

ADVIES

inzake het voorontwerp van een
wetsvoorstel seksuele misdrijven

INHOUD

1. Inleiding.....	1
1.1. Vastleggen van nieuwe normen.....	1
1.2. Aansluiten bij internationale ontwikkelingen	1
1.3. Gelijke bescherming van vrouwen en mannen.....	2
1.4. Opbouw van dit advies	3
2. Strafbaarstelling van seks zonder toestemming.....	3
2.1. Nieuwe titel erkent inbreuk op lichamelijke integriteit	3
2.2. Het mensenrechtenkader.....	3
2.2.1. Welke gedragingen moeten strafbaar zijn	4
2.2.2. Afwezigheid van toestemming	5
2.2.3. Verschillende gradaties van seksuele handelingen tegen de wil	8
2.3. Tekortkomingen van het huidige artikel 242 Wetboek van Strafrecht.....	9
2.4. Het wetsvoorstel getoetst aan het Verdrag van Istanbul.....	10
2.4.1. Stelt het voorontwerp van het wetsvoorstel alle seksuele handelingen tegen de wil strafbaar?.....	10
2.4.2. Valt elke situatie waarin er geen toestemming is binnen de reikwijdte van het voorstel?12	
2.4.3. Is het aannemelijk dat bij opsporing en vervolging de focus op het gedrag van de dader ligt in plaats van op het gedrag van het slachtoffer?.....	13
2.4.4. Tussenconclusie	14
3. Strafbaarstelling van seksuele intimidatie in de openbare ruimte.....	16
3.1. Inleiding	16
3.2. Het mensenrechtenkader.....	17
3.2.1. Strafbaarstelling biedt (rechts)bescherming tegen seksuele intimidatie	17
3.2.2. Strafbaarstelling sluit onvoldoende aan bij verplichtingen van het mensenrechtenkader	18
3.2.3. Effectieve (rechts)bescherming.....	20
3.3. Verenigbaarheid van strafbaarstelling van seksuele intimidatie met mensenrechten	21
3.3.1. Beperking van de vrije meningsuiting.....	21
4. Effectieve rechtsbescherming: voorlichting, bewustwording en deskundigheidsbevordering noodzakelijk	25
5. Conclusies en aanbevelingen	26

1. Inleiding

Seksueel grensoverschrijdend gedrag is een ernstig en omvangrijk probleem in Nederland. De gevolgen van gedragingen zoals seksueel geweld en seksuele intimidatie kunnen ernstig en langdurig zijn. Deze vormen van geweld vormen een inbreuk op verschillende mensenrechten, in het bijzonder op het recht op bescherming van de geestelijke en lichamelijke integriteit. Het College voor de Rechten van de Mens heeft met belangstelling kennis genomen van het voorontwerp van het wetsvoorstel seksuele misdrijven¹ en onderzoekt vanuit zijn specifieke expertise in hoeverre het voorstel bijdraagt aan een betere bescherming van het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit van slachtoffers van seksueel geweld en andere vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag. Het gaat na of het voorstel voldoet aan de verplichtingen die voortvloeien uit het Verdrag van Istanbul, het VN Vrouwenverdrag en het Europees Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens. Het College zal daarnaast ingaan op andere relevante mensenrechten, zoals aspecten van de rechten van (potentiële) verdachten.

1.1. Vastleggen van nieuwe normen

Het College verwelkomt allereerst dat het voorontwerp de norm stelt dat grensoverschrijdend gedrag niet acceptabel is en, als een zekere grens is overschreden, strafwaardig is. De nieuwe strafrechtelijke normen laten de ervaringen van vrouwen nu beter tot uitdrukking komen in de strafbaarstelling van seksuele misdrijven. Dat is op zichzelf al een stap vooruit. Vanzelfsprekend is het vastleggen van normen in het Wetboek van Strafrecht nog niet voldoende om seksuele handelingen tegen de wil uit te bannen. Daarvoor is een cultuuromslag nodig. Dat vereist een stevige inzet met voorlichting en bewustwording, die erop is gericht alle lagen van de samenleving bewust te maken van het belang van gendergelijkheid en het fundamentele recht van vrouwen op de bescherming van hun lichamelijke en geestelijke integriteit en seksuele autonomie. Het College gaat daar in paragraaf 4 van zijn advies kort op in.

1.2. Aansluiten bij internationale ontwikkelingen

Met dit voorontwerp sluit de minister aan bij internationale ontwikkelingen. Sinds het begin van de jaren '90 staat het probleem van geweld tegen vrouwen hoog op de agenda van internationale en regionale organisaties. Met name het Comité inzake de uitbanning van discriminatie van vrouwen (CEDAW) en de Speciale Rapporteur inzake geweld tegen vrouwen hebben een belangrijke rol gespeeld in het invullen van het begrip geweld tegen vrouwen en de rol die gender daarbij speelt. Voor Europa is de totstandkoming van het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (Verdrag van Istanbul) een mijlpaal. Voor Nederland is dit verdrag op 1 maart 2016 in werking getreden. Ook is de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) relevant. In zijn arresten laat het EHRM zien welke positieve verplichtingen staten hebben om het recht op vrijwaring van marteling en

¹ Kamerstukken II, 2019-2020, 29 279, nr. 592 (brief van de minister aan de Tweede Kamer). De tekst van het voorontwerp van het wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting zijn beschikbaar via <https://www.internetconsultatie.nl/wetseksuelemisdrijven>

andere onmenselijke of vernederende behandeling te garanderen, en ook om het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit, als onderdeel van het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, te beschermen. Door de jurisprudentie van het EHRM zijn deze positieve verplichtingen steeds verder verfijnd en aangescherpt. Een belangrijke ontwikkeling daarin is ook de expliciete erkenning van de seksuele autonomie als onderdeel van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.² De meest concrete verplichtingen zijn vastgelegd in het Verdrag van Istanbul, dat staten verplicht een aantal vormen van geweld tegen vrouwen strafbaar te stellen.

1.3. Gelijke bescherming van vrouwen en mannen

Iedereen is gelijk voor de wet en heeft recht op gelijke bescherming door de wet. Dat is een fundamenteel mensenrecht. Het is daarom vanzelfsprekend dat strafbepalingen neutraal zijn geformuleerd en geen onderscheid maken tussen vrouwen en mannen. Dat is echter niet voldoende om daadwerkelijk gelijke bescherming te bereiken. Het is een feit dat seksueel geweld en andere vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag voornamelijk, maar niet uitsluitend, vrouwen en meisjes treft. Ook heteromannen en LHBTI-personen kunnen slachtoffer zijn van seksuele interactie tegen de wil. Ook dan speelt gender vaak een rol: deze vormen van geweld treffen vaak mensen die niet voldoen aan de stereotiepe opvattingen over mannelijkheid en vrouwelijkheid. En hoewel het overgrote deel van de plegers van seksueel geweld man is, kunnen ook vrouwen daders zijn. De wet moet daarmee rekening houden. Als de wet zodanig is geformuleerd dat met - bijvoorbeeld - ongelijke machtsverhoudingen tussen vrouwen en mannen geen rekening wordt gehouden, is het mogelijk dat de wet in de praktijk geen gelijke bescherming biedt aan iedereen. Het EHRM zette in het standaardarrest over de wettelijke bescherming tegen verkrachting *M.C. t. Bulgarije* uiteen dat er steeds meer begrip is ontstaan voor de manier waarop slachtoffers reageren op verkrachting. Om psychologische redenen of uit angst voor meer geweld door de dader verzetten niet alle slachtoffers zich fysiek. Het Hof constateert verder dat samenlevingen zich ontwikkelen in de richting van effectieve gelijkheid en respect voor de seksuele autonomie.³ In een aantal recente arresten over huiselijk geweld tegen vrouwen heeft het EHRM het belang van gendergelijkheid onderstreept. Het heeft geconstateerd dat het bevorderen van gendergelijkheid een van de belangrijkste doelen van de Lidstaten van de Raad van Europa is, en dat gendergelijkheid alleen kan worden bereikt door een gendersensitieve uitleg en toepassing van het EVRM.⁴ Waar relevant, zal het College in zijn advies over de wetsvoorstellen dan ook onderzoeken of de voorgestelde wijzigingen, in het licht van de toelichting daarop, in

² EHRM, 4 december 2003, *M.C. t. Bulgarije*, Appl. No. 39272/98, par. 165, waarbij het Hof steun vindt in de jurisprudentie van het Joegoslavië Tribunaal. Volgens de Trial Chamber: 'Sexual autonomy is violated wherever the person subjected to the act has not freely agreed to it or is otherwise not a voluntary participant.'

³ EHRM, 4 december 2003, *M.C. t. Bulgarije*, *supra* noot 2, par. 164-165.

⁴ EHRM, 9 juli 2019, *Volodina t. Rusland*, Appl. No. 41261/17, par. 111.

overeenstemming is met de jurisprudentie van het EHRM en gelijkelijk effectieve bescherming bieden aan iedereen.⁵

1.4. Opbouw van dit advies

Het College gaat in zijn advies in op de manier waarop seks zonder toestemming strafbaar wordt gesteld: namelijk door een nieuw delict in de wet op te nemen dat seksuele interactie tegen de wil strafbaar stelt naast aanranding en verkrachting. Het tweede onderdeel waar het College over adviseert is de voorgestelde strafbaarstelling van seksuele intimidatie in de openbare ruimte, inclusief de online omgeving. Vervolgens gaat het College kort in op de noodzaak activiteiten te ontplooiën om de gewenste maatschappelijke normverandering te bereiken.

2. Strafbaarstelling van seks zonder toestemming

2.1. Nieuwe titel erkent inbreuk op lichamelijke integriteit

Dat de nieuwe titel in het Wetboek van Strafrecht ‘Seksuele misdrijven’ zal luiden in plaats van ‘Misdrijven tegen de zeden’ is meer dan een redactionele aanpassing. In de nieuwe benaming ligt besloten dat sprake is van een inbreuk op de fundamentele rechten van een persoon. CEDAW heeft staten opgeroepen te garanderen dat staten seksueel geweld, waaronder verkrachting, erkennen als een misdrijf tegen het recht op veiligheid van persoon en de lichamelijke, seksuele en psychologische integriteit.⁶ De nieuwe titel straalt bovendien uit dat de vermeende ‘zedelijkheid’ van het slachtoffer geen rol mag spelen bij de beoordeling of een gedraging strafwaardig is of niet.

2.2. Het mensenrechtenkader

Europese en internationale normen verplichten staten tot het strafbaar stellen van seksueel geweld. Artikel 36 van het Verdrag van Istanbul is het meest concreet en zet uiteen welke gedragingen verdragsstaten strafbaar moeten stellen. Artikel 3 EVRM garandeert het recht op vrijwaring van marteling en andere onmenselijke of vernederende behandeling. Daarnaast heeft het EHRM geoordeeld dat het recht op bescherming van de geestelijke en lichamelijke integriteit onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM valt, dat het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer garandeert. Beide bepalingen brengen positieve verplichtingen mee voor staten. Effectieve bescherming van deze rechten vraagt, onder meer, om strafbaarstelling van ernstige inbreuken op de geestelijke en lichamelijke integriteit, zoals verkrachting.⁷ Het CEDAW Comité heeft in Algemene aanbeveling 35, over geweld tegen vrouwen, uiteengezet welke verplichtingen op staten rusten om geweld tegen vrouwen, waaronder seksueel geweld, te voorkomen en te bestrijden.

⁵ CEDAW, 14 juli 2017, *General recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19*, CEDAW/C/GR/35, par. 26 (a).

⁶ CEDAW, *General recommendation No. 35*, *supra* noot 5, par. 33.

⁷ EHRM, *M.C. t. Bulgarije*, *supra* noot 2, par. 150.

2.2.1. Welke gedragingen moeten strafbaar zijn

Artikel 36 Verdrag van Istanbul 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.

Het Verklarende rapport licht toe dat het eerste lid ziet op de strafbaarstelling van elke vorm van vaginale, anale of orale penetratie van seksuele aard, waarvoor geen toestemming is verleend. Artikel 36, eerste lid, sub b, verplicht tot de strafbaarstelling van seksuele handelingen zonder penetratie. Sub c verplicht tot de strafbaarstelling van het verrichten of laten ondergaan van seksuele handelingen met een ander.⁸ Bij de uitleg van de precieze betekenis van de verschillende elementen moeten staten de jurisprudentie van het EHRM in acht nemen. In het eerdergenoemde arrest *M.C. t. Bulgarije* oordeelt het Hof dat staten weliswaar beleidsvrijheid hebben bij het bepalen van de manier waarop zij bescherming bieden tegen verkrachting, maar dat deze vrijheid is begrensd door het EVRM. Het wijst daarbij op de ontwikkelingen die zich in de Lidstaten van de Raad van Europa hebben voorgedaan. De eis dat een slachtoffer zich lichamelijk moet hebben verzet verdwijnt in steeds meer landen uit de wet. Ook al staat in veel landen het uitoefenen van dwang of geweld nog in de strafwet, ziet het Hof dat nationale rechters de afwezigheid van toestemming beschouwen als bestanddeel van het verkrachtingsdelict. Het Hof komt tot de conclusie dat een te starre benadering van de vervolging van seksuele misdrijven, zoals het eisen van bewijs van lichamelijk verzet, het risico meebrengt dat sommige vormen van verkrachting niet strafbaar zijn en daarmee de effectieve bescherming van de seksuele autonomie in gevaar brengen. Artikel 3 en 8 EVRM verplichten tot de

⁸ Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, par. 190.

strafbaarstelling van alle seksuele handelingen tegen de wil, ook als er geen lichamelijk verzet was, aldus het Hof.⁹

Het Verklarend rapport bij het Verdrag van Istanbul benadrukt dat per geval moet worden beoordeeld of het slachtoffer vrijelijk toestemming voor de seksuele handeling heeft gegeven. Die beoordeling moet erkennen dat slachtoffers op veel verschillende manieren kunnen reageren op seksueel geweld en verkrachting. Er moet niet worden uitgegaan van ‘typisch gedrag’. Ook mogen de uitleg van de bepaling waarin verkrachting strafbaar is gesteld en de vervolging van verkrachtingszaken niet worden beïnvloed door genderstereotypen en mythes over mannelijke en vrouwelijke seksualiteit.¹⁰ Het is aan de verdragsstaten om de strafbepalingen te formuleren en te bepalen welke factoren verhinderen dat toestemming vrijelijk wordt gegeven. Het Verdrag beperkt die ruimte in die zin dat de in artikel 36 genoemde gedragingen strafbaar moeten zijn.¹¹ Voor wat betreft de strafmaat, verplicht het Verdrag in artikel 45, eerste lid, tot straffen die doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn, rekening houdend met de ernst van de feiten.

CEDAW heeft in zijn algemene aanbeveling over geweld tegen vrouwen gesteld dat staten moeten garanderen dat de definitie van seksuele misdrijven is gebaseerd op de afwezigheid van vrijelijk gegeven toestemming en rekening houdt met dwingende omstandigheden (*coercive circumstances*).¹²

Het Verdrag van Istanbul is op 1 augustus 2014 in werking getreden. GREVIO heeft tot nu toe (augustus 2020) 13 rapporten gepubliceerd waarin het de wetgeving en praktijk in verdragsstaten, waaronder Nederland, evalueert.¹³ Het heeft daarbij steeds onderzocht of de wetgeving waarin seks tegen de wil strafbaar wordt gesteld in overeenstemming met het Verdrag is. Hieronder volgt een korte uiteenzetting van de bevindingen van GREVIO, met aandacht voor zowel de kritiekpunten als de positieve aspecten. Dit leidt tot een drietal criteria waaraan het wetsvoorstel wordt getoetst.

2.2.2. Afwezigheid van toestemming

Uit de verschillende evaluatierapporten blijkt dat er nog veel Europese landen zijn waar de wetgeving verbetering behoeft. Een analyse van de verschillende evaluaties van de wetgeving over verkrachting en andere vormen van seksueel geweld laat zien hoe belangrijk het is dat de delictsomschrijving uitdrukt dat seksuele handelingen zonder toestemming strafbaar zijn. De wet moet er daarbij in voorzien dat alle gevallen waarin daar geen sprake van is binnen de delictsomschrijving vallen. Het is volgens GREVIO dan ook problematisch als de delictsomschrijving de omstandigheden waaronder er geen toestemming kan zijn voor een seksuele handeling beperkt. Dat is bijvoorbeeld het geval in Denemarken. De strafwet bepaalt dat sprake is van verkrachting als er onder meer dwang

⁹ EHRM, *M.C. t. Bulgarije*, *supra* noot 3, par. 154-166.

¹⁰ Explanatory report, *supra* noot 8, par. 192.

¹¹ Explanatory report, *supra* noot 8, par. 193.

¹² CEDAW, General recommendation No. 35, *supra* noot 6, par. 33.

¹³ De rapporten zijn beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/country-monitoring-work>

en (bedreiging met) geweld en de onmachtigheid van het slachtoffer aanwezig zijn. Denemarken wordt dan ook dringend aangemoedigd om de wetgeving over seksueel geweld te herzien en de strafbepalingen te baseren op het begrip van vrijwillig gegeven toestemming, zoals vereist door artikel 36 van het Verdrag van Istanbul. Dat geeft de rechter de mogelijkheid onderzoek te doen naar de vrije wil van de vrouw en de mogelijkheid van de dader daarvan kennis te nemen, rekening houdend met de omstandigheden van het geval.¹⁴

Dat de rechter het ontbreken van toestemming centraal stelt, ook al is de definitie van aanranding en verkrachting gebaseerd op het gebruik van geweld, dwang, bedreiging of verrassing, is onvoldoende. Dat blijkt uit de evaluatie van Frankrijk. GREVIO constateert dat de jurisprudentie laat zien dat iedereen het recht heeft seksuele gemeenschap te weigeren; de Franse rechter plaatst het ontbreken van toestemming wel centraal bij de interpretatie van de misdrijven aanranding en verkrachting. De rechter onderzoekt of toestemming ontbreekt in het licht van het gedrag van de dader, dus of er sprake was van geweld, dwang, bedreiging of verrassing. GREVIO ziet echter dat de Franse rechter situaties van geweld, dwang, bedreiging en verrassing op verschillende wijzen kan interpreteren. Bovendien bestrijken de genoemde bestanddelen van het delict niet de situaties van alle niet-toestemmende slachtoffers. Dat geldt vooral als sprake is van shock. Dat wordt verholpen als er een definitie is waarin de afwezigheid van toestemming centraal staat; dan komt ook de wil van het slachtoffer centraal te staan.¹⁵

Ook in Finland is de wetgeving niet in overeenstemming met het Verdrag van Istanbul. De Finse wetgeving categoriseert verkrachting op basis van de ernst van het geweld of de bedreiging van de kant van de dader, of het bewijs dat het slachtoffer bang of hulpeloos was en zich niet kon verdedigen of haar wil niet kenbaar kon maken. GREVIO benadrukt dat deze benadering onvoldoende recht doet aan de realiteit van vrouwen die seksueel geweld meemaken en de verschillende manieren waarop zij kunnen reageren op bedreigingen, zoals vechten, vluchten, bevriezen of zich vriendelijk opstellen (*befriend*). Dat heeft tot gevolg dat niet alle vormen van seksueel geweld strafbaar zijn in Finland, zoals het Verdrag vereist. Het betekent ook dat er een hogere drempel is voor bewijs van verzet en dat de focus ligt op het gedrag van het slachtoffer in plaats van op het gedrag van de verdachte. Een handeling die plaatsvindt zonder toestemming van het slachtoffer moet strafbaar zijn. Of dit nu gebeurt door iemand die geweld gebruikt of zijn machtspositie over het slachtoffer misbruikt.

Interessant is hier de opmerking van GREVIO dat ervoor gewaakt moet worden dat er een hiërarchie van slachtoffers ontstaat op basis van hun kenmerken zoals jonge leeftijd, hulpeloosheid, afhankelijkheid, ziekte of andere omstandigheden. GREVIO benadrukt dat de wetgeving moet uitstralen dat verkrachting verkrachting is. Als de omstandigheden waaronder deze plaatsvindt bijzonder gewelddadig of traumatiserend zijn, zijn dat verzwarende omstandigheden die moeten leiden tot een straf die in overeenstemming is met de ernst van het feit. GREVIO roept Finland op om de wetgeving zodanig aan te passen

¹⁴ GREVIO, 24 november 2017, *Baseline Evaluation Report Denmark*, par. 174-177.

¹⁵ GREVIO, 19 november 2019, *Baseline Evaluation Report France*, par. 190-192.

dat deze het begrip omvat van vrijelijk gegeven toestemming en dat er passende straffen staan op alle seksuele handelingen zonder toestemming van het slachtoffer, waaronder omstandigheden waaronder geen geldige toestemming kan worden verkregen.¹⁶

In het evaluatierapport over Oostenrijk gaat GREVIO in op het verschil tussen seksuele handelingen tegen de wil (Oostenrijkse wet) en seksuele handelingen zonder toestemming (artikel 36 Verdrag). Het zegt dat dit een klein verschil is. Dit kan betekenen dat vervolging niet mogelijk is als het slachtoffer passief is, maar geen toestemming geeft. Naar Oostenrijks recht moet het slachtoffer verbaal of anderszins duidelijk maken dat zij niet wil.¹⁷ Oostenrijk krijgt op dit aspect geen aanbevelingen mee.

Zweden krijgt complimenten van GREVIO omdat het verkrachtingsdelict expliciet is gebaseerd op toestemming: elke seksuele handeling die niet vrijwillig is, is een misdaad. Het is aan de ‘dader’ om zich ervan te verzekeren dat de handeling vrijwillig plaatsvindt. Als hij dat niet doet, kan hij strafrechtelijk aansprakelijk zijn voor het misdrijf ‘onachtzame verkrachting’ (*negligent rape*). Deze verschuiving in verantwoordelijkheid wordt door GREVIO toegejuicht.¹⁸ Deelname aan een seksuele handeling moet vrijwillig zijn en dat moet waarneembaar zijn. Passiviteit is geen teken van toestemming.¹⁹ GREVIO merkt op dat deze verschuiving nodig is om de jurisprudentie waarin maar al te vaak de focus ligt op het gedrag van het slachtoffer, waaronder haar uiterlijk en gedrag voor, tijdens en na de handeling. Het wijst erop dat dit dus ook vraagt om meer bewustwording en training van de rechterlijke macht.²⁰

Toen GREVIO de implementatie van het Verdrag van Istanbul door Nederland onderzocht (maart 2019), was het voorontwerp van het wetsvoorstel seksuele misdrijven nog niet gereed. GREVIO heeft de voorgenomen wijzigingen besproken in een besloten zitting met vertegenwoordigers van Nederland. GREVIO verwelkomt dat het er naar uitzag dat de nieuwe strafbepalingen zouden worden gebaseerd op handelingen tegen de wil van het slachtoffer, en ook situaties omvat waarin de dader niet weet maar had moeten weten dat de wil er niet was. GREVIO merkt op dat er onder omstandigheden een onderzoeksplicht kan rusten op degene die het seksuele contact initieert. Op deze basis ziet GREVIO ‘strong compliance’ met artikel 36 van het Verdrag van Istanbul. GREVIO merkt op dat deze verschuiving in perspectief eraan zal bijdragen dat de rechter zal afstappen van de focus op het gedrag van het slachtoffer, waaronder haar kleding en gedrag voor, tijdens en na de seksuele handeling. GREVIO moedigt Nederland aan vaart te maken met de herziening van het wetboek van strafrecht en te verzekeren dat de bepalingen over seksuele misdrijven zijn gebaseerd op het begrip van de afwezigheid van vrijelijk gegeven toestemming en dat er passende straffen komen te staan op alle seksuele handelingen die hebben plaatsgevonden zonder toestemming van het slachtoffer.²¹

¹⁶ GREVIO, 2 september 2019, *Baseline Evaluation Report Finland*, par. 165-169.

¹⁷ GREVIO, 27 september 2017, *Baseline Evaluation Report Austria*, par. 140-141.

¹⁸ GREVIO, 21 januari 2019, *Baseline Evaluation Report Sweden*, executive summary.

¹⁹ Idem, par. 181.

²⁰ Idem, par. 183.

²¹ GREVIO, 20 januari 2020, *Baseline Evaluation Report Netherlands*, par. 220-226.

Bovenstaande analyse leidt tot de volgende conclusies:

- ⇒ Een delictsomschrijving die beperkt is in de omschrijving van situaties waarin ‘geen toestemming’ is, is niet in overeenstemming met het Verdrag van Istanbul.
- ⇒ De rechter moet rekening kunnen houden met alle omstandigheden waaronder toestemming kan ontbreken, omdat de reacties van slachtoffers sterk kunnen verschillen.
- ⇒ Afwezigheid van toestemming moet centraal staan in de delictsomschrijving, en als zodanig in de wet zijn opgenomen.
- ⇒ De delictsomschrijving moet verzekeren dat er een oordeel komt over het gedrag van de dader, niet over het gedrag van het slachtoffer, en ook niet de toestand / kenmerken van het slachtoffer.
- ⇒ Het is positief als de ‘dader’ moet laten zien dat hij zich ervan verzekerd heeft dat er toestemming was voor de seksuele handeling.

2.2.3. Verschillende gradaties van seksuele handelingen tegen de wil

Het Oostenrijkse wetboek van strafrecht kent een delict verkrachting, waarbij dwang, vrijheidsberoving, of bedreiging van lijf of leden onderdeel uitmaken van de delictsomschrijving. Daarnaast bestaat er sinds 2016 een delict dat aantasting van de seksuele integriteit strafbaar stelt. Dit omvat seksuele gemeenschap of daaraan gelijkwaardig gedrag tegen de wil onder dwingende omstandigheden (*coercive circumstances*) of na intimidatie. GREVIO ziet hierin een belangrijke stap in het ter verantwoording roepen van verkrachters,²² ondanks dat zij niet hun toevlucht hebben hoeven nemen tot geweld of bedreiging om hun slachtoffer te onderwerpen. GREVIO merkt op dat de waarde van deze bepaling zal moeten blijken uit een strenge toepassing daarvan door het vervolgingsapparaat en de rechter. GREVIO constateert dat deze bepaling alleen ziet op situaties waarin een zekere drempel is overschreden, namelijk penetratie of gelijkwaardige handelingen, en niet op minder ernstige seksuele handelingen; deze vallen onder andere delicten.²³ Oostenrijk krijgt geen aanbeveling mee op dit punt.

In Montenegro bestaat, naast een delict waarin seksuele handelingen met dwang strafbaar zijn, een delict waardoor het strafbaar is seksuele gemeenschap of een seksuele handeling van gelijkwaardige aard zonder toestemming te hebben. GREVIO verwelkomt dat daders die om welke reden dan ook geen toevlucht hebben hoeven nemen tot geweld of bedreiging om hun slachtoffer te onderwerpen strafbaar zijn. Hiervoor kan 1 - 10 jaar straf worden opgelegd, wat weinig minder is dan voor verkrachting en andere seksuele handelingen met dwang, waar 2 - 10 jaar voor kan worden opgelegd. GREVIO merkt op dat de waarde van deze bepaling zal moeten blijken uit een strenge toepassing door het vervolgingsapparaat en de rechter. GREVIO constateert dat deze bepaling alleen ziet op situaties waarin een zekere drempel is overschreden, te weten penetratie of gelijkwaardig

²² GREVIO spreekt van ‘perpetrators of rape’.

²³ GREVIO, 27 september 2017, *Baseline Evaluation Report Austria*, par. 140-141.

gedrag, en niet op minder ernstige seksuele handelingen; deze vallen onder andere delicten.²⁴

Bovenstaande analyse leidt tot de volgende conclusies:

- ⇒ Als verschillende delicten tezamen alle seksuele handelingen tegen de wil strafbaar stellen is dat niet per se in strijd met het Verdrag van Istanbul.
- ⇒ De overheid moet er dan wel voor zorgen dat het opsporingsapparaat en de rechter die bepalingen strikt toepassen.

2.3. Tekortkomingen van het huidige artikel 242 Wetboek van Strafrecht

Duidelijk is, dat het huidige artikel 242 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) niet aan de internationale standaarden voldoet.²⁵ De belangrijkste tekortkoming is dat niet alle opzettelijke seksuele handelingen waarbij geen sprake is van wederzijds goedvinden strafbaar zijn gesteld, nu artikel 242 Sr vereist dat dwang wordt bewezen. Daarvan is alleen sprake als de seksuele interactie onvrijwillig én onvermijdbaar was. Dat dit niet voldoet aan de verplichtingen die artikel 36 van het Verdrag van Istanbul aan staten oplegt, is inmiddels breed geaccepteerd.²⁶ De kloof tussen een handeling zonder wederzijds goedvinden en een gedwongen handeling is in het bijzonder nadelig voor slachtoffers in een kwetsbare situatie, bijvoorbeeld als gevolg van een ongelijke machtsverhouding. Deze bepaling biedt daarom onvoldoende bescherming aan het slachtoffer.²⁷

De verantwoordelijkheid om tijdens de interactie duidelijk te maken dat er geen toestemming is voor een seksuele handeling, ligt nu hoofdzakelijk bij het slachtoffer. De invulling van het begrip dwang veronderstelt daarmee een zekere gelijkwaardigheid tussen degenen die seks hebben. Dat is onrealistisch, en staat op gespannen voet met het uitgangspunt van effectieve gelijkheid, zoals geformuleerd door het EHRM.²⁸ De huidige

²⁴ GREVIO, 25 oktober 2018, *Baseline Evaluation Report Montenegro*, par. 179.

²⁵ Zie ook het eerdere advies van het College voor de Rechten van de Mens, *Rapportage aan de Groep van deskundigen inzake actie tegen geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld*, Utrecht: november 2018, p. 22-23.

²⁶ Lindenberg, de opsteller van het WODC-rapport over de herziening van de zedentitel was er aanvankelijk van overtuigd dat deze bepaling niet in strijd was met artikel 36 van het Verdrag van Istanbul. K. Lindenberg, 'Structuren en bijzonderheden in de zedenwetgeving', in: K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten? Een analyse van Titel XIV, Tweede Boek, Wetboek van Strafrecht met het oog op samenhang, complexiteit en normstelling*, WODC 2015, p. 227-228. Op dat gezichtspunt is hij sindsdien van inzicht veranderd: het is 'moeilijk vol te houden dat een dwangmodel, zoals bij ons gelegen in de beperkte strekking van art. 242 en 246 Sr, in overeenstemming is met het verdrag.' K. Lindenberg, 'Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een 'Nein heißt Nein'?', in: E. Gritter (red.), *Modern Strafrecht - Bijdragen aan de Landelijke Strafrechtdag 2017 (Groningen)*, Deventer: Kluwer 2019, p. 25.

²⁷ Zie hierover ook Renée Kool, 'Verantwoorde seks. Een oriëntatie op de strafbaarstelling van verkrachting', in A.A. Franken, M. de Langen & M. Moerings (red.), *Constante waarden, liber amicorum Constantijn Kelk*, Den Haag: Boom, 2008, p. 223-232.

²⁸ Kool noemt de huidige formulering dan ook 'gendered': Kool, *supra* noot 27, p. 227.

strafbepaling biedt daarom onvolledige bescherming tegen seksuele handelingen ‘zonder wederzijds goedvinden’, zoals vereist door artikel 36 van het Verdrag van Istanbul. De minister onderkent dit probleem en stelt daarom de invoering van een geheel nieuw delict voor, naast het delict verkrachting. Dat dit voorontwerp van een wetsvoorstel er nu ligt, met expliciete verwijzingen naar de relevante internationale mensenrechtennormen, is dan ook een belangrijke positieve mijlpaal.

2.4. Het wetsvoorstel getoetst aan het Verdrag van Istanbul

Kort samengevat stelt artikel 239 seksuele interactie zonder en met binnendringen strafbaar in een schuldvariant en een opzetvariant. Artikel 240 stelt seksuele handelingen met dwang strafbaar en artikel 241 seksuele handelingen met dwang waarbij sprake is van binnendringen. Op basis van bovenstaande analyse van de uitleg door GREVIO van artikel 36 van het Verdrag van Istanbul, de jurisprudentie van het EHRM en de algemene aanbeveling van het CEDAW, beantwoordt het College een drietal vragen. Omdat deze vragen nauw met elkaar samenhangen, volgt een conclusie aan het slot van deze paragraaf.

1. Stelt het voorontwerp van het wetsvoorstel alle seksuele handelingen tegen de wil strafbaar?
2. Valt elke situatie waarin er geen toestemming is binnen de reikwijdte van het voorstel?
3. Is het aannemelijk dat bij opsporing en vervolging de focus op het gedrag van de dader ligt in plaats van op het gedrag van het slachtoffer?

2.4.1. Stelt het voorontwerp van het wetsvoorstel alle seksuele handelingen tegen de wil strafbaar?

Delictsomschrijving van verkrachting omvat nu dwang te penetreren

Artikel 241 Sr bevat belangrijke wijzigingen ten opzichte van het huidige artikel 242 Sr.²⁹ Een toevoeging aan artikel 241 [242] Sr is dat nu ook degene die iemand dwingt tot seksueel binnendringen een strafbaar feit pleegt. Dat is gendersensitief: het erkent dat mannen die tot penetreren worden gedwongen slachtoffer zijn van seksuele handelingen tegen de wil. De huidige tekst veronderstelt dat dit mannen niet kan overkomen vanuit het stereotiepe denkbeeld dat de man fysiek sterker is dan de vrouw en bovendien altijd wel seks wil. De wijziging betekent bovendien dat online afgedwongen penetratie als verkrachting kan worden gekwalificeerd.³⁰ Dit is een zeer welkome uitbreiding.

Titel boven het nieuwe delict: ‘seksuele interactie’ is onvoldoende duidelijk

Om zeker te zijn dat alle seksuele handelingen zonder toestemming strafbaar zijn, is duidelijkheid nodig. De titel boven artikel 239 luidt ‘seksuele interactie tegen de wil’. De delictsomschrijving hanteert de term ‘seksuele handelingen’. Deze term wordt in de

²⁹ Hieronder hanteert het College bij verwijzingen naar wetsbepalingen de schrijfwijze die de minister hanteert in de Memorie van Toelichting. Artikel 241 [242] Sr verwijst naar artikel 241 in het voorontwerp van het wetsvoorstel, dat een gewijzigde versie is van het huidige artikel 242 Sr.

³⁰ Memorie van Toelichting, p. 9.

Memorie van Toelichting uitgelegd (p. 31). Het WODC-rapport laat zien dat de uitleg van de term (seksuele) interactie in de jurisprudentie bepaald niet eenvoudig is.³¹ De vraag is dan ook, of die term moet worden gebruikt als titel van het delict. Een bijkomend praktisch punt is dat artikel 239 niet benoemt welk strafbaar feit degene die handelingen verricht in strijd met deze bepaling pleegt. Dit is anders bij artikel 240 [246], waar iemand schuldig is aan aanranding en artikel 241 [242], dat omschrijft wanneer iemand schuldig is aan verkrachting.

Structuur van de delicten zorgt voor onduidelijkheid

De minister verwacht dat het met de introductie van de nieuwe delicten makkelijker zal zijn voor slachtoffers om aangifte te doen.³² Ook is de aanname dat opsporing en vervolging eenvoudiger worden, omdat de nieuwe delicten makkelijker te bewijzen zijn. Dat leidt tot effectieve en efficiënte afdoening van zaken, aldus de Memorie van Toelichting.³³ Deze uitspraken zijn begrijpelijk in het licht van de kritiek dat verkrachting volgens de huidige delictomschrijving moeilijk te bewijzen is. Al te vaak volgt vrijspraak in zaken waar duidelijk sprake was van seks tegen de wil van het slachtoffer, maar waar geen bewijs was voor 'dwang'. De term 'dwang' zal in artikel 241 [242] blijven staan, zodat het onverminderd moeilijk zal zijn te vervolgen en te veroordelen voor verkrachting. De vraag die daarom vervolgens moet worden beantwoord, is of de nieuwe delicten voldoende zijn, in die zin dat ze het hele scala aan seksuele handelingen tegen de wil bestrijken.

In het wetsvoorstel zijn seksuele handelingen waarbij (mede) sprake is van het seksueel binnendringen van het lichaam als de ernstigste vormen van seksuele handelingen tegen de wil opgenomen. Er is bij de verschillende misdrijven in deze titel steeds voor gekozen een basisdelict te formuleren, waarbij het seksueel binnendringen leidt tot een zwaardere straf.³⁴ Alleen verkrachting is als zelfstandig misdrijf geformuleerd. Met andere woorden, waar artikel 239 een basisdelict bevat, dat seksuele handelingen tegen de wil strafbaar stelt met binnendringen als strafverzwarend element, is die structuur niet consequent doorgevoerd. Er zijn twee aparte delicten geformuleerd in de artikelen 240 [246] en 241 [242] voor aanranding, respectievelijk verkrachting. Daar komt nog bovenop dat een cruciaal verschil tussen artikel 239 enerzijds en de artikelen 240 [246] en 241 [242] anderzijds is, of er wel of niet sprake is van dwang. De structuur die op andere plaatsen in het wetsvoorstel is aangebracht schept duidelijkheid. De afwijking van de gekozen structuur bij seksuele interactie tegen de wil is in de Memorie van Toelichting niet gemotiveerd.

Het is de bedoeling van de wetgever de strafrechtelijke bescherming tegen ongewilde seksuele handelingen te verruimen en deze in overeenstemming te brengen met internationale normen. Ook wil de wetgever een duidelijker strafrechtelijke normstelling

³¹ Lindenberg, *supra* noot 25, par. 2.3.5.3.

³² Memorie van Toelichting, p. 7.

³³ Memorie van Toelichting, p. 32.

³⁴ Zie bijvoorbeeld artikel 245. Dit is een basisdelict seksuele interactie met kinderen. Er zijn verschillende strafverzwarende omstandigheden geformuleerd, zoals misleiding en dwang. Een andere strafverzwarende omstandigheid in dezelfde bepaling is seksueel binnendringen.

bereiken. Dat zou beter tot uitdrukking komen als er één basisdelict zou zijn, dat seksuele handelingen tegen de wil strafbaar stelt, en waarbij vervolgens in aparte onderdelen wordt bepaald dat zowel opzet en dwang als binnendringen strafverzwaringen opleveren. Daarmee komen dan ook de (geringe) tekstuele verschillen tussen artikel 239 en 240 [246] en 241 [242] te vervallen. Het formuleren van een basisdelict met strafverzwarende omstandigheden schept helderheid. Duidelijkheid in de normstelling is een argument dat in deze een rol zou moeten spelen, nu voorlichting en bewustwording noodzakelijk zijn om de nieuwe strafrechtelijke normen bekend te maken bij het brede publiek. Een duidelijke norm draagt bij aan betere rechtsbescherming tegen seksuele handelingen tegen de wil.

2.4.2. Valt elke situatie waarin er geen toestemming is binnen de reikwijdte van het voorstel?

GREVIO is kritisch op staten waar de formulering van de strafbepalingen de afwezigheid van toestemming op zodanige wijze omschrijft dat er geen rekening kan worden gehouden met alle omstandigheden. Artikel 239 bevat dergelijke beperkingen niet.

Het College onderschrijft de keuze om naast een opzetvariant een schuldvariant op te nemen in artikel 239. Hiermee maakt het wetsvoorstel duidelijk dat er een belangrijke verantwoordelijkheid rust op degene die de seksuele handelingen initieert, of voortzet, om na te gaan of de toestemming bij de ander bestaat en blijft bestaan. Als hij wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat er geen toestemming (meer) was, ontstaat strafrechtelijke aansprakelijkheid. Dat dicht een groot gat in de huidige bescherming tegen seksuele handelingen zonder toestemming waarbij dwang niet kan worden bewezen.

Het College constateert echter dat verschillende gedragingen die onder het nieuwe delict 'seksuele interactie tegen de wil' zullen vallen zo ernstig zijn, dat dit niet goed lijkt aan te sluiten bij de huidige maatschappelijke opvattingen over wat verkrachting inhoudt.³⁵ Bij de motivatie voor de invoering van de nieuwe delicten noemt de Memorie van Toelichting als voorbeeld dat vrouwen kunnen bevriezen tijdens seksueel grensoverschrijdend gedrag. Zij kunnen dan niet kenbaar maken dat zij geen toestemming geven. Volgens de jurisprudentie is hier geen sprake van dwang. De Memorie van Toelichting geeft aan dat dit een handeling is die onder artikel 239 Sr zal vallen: de dader had moeten weten dat toestemming afwezig was.³⁶ Verder laat de Memorie van Toelichting de nodige voorbeelden zien waar vrijspraak volgde terwijl er sprake was van manipuleren, aandringen, overhalen, doorgaan terwijl er signalen zijn van onvrijwilligheid, of gebruik maken van een ongelijkwaardige relatie. Vrijspraak volgde omdat dwang niet kon worden bewezen.³⁷ Dwang zal ook in de toekomst moeilijk te bewijzen zijn. Als deze delictsommschrijvingen

³⁵ Uit recent onderzoek blijkt dat de meerderheid van de mensen die hebben meegemaakt dat iemand ongewenst seksueel bij hen binnendrong, dit als verkrachting ervaren. Peter Kanne & Milan Driessen, *Hoe denken Nederlanders over verkrachting? Onderzoek naar (kennis van, ervaringen met en opvattingen over) verkrachting in Nederland, uitgevoerd door I&O Research in opdracht van Amnesty International*, Amsterdam: 2020, p. 8. Eén op de tien Nederlanders (11%) maakte (ooit) mee dat iemand haar of zijn lichaam binnendrong zonder dat zij/hij hiermee instemde. Twee derde (66%) van hen beschouwt deze penetratie zonder instemming als verkrachting.

³⁶ Memorie van Toelichting, p. 34, p. 37.

³⁷ Memorie van Toelichting, p. 37-39.

naast elkaar bestaan, zullen seksuele handelingen waarbij sprake is van binnendringen zonder toestemming niet onder de delictsomschrijving van verkrachting vallen, zelfs niet als sprake is van opzet.

Een ander probleem is hier dat bij opsporing en berechting toch vooral het gedrag van het slachtoffer centraal blijft staan, in plaats van het gedrag van de dader. De vraag blijft immers wat het slachtoffer had kunnen doen en of er niet toch nog een mogelijkheid was om te ontsnappen aan de seksuele handeling. Als het over de onvermijdbaarheid gaat, blijft de vraag ‘of dit slachtoffer, gelet op diens capaciteiten en de omstandigheden ten tijde van het feit, daartoe in staat moet worden geacht.’³⁸ De rechter heeft in de regel wel oog voor de feitelijke machtsverhoudingen, maar het gaat er nog steeds om dat de ‘andere feitelijke’ tot dwang moet leiden. Daarom biedt dat vanuit het slachtoffer bezien onvoldoende rechtsbescherming. Bij een ongewijzigde uitleg van het bestanddeel dwang zal het moeilijk blijven te bewijzen dat sprake van onvermijdbaarheid was, en dus dat het om verkrachting gaat. Er ontstaat daardoor de kans dat bij opsporing en vervolging gekozen wordt voor het makkelijker te vervolgen delict ‘seksuele interactie tegen de wil’, neergelegd in artikel 239. Gezien de jurisprudentie waarbij de dader ernstig over de schreef is gegaan zonder dat er sprake is van dwang in strafrechtelijke zin, is dat onwenselijk.

GREVIO beveelt staten aan voor delictsomschrijvingen te zorgen waarin de rechter rekening kan houden met alle omstandigheden en met de verschillende reacties van slachtoffers. Daarin is tot op zekere hoogte voorzien in de nu voorliggende tekst. Desalniettemin wringt het dat de verschillende ernstige gedragingen die de Memorie van Toelichting als voorbeeld noemt, vermoedelijk in de toekomst ‘slechts’ als seksuele handelingen tegen de wil worden vervolgd, waarvoor de maximumstraf de helft (zes jaar, als sprake is van binnendringen) bedraagt van wat kan worden opgelegd bij verkrachting (twaalf jaar). Als degene die de seksuele handeling verricht dat willens en wetens doet zonder toestemming, is er dan niet al sprake van een vorm van dwang? Wellicht wel volgens de maatschappelijke opvattingen, echter niet per definitie volgens de huidige lijn in de jurisprudentie. Dat alleen seks onder geweld, dwang of bedreiging is gecategoriseerd als ‘echte verkrachting’ is niet in overeenstemming met de maatschappelijke ontwikkelingen. Seks zonder toestemming vindt in de praktijk plaats in een ‘continuüm van dwang’. De delictsomschrijving moet dan ook zodanig zijn dat met alle omstandigheden waaronder deze handeling plaatsvindt rekening kan worden gehouden.³⁹

2.4.3. Is het aannemelijk dat bij opsporing en vervolging de focus op het gedrag van de dader ligt in plaats van op het gedrag van het slachtoffer?

Als seksuele handelingen in verschillende delicten zijn omschreven, is het noodzakelijk dat de formuleringen van de delictsomschrijvingen zodanig zijn dat bij opsporing en vervolging de focus ligt op het gedrag van de dader en niet op het gedrag van het slachtoffer. Bij het nieuwe delict, dat in artikel 239 is opgenomen, omschrijft de Memorie van Toelichting dat,

³⁸ Kool, *supra* noot 27, p. 226.

³⁹ Eithne Dowds, ‘Towards a Contextual Definition of Rape: Consent, Coercion and Constructive Force’, in: *Modern Law Review*, Vol. 83 (2020), pp. 35-63, p. 36.

zeker als instemmende signalen of wederkerigheid ontbreken, degene die het seksuele contact aangaat, oplettend moet zijn en moet nagaan of er geen sprake is van ongewild contact.⁴⁰ Dat vraagt dus expliciet om aandacht voor het gedrag van de dader, wat een positieve ontwikkeling is.

Dit element heeft bij een aantal mensen tot zorgen geleid, omdat de rechten van de verdachte in het geding zouden komen.⁴¹ De vrees bestaat dat iemand die na afloop spijt heeft van seks al te makkelijk aangifte kan doen, en dat een vervolging onder het nieuwe delict al snel succesvol is, met alle gevolgen van dien. Wie is veroordeeld, is voor altijd een zedendelinquent, met onder meer als risico dat het moeilijk kan zijn een verklaring omtrent het gedrag te krijgen. Het College constateert echter dat de drempel voor de schuldvariant nog steeds aanzienlijk hoog is. Cruciaal is dat iemand seksuele handelingen doorzette terwijl hij redelijkerwijs moest weten dat het er geen toestemming was. De term 'redelijkerwijs' houdt in dat er 'feiten en omstandigheden waren waaruit iemand redelijkerwijs had moeten afleiden dat het seksuele contact onvrijwillig was'.⁴² Het gaat om 'signalen die ieder normaal denkend mens redelijkerwijs had moeten opmerken als ontbrekende wil bij de ander.'⁴³ Er is sprake van een dader die 'nonchalant of onvoorzichtig' was.⁴⁴ Deze uitleg van de term 'redelijkerwijs' is in het strafrecht gebruikelijk. De introductie van deze term bij seksuele misdrijven betekent dat iemand de verantwoordelijkheid heeft te onderzoeken of er sprake is van vrijwilligheid. Dit tast de seksuele autonomie van die persoon niet aan. Het omgekeerde is wel het geval: doorgaan met seksuele handelingen terwijl er aanwijzingen zijn die duiden op onvrijwilligheid, kan de seksuele autonomie van de betrokkene aantasten, omdat er dan sprake kan zijn van seks zonder toestemming.

Zoals hierboven uiteengezet, zal bij het onderzoeken of sprake is van dwang de focus op het gedrag van het slachtoffer blijven liggen. Centraal staat immers de vraag of de seksuele handeling voor het slachtoffer onvrijwillig en onvermijdbaar was. Het verdient aanbeveling om door bewustwording en deskundigheidsbevordering van politie, OM en de rechterlijke macht te bereiken dat ook in het geval er mogelijk sprake is van dwang, het onderzoek van de feiten en omstandigheden zal zijn gericht op het gedrag van de dader, zodat centraal staat of en hoe hij dwang heeft uitgeoefend. Dat zal meer recht doen aan de bescherming van de seksuele autonomie van het slachtoffer.

2.4.4. Tussenconclusie

Artikel 36 van het Verdrag van Istanbul geeft staten vrij veel ruimte om vorm te geven aan de strafbaarstelling van seksuele handelingen zonder toestemming. GREVIO, de groep van deskundigen die toeziet op de naleving van het Verdrag, heeft de bepaling nader uitgelegd. De tekst van het voorontwerp van het wetsvoorstel lijkt te voldoen aan de eisen

⁴⁰ Memorie van Toelichting, p. 35.

⁴¹ S.F.J. Smeets, 'Zorgen om zeden', in: *Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht*, 2020/29, pp. 95-104, p. 100. Een verkorte versie van dit artikel heeft de auteur ingebracht bij de internetconsultatie.

⁴² Memorie van Toelichting, p. 35.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem.

die het Verdrag stelt, en zoals uitgelegd door GREVIO. Desalniettemin ziet het College dringende redenen tot aanpassing van de formulering van de delicten om effectieve gelijke bescherming van alle slachtoffers van seksuele handelingen zonder toestemming te bewerkstelligen.

Er is in de samenleving nog steeds sprake van ongelijke machtsverhoudingen tussen vrouwen en mannen en er heersen nog steeds stereotiepe opvattingen over mannelijkheid en vrouwelijkheid. Deze komen er - heel kort gezegd - op neer dat de norm is dat de seksualiteit van vrouwen ten dienste staat aan mannen.⁴⁵ De cultuur in de samenleving is dat geweld tegen vrouwen makkelijk wordt gebagatelliseerd en genormaliseerd.⁴⁶ De dominante norm is dat mannen bepalen wat er in een (al dan niet een losse) relatie gebeurt, ook als het over seksuele handelingen gaat. De vigerende uitleg van dwang houdt onvoldoende rekening met deze werkelijkheid en is daarom problematisch. Daarvoor biedt het opzetdelict onder seksuele interactie zonder toestemming slechts ten dele een oplossing.

In het voorstel staan de delicten seksuele interactie tegen de wil, met een schuld en opzetvariant, naast de dwangdelicten aanranding en verkrachting. Omdat de drempel voor dwang erg hoog ligt, en de delictomschrijving van verkrachting daarmee moeilijk te vervullen is, is er een risico dat verschillende ernstige gedragingen in de toekomst 'slechts' als seksuele handelingen tegen de wil worden vervolgd, waarvoor de maximum straf de helft (zes jaar, als sprake is van binnendringen) bedraagt van wat kan worden opgelegd bij verkrachting (twaalf jaar). Terecht wijst de Memorie van Toelichting op veranderde maatschappelijke opvattingen over de strafwaardigheid van seksuele handelingen tegen de wil. Dat alleen seks onder geweld, dwang of bedreiging is gecategoriseerd als 'echte verkrachting' is niet in overeenstemming met de maatschappelijke ontwikkelingen. Die veranderingen moeten beter tot uitdrukking worden gebracht.

Omdat de verschillende delicten nu naast elkaar komen te staan, bestaat er een harde scheidslijn tussen situaties waarin wel en niet sprake is van dwang. Dat doet onvoldoende recht aan de ervaringen van slachtoffers, met name vrouwen. Er zijn veel situaties waarin sprake is van een vorm van dwang die echter niet als dwang in strafrechtelijke zin wordt beschouwd. De Memorie van Toelichting geeft daarvan een aantal heldere voorbeelden. Om te verzekeren dat de rechter in de praktijk rekening kan houden met alle omstandigheden waarin seksuele handelingen zonder toestemming plaatsvinden, is het nodig dat de strafbepalingen dusdanig worden aangepast dat het continuüm van dwang tot uiting komt. Daarmee zou de wetgever zich nog meer genderbewust tonen en bijdragen aan een effectieve gelijke bescherming van alle slachtoffers van seksuele handelingen zonder toestemming.

Het is een belangrijke stap dat er een grotere verantwoordelijkheid komt te liggen bij degene die seksuele handelingen initieert of doorzet. Dat draagt eraan bij dat de aandacht

⁴⁵ *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Yakin Ertürk, 15 years of the United Nations Special rapporteur on violence against women, its causes and consequences (1994-2009) - a critical review*, VN Doc. A/HRC/11/6/Add. 5, par. 88.

⁴⁶ Zie hierover uitgebreid www.emancipator.nl

niet meer hoofdzakelijk zal zijn gericht op het slachtoffer van een seksuele handeling zonder toestemming plaatsvindt. Er is sprake van een strafbaar feit, als de dader wist, of redelijkerwijs moest vermoeden, dat toestemming ontbrak. Om het recht op bescherming van de lichamelijke en geestelijke integriteit en de seksuele autonomie daadwerkelijk beter te beschermen, verdient het aanbeveling te bezien wat nodig is om te verzekeren dat de strafbaarheid van delicten waar sprake is van opzet en waar sprake is van dwang dichter bij elkaar komen en beter op elkaar aansluiten.

Het College beveelt daarom aan dat de wetgever het misdrijf van seksuele interactie zonder toestemming, waarbij sprake is van binnendringen, als verkrachting strafbaar stelt.

Het College beveelt aan het continuüm van dwang beter tot uitdrukking te brengen in de delictomschrijving. Dat kan door aan te sluiten bij de systematiek van de andere delicten in de nieuwe titel en over te gaan tot het opstellen van een basisdelict waarin seksuele handelingen strafbaar zijn als de dader weet, of redelijkerwijs moet vermoeden, dat deze handelingen tegen de wil plaatsvinden. Zowel opzet en het uitoefenen van dwang, als binnendringen, leveren strafverzwaringen op.

3. Strafbaarstelling van seksuele intimidatie in de openbare ruimte

3.1. Inleiding

De minister wil met het wetsvoorstel een duidelijke norm stellen wat betreft seksueel gedrag in de openbare ruimte: seksuele intimidatie, online of offline, is niet acceptabel. Het is positief en hoognodig dat de overheid deze norm stelt. De Jaarlijkse Rapportage 2019 van het College over het recht om veilig jezelf zijn in het openbaar laat zien dat verschillende mensen in het dagelijks leven te maken krijgen met seksueel intimiderend gedrag. Hierdoor voelen sommige mensen, vaak vrouwen en meisjes, zich niet meer veilig om te gaan en te staan waar ze willen, of om zich te kleden zoals zij dat willen.⁴⁷ Met ander woorden: zij worden beperkt in de uitoefening van hun mensenrechten.

Het wetsvoorstel voorziet in een maatschappelijke behoefte aan (aanvullende) maatregelen tegen seksueel intimiderend gedrag. Een aantal gemeenten, zoals Amsterdam en Rotterdam, heeft gepoogd straatintimidatie al strafbaar te stellen in een APV. Dat stuitte echter op constitutionele complicaties. De vrijheid van meningsuiting mag alleen worden beperkt op basis van een wettelijke regeling. Daarnaast biedt een APV minder rechtszekerheid dan een landelijke regeling.⁴⁸

Hieronder volgt een bespreking van de voorgestelde strafbaarstelling van seksuele intimidatie (artikelen 151e en 151f Sr) en de verenigbaarheid daarvan met mensenrechten. Door (non-)verbale en fysieke seksuele intimidatie strafbaar te stellen, voldoet de regering aan haar mensenrechtelijke verplichtingen onder artikel 40 Verdrag van Istanbul om

⁴⁷ College voor de Rechten van de Mens, *Jaarlijkse rapportage mensenrechten in Nederland 2019. Veilig jezelf zijn in het openbaar*, Utrecht, 2020, p. 65.

⁴⁸ Het Hof Den Haag heeft bepaald dat het Rotterdamse verbod op straatintimidatie in strijd is met de vrijheid van meningsuiting. Hof Den Haag, 19 december 2019, ECLI:NL:GHD-HA:2019:3293.

seksuele intimidatie te bestrijden. Wel adviseert het College de wetgever om de tekst van de strafbaarstelling aan te passen om nauwer aan te sluiten bij het mensenrechtenkader en in de toelichting op het wetsvoorstel onder meer in te gaan op de effectiviteit en de handhaafbaarheid van de nieuwe delicten in de praktijk. Ook adviseert het College het begrip openbare ruimte nader te definiëren en de verhouding van dit wetsvoorstel met bestaande regelgeving te verduidelijken.

3.2. Het mensenrechtenkader

3.2.1. Strafbaarstelling biedt (rechts)bescherming tegen seksuele intimidatie

Meisjes en vrouwen hebben het recht om veilig over straat te gaan zonder dat zij seksueel getinte opmerkingen naar hun hoofd geslingerd krijgen of lastiggevallen te worden. Dit soort gedrag kleineert hen en belemmert hen in de verwezenlijking van mensenrechten. De oproep aan staten om gendergelijkheid te bevorderen en de verschillende verschijningsvormen van discriminatie van vrouwen aan te pakken wordt steeds concreter. De recente aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa over seksisme is daarin een mijlpaal.⁴⁹ Onder seksisme wordt verstaan:

Elke daad, gebaar, visuele representatie, gesproken of geschreven uiting, gebruik of gedrag dat gebaseerd is op de idee dat een persoon of een groep personen minderwaardig is vanwege hun geslacht, en dat zich voordoet in de publieke of privésfeer, online of offline, met als bedoeling of gevolg:

- i. de inherente waardigheid of rechten van een persoon of een groep personen te schenden
- ii. fysieke, seksuele, psychologische of sociaaleconomische schade of pijn te berokkenen aan een persoon of een groep personen
- iii. een intimiderende, vijandige, ontterende, vernederende of beledigende omgeving te creëren
- iv. een obstakel voor de emancipatie en volledige realisatie van de mensenrechten van een persoon of groep personen te vormen
- v. genderstereotypen in stand te houden of te versterken.⁵⁰

Het Comité van Ministers roept de Lidstaten op om seksisme te voorkomen en te bestrijden en hiertoe wetgeving aan te nemen. Een verplichting daartoe vloeit voort uit artikel 8 EVRM. Staten dienen maatregelen te nemen om het recht op respect voor privéleven, inclusief het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit, te beschermen.⁵¹ Dat kan wettelijke maatregelen vereisen. Waar nodig moeten strafbepalingen worden aangenomen

⁴⁹ Comité van Ministers van de Raad van Europa, 27 maart 2019, *Preventing and combating sexism*, Aanbeveling CM/Rec(2019)1.

⁵⁰ Vertaling door het College van de definitie in de aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa, *supra* noot 49.

⁵¹ EHRM 26 maart 1985, *X en Y t. Nederland*, Appl. No. 8978/80, par. 23. Zie ook EHRM 5 maart 2009, *Sandra Jankovic t. Kroatië*, Appl. No. 38478/05, par. 45 en EHRM 4 december 2003, *M.C. t. Bulgarije*, Appl. No. 39272/98, par. 150.

om bepaalde gedragingen effectief af te schrikken (*effective deterrence*).⁵² Daarnaast verplicht artikel 40 van het Verdrag van Istanbul staten om wetgevende of andere maatregelen te treffen die nodig zijn om te waarborgen dat elke vorm van ongewenst verbaal, non-verbaal of fysiek seksueel getint gedrag met het doel of gevolg de waardigheid van een persoon te schenden, is onderworpen aan sancties.

Volgens het Verklarend rapport bij het Verdrag van Istanbul is het aan de verdragspartijen zelf om te bepalen welke wetgevende maatregelen zij nemen om seksuele intimidatie aan te pakken.⁵³ In verschillende evaluatierapporten moedigt GREVIO staten aan om seksuele intimidatie te onderwerpen aan een wettelijke sanctie.⁵⁴ In haar evaluatierapport over de implementatie door Nederland constateert GREVIO dat seksuele intimidatie in Nederland veel schijnt voor te komen en dat er een dringende noodzaak is de strafwet te wijzigen. GREVIO moedigt Nederland daarom aan “om een *passend* strafrechtelijk antwoord op te nemen voor *alle* vormen van seksuele intimidatie” in het Wetboek van Strafrecht.⁵⁵ Van belang is dat daarbij ook aandacht uitgaat naar nieuwere vormen van seksuele intimidatie, zoals de online varianten als “sexting (zonder toestemming publiceren van seksfoto's of -video's), wraakporno (sexting met wraak als motief), sextortion (seksueel getint materiaal gebruiken dat vaak onder valse voorwendselen is verkregen, grooming, online opnames verspreiden van seksueel geweld en online beledigende seksuele berichten posten) en ‘slut-shaming’”.⁵⁶

Met de strafbaarstelling van (non-)verbale en fysieke seksuele intimidatie in artikelen 151e en 151f Sr, biedt de regering (rechts)bescherming tegen seksuele intimidatie en geeft ze vorm aan haar mensenrechtelijke verplichtingen om dergelijk gedrag te bestrijden.

3.2.2. Strafbaarstelling sluit onvoldoende aan bij verplichtingen van het mensenrechtenkader

De zelfstandige strafbaarstelling van seksuele intimidatie beoogt “een adequate en herkenbare strafrechtelijke reactie te kunnen bieden op strafwaardig seksueel (overlastgevend) gedrag in de hedendaagse en digitaliserende samenleving”.⁵⁷ Om dat doel daadwerkelijk te bereiken is een aanpassing van de strafbepalingen en een toelichting op het bestrijden van non-intentionele seksuele intimidatie nodig.

Artikel 40 Verdrag van Istanbul noemt de volgende bestanddelen van seksuele intimidatie:

- Elke vorm van verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag;
- dat ongewenst is;
- seksueel getint;

⁵² EHRM 26 maart 1985, *X en Y t. Nederland*, Appl. No. 8978/80, par. 27. Zie ook EHRM 4 december 2003, *M.C. t. Bulgarije*, Appl. No. 39272/98, par. 150.

⁵³ Verklarend rapport bij het Verdrag van Istanbul, *supra* noot 8, par. 207.

⁵⁴ Zie bijvoorbeeld GREVIO, *Baseline Evaluation Report Finland*, *supra* noot 16, par. 179-182.

⁵⁵ GREVIO, *Baseline Evaluation Report Netherlands*, *supra* noot 21, par. 236 (cursivering door College).

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ Memorie van Toelichting, p. 2.

- en als doel of gevolg heeft de waardigheid van een persoon te schenden, in het bijzonder door het creëren van een intimiderende, vijandige, ontterende, vernederende of beledigende omgeving.

De voorgestelde strafbaarstelling sluit aan bij het internationale⁵⁸ en het nationale⁵⁹ normatieve kader. Op een drietal punten wijkt het wetsvoorstel hier echter van af.

Allereerst is de term “ongewenst” niet opgenomen in de voorgestelde bepaling. Uit de Memorie van Toelichting volgt dat de strafbaarstelling “ziet op overlastgevend en opdringerig gedrag dat tot doel heeft te intimideren” en “niet om gedrag dat tot doel heeft (respectvol) te flirten”.⁶⁰ Op dit punt sluit het wetsvoorstel voldoende aan bij het (inter)nationale normatieve kader.

Ten tweede wijkt het wetsvoorstel af waar het gaat om de situaties waarin volgens het (inter)nationale kader de waardigheid van een persoon geschonden kan worden. Artikelen 151e en 151f bevatten het bestandsdeel “om een persoon vrees aan te jagen of om een persoon in een vernederende, kwetsende of schaamtevolle situatie te brengen”. Volgens de Memorie van Toelichting is de bedreigende en vijandige omgeving uit het internationale kader tot uitdrukking gebracht in het bestanddeel “vrees aanjagen”. De ontterende omgeving heeft in artikelen 151e en 151f Sr vertaling gekregen in het bestanddeel “schaamtevolle situatie”.⁶¹ Voor het College is het onduidelijk waarom voor deze term wordt gekozen, nu schaamte een zeer subjectief begrip is en verband houdt met “zedig gedrag” - een notie die juist bewust is vermeden bij de modernisering van het Wetboek van Strafrecht. Om deze redenen, en om nauwer aan te sluiten bij bestaande (internationale) regelgeving, adviseert het College om de term “schaamtevolle situatie” in de strafbepalingen te wijzigen naar “ontterende situatie”.

Ten derde wordt seksuele intimidatie in het mensenrechtenkader omschreven als gedrag dat het doel of gevolg heeft de waardigheid van een persoon te schenden. Artikelen 151e en 151f Sr stellen alleen gedrag strafbaar waarbij de dader het doel (opzet) had om de ander vrees aan te jagen of in een vernederende, kwetsende of schaamtevolle situatie te brengen. Dit past binnen de strafrechtssystematiek. Het gaat om objectiveerbaar gedrag van de dader; bewijs dat het slachtoffer daadwerkelijk angstig of vernederd was, is niet vereist.⁶²

In dit kader verwijst het College naar zijn Jaarlijkse rapportage 2019 waarin het de wetgever aanbeveelt om te voorzien in een dekkend wet- en regelgevend kader.⁶³ Dit met het doel om rechtsbescherming te verzekeren tegen alle vormen van discriminerend gedrag in de openbare ruimte, waaronder seksuele intimidatie. Seksuele intimidatie is immers een

⁵⁸ Zie hiervoor ook de definitie in artikel 2 lid 2 EU-richtlijn 2002/73/EG.

⁵⁹ In diverse wetten bestaat al een verbod op seksuele intimidatie in een specifieke context, zoals in de Algemene wet gelijke behandeling (artikel 1a, lid 3, AWGB) en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (artikel 1a, lid 3, WGB m/v). Ook het Burgerlijk Wetboek kent een verbod op seksuele intimidatie op de werkvloer (artikel 7:646, lid 6 en 8, BW).

⁶⁰ Memorie van Toelichting, p. 10.

⁶¹ Memorie van Toelichting, p. 27.

⁶² Memorie van Toelichting, p. 27.

⁶³ College voor de Rechten van de Mens, *Jaarlijkse rapportage 2019*, supra noot 47, p. 88.

vorm van discriminatie op grond van gender. Strafbaarstelling van opzettelijke (non-)verbale en fysieke seksuele intimidatie in de openbare ruimte vormt hier een gedeeltelijk antwoord op.

De overheid heeft echter ook de verplichting om juridische sancties te stellen op grensoverschrijdend gedrag waarbij de dader niet het doel had, maar diens gedrag wel tot gevolg had, dat de waardigheid van een ander persoon is geschonden (artikel 40 van het Verdrag van Istanbul). Dit non-intentionele gedrag is deels geregeld onder bestaande nationale verboden op seksuele intimidatie in de Algemene wet gelijke behandeling, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en het Burgerlijk wetboek.⁶⁴ Deze bepalingen zijn echter alleen van toepassing in de arbeids- of beroepsfeer en/of bij het aanbieden van goederen en diensten, maar niet op andere plekken in de openbare ruimte.

Om seksuele intimidatie in al zijn varianten te bestrijden, adviseert het College de wetgever om nadere toelichting te geven over de wijze waarop non-intentionele seksuele intimidatie in de openbare ruimte wordt bestreden en welk wetgevingsregime hiervoor geldt.

3.2.3. Effectieve (rechts)bescherming

De strafbaarstelling van seksuele intimidatie kan maar in beperkte mate bijdragen aan normverandering. Voor effectieve bescherming van het recht om zich vrij van seksuele intimidatie in het openbaar te begeven in de praktijk is meer nodig. Om de nieuwe strafrechtelijke normen bekend te maken bij het brede publiek, het beoogde doel van normverandering te bewerkstelligen en daarmee te voldoen aan de verplichting om seksuele intimidatie te bestrijden, adviseert het College de regering om in te zetten op bewustwording en voorlichting over de grenzen van toelaatbaar seksueel gedrag in de openbare ruimte.⁶⁵

Voor effectieve rechtsbescherming is het van belang dat mensen strafbaar gestelde gedragingen melden en dat daar vervolgens een passende reactie op volgt. Seksuele intimidatie en discriminerend gedrag worden vaak niet gemeld.⁶⁶ Dat kan mede komen omdat de mensen die het overkomt bang zijn niet serieus genomen te worden, of vrezen dat zij niet op voldoende begrip van de politie kunnen rekenen. Een gendersensitieve reactie is nodig om hernieuwd slachtofferschap (secundaire victimisatie) te voorkomen.⁶⁷ Ook wanneer een slachtoffer aangifte doet van seksuele intimidatie in de openbare ruimte zal het lastig zijn om bewijs te leveren. Bijvoorbeeld omdat de dader onbekend is voor het slachtoffer en voor de politie moeilijk te identificeren. Er is dus een aanzienlijke kans dat meldingen niet tot strafrechtelijk optreden leiden.

Met de doelstelling om normverandering teweeg te brengen, wekt het voorstel verwachtingen die het niet (volledig) kan waarmaken. Het College adviseert de wetgever

⁶⁴ Zie *supra* noot 59.

⁶⁵ Zie bijvoorbeeld CEDAW, *supra* noot 6, par. 34 en 35 (b) en hieronder, par. 4.

⁶⁶ T. Fischer & N. Sprado, *Seksuele straatintimidatie in Rotterdam*, EUR, februari 2017, p. 5. Zie ook College voor de Rechten van de Mens *supra* noot 46, p. XV.

⁶⁷ De verplichting om hernieuwd slachtofferschap te voorkomen volgt onder meer uit artikel 18, lid 3 Verdrag van Istanbul.

om in de Memorie van Toelichting aandacht te besteden aan de handhaafbaarheid van de nieuwe delicten. Het merkt daarbij op dat strafbaarstelling gepaard dient te gaan met een versteviging van het aangifteproces, vervolgings- en rechtspraak, evenals training van de politie en handhavers om seksuele intimidatie te herkennen en deskundig en sensitief met meldingen te kunnen omgaan.

3.3. Verenigbaarheid van strafbaarstelling van seksuele intimidatie met mensenrechten

3.3.1. Beperking van de vrije meningsuiting

Het verbod van straatintimidatie kan mensenrechten beperken, in het bijzonder de vrijheid van meningsuiting, zoals neergelegd in artikel 7 Grondwet en artikel 10 EVRM. Artikel 10 EVRM beschermt in beginsel alle soorten uitlatingen van een mening, ook als die mening shockeert, verontrust of beledigt.⁶⁸ Dit geldt ook voor seksuele gebaren, geluiden en gedragingen.⁶⁹ Zoals het Hof Den Haag heeft uitgelegd in een zaak over het verbod op straatintimidatie in Rotterdam is bij artikel 10 EVRM geen aanleiding onderscheid te maken tussen verbale uitingen en fysieke gedragingen. Beide soorten gedragingen zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Gebaren, geluiden of gedragingen kunnen ook zelfstandig een uiting van gedachten of gevoelens zijn.⁷⁰

De strafbaarstelling van (non-)verbale en fysieke seksuele intimidatie kan in strijd komen met het recht op vrije meningsuiting. Beperkingen van uitingen die door het voorstel worden aangeduid als seksuele intimidatie zijn alleen toelaatbaar als zij voldoen aan de in artikel 10, tweede lid, EVRM gestelde eisen. Dat betekent dat ze moeten zijn voorzien bij wet en dat ze nodig moeten zijn in een democratische samenleving voor de verwezenlijking van een legitiem doel, zoals de bescherming van de openbare veiligheid, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, en de rechten van anderen.

Om te verzekeren dat de artikelen 151e en 151f Sr voldoen aan deze vereisten, acht het College een verduidelijking van de strafbaarstelling, afbakening en samenhang met andere regelgeving van de strafbepalingen noodzakelijk. Eveneens benadrukt het College dat heldere instructies voor rechtshandhaving nodig kunnen zijn om verschil in toepassing van de wet te voorkomen.

3.3.2 Legitiem doel en noodzakelijk in een democratische samenleving

Het verbod op seksuele intimidatie is van belang voor de bescherming van de rechten en vrijheden van mensen die last hebben van seksuele intimidatie. In zijn Jaarlijkse Rapportage 2019 heeft het College geconstateerd dat verschillende mensen in de openbare ruimte worden geconfronteerd met seksuele intimidatie, wat kan leiden tot angstige gevoelens en in sommige gevallen tot aanpassings- en mijdingsgedrag. De strafbaarstelling van seksuele intimidatie dient daarmee een legitiem doel.

⁶⁸ EHRM 26 april 1979, *Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*, Appl. No. 6538/74; EHRM 23 april 1992, *Castells t. Spanje*, Appl. No. 11798/85.

⁶⁹ EHRM 28 oktober 2014, *Gough t. Verenigd Koninkrijk*, Appl. No. 49327/11.

⁷⁰ Hof Den Haag, 19 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3293.

Strafrecht is een *ultimum remedium*, en er dient dan ook een dwingende maatschappelijke behoefte (“pressing social need”) te zijn om seksuele intimidatie strafbaar te stellen.⁷¹ GREVIO merkte op dat seksuele intimidatie veel schijnt voor te komen in Nederland en dat dit wijst op een “*dringende noodzaak* om de strafwetgeving te wijzigen”.⁷² Ook staat het verbod in redelijke verhouding tot het nagestreefde doel, want het bereik van het wetsvoorstel is beperkt tot overlastgevend seksueel getint taalgebruik en gedrag. Onder (non-)verbale seksuele intimidatie valt bijvoorbeeld niet het nastaren of nafluiten van een ander, of het maken van geluiden, zoals het zogenaamde ‘sissen’ of ‘klakken’. En de strafbaarstelling ziet niet op gedrag dat tot doel heeft (respectvol) te flirten.⁷³

Het wetsvoorstel voldoet daarmee aan de eisen van legitiem doel en noodzakelijk in een democratische samenleving, zoals vereist door het EVRM, en vraagt geen verdere aanpassing of toelichting.

3.3.3 Voorzienbaarheid

Beperkingen van mensenrechten dienen een juridische basis te hebben, toegankelijk en voorzienbaar te zijn. Het voorzienbaarheidsvereiste betekent niet dat er volledige of absolute zekerheid geboden dient te worden in de wet.⁷⁴ Het moet echter wel met een zekere mate van precisie duidelijk zijn welke handelingen strafbaar zijn en welke niet. Die waarborg stelt zeker dat een burger zijn gedrag kan aanpassen aan de wet. De formulering van de strafbaarstelling van seksuele intimidatie luistert om die reden dan ook nauw. Het College heeft een aantal kanttekeningen bij de voorzienbaarheid van de beperkingen die het wetsvoorstel maakt op de vrijheid van meningsuiting.

Invloed contextuele factoren (waaronder ervaring slachtoffer) onbekend

In dit wetsvoorstel wordt het in de openbare ruimte opzettelijk seksuele opmerkingen⁷⁵ of seksuele gebaren⁷⁶ maken en seksueel betasten⁷⁷ van een ander zelfstandig strafbaar gesteld als misdrijf tegen de openbare orde. Het bestanddeel “opzettelijk” ziet volgens de toelichting op het maken van seksuele opmerkingen of seksuele gebaren en op de bedoeling daarvan: het aanjagen van vrees of het teweegbrengen van de vernederende, kwetsende of schaamtevolle situatie.⁷⁸ Hoewel in de Memorie van Toelichting op verschillende punten voorbeelden worden gegeven van gedragingen, is het onduidelijk of deze opmerkingen, gebaren en gedragingen op zichzelf intimiderend zijn, of dat dit afhankelijk is van de context, en welke contextuele factoren dan relevant zijn.

⁷¹ EHRM 16 juni 2015, *Delfi AS t. Estland*, Appl. No. 64569/09, par. 101.

⁷² GREVIO, *Baseline Evaluation Report Netherlands*, supra noot 21, par. 234 (cursivering door College).

⁷³ Memorie van Toelichting, p. 10 en p. 26.

⁷⁴ EHRM 26 april 1979, *Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*, Appl. No. 6538/74, par. 49.

⁷⁵ Bijvoorbeeld: iemand uitmaken voor ‘hoer’, ‘bitch’, ‘slet’ of ‘geil wijf’. Zie Memorie van Toelichting, p. 26.

⁷⁶ Bijvoorbeeld: masturbatie-, lik-, pijp- of penetratiebewegingen. Zie Memorie van Toelichting, p. 26.

⁷⁷ Bijvoorbeeld: het aaien of wrijven over, grijpen van of knijpen in lichaamsdelen als borsten, billen of de geslachtsdelen. Zie Memorie van Toelichting, p. 28.

⁷⁸ Memorie van Toelichting, p. 26.

De ervaring van het slachtoffer lijkt een irrelevante factor lijkt te zijn. Volgens de Memorie van Toelichting hoeft immers niet te worden bewezen dat het doel van de gedraging - het vrees aanjagen of het in een vernederende, kwetsende of schaamtevolle situatie brengen - bij een slachtoffer daadwerkelijk is opgetreden. Het gaat volgens de wetgever om een 'geobjectiveerd criterium'.⁷⁹ De plaatsing van seksuele intimidatie onder de afdeling misdrijven tegen de openbare orde lijkt eveneens te impliceren dat de ervaring van het slachtoffer geen rol speelt, of in ieder geval niet doorslaggevend is voor het bepalen of de gedraging seksueel intimidatie oplevert of niet.

Het College adviseert de wetgever om in de toelichting op het wetsvoorstel meer duidelijkheid te geven over of en in hoeverre de kwalificatie van opmerkingen, gebaren en gedragingen als seksuele intimidatie afhankelijk is van de context, en een indicatie te geven welke contextuele factoren relevant (kunnen) zijn. In het bijzonder zou verduidelijkt moeten worden of de beleving van het slachtoffer een rol speelt bij de vaststelling of sprake is van seksuele intimidatie en daarmee van strafbaar gedrag.

Openbare ruimte onvoldoende gedefinieerd

Verder is het nog onduidelijk welke plaatsen precies vallen onder het begrip "in de openbare ruimte". Volgens de Memorie van Toelichting wordt "[h]iermee [...] bedoeld op een pleegplaats in het publieke domein".⁸⁰

Voor strafbaarheid [...] is dus relevant of de uitlatingen door de dader in een voor het publiek toegankelijke omgeving zijn gedaan. Hierbij valt te denken aan seksuele opmerkingen of seksuele gebaren die worden gemaakt op de openbare weg, in voor het publiek toegankelijke gebouwen, zoals winkels of uitgaansgelegenheden of in het openbaar vervoer.⁸¹

Het is niet geheel duidelijk of seksuele intimidatie op het werk en op school hiermee zijn uitgesloten van de begripsbepaling. Daarnaast dient benadrukt te worden dat GREVIO aanbeveelt dat ook nieuwere vormen van intimidatie zoals sexting, wraakporno, sextortion en "slut-shaming" op passende wijze strafbaar worden gesteld.⁸² Een deel van deze digitale en online gedragingen zijn en worden onder aparte bepalingen strafbaar (o.a. onder artikel 151g Sr), maar deels vallen zij ook onder artikel 151e en 151f Sr. De Memorie van Toelichting maakt duidelijk dat de online omgeving ook onder de openbare ruimte valt, bijvoorbeeld "door het opzettelijk maken van seksuele opmerkingen of seksuele gebaren over of jegens iemand op internetfora of via sociale media zoals Twitter en Instagram".⁸³ Voor strafbaarstelling is de voorwaarde echter dat "de omgeving waarin de opmerkingen of gebaren hebben plaatsgevonden zodanig publiek toegankelijk is dat gezegd kan worden dat deze in de openbare ruimte is gedaan".⁸⁴ Hierbij wordt de nadere definitie van wat de "online openbare ruimte" betekent geheel aan de rechtspraak overgelaten.

⁷⁹ Memorie van Toelichting, p. 27.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Idem.

⁸² GREVIO, *Baseline evaluation report Netherlands*, supra noot 21, par. 235-236.

⁸³ Memorie van Toelichting, p. 27.

⁸⁴ Idem.

Het College adviseert de wetgever om in de toelichting op dit wetsvoorstel nader in te gaan op het begrip “in de openbare ruimte” en op de vraag of de werkomgeving en andere omgevingen zijn uitgesloten van deze definitie. Aandacht dient ook uit te gaan naar de betekenis van de “online openbare ruimte”.

Verhouding strafbaarstelling seksuele intimidatie met andere rechtsgebieden

De Arbowet verplicht werkgevers om beleid te voeren tegen seksuele intimidatie en adequaat op te treden in geval van incidenten (zie artikel 3, tweede lid).⁸⁵ Als de werkomgeving niet onder de notie “in de openbare ruimte” valt, ontstaat er een situatie waarin het mogelijk is dat soortgelijke feiten (seksuele intimidatie op de werkvloer en seksuele intimidatie in de openbare ruimte) onder twee verschillende bepalingen vallen, met twee geheel verschillende doelstellingen. Eveneens kan hierdoor een samenloop van regelgeving ontstaan. Te denken valt aan een ober of serveerder op het terras die te maken krijgt met seksuele opmerkingen en gebaren van klanten of voorbijgangers.

Het College adviseert de wetgever in de toelichting op het wetsvoorstel te verduidelijken wat de verhouding is tussen de artikelen 151e en 151f Sr en bestaande regelgeving op het terrein van het arbeidsrecht (en eventuele andere rechtsgebieden), en toe te lichten hoe de samenloop van regelgeving wordt vormgegeven.

Voorkom onvoorzienbare handhaving

Het voorzienbaarheidsvereiste geldt niet alleen voor wetgeving, maar ook voor de toepassing in de praktijk of de interpretatie door de rechter. Het EHRM stelt soms hoge eisen aan de nauwkeurigheid waarmee rechtshandhavende bevoegdheden zijn geformuleerd “en aan de waarborgen die in regelgeving worden ingebouwd om willekeurige (en dus onvoorzienbare) uitoefening van die bevoegdheden te voorkomen.”⁸⁶ Het toekennen van (een zeer) ruime discretionaire bevoegdheid of het neerleggen van ruime en vage begripsbepalingen kunnen in strijd komen met het voorzienbaarheidsvereiste.⁸⁷

De artikelen 151e en 151f omvatten ruime noties en uiteenlopende gedragingen waardoor voorzienbare toepassing niet vanzelfsprekend verzekerd is. Om willekeur bij rechtshandhaving te voorkomen adviseert het College om het wetsvoorstel gepaard te laten gaan met de ontwikkeling van nadere instructies voor rechtshandhaving.

⁸⁵ Ook het Burgerlijk Wetboek kent een verbod op seksuele intimidatie op de werkvloer. Zie artikel 7:646, lid 6 en 8, lid BW. Zie ook art. 1a, lid 1, AWGB en art. 1a, lid 1, WGB m/v.

⁸⁶ J. Gerards, *EVRM: Algemene Beginselen*, Sdu uitgevers 2011, p. 130. Gerards merkt eveneens op dat het EHRM niet alle procedurele zorgvuldigheidseisen onder de voorzienbaarheid van de wet bespreekt, maar vaak ook als zelfstandige procedurele waarborgen laat terugkomen in zijn overwegingen over de noodzakelijkheid van de beperking van het recht (p. 132).

⁸⁷ Over het verbod op willekeur bij rechtshandhaving zie o.a. EHRM 12 januari 2010, *Gillan en Quinton t. VK*, App. No. 4158/05, par. 80 en 85 en EHRM 20 juni 2017, *Bayev e.a. t. Rusland*, Appl. Nos. 7667/09, 44092/12 en 56717/12, par. 76.

4. Effectieve rechtsbescherming: voorlichting, bewustwording en deskundigheidsbevordering noodzakelijk

Het College waardeert het dat de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel van campagnes spreekt om seksuele misdrijven te voorkomen. Zoals hierboven uiteengezet, zijn de oorzaken van seksueel geweld en seksueel grensoverschrijdend gedrag voor een belangrijk deel de maatschappelijke opvattingen over mannelijkheid en de ongelijkwaardige positie van vrouwen in de samenleving. Om echt de noodzakelijke maatschappelijke normverandering teweeg te brengen is nog veel meer nodig. Het College pleit er daarom voor om voorlichtingsactiviteiten die de overheid rond deze grote herziening van het Wetboek van Strafrecht organiseert, in te bedden in een groter en langlopend traject dat de oorzaken van geweld tegen vrouwen grondig aan zal pakken. In een dergelijk groot traject zouden dan ook de bescherming van slachtoffers en de behandeling van daders aan bod moeten komen. Mensenrechten bevatten daarvoor concrete handvatten.

Op verschillende niveaus dient de overheid zich in te zetten om geweld tegen vrouwen te voorkomen en uit te bannen. Daarvoor is alomvattend en gecoördineerd beleid nodig.⁸⁸ Ook zou de overheid zich intensief en langdurig moeten inzetten om veranderingen in de sociale en culturele gedragspatronen van vrouwen en mannen te stimuleren teneinde vooroordelen, gewoonten, tradities en alle andere praktijken gebaseerd op het idee dat vrouwen inferieur zouden zijn of op stereotype rollen van vrouwen en mannen uit te bannen.⁸⁹ Maatregelen dienen genomen te worden die gericht zijn op de samenleving als geheel, en bij alle activiteiten moet de overheid actief jongens en mannen betrekken.⁹⁰

De Nederlandse overheid zou een concreet plan voor voorlichting en bewustwording moeten maken, waarbij het heldere doelstellingen en meetbare resultaten formuleert. Het Verdrag van Istanbul vereist dat er activiteiten worden ontplooid gericht op bewustwording op alle niveaus, van voorlichting voor het brede publiek tot deskundigheidsbevordering van professionals die te maken hebben met slachtoffers van seksueel geweld en seksueel grensoverschrijdend gedrag.⁹¹ Bij voorlichting en bewustwording is het noodzakelijk dat de genderdimensie van geweld tegen vrouwen over het voetlicht wordt gebracht. Ook is het van belang dat alle campagnes alle vrouwen bereiken.⁹² Om de fundamentele oorzaken van geweld tegen vrouwen aan te pakken zou er op scholen meer aandacht moeten zijn voor gendergelijkheid, relaties en seksualiteit.⁹³

Een ander cruciaal aspect van effectieve rechtsbescherming is de bescherming van de rechten van slachtoffers van seksueel geweld en seksueel grensoverschrijdend gedrag.⁹⁴ Dat betekent onder meer dat slachtoffers van seksueel geweld gespecialiseerde hulp en

⁸⁸ Artikel 7 Verdrag van Istanbul.

⁸⁹ Artikel 12 Verdrag van Istanbul.

⁹⁰ Artikel 12 Verdrag van Istanbul.

⁹¹ Artikelen 13, 14 en 15 Verdrag van Istanbul.

⁹² GREVIO, Evaluation report Netherlands, *supra*, noot 21, par. 85-86.

⁹³ *Idem*, par. 93.

⁹⁴ Artikel 18 e.v. Verdrag van Istanbul.

ondersteuning krijgen.⁹⁵ Effectieve bescherming tegen seksuele intimidatie en seksueel geweld vereist dat wetshandhavers en de rechterlijke macht over de nodige expertise beschikken om met slachtoffers van seksueel geweld om te gaan. Dat wil zeggen: op een gendersensitieve manier waarbij het slachtoffer centraal staat. Slachtoffers van seksueel geweld en grensoverschrijdend gedrag moeten zich veilig voelen om melding en aangifte te doen.⁹⁶ Dit is ook nodig met het oog op het voorkomen van secundaire victimisatie.

Als laatste zou in het grote traject ook de behandeling van daders aan bod moeten komen. Dit door maatregelen te treffen die nodig zijn voor het opzetten of ondersteunen van behandelprogramma's gericht op het voorkomen dat plegers, in het bijzonder plegers van seksuele misdrijven, opnieuw een strafbaar feit plegen.⁹⁷ Kortom, voorlichting, bewustwording en deskundigheidsbevordering zijn noodzakelijk om seksueel geweld en seksueel grensoverschrijdend gedrag in de openbare ruimte te bestrijden. Een dergelijk traject gaat uiteraard verder dan dit voorontwerp van het wetsvoorstel seksuele misdrijven. Desalniettemin is het zaak dat er bij de bespreking en invoering aandacht voor is om de belangrijke doelstellingen van het wetsvoorstel te behalen. Het College is graag bereid hierover mee te denken.

5. Conclusies en aanbevelingen

Het College is positief over de voorgestelde normveranderingen ten aanzien van de strafbaarstelling van seksuele handelingen zonder toestemming en seksuele intimidatie in de openbare ruimte.

Het voorontwerp is een belangrijke stap in de richting van betere bescherming tegen ongewilde seksuele handelingen. Artikel 36 van het Verdrag van Istanbul geeft staten vrijheid om vorm te geven aan de strafbaarstelling van seksuele handelingen zonder toestemming. De voorgelegde tekst lijkt te voldoen aan de minimumeisen die het Verdrag stelt, zoals uitgelegd door GREVIO. Desalniettemin ziet het College dringende redenen te adviseren tot aanpassing van de formulering van de delicten, zodat het continuüm van dwang tot uiting komt. Dit draagt eraan bij dat de rechter in de praktijk rekening kan houden met alle omstandigheden waarin seksuele handelingen zonder toestemming plaatsvinden. Met die aanpassing zou de wetgever zich nog meer genderbewust tonen en bijdragen aan een effectieve gelijke bescherming van alle slachtoffers van seksuele handelingen zonder toestemming.

De strafbaarstelling van (non-)verbale en fysieke seksuele intimidatie biedt rechtsbescherming tegen seksuele intimidatie in de openbare ruimte en voorziet in een behoefte aan een duidelijke normstelling over dergelijk gedrag. Voor het aansluiten bij het (inter)nationale mensenrechtenkader is aanpassing van de tekst van de strafbepaling wenselijk. Daarnaast heeft het wetsvoorstel op een aantal punten verdere toelichting om te verzekeren dat de strafbepalingen en handhaving ervan voldoen aan het vereiste van voorzienbaarheid.

⁹⁵ Artikel 25 Verdrag van Istanbul.

⁹⁶ Idem, par. 258-259.

⁹⁷ Artikel 16, lid 2, Verdrag van Istanbul.

Om de noodzakelijke maatschappelijke normverandering teweeg te brengen en effectieve mensenrechtenbescherming te bieden, pleit het College ervoor dat de overheid de voorziene voorlichtingsactiviteiten inbedt in een groter en langlopend traject dat duidelijk maakt wat de relatie is tussen gender en geweld en dat de oorzaken van geweld tegen vrouwen aanpakt. In een dergelijk traject zouden dan ook de bescherming van slachtoffers en de behandeling van daders aan bod moeten komen. Daaronder valt ook het zorgen voor voldoende deskundigheid van professionals die te maken hebben met slachtoffers van seksuele misdrijven en seksuele intimidatie in de openbare ruimte.

Aanbevelingen

Om seksueel geweld en ander seksueel grensoverschrijdend gedrag te bestrijden, en om de mensenrechten van de slachtoffers en de daders te waarborgen, doet het College de volgende aanbevelingen:

Strafbaarstelling van seksuele handelingen tegen de wil (art. 239 en 241 [242] Sr):

- Het College beveelt aan het continuüm van dwang beter tot uitdrukking te brengen in de delictomschrijving. Dat kan door aan te sluiten bij de systematiek van de andere delicten in de nieuwe titel en over te gaan tot het opstellen van een basisdelict waarin seksuele handelingen strafbaar zijn als de dader weet, of redelijkerwijs moet vermoeden, dat deze handelingen tegen de wil plaatsvinden. Zowel opzet en het uitoefenen van dwang, als binnendringen, leveren strafverzwaringen op.
- Het College beveelt aan dat de wetgever het misdrijf van seksuele interactie zonder toestemming, waarbij sprake is van binnendringen, strafbaar stelt als “verkrachting”.

Strafbaarstelling van seksuele intimidatie in de openbare ruimte (art. 151e en 151f Sr):

- Het College beveelt aan toe te lichten hoe (non-)verbale en fysieke seksuele intimidatie wordt bestreden dat niet als doel, maar wel tot gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt geschonden.
- Het College beveelt aan in de toelichting bij het wetsvoorstel duidelijk te maken of en in hoeverre de kwalificatie van opmerkingen, gebaren en gedragingen als seksuele intimidatie afhankelijk is van de context en een indicatie te geven van welke contextuele factoren relevant kunnen zijn. In het bijzonder zou duidelijk moeten worden of en in hoeverre de subjectieve beleving van het slachtoffer een rol speelt bij de vaststelling of sprake is van seksuele intimidatie.
- Het College beveelt aan het begrip ‘openbare ruimte’ te verduidelijken, en te expliciteren of de werkomgeving en andere omgevingen daar al dan niet onder vallen. Het College beveelt ook aan meer duidelijkheid te scheppen over de betekenis van de ‘online openbare ruimte’.

Effectieve rechtsbescherming: voorlichting, bewustwording en deskundigheidsbevordering noodzakelijk

- Het College beveelt aan een groot en langlopend traject op te zetten om de fundamentele oorzaken van geweld tegen vrouwen te voorkomen en te bestrijden.
- Het College beveelt aan om de voorlichtingsactiviteiten rond het wetsvoorstel in te bedden in dat traject.
- Het College beveelt aan maatregelen te treffen om ervoor te zorgen dat alle professionals die zijn betrokken bij meldingen, aangiftes en ondersteuning van slachtoffers, voldoende deskundig zijn, wat onder meer inhoudt dat zij gendersensitief kunnen werken. Die maatregelen moeten zijn gericht op de bescherming van slachtoffers en behandeling van daders.

Met de aanbevelingen en uiteenzetting van het juridisch kader in zijn advies beoogt het College deze belangrijke wetswijziging te versterken, zodat de constructieve stappen in mensenrechtenbescherming volledig tot uitdrukking komen in het wetsvoorstel.