valt dus niet onder artikel 242 Sr, maar onder artikel 246 Sr.

Dit arrest over seksueel binnendringen in artikel 242 Sr wordt door rechters echter verschillend uitgelegd bij de andere strafbepalingen waarin dit bestanddeel voorkomt (de artt. 243, 244 en 245 Sr). Zo heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden op 17 augustus 2017 in navolging van het Pollepel-arrest beslist dat seksueel binnendringen ook in de artikelen 244 en 245 Sr betekent dat de dader het slachtoffer penetreert.<sup>42</sup> In het omgekeerde geval — de verdachte had de penis van het slachtoffer in zijn mond genomen — is volgens het hof geen sprake van seksueel binnendringen in de zin van deze artikelen. Daarentegen nam de Rechtbank Limburg op 22 januari 2019 aan dat iemand bewegen tot zelfpenetratie voor een webcam wél seksueel binnendringen van het lichaam in de zin van de artt. 244 en 245 Sr kan opleveren.<sup>43</sup> Het beroep van de raadsman op het Pollepel-arrest van de Hoge Raad werd daarbij verworpen, omdat dat arrest op seksueel binnendringen onder dwang ziet, terwijl dwang geen bestanddeel is van de artikelen 244 en 245 Sr. Maar dit verschil weerhield het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden er niet van het Pollepel-arrest juist wél naar de artikelen 244 en 245 Sr door te trekken. Dit soort inconsistenties is ongewenst. De wetgever kan ter gelegenheid van de herziening van de zedentitel op dit punt meer duidelijkheid scheppen.

---

<sup>40</sup> Hiertoe zou, onder vernummering van artikel 82a Sr tot artikel 82b Sr een nieuw artikel 82a Sr kunnen worden ingevoerd, dat zou kunnen luiden: “Onder seksueel binnendringen van het lichaam wordt niet begrepen een handeling van seksuele aard die alleen met de tong wordt verricht.”

<sup>41</sup> HR 11 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:NT2972, NJ 2006, 614.

<sup>42</sup> ECLI:NL:GHARL:2017:7154.

<sup>43</sup> ECLI:NL:RBLIM:2019:497.

Daarbij valt er iets voor te zeggen om de genderneutraliteit die in de zedenwetgeving al in 1991 een plaats heeft gekregen, van een nieuwe impuls te voorzien door deze steviger te verankeren. Uit onderzoek kan namelijk worden afgeleid dat een niet te verwaarlozen aantal mannen slachtoffer van gedwongen penetratie is geweest.<sup>44</sup> Hun leed wordt op dit moment gerangschikt onder aanranding, waar 8 jaar gevangenisstraf op staat, en niet onder verkrachting, waar 12 jaar gevangenisstraf op staat. Nu een gedwongen penetratie niet wezenlijk minder inbreuk op de seksuele integriteit van het slachtoffer maakt dan een verkrachting, verdient deze scheve verhouding in de strafrechtelijke bescherming, die een vorm van seksediscriminatie behelst, te worden rechtgetrokken.<sup>45</sup> Een dergelijke stap zou goed passen bij een *modernisering* van de zedentitel in ons wetboek.

---

<sup>44</sup> Vgl. Milo Prins & Malou Hondema, 'Gedwongen penetratie: verkrachting of aanranding?', *Nederlands Juristenblad* 2017 (afl. 30), blz. 2165-2170, op blz. 2166, 2168 en 2170.

<sup>45</sup> Prins & Hondema, blz. 2170, stellen voor in artikel 242 Sr het bestanddeel 'ondergaan' te verruimen tot 'ondergaan of verrichten'.