

Ingediend via www.internetconsultatie.nl

Ministerie van Justitie en Veiligheid

t.a.v. de heer dr. mr. F.B.J. Grapperhaus

Den Haag, 3 augustus 2020

dossiernummer: 108954

uw kenmerk: 2902308

telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 65

e-mail: e.vandenbosch@advocatenorde.nl

Betreft: voorontwerp van wetsvoorstel seksuele misdrijven

Geachte minister,

Bij brief van 12 mei 2020 heeft u de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) ter consultatie voorgelegd het voorontwerp van wetsvoorstel seksuele misdrijven. De NOvA voldoet graag aan uw verzoek en heeft zijn adviescommissie strafrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie strafrecht

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIES

Van:	adviescommissie strafrecht
Datum:	29 juli 2020
Betreft:	voorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven)

SAMENVATTING

1. Inleiding

Het betreft een "Voorontwerp" waarmee de minister al aangeeft dat de voorstellen ingrijpend zijn en de materie gecompliceerd is. Het is daarom verstandig deze "tussenfase" in te lassen zodat de opmerkingen van de verschillende consultatiepartijen hun weg naar het uiteindelijke wetsvoorstel kunnen vinden. Een goede zedenwetgeving moet recht doen aan de vrije wil van (potentiële) slachtoffers. Zij moet ook voorkomen dat veroordelingen kunnen plaats vinden op basis van een moreel oordeel achteraf. Een veroordeling moet gebaseerd (kunnen) worden op feiten, inclusief signalen en aanwijzingen zoals deze zich ten tijde van de gedragingen voordeden. Het inrichten van een goede zedenwetgeving is daarom zeer gecompliceerd. Dit complexe karakter wordt mede veroorzaakt door het gegeven dat (pogingen tot) seksuele contacten gepaard gaan met subtiële vormen van communicatie die binnen betrekkelijk korte tijd ook weer kunnen veranderen.

Het is van belang dat deze 'tussenfase' van een voorontwerp serieus gebruikt gaat worden om na te gaan *"in hoeverre de nieuwe bepalingen ongewenste neveneffecten ten aanzien van de feitelijke realiteit van seksueel contact in het leven roepen en of ze daadwerkelijk aan de problematiek van de zedentitel tegenmoetkomen, die momenteel nog steeds veelal is geworteld in het gebrek aan (steun)bewijs en de benodigde overtuiging van de rechter(s)."*¹ De Adviescommissie Strafrecht (ACS) ziet een aantal van die neveneffecten en meent dat de memorie van toelichting deze niet onderkent of er te makkelijk mee omgaat, waardoor het risico bestaat dat verwachtingen worden gewekt, met name richting slachtoffers, die niet kunnen worden waargemaakt.

Het voorontwerp strekt tot ingrijpende wijziging van de huidige titel XIV, Tweede boek, van het Wetboek van Strafrecht 'Misdrijven tegen de zeden'. Niet alleen de inhoud van geldende strafbepalingen wordt aangepast en op onderdelen aangevuld,² ook de wettelijke systematiek wordt gewijzigd en een deel van de misdrijven die nu nog onder de zedentitel vallen wordt overgeheveld naar de titel 'Misdrijven tegen de openbare orde', welke titel met een aantal nieuwe strafbepalingen wordt aangevuld.

Met deze technisch-juridische herziening van het wettelijk systeem komt de minister tegemoet aan de kritiek zoals verwoord in het WODC-onderzoek 'Herziening van zedendelicten?', waarin onder meer de aanbeveling is gedaan de wettelijke systematiek te vereenvoudigen en te verduidelijken.

Daarnaast heeft het voorontwerp volgens de memorie van toelichting tot doel de strafwetgeving 'bij de tijd te brengen', zowel op het punt van de normering van wat maatschappelijk gezien als

¹ 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', DD 2019/50, p. 16.

² De MvT spreekt van het 'opnieuw definiëren en begrenzen' van de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag.

strafwaardig seksueel grensoverschrijdend gedrag wordt gezien, als ten aanzien van het aanpassen van bestaande strafbepalingen aan de nieuwe technologische ontwikkelingen.³

Vanwege de omvang van de voorgestelde wijzigingen ontkomt de ACS niet aan een uitgebreid preadvies. Om deze reden is, op pagina 3, 4 en 5 van dit preadvies een samenvatting en lijst van aanbevelingen opgenomen.

De ACS zal in het navolgende eerst stilstaan bij de wetssystematische wijzigingen die worden voorgesteld, bestaande uit:

- een thematische herschikking van de strafbepalingen in de nieuwe Titel XIV 'Seksuele misdrijven'; en
- het overhevelen van een aantal bepalingen naar de titel 'Misdrijven tegen de openbare orde' en het toevoegen van een aantal nieuwe strafbepalingen aan deze titel.

Naast de systematische herziening die in het voorontwerp is neergelegd, bevat het voorstel een groot aantal inhoudelijke wijzigingen. Er wordt een drietal nieuwe strafbaarstellingen geïntroduceerd. Daarnaast wordt een groot aantal inhoudelijke wijzigingen van bestaande strafbepalingen voorgesteld, waarbij meermaals wordt verwezen naar de aanbevelingen uit het eerdergenoemde WODC-onderzoek.

Gezien de omvang van het voorontwerp en de forse hoeveelheid kleine en soms meer ingrijpende wijzigingen, ziet de ACS zich genooddaakt haar reactie te beperken tot de volgende onderdelen van het voorontwerp:

- de wetssystematische aanpassingen;
- de nieuw in te voeren strafbaarstellingen;
- een beperkt deel van de voorgestelde wijzigingen, te weten
 - vervanging van het ontucht-begrip;
 - objectivering leeftijdsvereiste;
 - algehele verhoging strafmaxima; en
 - juridisch-technische opmerkingen.

2. Aanbevelingen

De ACS komt tot de navolgende adviezen:

- Houd alle misdrijven met een seksuele strekking bijeen in titel XIV 'Seksuele misdrijven'. Dit geldt bijvoorbeeld voor het huidige art. 139h, 239, 240, 240a, 254 en 254a Sr;
- Handhaaf de in het voorontwerp gemaakte keuze om 'seks tegen de wil' in een apart opzettelijk strafbaar te stellen;
- Pas de nieuwe strafbaarstelling van seks tegen de wil aan, zodat alleen strafbaar is het opzettelijk plegen van seksuele handelingen tegen de *kenbare* wil van de ander en zie dus af van de voorgestelde schuldvariant. De schuldvariant maakt strafrechtelijk verwijtbaar gedrag te onvoorzienbaar. Via het ruime 'voorwaardelijk opzet'-begrip voorziet het nieuwe opzettelijk 'seks tegen de wil' voldoende in de wens van de minister om gedrag dat volgens de huidige maatschappelijke normen strafbaar gesteld zou moeten worden, ook inderdaad strafbaar te stellen. Toevoeging van een schuldvariant brengt het strafrecht teveel in de richting van hetgeen ook de minister niet voor ogen staat: een vorm van risicoaansprakelijkheid. In dit verband is tevens van belang dat de internationale verdragen

³ MvT p. 1.

- niet* verplichten tot invoering van een schuld delict en dat ons omliggende landen dit ook niet hebben gedaan en niettemin aan die internationale verplichtingen voldoen;
- Breid het taakstrafverbod niet uit naar art. 239 en 77ma Sr. Juist bij minder ernstige vormen van grensoverschrijdend seksueel gedrag is de taakstraf bij uitstek een passende sanctie, zowel ter beïnvloeding van het gedrag van de dader als ter voorkoming van onnodig vergaande criminalisering;
 - Zie af van de strafbaarstelling van (non)verbale seksuele intimidatie en fysieke seksuele intimidatie in de voorgestelde vorm (het voorgestelde art. 151e en 151f). De noodzaak voor deze nieuwe bepalingen is onvoldoende gebleken. De delictsomschrijving en de toelichting daarop geven onvoldoende duidelijkheid over de handelingen die onder deze delictsbepaling zouden vallen. De voorgestelde artikelen overlappen met art. 240 Sr;
 - Licht de verhouding toe van de begrippen 'seksuele handelingen' en 'seksuele betasting'. Deze verhouding is nu niet duidelijk;
 - Zie af van de strafbaarstelling van "sexchatting" (het voorgestelde art. 248 Sr). De in de memorie van toelichting genoemde basis voor deze strafbaarstelling (seksualiserend benaderen van kinderen zou 'op zichzelf bezien' al schadelijk zijn voor kinderen) lijkt niet helemaal juist en is in ieder geval onvoldoende onderbouwd. Uit wetenschappelijk onderzoek volgt dat dit verband niet is aangetoond. Geconcludeerd moet dan ook worden dat er onvoldoende onderbouwing is voor de noodzaak van deze strafbaarstelling, temeer nu de minister bij de wijziging van de strafbaarstelling van "grooming" (art. 248e Sr; gewijzigd in 2018; in werking getreden 1 maart 2019) nog van mening was dat er geen reden was voor strafbaarstelling van "sexchatting". Het voorstel is ook in strijd met het in de memorie van toelichting omarmde uitgangspunt dat het strafrecht 'ultimum remedium' moet zijn;
 - Zie af van de uitbreiding van de mogelijkheden tot het inzetten van een zogenaamde 'lokpuber'. Deze voorgestelde aanpassing betreft bovendien een opsporingsmiddel dat niet in het Wetboek van Strafrecht maar in het Wetboek van Strafvordering thuishoort. Het draagt niet bij aan de wens om te komen tot een overzichtelijke systematiek van de zedenwetgeving;
 - Neem bij de strafbaarstelling van 'het seksualiserend benaderen van kinderen' (het voorgestelde art. 248 Sr) in elk geval een uitzondering op voor gelijkwaardig contact tussen leeftijdgenoten, zoals dit bij de voorgestelde artt. 246 en 249 Sr ook is gebeurd;
 - Door het integraal schrappen van het 'ontucht-begrip' komt niet strafwaardig handelen onder de delictsomschrijvingen te vallen (voor voorbeelden zie p 24-25 van dit advies). Dit moet worden voorkomen;
 - Zie af van de voorgestelde verhoging van de strafmaxima. Uit geen enkel onderzoek of publicatie volgt dat de thans bestaande strafmaxima onvoldoende zouden zijn. Binnen de huidige strafmaxima is het goed mogelijk om – indien de onafhankelijke rechter dat gepast acht, waarbij hij zich zoals gebruikelijk op de hoogte zal stellen van de gevoelens in de maatschappij – een strenger strafmaat regime toe te passen. Verhoging van de strafmaxima dient slechts symboolpolitiek. De ACS acht de ernst van zedenmisdriven daarvoor te groot;
 - Overweeg een lager strafmaximum in te voeren voor de lichtere varianten van delicten. De evenredigheid is daarmee gebaat;
 - Geef een nadere toelichting met betrekking tot de problematiek die speelt doordat alle leeftijden worden geobjectiveerd en de ruimte die daarbij nog rest voor het verweer afwezigheid van alle schuld, alsmede de wijze waarop de burger in de praktijk die leeftijd bij de verschillende delicten zou kunnen verifiëren;
 - Geef een nadere toelichting op de stelling dat poging tot grooming strafbaar moet zijn.

CONSULTATIEREACTIE

3. Bespreking van het Voorontwerp

3.1 Wetssystematische aanpassingen

Thematische herschikking strafbepalingen in de nieuwe Titel XIV 'Seksuele misdrijven'

De ACS meent dat de voorgestelde aanpassingen in de systematiek van de zedentitel een goede oplossing bieden voor de knelpunten zoals deze zijn geïnterpreteerd in het WODC-onderzoek uit 2016.⁴ Uit dit onderzoek is gebleken dat de vele wijzigingen in de zedentitel, die zijn oorsprong vindt in 1886, negatieve gevolgen hebben gehad voor de structuur van de zedentitel, onder andere met betrekking tot de samenhang en de begrijpelijkheid.

Door de thematische herschikking van de bestaande strafbepalingen in de nieuwe zedentitel vindt de door de minister gewenste verduidelijking en vereenvoudiging plaats. Ook het onderscheid per strafbepaling tussen handelingen met en handelingen zonder seksueel binnendringen van het lichaam komt de duidelijkheid ten goede.

Verduidelijken onderscheid tussen 'Seksuele misdrijven' in Titel XIV en 'Misdrijven tegen de openbare orde' in Titel V

De huidige titel XIV 'Misdrijven tegen de zeden' omvat verschillende typen delicten, wisselend in ernst en beschermd rechtsgoed, waaronder ook delicten die geen of nauwelijks rechtstreeks verband houden met seksualiteit, maar om andere redenen in strijd werden geacht met 'de goede zeden', zoals art. 252 Sr (toedienen van bedwelmende drank) en art. 253 Sr (kinderen afstaan en overlaten aan een ander).

De ACS kan zich vinden in de in het voorontwerp gemaakte keuze om de nieuwe Titel XIV exclusief te reserveren voor seksuele delicten en Titel V 'Misdrijven tegen de openbare orde' te reserveren voor de 'overige delicten'. Met betrekking tot deze verdeling maakt zij echter de volgende kanttekeningen.

Naast de niet-seksuele delicten uit Titel XIV wordt ook een deel van de 'minder zware' zedendelicten overgeheveld naar Titel V, zoals het huidige art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid), het huidige art. 240a Sr (vertonen schadelijke visuele weergave aan minderjarige) en het huidige art. 254 Sr (dierenpornografie). Ook de hierna nog te bespreken nieuwe strafbaarstelling van seksuele intimidatie wordt ondergebracht in Titel V als misdrijf tegen de openbare orde.

In de memorie van toelichting wordt het onderscheid tussen de beide nieuwe titels onderbouwd door te stellen dat het bij de misdrijven in de nieuwe Titel XIV gaat om de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor verschillende vormen van *seksueel grensoverschrijdend gedrag* en in Titel V om de strafrechtelijke bescherming tegen (seksueel getint) *overlastgevend gedrag*.⁵ De strafbaarstellingen die een plaats krijgen in de nieuwe Titel V zouden, uitgaande van de definities

⁴ WODC-onderzoek 'Herziening van de zedendelicten? Een analyse van Titel XIV, Tweede Boek, Wetboek van Strafrecht met het oog op samenhang, complexiteit en normstelling', K. Lindenberg en A.A. van Dijk.

⁵ MvT p. 1.

die in het voorstel worden gehanteerd, delicten zijn die 'beogen publieke wanordelijkheden te bestrijden en te voorkomen. De artikelen die een plaats krijgen in deze titel na art. 151c Sr worden gezien als misdrijven waardoor een strafwaardige inbreuk op de seksuele waardigheid of seksuele privacy wordt gemaakt of waardoor de 'algemene fatsoensnormen' worden overschreden. Bij deze delicten zou daarom de inbreuk op de openbare orde centraal staan.

De ACS meent dat het overbrengen van een aantal "lichtere" seksuele misdrijven naar Titel V niet bijdraagt aan de beoogde overzichtelijkheid en adviseert alle misdrijven met een seksuele strekking bijeen te houden in titel XIV. Dat geldt ook voor het recent ingevoerde art 139h Sv (het wederrechtelijke (openbaar) maken van een afbeelding van seksuele aard van een ander).

Indien het overbrengen van een aantal "lichtere" seksuele misdrijven naar Titel V wordt gehandhaafd, meent de ACS dat duidelijker moet worden toegelicht waarom bij de in Titel V ondergebrachte delicten met een seksueel element de inbreuk op de openbare orde centraal staat en hoe aan dit criterium in de praktijk invulling moet worden gegeven.

3.2 Nieuwe strafbaarstellingen

Seks tegen de wil (art. 239 Sr)

Internationaal kader

In de memorie van toelichting wordt ter onderbouwing van de nieuwe strafbaarstelling van seks tegen de wil verwezen naar de internationale verplichtingen die onder meer voortvloeien uit art. 36 van het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (CETS nr. 201, hierna te noemen: "*Verdrag van Istanbul*"), welk verdrag voor Nederland op 1 maart 2016 in werking is getreden.

Hoewel de minister ten tijde van het WODC-onderzoek nog concludeerde dat de strafrechtelijke bescherming van de bestaande zedenwetgeving (inclusief het huidige verkrachtingsartikel) in overeenstemming is met de internationale wet- en regelgeving,⁶ wordt hier inmiddels anders over gedacht.⁷ In de memorie van toelichting wordt gesteld dat de strafbaarstelling van seksuele interactie en seksueel binnendringen van het lichaam tegen de wil bedoeld is om de zedenwetgeving in lijn te brengen met art. 36 van het Verdrag van Istanbul.⁸

De ACS heeft begrip voor de keuze om, in lijn met de internationale verplichtingen, te komen tot een nieuwe strafbaarstelling van seks tegen de wil en dus tot invoering van een zogenaamd 'consent-model', zoals dit ook in de ons omringende landen het geval is. Een dergelijk model houdt in dat het ontbreken van instemming ('non-consent') centraal staat en niet 'dwang'.⁹

Hierbij is acht geslagen op het op 20 januari 2020 gepubliceerde evaluatierapport van de Groep van deskundigen inzake actie tegen geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (GREVIO), een

⁶ Zie onder meer Kamerbrief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 29 februari 2016, vergaderjaar 2015-2016, 29 279 nr. 300, p. 8 en 9.

⁷ Ook K. Lindenberg, een van de opstellers van het WODC-onderzoek uit 2016, is inmiddels tot de conclusie gekomen dat internationale verplichtingen Nederland dwingen over te stappen op een zogenaamd 'consent-model'; Zie K. Lindenberg 'Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een 'Nein heist Nein'? in: E. Gritter (red.), *Modern Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, blz. 1-31.

⁸ MvT p. 17.

⁹ Zie K. Lindenberg 'Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een 'Nein heist Nein'? in: E. Gritter (red.), *Modern Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, blz. 1-31.

werkgroep van de Raad van Europa die toezicht houdt op de naleving van dit verdrag.¹⁰ Dit rapport concludeert dat een aantal maatregelen moet worden genomen, verschillend in urgentie en implementatietermijn, om wetgeving en beleid in overeenstemming met het Verdrag te brengen.

Ten aanzien van het strafrecht houdt het rapport onder meer in dat Nederland 'wordt aangemoedigd'¹¹ de bepalingen inzake seksueel geweld spoedig te herzien en erop toe te zien dat deze worden gebaseerd op het begrip 'vrijwillig gegeven toestemming', omdat het in Nederland gehanteerde 'dwang-model' vereisten kent die volgens de rapporteurs niet in lijn zijn met artikel 36 van het Verdrag van Istanbul.¹²

Implementatie middels een aparte strafbepaling

De aanpassing aan het Verdrag van Istanbul leidt in onderhavig voorstel tot een aparte strafbaarstelling voor onvrijwillige seks (het voorgestelde art. 239 Sr). De ACS heeft eveneens een voorkeur voor een aparte strafbaarstelling boven het aanpassen en dus verruimen van de bestaande artikelen voor verkrachting en aanranding die daarmee ondoorzichtiger zouden worden.¹³ Met een aparte strafbaarstelling wordt tevens het in de praktijk belangrijke onderscheid erkend tussen (met geweld, dreiging daarmee of op andere wijze) *afgedwongen* seksueel contact enerzijds en ongewenst seksueel contact, waarbij het verwijt is dat geen of onvoldoende rekening is gehouden met de wens van de ander, anderzijds.

In de memorie van toelichting wordt hierbij terecht ook opgemerkt dat het bij de nieuwe strafbaarstelling gaat om een 'minder ernstige categorie ongewilde seksuele handelingen', waarbij een lager strafmaximum ook op zijn plaats wordt geacht.¹⁴

De ACS benadrukt in dit verband dat de werkingssfeer van het huidige verkrachtingsartikel niet ruimer moet zijn dan de betekenis die een moreel geladen begrip als 'verkrachting' in de beleving van de gemiddelde burger toelaat.¹⁵ Het is voor de burger van belang te kunnen voorzien welk handelen als strafbaar handelen wordt aangemerkt. Daarnaast is het voor de voorzienbaarheid van belang dat de mate van verwijtbaarheid aansluit bij de wijze waarop strafbaar handelen uiteindelijk juridisch wordt gekwalificeerd. Het maakt groot verschil of iemand moedwillig (opzettelijk) handelt

¹⁰ het rapport is door de Raad van Europa gepubliceerd in de Engelse taal: <https://rm.coe.int/grevio-report-on-netherlands/1680997253>, tezamen met een vrij nietszeggende reactie van de Nederlandse regering: <https://rm.coe.int/grevio-inf-2020-1-comments-dutch-government/1680998654>.

Het rapport en de reactie erop zijn in het Nederlands te vinden op: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/01/20/aanbieding-reactie-op-evaluatierapport-verdrag-van-istanbul>.

¹¹ Volgens de toelichting wordt met "aanmoedigen" een niveau van urgentie bedoeld voor tekortkomingen die aandacht behoeven, hoewel mogelijk in een later stadium; zie voorwoord rapport p. 4.

¹² Artikel 36 van het Verdrag luidt als volgt:

1. De partijen nemen de wetgevende of andere maatregelen die nodig zijn om te waarborgen dat de volgende opzettelijke gedragingen strafbaar worden gesteld:
 - a. het zonder wederzijds goedvinden op seksuele wijze vaginaal, anaal of oraal met een lichaamsdeel of object binnendringen van het lichaam van een ander;
 - b. het zonder wederzijds goedvinden plegen van andere seksuele handelingen met een persoon;
 - c. het zonder wederzijds goedvinden een ander er toe bewegen seksuele handelingen te plegen met een derde.
2. De toestemming dient vrijwillig te zijn gegeven en voort te vloeien uit de vrije wil van de betrokken persoon hetgeen wordt vastgesteld in het licht van de omstandigheden.
3. De partijen nemen de wetgevende of andere maatregelen die nodig zijn om te waarborgen dat de bepalingen van het eerste lid tevens van toepassing zijn op gedragingen gericht tegen voormalige of huidige echtgenoten of partners erkend volgens het nationale recht.

¹³ Zie voor de verschillende implementatiemogelijkheden K. Lindenberg Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een 'Nein heist Nein'? in: E. Gritter (red.), Modern Strafrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2019, blz. 28.

¹⁴ MvT p. 7.

¹⁵ Zie conclusie AG Aben bij HR12-03-2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3627, NJ 2013/438.

en op deze manier de eigen wil “doordrukt”, of dat het verwijt is dat hij of zij onvoldoende voorzichtig is geweest door bepaalde (non-verbale) signalen niet adequaat op te pikken, terwijl dit wel mocht worden verwacht. Als ook in die laatste situatie de omschrijving ‘verkrachting’ op het strafblad terecht kan komen, verliest deze term onderscheidend vermogen en wordt miskend dat niet ieder grensoverschrijdend en kwalijk handelen qua strafwaardigheid op één lijn is te stellen met een ‘klassieke’ verkrachting.¹⁶

Dit is voorts van belang omdat met de Hoge Raad in het zogenaamde Tongzooen II-arrest¹⁷ moet worden aangenomen dat de vermelding van ‘verkrachting’ op het strafblad van een veroordeelde ernstiger maatschappelijke repercussies heeft dan de vermelding van een minder zwaar beladen benaming, zoals aanranding of seksueel handelen zonder instemming.

Delictsomschrijving

In het voorontwerp is ervoor gekozen de nieuwe strafbaarstelling van ‘seksuele interactie tegen de wil’ te laten bestaan uit zowel een opzetvariant (‘weten’ dat tegen de wil van het slachtoffer wordt gehandeld) als een schuldvariant (‘redelijkerwijs moeten vermoeden’). Terecht vermeldt de memorie van toelichting al dat de opzetvariant tevens voorwaardelijk opzet bevat: ook wanneer iemand bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de seksuele handelingen tegen de wil van de ander plaats vinden, is al sprake van strafbaar handelen onder het voorgestelde *opzetdelict*.¹⁸ Het bestaan en aanvaarden van de aanmerkelijke kans kan bij dit opzetdelict – en overigens ook onder de huidige jurisprudentie met betrekking tot verkrachting en aanranding – worden afgeleid uit signalen of omstandigheden die in het concrete geval zijn gegeven of aanwezig waren.

Volgens de memorie van toelichting ligt bij de schuldvariant van het voorgestelde art. 239 Sr de ondergrens van de strafrechtelijke aansprakelijkheid nog lager. Om strafbaar te zijn is al voldoende dat er feiten en omstandigheden waren op grond waarvan iemand de onvrijwilligheid van de ander had *behoren* af te leiden, aldus deze toelichting.¹⁹ Er wordt een onderzoeksplicht geïntroduceerd, waarbij het gaat om het opmerken van signalen “*die ieder normaal denkend mens redelijkerwijs had moeten opmerken als ontbrekende wil bij de ander*”.²⁰

De ACS meent dat in het voorontwerp onvoldoende duidelijk wordt gemaakt waarom zowel een opzet- als een schuldvariant, zou moeten worden ingevoerd. Om hierna te noemen redenen meent zij dat invoering van een opzetvariant volstaat.

De ACS merkt op dat ook bij de overstap naar een consent-model verschillende keuzes mogelijk zijn ten aanzien van de vereiste mate van opzet of schuld. Lindenberg beschrijft dat bijvoorbeeld in België opzet wordt vereist op het niet-toestemmen, terwijl Engeland heeft gekozen voor een lagere drempel.²¹ Voldoende is daar dat bij de verdachte geen redelijke veronderstelling van vrijwilligheid bestond (geen ‘reasonable belief’). Naast de subjectieve veronderstelling van de verdachte gaat het in het Engelse model dus tevens om de redelijkheid van die veronderstelling, mede in het licht van de omstandigheden van het geval, waaronder de onderzoeksinspanningen van de verdachte.²² Ook in de Engelse variant blijft het overigens een opzetdelict. Duitsland benadrukt dat de wil

¹⁶ Zie conclusie AG Aben bij HR12-03-2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3627, NJ 2013/438 onder 4.5.

¹⁷ HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653.

¹⁸ MvT, p. 8.

¹⁹ MvT p. 8.

²⁰ MvT p. 35.

²¹ K. Lindenberg, Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een ‘Nein heist Nein?’ in: E. Gritter (red.), Modern Strafrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2019, blz. 4.

²² K. Lindenberg, ‘Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een ‘Nein heist Nein?’’, in: E. Gritter (red.) Modern Strafrecht, Deventer: Wolters-Kluwer 2019, blz. 1-31.

kenbaar moet zijn en heeft zijn wetgeving in 2016 aan het Verdrag van Istanbul aangepast door strafbaar te stellen het “*gegen den erkennbaren Willen*” een andere persoon seksuele handelingen te laten verrichten of ondergaan (§ 177 StGB).

De ACS meent daarom dat – mede in aanmerking genomen de ruime interpretatie en toepassing van het leerstuk van voorwaardelijk opzet in Nederland – de in het nu voorgestelde art. 239 Sr opgenomen schuldvariant overbodig is. Hierbij is tevens van groot belang dat de internationale verplichtingen waarnaar de memorie van toelichting verwijst en die zijn aangehaald in onder meer het GREVIO rapport, *niet* verplichten tot de invoering van een schulddelict zoals in het huidige voorstel wel aan de orde is.²³

Zoals hiervoor aangegeven, komt de invoering van een aparte strafbaarstelling van seksuele interactie tegen de wil de voorzienbaarheid van strafrechtelijk verwijtbaar gedrag ten goede. Deze voorzienbaarheid wordt echter weer teniet gedaan indien de omschrijving van het verwijtbaar gedrag in de schuldvariant van het nieuwe art. 239 Sr te vaag of te algemeen wordt. Van belang is te bewaken dat de reikwijdte van het nieuwe artikel niet een ondoorzichtige, maar veelomvattende poel wordt waaruit met een beroep op zich wijzigende sociaal-ethische morele regels zo gemakkelijk mogelijke bewijsconstructies kunnen worden geput. Een voorzienbare strafbaarstelling impliceert dat de grens tussen verwijtbaar en niet-verwijtbaar handelen op het moment dat dit handelen plaats vindt door een redelijk oplettende burger goed kan worden vastgesteld. Het impliceert ook dat de relevante omstandigheden voor de verdachte op dat moment kenbaar moeten zijn geweest.

De ACS meent dat het bij de voorgestelde schuldvariant voor de burger onvoldoende voorzienbaar wordt wanneer zijn gedraging verwijtbaar wordt. De situaties die in de memorie van toelichting worden genoemd als voorbeelden van gevallen waarin ten onrechte niet veroordeeld werd voor verwijtbaar gedrag, vallen via het voorwaardelijk opzet veelal onder het nieuwe opzetsdelict van het voorgestelde art. 239 Sr.²⁴ Dit geldt bijvoorbeeld ook voor het in de memorie van toelichting genoemde ‘aannemen van een weifelende, aarzelende of onzekere houding’ en een zogenaamde ‘bevrozingsreactie’ waardoor een persoon niet in staat is zijn of haar wil kenbaar te maken (de veelbesproken ‘tonische immobiliteit’). Dergelijke signalen, mits redelijkerwijze kenbaar, creëren de concrete, niet onwaarschijnlijke kans dat geen sprake is van vrijwilligheid. Bij dergelijke signalen ontstaat al een vergewisplicht aan de kant van de verdachte. Aanvaarding van de aanmerkelijke kans kan onder het voorgestelde opzetsdelict al tot een bewezenverklaring leiden.

De ACS meent dat in het voorontwerp en de gegeven toelichting, met name met betrekking tot de schuldvariant, te eenzijdig nadruk wordt gelegd op de onvrijwilligheid aan de kant van het slachtoffer, terwijl het voor verregaande strafrechtelijke aansprakelijkheid noodzakelijk is dat die onvrijwilligheid ook met enige duidelijkheid is gebleken. Het is prima indien de wil van het slachtoffer centraal wordt gesteld, zoals in het opzetsdelict van het voorgestelde art. 239 Sr gebeurt. Maar de rol van de kenbaarheid van die wil voor de verdachte kan niet worden weggepoetst. Die rol moet wel een betekenisvolle zijn.²⁵ Gebeurt dat niet, dan wordt de deur te ver opengezet naar een morele beoordeling achteraf en kan een burger worden veroordeeld voor een ernstig misdrijf

²³ Zie ook Ter Haar, Kesteloo & Korthals, De strafbaarstelling van seks tegen de wil: een eerste verkenning van het juridische landschap, TPWS 2019/100, die op pagina 8 tot dezelfde conclusie komen en verwijzen naar Lindenberg & Van Dijk (2016).

²⁴ Aldus ook: Schreurs, Van der Ham, Hamers (zie noot1), paragraaf 4.2, pagina's 13.

²⁵ Zie in dit verband het begrip waarmee de Duitse wetgever haar wetgeving in overeenstemming heeft gebracht met het Verdrag van Istanbul: noot 22.

zonder zich (destijds) van de laakbaarheid van zijn gedrag bewust te (kunnen) zijn. Dit is wat in feite gebeurt bij invoering van de schuldvariant.

Door het incorporeren van een schuldvariant in het nieuwe art. 239 Sr ontstaat bovendien het risico dat seksueel gedrag in (te) verregaande mate gecriminaliseerd zal worden. Wanneer wordt aanvaard dat gebrek aan enthousiasme bij de ander er al toe kan leiden dat een (poging tot) seksuele handeling strafbaar is, kan dit een bevriezend effect hebben op seksueel gedrag in het algemeen. Waar de grenzen van de wil van de ander liggen, wordt binnen het seksuele contact van mensen vaak bepaald door een subtiele interactie waarbij gevoelens, die razendsnel kunnen veranderen, een overheersende rol spelen. Ook spijt achteraf kan bij het achteraf invullen van die gevoelens een rol spelen. Hoe een zekere passiviteit moet worden uitgelegd is afhankelijk van de situatie en de persoon. Er mag geen onduidelijkheid bestaan over de vraag waar geoorloofd seksueel gedrag overgaat in strafbaar gedrag.

De ACS beveelt in lijn met het voorgaande aan om alleen *opzettelijke* seksuele interactie tegen de wil strafbaar te stellen (inclusief voorwaardelijk opzet). Ook op deze wijze wordt voldaan aan de internationale verplichtingen en wordt tegemoetgekomen aan de wens om ongewenst seksueel contact strafbaar te stellen, zonder dat nog wordt vereist dat het contact “onvermijdbaar” was en dat een slachtoffer niet in staat was zich te onttrekken. Het enkel kenbaar maken van het niet-gewenst zijn van het gedrag is voldoende.

Van belang is te onderkennen dat – in tegenstelling tot de huidige verkrachting of aanranding – bij het bewijs van het voorgestelde opzettelict seksuele interactie tegen de wil, de bewijsbaarheid van dwang *niet* centraal staat. Centraal bij het nieuwe art. 239 Sr staat de vraag of de verdachte wist dat de seksuele handelingen niet in vrijwilligheid door het slachtoffer werden verricht, geduld of ondergaan. Daardoor wordt het tegen de wil van betrokkene verrichten van seksuele handelingen conform de internationale verplichtingen strafbaar gesteld. Het uitgangspunt ligt bij de wetenschap van de verdachte omtrent de bij het slachtoffer aanwezige vrijwilligheid. In dat kader zal de rechter moeten nagaan of de seksuele handelingen plaatsvonden onder omstandigheden die de verdachte noopten tot een nadere verifiëring van de vrijwilligheid. Het voorgestelde opzettelict 239 Sr introduceert dus ook een 'onderzoeksplicht' voor de verdachte.

Bewijsbaarheid blijft ook na invoering van de nieuwe strafbaarstelling complex

Volgens de memorie van toelichting zal door de invoering van de nieuwe strafbaarstelling in de vorm van een opzet- en een schulddelict het bewijs worden vergemakkelijkt “omdat vast moet komen te staan dat het seksuele contact onvrijwillig plaatsvond en dat de dader dit wist of redelijkerwijs moest vermoeden”. Ook wordt gesteld dat dit de drempel voor slachtoffers om aangifte te doen zal verlagen.

De ACS mist in de toelichting echter de onderkenning dat de complexiteit van het bewijs in zedenzaken door de invoering van een ‘consent’-model niet zal veranderen, met het risico dat verwachtingen worden gewekt die niet kunnen worden waargemaakt. In het voorontwerp wordt nadrukkelijk aandacht besteed aan het verschijnsel van ‘tonische immobiliteit’; volgens de memorie van toelichting ‘een door angst gedreven reactie op een bedreigende situatie’, waardoor iemand die geconfronteerd wordt met (de aanloop naar) seksuele handelingen geen fysiek verzet pleegt, maar bevriest of verstijft.²⁶ Hierbij wordt echter niet onderkend dat juist de kenbaarheid van de onvrijwilligheid in dergelijke situaties een probleem zal blijven. Met wetgeving kan dit niet worden opgelost zonder tot een vorm van risicoansprakelijkheid te komen. Bewijsrechtelijk gezien zal het

²⁶ MvT p. 37.

ook na invoering van de nieuwe strafbaarstelling – nog steeds – lastig zijn vast te stellen dat er van een dergelijke bevestigingsreactie of van andere kenbare signalen van niet-instemmen sprake is geweest, indien de verdachte dit ontkent en er buiten het slachtoffer en de verdachte geen andere personen getuige zijn geweest van de seksuele handelingen. Het in voorkomende gevallen ontbreken van het vereiste bewijsminimum – en de discussies daaromtrent – worden door de nieuwe strafbaarstelling niet opgelost, ook niet indien een schuldvariant wordt geïntroduceerd. De memorie van toelichting biedt in dit opzicht naar de mening van de ACS een te rooskleurig beeld en wekt daarmee niet inlosbare verwachtingen.

Taakstrafverbod en meer

In het voorontwerp wordt ervoor gekozen om ook in geval van niet-consensueel seksueel contact (art. 239 Sr) het taakstrafverbod van toepassing te verklaren (art. 22b Sr), zelfs indien het gaat om een minderjarige veroordeelde (art. 77ma Sr).

Hoewel het hier ook volgens de wetgever gaat om lichtere vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag²⁷ en dit ook in de strafmaxima tot uiting komt, wordt in de memorie van toelichting op geen enkele wijze onderbouwd waarom het noodzakelijk wordt geacht ook bij deze nieuwe delicten de straftoemingsvrijheid van de rechter door de wetgever te beperken. Zoals reeds bij de invoering van het taakstrafverbod door de Raad van State werd opgemerkt, is de straftoemingsvrijheid van de rechter een wezenlijk onderdeel van het recht van toegang tot een onafhankelijke rechter, zoals neergelegd in art. 6 EVRM. De ACS is van oordeel dat dit recht onaangetaast moet blijven. En als dit recht wel wordt beperkt, dan moeten er zeer zwaarwegende redenen zijn om hiertoe over te gaan. In de memorie van toelichting wordt echter geen enkele overweging gewijd aan de keuze om het nieuwe art. 239 'seksuele interactie tegen de wil' toe te voegen aan de artikelen 22b Sr²⁸ en art. 77ma Sr.²⁹ Dit wijst (opnieuw) op symboolwetgeving. De ACS acht de voorgestelde wijzigingen van art. 22b Sr en 77ma Sr op dit punt hoogst onwenselijk en beveelt aan deze niet te handhaven.

Hierboven is uitvoerig ingegaan op de ruime reikwijdte die het voorgestelde art. 239 - in de opzetvariant maar zeker in de schuldvariant - heeft. Dit betekent dat de rechter in veel gevallen juist de mogelijkheid van een taakstraf nodig heeft om tot een straf te komen die enerzijds passend is en anderzijds niet onnodig criminaliseert. De ACS is dan ook van mening dat de taakstraf bij uitstek onderdeel moet uitmaken van het pakket aan strafmodaliteiten dat de rechter ten dienste staat bij een veroordeling voor het nieuwe art. 239 Sr (al dan niet in verbinding met art. 77ma Sr).

Ook de toevoeging van het nieuwe art. 239 Sr aan de strafbepalingen waarbij de bijzondere verjaringsregeling voor minderjarige plegers niet van toepassing is (art. 77d Sr) wordt in het geheel niet onderbouwd. Dit geldt eveneens voor de keuze van de wetgever om deze nieuwe lichtere strafbepaling middels een aanpassing van art. 4, vierde lid, van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens te laten vallen onder de verruimde termijn van tachtig jaar voordat tot vernietiging wordt overgegaan. Van enige noodzaak tot deze aanpassingen is niet gebleken. De ACS beveelt aan af te zien van deze aanpassingen.

²⁷ MvT spreekt van een aantal 'lichtere strafbare feiten' en 'minder ernstige categorieën ongewilde seksuele handelingen'.

²⁸ MvT p. 22.

²⁹ MvT p. 25.

Strafbaarstelling seksuele intimidatie (art. 151e en 151f Sr)

Internationaal kader

Ook bij de strafbaarstelling van seksuele intimidatie wordt in het voorontwerp verwezen naar de internationale verplichtingen, meer in het bijzonder naar art. 40 van het Verdrag van Istanbul. Op grond van art. 40 van dit Verdrag dient elke vorm van ongewenst verbaal, non-verbaal of fysiek seksueel getint gedrag dat de waardigheid van een persoon schendt, onderworpen te zijn aan sancties.³⁰

Art. 40 Verdrag van Istanbul verplicht *niet* tot *strafrechtelijk* optreden. In het eerder aangehaalde GREVIO rapport van 20 januari 2020 wordt ten aanzien van de naleving van dit specifieke artikel gemeld dat GREVIO de Nederlandse autoriteiten aanmoedigt de (reeds aangekondigde) herziening van het Wetboek van Strafrecht voort te zetten en een passend strafrechtelijk antwoord op te nemen voor alle vormen van seksuele intimidatie (waaronder nieuwere vormen van intimidatie) en erop toe te zien dat seksuele intimidatie, waaronder intimidatie online, op passende wijze strafbaar wordt gesteld.

In de memorie van toelichting ontbreekt enige onderbouwing van de stelling dat de huidige strafwet ook met betrekking tot de strafbaarstelling van seksuele intimidatie “verbetering behoeft”.³¹ Niet wordt toegelicht waarom reeds bestaande strafbaarstellingen zoals aanranding (art. 246 Sr), belediging (art. 266 Sr), schennis van de eerbaarheid (art. 239 Sr) en de overtreding hinderlijk volgen (art. 426bis Sr) niet voldoende zijn om aan de internationale verplichtingen te voldoen. De stelling dat ‘in het verlengde van de sterkere afkeuring van seksueel intimiderend gedrag de maatschappelijke roep om hiertegen strafrechtelijk te kunnen optreden is toegenomen en er aanleiding is voor heldere normstelling op de overschrijding waarvan passende strafsancities dienen te worden gesteld’, wordt evenmin onderbouwd en is in ieder geval onvoldoende, nog daargelaten dat het nog maar de vraag is of in dit opzicht in het voorstel sprake is van een ‘heldere’ normstelling.³²

De ACS heeft op 18 april 2017 geadviseerd naar aanleiding van het initiatiefvoorstel van wet van het lid Marcouch tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het strafbaar stellen van seksuele intimidatie. Een afschrift van dit advies wordt als **bijlage A** bij deze reactie gevoegd.

De ACS constateert dat het merendeel van de destijds tegen het initiatiefvoorstel ingediende bezwaren ook geldt voor de voorgestelde artt. 151e en 151f Sr, te weten:

- de voorgestelde strafbaarstellingen voegen onvoldoende toe aan de reeds bestaande strafbaarstellingen betreffende uitingsdelicten en zedendelicten;
- uit de memorie van toelichting volgt onvoldoende wat de noodzaak is van de voorgestelde strafbaarstellingen;
- het voorontwerp is in strijd met art. 10 EVRM; het vormt een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting;
- de voorgestelde strafbaarstelling van (non)verbale seksuele intimidatie is onvoldoende specifiek; onvoldoende duidelijk is welke verbale en non-verbale uitingen onder de strafbepaling vallen; en
- de voorgestelde strafbepalingen zijn niet handhaafbaar.

³⁰ MvT p. 4.

³¹ MvT p. 4.

³² MvT p. 4.

In aanvulling hierop merkt de ACS ten aanzien van de voorgestelde tekst van art. 151e Sr en 151f Sr nog het volgende op.

Art. 151e Sr (Non)verbale seksuele intimidatie

Duidelijkheid van de normstelling / voorzienbaarheid

In het voorstel wordt een aantal nieuwe termen gehanteerd, zonder dat voldoende duidelijk wordt omschreven wat met deze termen wordt bedoeld.

Ten aanzien van het begrip seksuele opmerkingen en gebaren geeft de memorie van toelichting een aantal voorbeelden dat niet helder is. Deels gaat het om woorden die op zichzelf al beledigend zijn (“hoer”, “slet”), deels om opmerkingen als “hee waar ga je heen met dat lekkere kontje” of “wil je seks”. Maar weer niet het nastaren, nafluiten of sissen, omdat dit minder intimiderend zou zijn. Deze bepaling brengt burgers weinig duidelijkheid over de vraag welke woorden en gedragingen wel en niet onder deze bepaling vallen, Wat bijvoorbeeld te denken van de opmerking: “ik vind je leuk/lekker, mag ik je nummer”?

Nog problematischer is het bestanddeel dat het feit wordt begaan ‘om een persoon vrees aan te jagen of een persoon in een vernederende kwetsende of schaamtevolle situatie te brengen’. Het blijft onduidelijk wanneer kan worden gezegd dat deze situatie zich voordoet. Door het gebruik van het woordje “om”, levert de voorgestelde redactie overigens een subjectief oogmerk op, dat moeilijk te bewijzen zal zijn.

Art. 151f Sr (fysieke seksuele intimidatie)

Ten aanzien van de nieuwe strafbaarstelling van ‘fysieke seksuele intimidatie in de openbare ruimte’ merkt de ACS het volgende op. Het voorgestelde artikel, dat het opzettelijk seksueel betasten strafbaar stelt, lijkt op een vorm van “aanranding light”. Daar valt wellicht iets voor te zeggen. Onder de huidige wet plegen vervelende maar betrekkelijk onbeduidende handelingen, zoals het eenmalig betasten van de bilpartij, als aanranding te worden vervolgd en bestraft met alle (onnodig) ernstige gevolgen van dien.³³

Uit de memorie van toelichting blijkt evenwel niet dat de opsteller zich rekenschap heeft gegeven van het feit dat de voorgestelde artt. 151f en 240 Sr elkaar overlappen en dat volstrekt onduidelijk is in welke situatie voor welk delict moet worden gekozen. Wat de verhouding is tussen ‘seksuele handelingen’ en ‘seksueel betasten’ wordt onvoldoende toegelicht.³⁴ Onduidelijk blijft of ‘seksuele betasting’ en ‘seksuele handelingen’ voortaan elkaar uitsluitende begrippen zijn. Hierbij dringt zich de vraag op of veroordeling wegens aanranding is uitgesloten wanneer “slechts” sprake is van seksuele betasting. Zo nee, wat is dan de toegevoegde waarde van art. 151f Sr? Zo ja, waarom geldt deze lichte variant dan alleen voor betastingen die plaatsvinden in de openbare ruimte en niet voor de werkvloer, de zorg en het onderwijs?

³³ Zie bijvoorbeeld HR 8-10-2013, ECLI:NL:HR:2013:900. Door het onverhoedse handelen wordt het slachtoffer gedwongen om de ontuchtige betasting te ondergaan.

Aanranding verjaart ingevolge artikel 70 Sr niet of pas na 20 jaar en de enkele verdenking ervan leidt tot een justitieel gegeven dat ingevolge artikel 4, vierde lid Wjsg gedurende 80 jaar wordt bewaard. Veroordeling wegens aanranding weegt zeer zwaar bij de afgifte van een verklaring omtrent het gedrag, en wel levenslang, zie hiervoor Beleidsregels Vog paragraaf 3.1.1. Zo is de terugkijktermijn niet in tijd beperkt.

³⁴ In het algemeen deel van de toelichting wordt gesproken van een onderscheid tussen seksuele handelingen die wel en geen ernstige inbreuk maken op de lichamelijke en seksuele integriteit, p. 10.

Strafbaarstelling sexchatting (art. 248 aanhef en sub a Sr)

Noodzaak

De invoering van een nieuwe strafbaarstelling van seksueel communiceren met kinderen (sexchatting) is volgens de memorie van toelichting noodzakelijk omdat het seksualiserend benaderen van kinderen 'op zichzelf bezien' al schadelijk is voor kinderen omdat hierdoor hun seksuele ontwikkeling wordt doorkruist. Ook zou het een drempelverlagend effect kunnen hebben richting seksueel misbruik.³⁵ Gesteld wordt dat het seksualiserend benaderen van kinderen in de afgelopen tijd in omvang en vaak ook indringendheid is toegenomen.

Waarop deze veronderstellingen van de minister zijn gebaseerd wordt in de memorie van toelichting niet nader onderbouwd. De veronderstelling dat bij sexchatting altijd sprake is van directe schade wordt volgens Cleiren, Ten Voorde en Waas niet ondersteund door bevindingen uit nationaal en internationaal onderzoek op dit gebied.³⁶ Over de veronderstelde indirecte schade, te weten de kans dat sexchatting uitmondt in (andere vormen van) seksueel misbruik, is volgens deze auteurs geen wetenschappelijk onderzoek voorhanden. Voor de in de toelichting geponeerde stelling lijkt dan ook geen basis te zijn.

De ACS is ook overigens van oordeel dat de noodzaak tot strafbaarstelling van sexchatting in het voorontwerp onvoldoende is onderbouwd. Hierbij is van belang dat in de memorie van toelichting argumenten worden gebruikt ter rechtvaardiging van vroegtijdig ingrijpen (als vorm van strafbare voorbereiding), zonder dat duidelijk is of er een verband bestaat tussen seksueel getint communiceren enerzijds en concreet seksueel misbruik (en dus: schadelijkheid) anderzijds.

Niet wordt toegelicht hoe deze nieuwe strafbaarstelling zich verhoudt tot het eveneens in de toelichting onderschreven uitgangspunt dat het strafrecht een ultimum remedium functie heeft en pas moet worden ingezet bij normschendingen van zodanige ernst, dat handhaving ervan niet of niet alleen door andere sancties dan strafrechtelijke sancties kan worden ingezet.³⁷

Evenmin wordt toegelicht waarom het standpunt van de minister nu fundamenteel anders is dan ten tijde van de invoering van het grooming artikel (art. 248e Sr). Destijds is onder meer de vraag gesteld of dit artikel wel ver genoeg ging en of niet het enkel 'met verkeerde intenties op internet communiceren met een kind', zonder dat een ontmoeting werd voorgesteld, strafbaar zou moeten worden gesteld. Het standpunt van de minister was destijds dat, hoewel de genoemde gedragingen "*buitengewoon verwerpelijk*" werden geacht, "*het voor de strafwaardigheid en handhaafbaarheid wezenlijk is dat op enigerlei wijze de aanwezigheid van verkeerde intenties blijkt*". Nadrukkelijk werd hierbij opgemerkt dat de inzet van het strafrecht zijn grenzen kent. Verwezen werd naar andere middelen dan het strafrecht die worden ingezet om kinderen tegen de door de kamerleden genoemde gedragingen te beschermen.³⁸ In de memorie van toelichting bij het onderhavige voorontwerp wordt opnieuw verwezen naar 'een drietal actielijnen' die zijn ingezet om online seksueel misbruik van kinderen tegen te gaan. Niet wordt onderbouwd waarom, naast die overige maatregelen die destijds als argument werden gebruikt om niet tot strafbaarstelling over te gaan, nu de noodzaak tot strafbaarstelling wel kan worden aangenomen. Ook ten aanzien van de handhaafbaarheid wordt geen nadere toelichting gegeven.

³⁵ MvT p. 6.

³⁶ Cleiren, C.P.M.; Voorde, J.M. ten.; Waas, W. Van 'Strafbaarstelling van sexchatting en sextortion onder de loep', Strafbblad 2019 (2), 03-05-2019.

³⁷ MvT p. 11.

³⁸ Kamerstukken II, 2008–2009, 31 810, nr. 7, p. 4.

Delictsomschrijving

Volgens de aanhef in de delictsomschrijving van het voorgestelde art. 248 Sr ziet de algehele strafbaarstelling van het 'seksualiserend benaderen van kinderen onder de 16' niet alleen op personen die de leeftijd van zestien jaren nog niet hebben bereikt, maar ook op personen die zich voordoen als een persoon die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt.

Met deze uitbreiding krijgt het omstreden fenomeen van de 'lokpuber' een bredere toepassing in de zedentitel. De eerste uitbreiding van een strafbaarstelling gericht op bescherming van minderjarigen naar volwassenen die zich voordoen als minderjarigen, vond plaats bij het wetsvoorstel Computercriminaliteit III, waarbij het grooming art. 248e Sr op dezelfde wijze werd uitgebreid als nu ook bij het nieuwe art. 248 Sr wordt voorgesteld.³⁹ Dit gebeurde destijds in een vrij laat stadium, nadat de internetconsultatie had plaatsgevonden en de Raad van State al advies had uitgebracht, en enkel en alleen vanwege de wens bij de opsporing van grooming een zogenaamde "lokpuber" te kunnen inzetten.⁴⁰

De ACS heeft in een reactie van 28 augustus 2014 (aanvullende consultatie conceptwetsvoorstel computercriminaliteit III) in dit verband de navolgende aanvullende opmerking gemaakt:

"Met betrekking tot de uitbreiding ten behoeve van de zogenoemde lokpuber heeft de adviescommissie nog één aanvullend, meer principieel bezwaar op het gebied van systematiek. Gelet op de toelichting in de hernieuwde memorie van toelichting gaat het hier in wezen om het mogelijk maken van een bepaalde opsporingsmethode. Dat behoort volgens de commissie plaats te vinden door een aanpassing van strafvordering, maar gebeurt hier door een aanpassing van het materiele strafrecht. De adviescommissie strafrecht maakt hiertegen bezwaar."

Dit principiële, wetssystematische bezwaar wordt door de ACS nadrukkelijk gehandhaafd. Door de invoering van de (gedeeltelijk nieuwe) strafbepaling van art. 248 Sr vindt een verdere uitbreiding plaats van de opsporingsmogelijkheden die ten onrechte via het materiële recht worden gerealiseerd. Het is van belang dat hier in het huidige wetgevingstraject meer uitgebreid bij wordt stilgestaan, nu noch de Raad van State noch andere consultatie partijen zich hierover eerder hebben kunnen uitlaten.

In de aanhef van art. 248 Sr wordt vermeld dat het bij de strafbaarstelling gaat om het 'stelselmatig mondeling of schriftelijk' 'seksueel' benaderen van personen onder de zestien jaar. Voor het stelselmatig karakter wordt verwezen naar de strafbaarstelling van stalking (art. 285b Sr), zonder echter de toevoeging "wederrechtelijk" die in art. 285b Sr wel is opgenomen. Het wederrechtelijk karakter van het stelselmatig seksueel benaderen zit in de leeftijd, in combinatie met het criterium dat het moet gaan om een wijze 'die schadelijk te achten is' voor die minderjarige onder de zestien.

Wanneer aan dit 'schadelijkheids criterium' is voldaan wordt in de toelichting helaas onvoldoende duidelijk gemaakt. Verwezen wordt slechts naar het schadelijkheids criterium van het huidige art. 240a Sr (art. 151h Sr nieuw), voor welk artikel geldt dat vaststaande schade bij het slachtoffer niet wordt vereist; het gaat om "de mogelijkheid van schade voor de betrokken leeftijdsgroep in het algemeen".⁴¹

³⁹ Kamerstukken I, 2016-2017, 34372-A.

⁴⁰ Grijzen, C., ;Polman, B.J. en Lange, A. de, 'De uitbreiding van de strafbaarstelling van grooming met de inzet van de lokpuber tot doel', Strafolad oktober 2017, p. 382 e.v.

⁴¹ Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht, art. 240a Sr, aant. 4,

De ACS meent dat uit de wetstekst en de memorie van toelichting onvoldoende duidelijk kan worden opgemaakt wanneer het stelselmatig seksueel benaderen van een persoon onder de zestien jaar schadelijk moet worden geacht voor deze minderjarige en waaruit die schade dan bestaat. Hierbij is van belang dat art. 248 Sr niet alleen ziet op volwassenen die seksueel getint communiceren met kinderen, maar ook van toepassing is op leeftijdsgenootjes die met elkaar op seksueel getinte wijze communiceren. Onbekend is wanneer dit objectief gezien schadelijk moet worden geacht en door wie dat dan moet worden bepaald (de ouders, leeftijdgenoten of de rechter?). Daar waar de wetgever in de voorgestelde artt. 249 Sr (kinderporno) en 246 Sr (seksuele interactie tussen de 12-16) een uitzondering maakt voor contacten en gegevensuitwisselingen tussen leeftijdsgenoten in een gelijkwaardige situatie, wordt deze mogelijkheid bij voorgesteld art. 248 Sr niet onderkend. In de memorie van toelichting wordt zelfs opgemerkt dat 'schijnbaar of gesteld ontbreken van schade bij een bepaald slachtoffer niet tot straffeloosheid kan leiden'.⁴² Dat gaat naar de mening van de ACS te ver.

De leeftijd van het kind wordt in voorgesteld art. 248 Sr aan het opzetvereiste onttrokken.⁴³ Dit past in de keuze om in de nieuwe zedentitel de leeftijd in alle bepalingen te objectiveren. Voor een nadere bespreking van deze keuze wordt verwezen naar het laatste deel van dit advies, waarin de wijzigingen van de bestaande bepalingen worden besproken.

Tenslotte

Door wijziging van art. 77d Sr geldt de bijzondere verjaringsregeling voor minderjarigen niet voor het misdrijf van art 248 Sr. Niet wordt gemotiveerd waarom het in dit geval noodzakelijk wordt geacht af te wijken van de hoofdregel.

3.3 Aanpassing van reeds bestaande strafbaarstellingen

In het navolgende wordt, zoals aangekondigd, een deel van de voorstellen tot wijziging van de bestaande strafbaarstellingen besproken. Hieronder valt ook een bespreking van de overige elementen van art. 248 Sr (nieuw), nu deze bepaling bestaat uit een geheel nieuwe strafbaarstelling (sexchatting) en uit de aanpassing van de reeds bestaande strafbaarstellingen 'seksueel corrumperen' (art. 248d oud) en 'grooming' (art. 248e Sr).

Aanpassingen 'seksualiserend benaderen van kinderen', art. 248 sub b Sr

Het voorgestelde art. 248 aanhef en sub b Sr betreft een aanpassing van het bestaande art. 248d Sr ('seksueel corrumperen'). Naast het feit dat ook dit artikel wordt uitgebreid met personen 'die zich voordoen' als iemand die de leeftijd van zestien niet heeft bereikt, wordt ook hier het 'schadelijkheids criterium' ingevoerd, in dit geval ter vervanging van het handelen 'met ontuchtig oogmerk' in art. 248d Sr.

Belangrijker is dat, met de aanpassing en de schijnbare versimpeling van het oude artikel, een zeer ingrijpende uitbreiding plaatsvindt van het delict 'seksueel corrumperen'. De bestaande bepaling zag op het uitnodigen van de minderjarige (en het daadwerkelijk aanwezig laten blijven) bij daadwerkelijk uitgevoerde seksuele handelingen, met als doel het bevorderen van het gerief van de dader dan wel het klaarstomen van de minderjarige voor het ondergaan van seksuele handelingen.

⁴² MvT p. 51.

⁴³ MvT p. 51.

Door de nieuwe strafbaarstelling ook van toepassing te laten zijn in de digitale context, bijvoorbeeld via live webcamsbeelden of de waarneming van foto- en filmmateriaal,⁴⁴ vindt een ingrijpende uitbreiding van de strafbaarstelling plaats, zonder dat inhoudelijk wordt onderbouwd wat de noodzaak hiervan is.

Door het ruime toepassingsbereik van art. 248 aanhef en sub b Sr vindt een overlap plaats met het voorgestelde art. 151h Sr (schadelijke visuele weergave vertonen aan een minderjarige), terwijl beide feiten een verschillend strafmaximum kennen.⁴⁵ Het zijn juist dit soort inconsistenties die de minister met het huidige voorontwerp probeert op te heffen, maar hier ook weer introduceert.

De ACS meent dat de noodzaak van een dergelijke zeer ingrijpende uitbreiding van de strafbaarstelling niet wordt onderbouwd.

Aanpassing grooming (art. 248 aanhef en onder c Sr)

In het voorontwerp wordt het bestaande groomingsartikel (art. 248e Sr) aanzienlijk gewijzigd. Het ontuchtbegrip is vervallen, de leeftijd is geobjectiveerd⁴⁶ en de communicatiewijze wordt verruimd.⁴⁷ Anders dan bij de invoering van het artikel werd aangegeven, wordt nu onomwonden en zonder onderbouwing in de memorie van toelichting gesteld dat, in lijn met de jurisprudentie, sprake kan zijn van een strafbare poging tot grooming als de communicatie heeft geleid tot het voorstel voor een ontmoeting, waarbij de minderjarige daar niet op in gaat of waarbij een ouder heeft ingegrepen.

De ACS constateert dat niet alleen de onderbouwing van dit gewijzigde inzicht ontbreekt, maar dat ook de hiermee samenhangende problematiek niet wordt besproken. Daardoor heeft, bijvoorbeeld, de rechter geen enkel inzicht in de gedachtenvorming van de wetgever, hetgeen een eenvormige toepassing in de praktijk hindert. Het grooming-artikel is qua karakter een voorbereidingshandeling: het is immers bedoeld als inleiding tot verdere en verdergaande seksuele benadering. In de Nederlandse wetssystematiek is poging van een voorbereidingshandeling niet strafbaar. Ook het WODC-rapport acht dit relevant en vraagt in het kader van een mogelijke poging tot grooming om een nadere uitleg.⁴⁸

"Met betrekking tot de commune vorm van strafbare voorbereiding zoals neergelegd in art. 46 Sr, wordt aangenomen dat deze niet in de vorm van een poging kan worden begaan (Kamerstukken II 1990/91, 22 268 nr. 3, p. 13)"

Het WODC-rapport noemt ook een aantal uitspraken van feitenrechters, waarmee de opmerking in onderhavige toelichting als zou poging tot grooming "in lijn" zijn met de jurisprudentie zo niet logenstraf, dan toch tenminste twijfelachtig doet zijn.

De ACS beveelt aan deze problematiek ten minste in de memorie van toelichting nader te bespreken.

⁴⁴ MvT p. 52.

⁴⁵ Op art. 151h Sr staat ten hoogste een jaar, op art. 248 Sr twee jaar.

⁴⁶ Zie voor beide onderwerpen de algemene toelichting hierna.

⁴⁷ De communicatie met de minderjarige hoeft niet meer door middel van een geautomatiseerd werk of onder gebruikmaking van een communicatiedienst plaats te vinden.

⁴⁸ WODC-rapport, p. 183-184: Poging tot grooming?

Evenmin wordt in de memorie van toelichting toegelicht waarom het noodzakelijk wordt geacht de strafbaarstelling uit te breiden naar de 'reële wereld', door de voorwaarde dat de communicatie plaatsvindt via een geautomatiseerd werk of communicatiedienst te laten vervallen. Is er op dit terrein een probleem dat oplossing behoeft? En zo ja, op welke wijze denkt de minister de strafbaarstelling van? niet-digitale communicatie te handhaven?

Aanpassing ontuchtbegrip

In het wetsontwerp is ervoor gekozen het begrip 'ontucht' in alle bepalingen te laten vervallen en te vervangen door de term 'seksuele handelingen'. Gesteld wordt dat alle seksuele handelingen, bedoeld in die artikelen, op zichzelf reeds in strijd zijn met de sociaal-ethische norm. Seksuele handelingen die daarmee niet strijdig zijn, laten zich blijkens de memorie van toelichting 'mede in het licht van de veranderende maatschappelijke opvattingen over (on)aanvaardbaar seksueel gedrag', niet licht denken.

In de parlementaire geschiedenis is diverse malen gesproken over het ontuchtbegrip en de vraag of deze ouderwets geachte term niet zou moeten worden vervangen, bijvoorbeeld door de meer kleurloze term 'seksuele handelingen'. Hiervoor is steeds niet gekozen, omdat er geen meer passende term geschikt werd geacht zonder dat de invoering daarvan niet alleen een verandering van de terminologie zou meebrengen, maar ook een verandering van wetgeving.⁴⁹

De ACS constateert dat in het voorstel het (op onderdelen niet consequent doorgevoerde) onderscheid tussen 'ontuchtige handelingen' en 'seksuele handelingen' radicaal wordt opgeheven door het ontucht-begrip te schrappen. Alleen in het voorgestelde art. 246 Sr ('seksuele interactie met kinderen tussen de 12-16') en art. 249 Sr ('kinderpornografie') is hierbij een strafuitsluitende omstandigheid opgenomen, namelijk voor die gevallen waar sprake is geweest van een gelijkwaardige situatie tussen leeftijdgenoten (art. 246 Sr) respectievelijk de visuele weergave van een seksuele handeling binnen een gelijkwaardige situatie tussen leeftijdgenoten uitsluitend voor privégebruik is vervaardigd, in bezit wordt gehouden of wordt gedeeld (art. 249 Sr).

De ACS merkt op dat uit de memorie van toelichting niet kan worden opgemaakt dat in voldoende mate rekenschap is gegeven van de ingrijpende consequenties van deze – niet slechts terminologische – wijziging. Zo wordt onder de voorgestelde redactie van art. 242 Sr ieder seksueel contact strafbaar dat in een zogenaamde 'functionele afhankelijkheid' plaatsvindt, zoals tussen een (voormalig) zorgverlener en diens (voormalig) patiënt of cliënt, zelfs als die zorgrelatie geen enkele rol heeft gespeeld bij het ontstaan van een door beide betrokken personen gewenste relatie. Of als de seksuele component juist onderdeel uitmaakt van de zorgverlening, zoals het geval is bij sekszorgverlening bij mensen met een beperking.

Ook de aanpassing van het huidige art. 354a Sr (het voorgestelde art. 151k Sr; seksuele handelingen met een dier) heeft tot gevolg dat iedere seksuele handeling strafbaar wordt, waaronder bijvoorbeeld ook handelingen die plaatsvinden bij het uitlokken van een zaadlozing in het kader van kunstmatige inseminatie.

De ACS meent dat de voorgestelde strafbaarstellingen in hun huidige vorm door het integraal laten vervallen van het ontuchtbegrip de rechter onvoldoende mogelijkheden bieden om rekening te kunnen houden met bijzondere situaties waarin een handeling, die strikt genomen onder de delictomschrijving valt, niet strafbaar behoort te zijn.

⁴⁹ Handelingen II, 18 oktober 1990, p. 597 en 606.

Objectiveren leeftijdsvereiste in alle strafbepalingen

In het voorontwerp wordt ervoor gekozen het onduidelijke onderscheid tussen strafbepalingen met een schuldverband ten aanzien van de leeftijd en bepalingen zonder een dergelijk schuldverband (waarin de leeftijd is geobjectiveerd) op te heffen door in alle situaties de leeftijd te objectiveren. Hierdoor krijgt de strafrechtelijke bescherming van kinderen beter vorm, aldus de memorie van toelichting.⁵⁰

In het algemeen deel van de memorie van toelichting wordt op p. 13 vermeld: "voldoende is dat de objectieve omstandigheid van de onmachtige toestand of de leeftijd kan worden bewezen". Deze zinsnede lijkt te suggereren dat ook die 'onmachtige toestand' een geobjectiveerd bestanddeel is. Bij de toelichting bij het nieuwe art. 243 Sr (seksuele interactie met geestelijk of lichamelijk onmachtige personen) wordt dit weersproken. Hierin wordt opgemerkt dat de dader, net als in het huidige art. 243 Sr, wetenschap dient te hebben van de lichamelijke of geestelijke onmachtige staat waarin het slachtoffer zich bevindt.⁵¹

De ACS meent dat deze tegenstrijdigheid moet worden opgehelderd.

De ACS meent dat ook middels het in alle gevallen objectiveren van de leeftijd de ruimte van de rechter om rekening te houden met de bijzondere omstandigheden van het geval onnodig wordt ingeperkt. In geen enkel geval zal dan meer ruimte bestaan voor straffeloosheid wegens afwezigheid van alle schuld, met het risico dat mensen kunnen worden bestraft die niet wisten, en ook niet konden weten, dat zij aan een zeer zware zorgplicht onderworpen waren.

De in het voorontwerp gemaakte keuze om alle leeftijden te objectiveren en de verregaande gevolgen die dit onder meer de ruimte die dan nog resteert voor het verweer 'afwezigheid van alle schuld' (avas), krijgt in de memorie van toelichting geen of nauwelijks aandacht. Ten onrechte, omdat een nader inzicht in de door de wetgever gevolgde redenering van belang is voor de rechtspraak. Ook het WODC-rapport vraagt nadrukkelijk aandacht voor deze problematiek: *"Delictsomschrijvingen met een geobjectiveerde leeftijd lijken in het thans geldende systeem verstrekkende gevolgen te hebben voor de burger. Wanneer de burger (i) op bestanddeelniveau alleen hoeft te hebben beseft dat zijn gedraging seksueel van aard was en hij (ii) vervolgens wordt geconfronteerd met de afwijzing van zijn beroep op avas omdat hij niet om een legitimatiebewijs heeft gevraagd om dat op inhoud en echtheid te controleren, dan zou dit in veel gevallen de facto neerkomen op een risicoaansprakelijkheid. Het lijkt immers in het huidige tijdsgewricht weinig reëel dat, bijvoorbeeld, oudere adolescenten zich in het uitgaansleven stelselmatig aan een dergelijk strenge onderzoeksplicht houden en zich toch sociaal staande weten te houden."*⁵²

In het politieke debat rond de invoering van de Wet regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche is ook aangedrongen op meer duidelijkheid over de wijze waarop de burger deze regels zou moeten naleven.⁵³ Nu in het voorontwerp alle leeftijden worden geobjectiveerd én de verschillende delicten niet alleen gelden voor "reëel" handelen, maar ook voor digitaal gedrag, is er reden temeer om in het kader van dit voorontwerp uitgebreid stil te staan bij de gevolgen van deze voorstellen in de praktijk.

⁵⁰ MvT p. 13.

⁵¹ MvT p. 43.

⁵² WODC-rapport, paragraaf 4.5.4.3, p. 614.

⁵³ Zie onder meer: Kamerstukken II, 2013-2014, 33 885, nr. 5, p. 5. Ook het WODC rapport verwijst naar deze discussie (op pagina 616).

In het WODC-rapport wordt de betreffende paragraaf afgesloten met de volgende passage:
"Dit alles leidt voor ons dan ook tot de conclusie dat voor de samenhang tussen de betreffende delictsommschrijvingen en voor de normstellingen die daaraan zijn verbonden (zowel op bestaandeelniveau als op het niveau van de strafuitsluitingsgrond avas) het hoe dan ook goed zou zijn wanneer de wetgever zich over het systeem van de schuldverbanden en over de inhoud van de strafuitsluitingsgrond 'afwezigheid van alle schuld' zou uitspreken."

Dit "uitspreken" door de wetgever is tot op heden niet gebeurd. De ACS vindt daarvan ook niets terug in onderhavige memorie van toelichting.

Verhogen strafmaxima

In het voorontwerp worden de wettelijke strafmaxima voor een aantal seksuele misdrijven gepleegd tegen kinderen verhoogd, volgens de memorie van toelichting 'om beter uitdrukking te geven aan de strafwaardigheid van bepaalde vormen van kindermisbruik'.⁵⁴ Daarnaast gaan de strafmaxima in een aantal gevallen omhoog, in de gevallen waarin de wet thans geen onderscheid maakt tussen al dan niet binnendringen van het lichaam. Het huidige strafmaximum wordt gehandhaafd voor seksuele handelingen zonder binnendringen van het lichaam, het maximum voor handelingen met binnendringen wordt verhoogd.

Enkele voorbeelden:

- kinderporno gaat van 4 (huidig art. 240b Sr) naar 6 jaar gevangenisstraf (voorgestelde art. 249 Sr);
- seksueel binnendringen bij een persoon onder de 12 jaar gaat van 12 jaar (art. 244 Sr) naar 15 jaar (art. 247, tweede lid Sr);
- seksueel binnendringen van een persoon van 12-15 jaar gaat van 8 jaar (art. 245 Sr) naar 12 jaar (art. 246, tweede lid Sr);
- seksuele handelingen met een persoon van 12-15 jaar of met iemand die zijn wil niet kan bepalen gaat van 6 jaar (art. 247 Sr) naar 8 jaar (art. 243, eerste lid en 246, eerste lid Sr);
- seksuele handelingen met een minderjarige prostituee (art. 248b Sr) gaat van 4 naar 6 jaar, bij binnendringen naar 9 jaar;
- seksuele handelingen met een afhankelijk persoon (art. 249 Sr) blijft 6 jaar (art. 242, eerste lid Sr) maar wordt bij binnendringen verhoogd naar 9 jaar (art. 242, tweede lid Sr);
- wanneer de dood het gevolg is van een seksueel misdrijf gaat de straf van 18 jaar (art. 248a Sr) naar 30 jaar of zelfs *levenslang* (art. 244, derde lid en 251, zesde lid Sr). Dit geldt ook voor seksuele handelingen tegen de wil, die zonder binnendringen van het lichaam hebben plaatsgevonden.

Ter vergelijking; op doodslag is thans 15 jaar gevangenisstraf gesteld (art. 287 Sr).

De noodzaak voor deze, soms forse strafverhogingen wordt niet concreet onderbouwd.

In de memorie van toelichting wordt onder meer gesteld: *"De op de aard en ernst van een strafbare gedraging afgestemde wettelijke, deels verhoogde, strafmaxima stellen het openbaar ministerie in staat om een aangescherpt opsporings- en strafvorderingsbeleid te voeren. Voor de rechterlijke macht wordt het mogelijk om een bij de aard en ernst van een feit passende straf op te leggen."*⁵⁵

⁵⁴ MvT p. 9.

⁵⁵ MvT p. 19 en 20.

Op geen enkele manier wordt onderbouwd dat het openbaar ministerie onder de bestaande maxima niet of niet voldoende in staat zou zijn een passend opsporings- en strafvorderingsbeleid te voeren. Evenmin is uit de rechtspraak gebleken dat de huidige strafmaxima de rechter niet voldoende ruimte bieden om een bij de aard en ernst van een feit passende straf op te leggen. Ook dit onderdeel van het voorontwerp lijkt daarom louter symboolpolitiek te zijn.

Nederland voldoet ook onder de huidige wetgeving ruimschoots aan de minimale maximumstraffen zoals neergelegd in richtlijn 2011/93/EU. Het Verdrag van Istanbul noodzaakt evenmin tot het verhogen van de bestaande strafmaxima.

Hiernaast valt op dat het voorstel geen lichtere strafmaxima kent voor bepaalde minder ernstige varianten, wat afbreuk doet aan de evenwichtigheid ervan. Hierbij denkt de ACS bijvoorbeeld aan het laten plegen van seksuele handelingen van het slachtoffer met zichzelf, al dan niet gepaard gaande met binnendringen van het eigen lichaam. Bij deze variant, die toch bepaald minder ingrijpend zal zijn voor het slachtoffer, behoort een aanmerkelijk lager strafmaximum dan nu bij aanranding (8 jaar) of verkrachting (12 jaar).

De ACS adviseert om de thans geldende strafmaxima in het voorontwerp te handhaven, tenzij in een specifiek geval op concrete wijze kan worden onderbouwd dat en waarom het betreffende strafmaximum te kort schiet, en aannemelijk is dat het nieuwe strafmaximum (mede gelet op de strafverzwaringmogelijkheden die het voorontwerp ook kent) zich blijft houden met de strafmaxima die elders in het Wetboek zijn gesteld op ernstige misdrijven. Voor wezenlijk lichtere varianten zou een lager strafmaximum moeten gelden.

3.4 Juridisch-technische opmerkingen

De formulering in het voorgestelde art. 239 Sr ("met een persoon seksuele handelingen verricht of een persoon seksuele handelingen laat verrichten met hem of met zichzelf of met een derde dan wel een persoon seksuele handelingen laat ondergaan door een derde") is duidelijk, maar ook heel erg ingewikkeld. Dit komt de toegankelijkheid van de wet wellicht niet ten goede. De ACS geeft in overweging deze formulering te vervangen door: "een persoon seksuele handelingen laat verrichten of ondergaan". In de memorie van toelichting zou voor alle duidelijkheid kunnen worden geëxpliciteerd welke situaties hieronder vallen. Dit geldt met name voor alle artikelen waarin een soortgelijke formulering voorkomt.

Het voorgestelde art. 245, derde lid Sr stelt 8 jaar gevangenisstraf op het laten verrichten of ondergaan van seksuele handelingen door een persoon van 16 of 17 jaar wanneer hierbij dwang, geweld, of bedreigingen zijn gebruikt. In het vijfde lid wordt deze straf verhoogd tot 12 jaar wanneer sprake is geweest van het seksueel binnendringen van het lichaam. De ACS vraagt zich af wat deze artikelen toevoegen aan de voorgestelde artt. 240 Sr (aanranding) en 241 Sr (verkrachting) die dezelfde strafmaxima kennen. Hier lijkt het voorstel een nodeloze complicatie en dubbeling in te houden. De ACS geeft de Minister in overweging om het derde en vijfde lid van art. 245 Sr te laten vervallen.

Het begrip "openbare ruimte" dat in de voorgestelde redactie van de artt. 151d, 151e en 151f Sr voorkomt, is nieuw. Uit de toelichting blijkt dat ook de online-wereld hieronder kan vallen, wat niet vanzelf spreekt. De ACS beveelt aan dit begrip duidelijk te definiëren in de betekenistitel (Boek 1, titel 9) indien het begrip wordt gehandhaafd.

bijlage

Tweede Kamer der Staten-Generaal
T.a.v. fractie Partij van de Arbeid

Den Haag, 18 april 2017
dossiernummer: 103430
uw kenmerk:
telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 65
e-mail: e.vandenbosch@advocatenorde.nl

Betreft: consultatie voorstel van wet van het lid Marcouch (PvdA) tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het strafbaar stellen van seksuele intimidatie

Geachte fractieleden,

Op 7 maart 2017 is de internetconsultatie voorstel van wet van het lid Marcouch (PvdA) tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het strafbaar stellen van seksuele intimidatie gepubliceerd. De NOvA heeft zijn adviescommissie strafrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie strafrecht

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIES

Van	: adviescommissie strafrecht
Datum	: 18 april 2017
Betreft	: voorstel van wet van het lid Marcouch (PvdA) tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het strafbaar stellen van seksuele intimidatie

Samenvatting

De adviescommissie strafrecht (ACS) adviseert tot intrekking van het wetsvoorstel vanwege, samengevat, de volgende redenen:

- De voorgestelde strafbaarstelling van seksuele intimidatie voegt onvoldoende toe aan de reeds bestaande strafbaarstellingen betreffende uitingsdelicten en zedendelicten.
- Uit de toelichting op het wetsvoorstel wordt onvoldoende duidelijk wat de noodzaak is van dit voorstel.
- Het wetsvoorstel is in strijd met artikel 10 EVRM, het vormt een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting.
- De voorgestelde strafbepaling is onvoldoende specifiek, niet duidelijk is welke uitingen (mondeling of door gebaren) onder de strafbepaling vallen.
- De voorgestelde strafbaarstelling is niet handhaafbaar.
- De voorgestelde delictsomschrijving betreft een overtredingsvariant, terwijl de bestanddelen een subjectief oordeel bevatten.

I. Inleiding

1. De indiener stelt voor seksuele intimidatie strafbaar te stellen door de volgende bepaling in het Wetboek van Strafrecht op te nemen:

Hij die zich mondeling of door gebaren op seksuele wijze uit jegens een persoon en hierdoor die persoon in een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie brengt, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste drie maanden of een geldboete van de derde categorie.

2. Deze strafbaarstelling zou als artikel 429ter moeten worden opgenomen in Boek III, titel II 'overtredingen betreffende de openbare orde' van het Wetboek van Strafrecht.

II. Onderbouwing van het wetsvoorstel

Noodzaak van strafbaarstelling

3. Ter toelichting op het voorstel verwijst de indiener onder andere naar de film 'Femme de la rue' van de Belgische Sofie Peeters over seksuele intimidatie in de Brusselse straten. Voorts merkt de indiener op dat een groot en divers gedeelte van de Nederlandse samenleving in het dagelijks leven op straat met seksueel intimiderend gedrag wordt geconfronteerd. *'Het blijft*

hierbij niet bij het ervaren van vervelende of kwetsende opmerkingen maar het gaat vaak veel verder. Zo voelen slachtoffers zich minder of zelfs helemaal niet meer veilig op straat, mijden zij bepaalde locaties of het openbaar vervoer uit angst om met intimidatie in aanraking te komen. Voor deze personen is de straat soms een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving.'

4. De indiener stelt dat er veel onderzoek is gedaan naar de omvang van het probleem van seksuele intimidatie in Nederland en koppelt daaraan het beeld dat *'we het over een substantieel probleem hebben'*.¹ De indiener verwijst echter slechts summier naar cijfers en resultaten van enkele onderzoeken maar een nadere onderbouwing daarvan (zoals: welke onderzoeksinstantie, welke onderzoeksvragen, aantal respondenten) evenals de vindplaatsen ontbreekt.
5. Zo stelt de indiener dat van alle Nederlanders iets minder dan de helft zou hebben aangegeven dat zij te maken hebben gehad met seksueel grensoverschrijdend gedrag op een niet fysieke manier. Het is niet alleen onaannemelijk dat *alle* Nederlanders zijn ondervraagd, het is praktisch ook onmogelijk; een dergelijke presentatie van vermeende onderzoeksresultaten is dan ook nietszeggend. Wanneer men de onderzoeken beziet die wel in de toelichting worden genoemd, zoals die in Amsterdam en Rotterdam, blijkt echter een ander beeld dan geschetst door de indiener (zie hierna nrs. 39, 40, 41 en 42).

Welke gedragingen wil de indiener strafbaar stellen?

6. De indiener verwijst in de MvT² naar de verbodsbepalingen uit de Algemene wet gelijke behandeling, de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen en het Burgerlijk wetboek in het kader van het voorkomen van seksuele intimidatie op het werk. Daarmee wordt volgens de indiener echter niet voorzien in het strafbaar stellen van seksuele intimidatie op grond van het feit dat vrouwen en anderen zich op straat niet meer veilig - in de meerdere betekenissen van dat woord - voelen. *'Dit wetsvoorstel dat het strafbaar stellen van seksuele intimidatie in de openbare ruimte beoogt, moet als sluitstuk in die lacune voorzien'*³, aldus de indiener. De indiener wil met strafbaarstelling een duidelijke norm stellen (p. 5 en 6)
7. In de toelichting wordt geen definitie gegeven van seksuele intimidatie. Uit de voorbeelden van gedragingen en uitingen die in de toelichting worden gegeven blijkt dat de indiener geen duidelijk beeld heeft van wat er onder seksuele intimidatie zou moeten vallen. Veel van de als voorbeeld genoemde gedragingen en uitingen zijn reeds elders strafbaar gesteld.
8. Zo noemt de indiener als voorbeelden van *seksueel grensoverschrijdend gedrag op een niet fysieke manier* zijn de volgende voorbeelden:⁴
 - "Het moeten aanhoren van kwetsende, seksuele, opmerkingen";
 - "Gedwongen blootstelling aan seksuele handelingen, geslachtsdelen of pornografisch materiaal".⁵

¹ MvT bij het wetsvoorstel, p. 2.

² MvT bij het wetsvoorstel, p. 2.

³ Zie ook pagina 5 MvT bij het wetsvoorstel.

⁴ MvT bij het wetsvoorstel, p. 3.

⁵ Deze feiten zijn reeds strafbaar gesteld als belediging en schennis van de eerbaarheid.

9. In de toelichting wordt verwezen naar een onderzoek onder jonge vrouwen waaruit zou blijken dat 40% van hen in het uitgaansleven te maken krijgen met seksueel intimiderend gedrag, zoals het moeten aanhoren van seksuele verwensingen of het ervaren van onwenselijke aanrakingen.⁶ En in Amsterdam zou in 2016 59% van de ruim 1000 ondervraagde vrouwen geconfronteerd te zijn met (seksuele) straatintimidatie variërend van nafluiten tot betasting.
10. Onder het kopje 'activisme' noemt de indiener als voorbeelden van de seksuele intimidatie in de openbare ruimte: 'slachtoffers worden nageroepen, uitgescholden, bespuugt of aangerakt'.⁷
11. Veel van de als voorbeeld genoemde gedragingen en uitingen die in de toelichting worden genoemd zijn al strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht, te weten de misdrijven belediging (artikel 266 Sr), bedreiging (artikel 285 Sr), schennis van de eerbaarheid (artikel 239 Sr) aanranding (artikel 246 Sr) en de overtreding hinderlijk volgen (426bis Sr).
12. Voorts verwijst de indiener naar bestaande initiatieven tegen seksuele intimidatie⁸, zoals de Stichting Stop Straatintimidatie en Hollaback! Nederland. Op de website van de Stichting Stop Straatintimidatie staat een aantal voorbeelden genoemd van uitlatingen en gedragingen die volgens de stichting niet strafbaar zouden zijn.⁹ Die beweringen zijn echter niet in lijn met de geldende jurisprudentie en het lijkt er op dat de indiener die beweringen in zijn toelichting heeft overgenomen.
13. Hollaback! Nederland probeert aan de hand van persoonlijke ervaringen van slachtoffers in kaart te brengen hoe groot het probleem in Nederland is, aldus de indiener. Hieruit zou afgeleid kunnen worden dat de omvang van het probleem nog niet is uitgekristalliseerd, en dat het wenselijk zou kunnen zijn om eerst de omvang van het gestelde probleem beter in kaart te brengen.
14. Het lijkt er op dat de indiener miskent dat veel van de door hem ter onderbouwing van het wetsvoorstel genoemde gedragingen en uitingen al strafbaar zijn gesteld. De vraag resteert welke gedragingen dan nog onder het voorstelde wetsartikel zouden vallen. Ziet dat enkel op nafluiten, nasissen en/of andere onwenselijke seksuele opmerkingen? Zo ja, dan rechtvaardigt dat de vraag of hiervoor een strafbepaling in het leven dient te worden geroepen. De ACS meent van niet en zal hierna (in hoofdstuk IV) nader op die vraag ingaan.

Openbare orde

15. Het staat de indiener primair voor ogen dat deze bepaling strekt ter bescherming van de openbare orde.¹⁰ *'De desbetreffende seksuele uitingen brengen iemand in een intimiderende, onvrije situatie en beperken daarmee iemand om zichzelf vrij te bewegen in het openbaar. De gewraakte uitingen kunnen daarnaast ook overlast veroorzaken voor anderen'*.¹¹

⁶ MvT bij het wetsvoorstel, p. 3.

⁷ MvT bij het wetsvoorstel, p. 3.

⁸ MvT bij het wetsvoorstel, p 3 en p. 4.

⁹ Zoals het roepen van 'hoer', 'slet' en 'geil (kut)wif'.

¹⁰ MvT bij het wetsvoorstel, p. 5.

¹¹ MvT bij het wetsvoorstel, p.6.

16. Deze toelichting op waarom er sprake zou zijn van een openbare orde aspect overtuigt echter niet. Wanneer de delictsomschrijving ziet op het nafluiten, nasissen en andere onwenselijke seksuele opmerkingen dan kan moeilijk worden betoogd dat een dergelijke bepaling nodig is voor het bewaren van de orde en rust op de weg en het voorkomen van publieke wanordelijkheden. Verwezen wordt ook naar de bevindingen uit het Amsterdamse onderzoek waarin het merendeel van de ondervraagden aangaf geen of slechts beperkte overlast te ondervinden van het nafluiten of nasissen (zie hierna nr. 42).
17. Het lijkt er op dat de indiener (ieder) ongewenst gedrag strafbaar wil stellen. In de toelichting schrijft hij:¹² *'Het slachtoffer dient niet belemmerd te worden door ongewenst gedrag van een ander'*. Nog los van het gebruik van de term 'slachtoffer' wat al een lading geeft aan de stelling zou het een inperking zijn van de vrijheden van de burger indien – in de ogen van een ander - ongewenst gedrag strafbaar zou worden gesteld.
18. Het wetsvoorstel is weinig onderbouwd, ook als het gaat om de strafmaat. De indiener licht niet toe waarom een maximale hechtenisstraf van drie maanden proportioneel zou zijn voor een dergelijke overtreding.

Strafbaarstelling via Gemeentelijke Verordening

19. In de toelichting op het voorstel wordt melding gemaakt van een gelijksoortige strafbaarstelling op gemeentelijk niveau die in de maak is in Den Haag en Amsterdam.¹³ In Amsterdam is inmiddels sinds 1 maart 2017 op grond van de APV onder artikel 2.2a een inhoudelijk vergelijkbare strafbaarstelling van straatintimidatie van kracht.
20. Op p. 6 van het voorstel geeft de indiener aan dat het vooralsnog niet geheel duidelijk is of wat Amsterdam in de APV heeft opgenomen juridisch houdbaar is.¹⁴ In iets overtuigender mate dan de indiener is de ACS van mening dat de APV juridisch niet houdbaar zal blijken, met name in het licht van artikel 7 van de Grondwet.
21. Artikel 7 lid 3 Grondwet luidt: *'Voor het openbaren van gedachten of gevoelens [...] heeft niemand voorafgaand verlof nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'*. In de zinssnede *'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'* dient sinds het Tilburgse drukpersarrest van 1950 gelezen te worden dat een wet in formele zin is vereist, en dat lagere regelgeving niet volstaat.¹⁵ Bij de Algehele Grondwetsherziening van 1983 is dit standpunt door de wetgever bevestigd.¹⁶ Het is de lagere regelgever wel toegestaan om, binnen de kaders van het Nuthcriterium regels te stellen omtrent de verspreiding van uitingen.¹⁷

¹² MvT bij het wetsvoorstel, p. 7.

¹³ MvT bij het wetsvoorstel, p. 4.

¹⁴ Artikel 2.2a van de APV van Amsterdam luidt inmiddels: *'Het is verboden op of aan de weg of in een voor publiek toegankelijk gebouw in groepsverband dan wel afzonderlijk, anderen uit te jouwen of met aanstootgevende taal, gebaren, geluiden of gedragingen lastig te vallen.'*

¹⁵ Hoge Raad 28 november 1950, NJ 1951, 117.

¹⁶ Algehele Grondwetsherziening deel IA, p. 18.

¹⁷ HR 17 maart 1953, NJ 1953, 389.

22. De APV van Amsterdam beperkt zich niet enkel tot de verspreidingswijze, maar richt zich tevens op de inhoud van de uitingen. Het is te verwachten dat andere APV's die deze zelfde materie zouden willen regelen tevens (mede) zien op de inhoud van de uitingen. Het is immers (mede) de intimiderende inhoud van de uitingen die Gemeenten met de regelgeving pogen te bestrijden.
23. Reeds om deze reden verwacht de ACS dat het regelen van de betreffende materie in plaatselijke verordening geen soelaas zal bieden, nu alle te verwachten dergelijke Gemeentelijke regelingen zullen stuiten op de vereisten van artikel 7 lid 3 Grondwet.

III. De bestanddelen van de voorgestelde strafbepaling

24. Zoals hiervoor reeds betoogd wordt uit de toelichting niet duidelijk welke gedragingen er nu precies strafbaar worden gesteld. Het wetsvoorstel lijkt te hinken op meerdere gedachten, waarbij telkens voorbeelden worden gegeven van gedragingen en uitingen die al zelfstandig strafbaar zijn gesteld.
25. De toelichting gaat niet in op de specifieke bestanddelen in de delictsomschrijving. Niet wordt toegelicht wat er precies moet worden verstaan onder *'het zich mondeling of door gebaren op seksuele wijze uiten'*. Wat 'op seksuele wijze uiten' precies inhoudt wordt nergens uiteengezet of begrensd.
26. Ook wordt in de toelichting op het wetsvoorstel niet uiteengezet wat moet worden verstaan onder een vijandige, vernederende of kwetsende situatie dient te worden verstaan. Deze drie begrippen worden in de toelichting op het wetsvoorstel niet nader gedefinieerd. Hoewel daarop niet wordt ingegaan gaat de ACS er van uit dat voor een beledigende en/of bedreigende situatie aansluiting dient te worden gezocht bij de betreffende strafbepalingen (artikel 266, respectievelijk 285 Sr). Indien er sprake is van een beledigende en/of bedreigende situatie dan betekent dat wellicht dat er (ook) sprake is van belediging en /of bedreiging. Wanneer het gaat om een vijandige, vernederende of kwetsende situatie die niet bedreigend of beledigend is, valt naar de mening van de ACS niet in te zien waarom strafbaarstelling daarvan gewenst is.
27. In het wetsvoorstel is verwezen naar de verbodsbepalingen uit de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en de Algemene wet gelijke behandeling¹⁸. In die wetten wordt onder seksuele intimidatie verstaan: *'enige vorm van verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie dat als doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd.'*
28. Op basis van die bepalingen is vereist dat door de gedragingen met een seksuele connotatie de waardigheid van de persoon wordt aangetast. Gelet op de delictsomschrijving van het voorgestelde artikel 429ter Sr heeft indiener het wetsvoorstel deels op deze

¹⁸ In beide wetten, artikel 1a.

verbodsbepalingen gebaseerd. Het vereiste dat de gedragingen tot doel of gevolg hebben dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast is echter niet overgenomen. De bescherming van de waardigheid van personen is een belang dat reeds wordt beschermd door de strafbaarstelling van belediging, bedreiging, schennis van de eerbaarheid en aanranding.

Overtreding

29. Door de indiener van het wetsvoorstel is onder andere gekozen voor een overtredingsvariant omdat voor de bewezenverklaring daarvan geen opzet vereist is. *‘Bovendien hoeft in het geval van een overtreding de opzet van de dader niet bewezen te worden. Het enkele feit dat de overtreding is begaan maakt de dader al strafbaar. In tegenstelling tot bij een misdrijf hoeft dus niet te worden bewezen dat de verdachte van seksuele intimidatie iemand willens en wetens in een kwetsende of bedreigende situatie heeft gebracht. Dit maakt de bewijsvoering eenvoudiger dan in het geval van een misdrijf het geval zou zijn.’*¹⁹

Subjectief element / opzet

30. Gelet op de bestanddelen van de delictsomschrijving is de ACS van mening dat binnen de gekozen bewoording van de delictsomschrijving wel degelijk moet worden bewezen dat de vermeende overtreder opzet had. Het bestanddeel ‘op seksuele wijze’ veronderstelt immers dat er met een bepaalde opzet opmerkingen of gebaren worden gemaakt.
31. Daarnaast dienen blijkens de delictsomschrijving die opmerkingen en/of gebaren ook nog eens tot een bepaald gevolg te leiden zoals blijkt uit het vervolg van de delictsomschrijving waarin wordt beschreven dat de persoon jegens wie die uitingen worden gedaan door die uitingen in een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gebracht. Dat betekent dat het intreden van het vereiste gevolg ook bewezen zal moeten worden.
32. Het voorgestelde wetsartikel wordt omschreven al een overtreding maar gelet op de delictsbestanddelen en de wijze waarop de bepaling is geredigeerd is er voor de bewezenverklaring daarvan wel degelijk opzet nodig. Dat heeft ook consequenties voor de bewijsbaarheid. De aannahme van de indiener dat voor het bewijs de constatering door een opsporingsambtenaar voldoende is²⁰ (zie daarover nader nr. 48 ev) is derhalve onjuist. Omdat er in de delictsomschrijving een opzeteis ligt besloten is de constatering van een opsporingsambtenaar niet zonder meer voldoende. Indien de verdachte geloofwaardig weerspreekt dat hij enig opzet had op een seksuele wijze van uiten dan wordt dat binnen de huidige delictsomschrijving nog lastig te bewijzen.

IV. Wetsvoorstel in strijd met artikel 10 EVRM

33. Artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (nader: EVRM) dient van toepassing te worden geacht op de voorgestelde strafbaarstelling. Reeds uit de enkele bewoording van de voorgestelde delictsomschrijving (*‘hij die zich mondeling of door gebaren*

¹⁹ MvT bij het wetsvoorstel, p. 6.

²⁰ MvT bij het wetsvoorstel, p. 7.

[...] uit jegens een persoon) moet geconcludeerd worden dat het wetsvoorstel het recht 'to receive and impart information and ideas' beperkt.²¹

34. Een beperking van de uitingsvrijheid dient onder artikel 10 lid 2 EVRM (1) te zijn voorzien bij wet²² en (2) noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving. Het feit dat de te beperken uitingen door een groot deel van de samenleving als onwenselijk worden gezien ontnemt niet de bescherming van artikel 10 EVRM.²³
35. Het begrip 'noodzakelijk in een democratische samenleving', houdt onder het EVRM onder meer in dat een 'pressing social need' moet bestaan voor de beperking, alsook dat deze beperking 'proportionate to the legitimate aim' dient te zijn.
36. Het bestaan van een 'pressing social need' bij het voorgestelde verbod moet reeds enigszins betwijfeld worden.
37. De ernstigere vormen van straatintimidatie zijn zoals hierboven uiteengezet reeds strafbaar op grond van belediging (artikel 266 Sr), bedreiging (artikel 285 Sr), schennis van de eerbaarheid (artikel 239 Sr) aanranding (artikel 246 Sr) en hinderlijk volgen (426bis Sr).
38. De strafbaar te stellen uitingen die mogelijk nog niet onder de huidige wet strafbaar zijn gesteld, behelzen daarmee een restcategorie van mogelijk zeer vervelende en ongewenste, maar toch minder ernstige uitingen die naar hun aard nog niet beledigend of bedreigend zijn, zoals nasissen of nafluiten of ongewenste opmerkingen over het uiterlijk.
39. Het merendeel van de ondervraagden in het door de indiener aangehaalde onderzoek van de gemeente Amsterdam blijkt het nasissen of nafluiten als 'niet', 'nauwelijks' of slechts 'een beetje' intimiderend te hebben ervaren.²⁴
40. De *factsheet* waarin het Amsterdamse onderzoek uitmondde lijkt daarbij, hoewel begrijpelijk vanuit de onderzoeksvragen,²⁵ helemaal geen aandacht te hebben besteed aan de gedragingen die onder de voorgestelde strafbaarstelling zouden kunnen vallen maar die als positief worden ervaren door de betrokken burgers.

²¹ vgl. *Von Hannover t. Duitsland*, EVRM 24 juni 2004, no. 59320/00.

²² Waar anders dan onder artikel 7 Grondwet geen wet in formele zin wordt vereist, maar enkel dat de wet toegankelijk en voorzienbaar moet zijn.

²³ Vgl. *Sunday Times t. Duitsland* EVRM 26 April 1979, Application No. 6538/74 : "[F]reedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society; subject to [legitimate restrictions] it is applicable not only to information or ideas that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population."

²⁴ Gemeente Amsterdam, Onderzoek Informatie en Statistiek, *factsheet* september 2016:

http://www.ois.amsterdam.nl/assets/pdfs/2016_straatintimidatie%20in%20amsterdam.pdf. Op. 3 staat te lezen dat 94% van de ondervraagden nafluiten als niet, nauwelijks of een beetje intimiderend ervaren. Voor wat betreft nasissen ervaren 73% van de ondervraagden het gedrag als niet, nauwelijks of een beetje intimiderend.

²⁵ Blijkens pagina 1 van de betreffende *factsheet* is aan vrouwen gevraagd of ze in de afgelopen maanden met bepaalde vormen van straatintimidatie zijn geconfronteerd, in welke mate dit als intimiderend is ervaren, en waar dit heeft plaatsgevonden.

41. In het aan het Amsterdamse onderzoek verwante onderzoek van de Gemeente Rotterdam²⁶ is aan mogelijke positieve ervaringen van burgers met gedragingen die onder de voorgestelde strafbaarstelling zouden kunnen vallen wél aandacht besteed. Uit dat onderzoek blijkt dat 12% van de respondenten nafluiten op straat als vleiend ervaren en dat 27% van de respondenten om het nafluiten moest lachen.²⁷ 41% van de respondenten gaf daarnaast aan dat zij complimenten die zij op straat krijgen over het uiterlijk als vleiend ervaren.^{28,29}
42. Het merendeel van de ondervraagden in Amsterdam gaven aldus te kennen van nasissen en nafluiten geen of slechts een beperkte overlast te ondervinden en een niet verwaarloosbare minderheid van de respondenten in Rotterdam ervoerde bepaalde lichtere vormen van straatintimidatie positief. Binnen de gegeven omstandigheden zou gesteld kunnen worden dat om deze reden geen *pressing social need* bestaat om de betreffende lichtere vormen van straatintimidatie, die nog niet elders strafbaar zijn gesteld, door middel van een nieuwe strafbepaling strafbaar te stellen.³⁰
43. Tevens dient bij aannahme van een *pressing social need* telkens aan de eis te zijn voldaan dat de beperking *'proportionate to the legitimate aim'* is. Dit betekent onder meer dat de noodzaak voor een beperking op artikel 10 EVRM in het licht van die *pressing social need* in het concrete geval overtuigend moet zijn vastgesteld.³¹ Deze eis van vaststelling in het concrete geval zal vermoedelijk betekenen dat bij iedere afzonderlijke overtreding alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen om te bezien of de toets van *necessary in a democratic society* kan worden doorstaan, hetgeen een uitgebreid feitenonderzoek en zwaardere belasting van het opsporingsapparaat met zich mee kan brengen dan blijkens de toelichting door de indiener wordt verwacht.
44. Artikel 10 lid 2 EVRM eist zoals eerder gezegd tevens dat iedere inbreuk op het recht van uitingsvrijheid voorzien is bij wet, wat onder meer inhoudt dat de regel toegankelijk en voorzienbaar moet zijn.
45. Het vereiste van toegankelijkheid houdt in dat de burger aan de hand van het nationale recht in staat moet zijn een voldoende en adequate indicatie te krijgen van de regels die in een gegeven geval van toepassing zijn.³² Het vereiste van voorzienbaarheid houdt in dat de nationale wetgeving met zodanige precisie omschreven moet zijn dat de justitiabele zijn

²⁶ Rapport seksuele straatintimidatie in Rotterdam, februari 2017, te raadplegen op: https://www.eur.nl/fileadmin/ASSETS/fsw/NEMO/2017/straatintimidatie_def2.pdf

²⁷ Rapport seksuele straatintimidatie in Rotterdam, februari 2017, p. 28 en 29.

²⁸ Rapport seksuele straatintimidatie in Rotterdam, februari 2017, p. 28.

²⁹ Hoewel het rapport de betreffende complimenten niet uitsplitst, en daarom niet gesteld kan worden dat dergelijke complimenten allen onder de nieuwe strafbaarstelling zouden komen te vallen, is in een van de door het rapport aangehaalde gevallen sprake van een opmerking inhoudende dat de respondent *'een lekker kontje'* zou hebben, welke opmerking door de respondent als vleiend werd ervaren. Een dergelijke opmerking zou zeer vermoedelijk wel strafbaar zijn onder de voorgestelde regelgeving.

³⁰ Omdat verdragsstaten overigens een *'margin of appreciation'* wordt toegekend bij het vaststellen van zo een *pressing social need*, en uit de toelichting van het wetsvoorstel blijkt dat Frankrijk en Portugal kennelijk gelijksoortige wetgeving hebben geïntroduceerd is het daarentegen zeker niet onmogelijk dat de *pressing social need* door het EHRM zal worden erkend.

³¹ *Informationsverein Lentia e.a. tegen Oostenrijk*, EHRM 14 november 1993, *Publ. Hof*, Serie A, Vol. 276, paragraaf 35.

³² P. van Dijk e.a. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, vierde druk, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2006, p. 336-337; Vande Lanotte en Haeck, a.w., p. 128-130.

gedrag erop kan afstemmen.³³ (Aan deze eisen van kenbaarheid kan ook voldaan zijn indien een onduidelijk omschreven regel inmiddels door vaste jurisprudentie voldoende precies is gemaakt.³⁴ Onder omstandigheden kan van justitiabelen tevens gevraagd worden dat zij ten aanzien van onduidelijke regelgeving navraag doen bij de verantwoordelijke overheidsinstanties dan wel professioneel juridisch advies inwinnen over de reikwijdte van de toepasselijke regels.³⁵)

46. Zoals eerder uiteengezet blinkt de voorgestelde regelgeving niet uit in duidelijkheid. De delictomschrijving combineert de niet nader toegelichte gedraging van *'zich op seksuele wijze uiten'*, met een evenmin nader gedefinieerde vereist subjectief gevolg (daardoor een persoon in een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie brengen). Bezwaarlijk kan daarom worden gesteld worden dat een dergelijke strafbaarstelling voldoet aan de eisen van kenbaarheid zoals vereist door artikel 10 lid 2 EVRM.
47. Als gevolg daarvan is goed mogelijk dat de Nederlandse rechter in diens beoordeling van een eventuele strafzaak over dit onderwerp, de voorgestelde strafbepaling in beginsel via de weg van artikel 94 Grondwet buiten beschouwing zal laten.

V. Voorgestelde strafbepaling is niet handhaafbaar

48. De indiener gaat er aan voorbij dat het voorgestelde verbod eigenlijk niet handhaafbaar is. In de MvT³⁶ geeft de indiener in dit kader aan *'dat de constatering door desbetreffende opsporingsambtenaar voldoende is'* en dat aangifte van het slachtoffer niet nodig is. Deze opmerkingen zien echter alleen op een heterdaad situatie. Hiervoor is al uiteengezet dat constatering van een opsporingsambtenaar niet voldoende zal zijn voor een bewezenverklaring (zie nr. 32). Daarnaast is het natuurlijk maar de vraag hoe vaak een opsporingsambtenaar de in het wetsvoorstel opgenomen uitingen op heterdaad zal constateren. Personen die andere personen op straat nasissen, nafluiten of intimideren plegen dat ook niet te doen als een opsporingsambtenaar in het zicht is.
49. Indien er geen sprake is van heterdaad zal er in de praktijk aangifte worden gedaan van overtreding van het voorgestelde artikel 429ter Sr. De vraag is hoe de politie de vermeende overtreders gaat opsporen (nog los van de beschikbare capaciteit) indien er alleen een aangifte is en wellicht (een) getuigenverklaring(en) en er geen filmmateriaal voorhanden is. Indien aangiftes niet in behandeling worden genomen vanwege capaciteitstekort of niet tot vervolging leiden omdat de identiteit van de overtreders niet kan worden achterhaald zal dat tot teleurstelling en frustratie leiden bij de aangevers.
50. Datzelfde geldt indien een wel ingestelde vervolging niet succesvol zal zijn omdat de voor bewezenverklaring vereiste opzet niet kan worden bewezen (zie nrs. 30 en 31) en de toets uit het EVRM van *necessary in a democratic society* niet wordt doorstaan (zie nr. 43).

³³ EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 (Sunday-Times).

³⁴ EHRM 20 november 1989, NJ 1991, 738 (Markt Intern).

³⁵ EHRM 28 Maart 1990, NJ 1991, 739 (Groppera Radio AG v. Switzerland) .

³⁶ MvT bij het wetsvoorstel, p 7.

51. In de financiële paragraaf³⁷ geeft de indiener aan dat hij verwacht dat de werkzaamheden voor de politie niet echt veel meer zullen worden omdat de meer ernstige gevallen nu (toch) al naar de politie stappen om aangifte te doen van bijvoorbeeld bedreiging of belediging. Die opmerking roept twee vragen op: (1) De indiener wil toch juist de lichtere varianten, die nu nergens onder zouden vallen, strafbaar stellen? Dat levert dan toch naar alle waarschijnlijkheid meer aangiften op en dus meer werkzaamheden voor de politie. (2) Indien de indiener geen extra aangiftes verwacht omdat van de meer ernstige gevallen (die al strafbaar zijn) nu toch al aangifte wordt gedaan dan is deze strafbepaling toch niet nodig? Dat roept dan wederom de vraag op wat de noodzaak is van de voorgestelde strafbepaling.
52. Uit het wetsvoorstel blijkt dat de indiener het voorstelbaar acht dat er lokagenten zullen worden ingezet.³⁸ De ACS acht het inzetten van lokagenten voor een overtreding in strijd met de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit, alsook een niet verantwoorde inzet van schaarse middelen van het opsporingsapparaat. Daarbij strookt het ook niet met de doelstelling van het wetsvoorstel, namelijk handhaving van de openbare orde. De indiener noemt de lokagent slechts terloops en gaat niet in op de feitelijke uitvoering daarvan maar het laat zich aanzien dat de inzet van lokagenten zeer dicht tegen uitlokking van het doen van seksuele opmerkingen en gebaren zal kunnen aanliggen.

VI. Conclusies

53. De adviescommissie strafrecht concludeert dat voor het onderhavige wetsvoorstel onvoldoende noodzaak bestaat, in strijd is met artikel 10 EVRM, dat de voorgestelde strafbepaling onvoldoende specifiek is, waardoor het voor de burger en de advocaat onmogelijk is vooraf vast te stellen wat strafbaar en wat niet strafbaar is, en dat het wetsvoorstel in de praktijk niet handhaafbaar zal zijn waardoor het door de indiener beoogde doel voorbij schiet en zal leiden tot frustratie en onbegrip bij aangevers. Geadviseerd wordt dan ook het wetsvoorstel in te trekken.

³⁷ MvT bij het wetsvoorstel, p. 7.

³⁸ MvT bij het wetsvoorstel, p. 7 de financiële paragraaf.