

“Ik ben niet verantwoordelijk want ik ben tonisch immobiel”

Een reactie op introductie van art. 239 in het wetsvoorstel ‘seksuele misdrijven’

Drs. Franz Lenselink, strategisch beleidsadviseur en historicus, met o.a. werkervaring in risicobeheersing, veiligheid, crisismangement, politiek, onderwijs en wetenschap. Autodidact in seksuele interactie, zoals alle mensen.

Samenvatting

- Doel van het wetsvoorstel is het verhogen van het aantal strafrechtelijke veroordelingen. Repressie is doel op zich.
- Om dat doel te bereiken, introduceert het wetsvoorstel een nieuwe delictsoort ‘seks tegen de wil’, een eenvoudig interactiemodel en een andere bewijsmethodiek.
- Het wetsvoorstel is niet gebaseerd op een veiligheidsmethodiek en beoogt daarmee primair geen slachtofferreductie.
- De noodzakelijkheid van art. 239 in het wetsvoorstel wordt niet aangetoond en berust deels op een onjuiste argumentatie.
- Artikel 239 in het wetsvoorstel berust op een oversimplificatie van seksuele interactie en de communicatie daarin. De praktische en juridische toepasbaarheid is daardoor laag.
- De betekenisgeving aan het begrip ‘tonische immobiliteit’ in menselijke seksuele interactie roept veel vragen op.
- De normstelling voor strafbare seksuele interactie is vaag en inconsistent.
- Artikel 239 in het wetsvoorstel koerst op een maatschappelijke verschuiving van non-gereguleerde seksuele interactie naar transactionele seksuele interactie.
- Het wetsvoorstel voegt door invoering van art. 239 aan strafbaarheid van dwang en geweld, strafbaarheid van (mis)communicatie toe.
- De rechterlijke weging (rechtsbescherming) met behulp van (on)vrijwilligheid en (on)vermijdbaarheid wordt in art. 239 van het wetsvoorstel geschrapt en vervangen door justitiële controle op een eenzijdige communicatieprocedure.
- Het wetsvoorstel creëert nieuwe onzekerheden en risico’s en verdeelt deze last ongelijk over de seksuele partners.
- Door het verschuiven van verantwoordelijkheden in art. 239 creëert het wetsvoorstel ongelijkwaardigheid tussen de partners. In het wetsvoorstel wordt de norm van gelijkwaardigheid in seksuele interactie geofferd om vrijwilligheid in die interactie *eenzijdig* te beschermen (maar slaagt daar niet in).

- 1 Inleiding
- 2 Communicatie tijdens seksuele interactie
- 3 Onderbouwing van het wetsvoorstel
- 4 Opmerkingen over de strafrechtelijke probleemstelling onder art. 239
- 5 Over de *Deus ex machina* 'tonische immobiliteit' ('bevrozing')
- 6 Van veiligheidsprobleem naar de toepassing van veiligheidsmethodiek
- 7 Gelijkheid voor de wet?
- 8 Over de mensenrechten?
- 9 Kiezen in veiligheidsproblematiek: een moreel vraagstuk

1. Inleiding

Onbetaalde seks is ongereguleerd omdat hierin geen diensten worden geleverd tegen voorwaarden. Deze ongereguleerdheid leidt in de samenleving tot permanente grensdiscussies. Wie bepaalt waar in seksuele interactie grenzen liggen en op grond van wat? Zowel op macro als op microniveau. Hoe worden grenzen kenbaar gemaakt en die kenbaarheid achteraf weergegeven? Wanneer en hoe zou grensbepaling het effectiefst zijn? Enzovoort. De minister is van mening dat deze ongereguleerdheid een probleem is, op het moment dat het openbaar ministerie niet bij de rechter kan aantonen dat bij een vermeend slachtoffer de 'onvrijwilligheid' en 'onvermijdbaarheid' van een ondergane handeling vaststaat. Dit leidt naar opvatting van de minister tot te weinig veroordelingen. De oorzaak voor het probleem van te weinig veroordelingen zoekt de minister niet in de rechtspraak, maar in de wet. Want in de wet is 'dwang' de bepalende factor voor strafbaarheid. De minister neemt geen afscheid van deze bepalende factor (aanranding en verkrachting blijven strafbaar) maar voegt een factor toe: onvrijwilligheid. Omdat onvrijwilligheid moet blijken introduceert hij een gedragsregel voor de seksuele interactie. Die regel bepaalt dat in seksuele interactie de wil kenbaar moet worden gemaakt. Hij maakt hiervoor één partij verantwoordelijk: de 'initiator'. Concreet: de 'initiator' wordt in het wetsvoorstel niet geacht zijn eigen wil te kennen, kenbaar te maken en te volgen maar wél die van de ander (het potentiële slachtoffer) en daar naar te handelen. Dit is geen wederkerige maar een eenzijdige verplichting. Het door de minister beoogde effect is een toename van het aantal veroordelingen van 'initiators' (repressie). De minister windt hier geen doekjes om en wil dit bereiken door 'het verruimen van de strafbaarheid' van seksueel gedrag in combinatie met streng straffen. Het wetsvoorstel is daarmee primair niet gericht op (het voorkomen van) slachtoffers maar op openbaar ministerie en de rechter, opdat die meer juridische ruimte en smallere kaders vinden om tot aanklachten en veroordelingen te kunnen komen.

De minister stelt dat met het nieuwe artikel 239 "de strafrechtelijke bescherming tegen ongewilde seksuele handelingen wordt verruimd." Dat wil zeggen: aan de delicten 'verkrachting' en 'aanranding' wordt een delict toegevoegd: 'tegen de wil'. Verkrachting en aanranding zijn uiteraard ook tegen de wil van degene die het ondergaat, maar het verschil met het nieuwe delict is, dat daarvoor geen dwang meer nodig is. Aanvullend komt de minister met een juridische constructie waarmee 'geen dwang' toch bewijsbaar en strafbaar wordt gemaakt.

Wanneer dwang in een zodanige mate wordt toegepast dat degene die het ondergaat wel moet meewerken aan wat de ander wil, is sprake van overmacht. Zonder dwang is er geen overmacht. Dan is sprake van machtsevenwicht. De vraag ontstaat dan, waarom een dergelijke situatie strafrechtelijk beoordeeld zou moeten worden. Wat heeft het strafrecht te zoeken in legitieme interacties waarin betrokkenen min of meer gelijkwaardig zijn en dus hun eigen boontjes kunnen doppen?

Zo'n interactie sluit namelijk precies aan bij de sociale norm die ook de minister als uitgangspunt neemt: "dat seks vrijwillig en gelijkwaardig behoort te zijn." De minister zou dus tevreden kunnen zijn, maar is dat niet. Want tevredenheid levert geen extra veroordelingen op. Daarom introduceert hij een nieuw juridisch speelveld, waarop seksende Nederlanders zich *na* hun

interactie bewegen. Het spel heet 'seks tegen de wil'. De spelers worden verdeeld in twee groepen. Eén groep wordt 'dader' (of 'initiator') genoemd en de andere groep 'slachtoffer'. De spelregels bevoordelen de groep 'slachtoffer' en benadelen de groep 'dader'. Zo krijgt de groep 'dader' meer verantwoordelijkheid en juridische aansprakelijkheid voor de seksuele interactie dan de groep 'slachtoffer' en krijgt deze groep de wettelijke verplichting opgelegd achteraf aan te tonen dat de seksuele interactie vrijwillig was. Dat hoeft de groep 'slachtoffer' niet. Zo'n scheve verdeling van verantwoordelijkheden past niet bij een interactie tussen gelijkwaardige partijen waartussen een machtsevenwicht bestaat. Om deze strijdigheid op te lossen introduceert de minister een *Deus ex machina* in het spel en die heet 'tonische immobiliteit' of 'bevriezing'. Op de diverse functies van dit fenomeen kom ik straks terug, maar belangrijk op dit moment is om te begrijpen dat de introductie van juridische ongelijkwaardigheid en een *Deus ex machina* in dit spel nodig zijn om te kunnen komen tot een conflict tussen de ene en de andere groep. Een conflict dat strafrechtelijk ingrijpen rechtvaardigt en er voor zorgt dat dat strafrechtelijk ingrijpen het conflict in de gewenste richting beslist. De spelregels bepalen daarmee ook dat de transitie van gelijkwaardigheid/machtsevenwicht *tijdens* de seksuele interactie naar ongelijkwaardigheid/conflict *na* de interactie er op stuurt dat de groep die is aangewezen als 'dader' de enige groep is die het spel kan verliezen.

Als de minister en zijn openbaar ministerie dit spel handig spelen, oogsten zij extra veroordelingen. Te zijner tijd zullen zij daarvan parlement en media op de hoogte brengen om te laten zien hoe goed zij 'daders' aanpakken. Maar hoe moeten de seksers het spel handig spelen? Tijdens de seksuele interactie waren zij gelijkwaardig (machtsevenwicht), maar na de interactie kunnen hun wegen, dankzij dit wetsvoorstel, juridisch scheiden. Hun winst- of verlieskansen worden bepaald door de groep waarin zij terecht komen. Dus wie het eerst klaagt bij politie en justitie én geloofwaardig weet te maken dat de ander het initiatief tot de seksuele interactie of handelingen nam, maakt een uitstekende kans om in de groep met de beste kaarten te komen: de groep 'slachtoffer'. De ander komt *automatisch* in de groep 'dader' en moet dan zijn onschuld bewijzen.

De spelregels bepalen dat wie zijn onschuld niet kan bewijzen, schuldig is. Voor de fijnproevers zijn twee ondercategoriën in de spelregels opgenomen: een opzet- (weten van onwil bij het 'slachtoffer') en een schuldvariant (redelijkerwijs moeten vermoeden van onwil bij het 'slachtoffer'). Onschuld bewijzen lukt alleen als de groep 'slachtoffer' toegeeft dat de groep 'dader' zich op tijd (vooraf dus) en in voldoende mate (dat wordt een discussiepunt) vergewist heeft van de wil van de groep 'slachtoffer' en daar ook naar gehandeld heeft. Een groep 'slachtoffer' zal niet zo genegen zijn zoiets toe te geven, want waarom heeft men anders geklaagd bij politie en justitie? Maar politie en openbaar ministerie gaan natuurlijk beide groepen aan verhoortechnieken onderwerpen, schrijven daarover rapporten – en doen daarbij alsof ze geen opdracht ('beleid') van de minister hebben. Luisterend naar wat de seksers over hun interactie te vertellen hebben, ordenen politie en openbaar ministerie dat in voor hen bruikbare bouwstenen en zetten bij de ene soort een kruisje in het vakje 'dader' en bij de andere soort een kruisje in het vakje 'slachtoffer'. Meer smaken zijn er niet, want het creëren van meer opties leidt tot minder veroordelingen.

Dit is het systeem waartoe het wetsvoorstel wil komen. Uiteraard mag de onafhankelijke rechter uiteindelijk een oordeel vellen. Hij moet dan beoordelen in hoeverre het degene die als 'dader' is aangewezen, gelukt is om zijn onschuld aan te tonen – al dan niet met medewerking van degene die hem heeft beschuldigd. Want politie, openbaar ministerie en rechter waren er niet bij toen er geseekt werd. Het wetsvoorstel "helpt" de rechter bij die beoordeling, want hij mag niet meer toetsen op 'onvrijwilligheid' en 'onvermijdbaarheid' (zoals het geval is bij de delicten aanranding en verkrachting). Er kon geen sprake van dwang zijn want bij deze categorie seksers was immers sprake van een machtsevenwicht; de rechter moet dus "slechts" toetsen of degene die verantwoordelijk is gemaakt voor de communicatie zijn werk goed heeft gedaan en de (on)wil van de ander heeft gevolgd in zijn handelingen.

Hierna volgt een uiteenzetting over de complexiteit van dat "slechts" beoordelen van de verantwoordelijkheid van degene die als 'dader' is aangewezen. Want de juridische spelregels en het speelveld in dit wetsvoorstel passen niet bij de seksuele praktijk. Ook neem ik de lezer mee in de vraag waar dit spel wel of niet toe gaat leiden. En confronteer de lezer met een aantal strijdigheden tussen wetsvoorstel, sociale norm en rechtsbeginselen. Om tenslotte ook (het begin van) een alternatieve benadering van veiligheidsproblemen in seksuele interactie aan te bieden.

Voor alle duidelijkheid: statistisch gezien maken mannen een veel grotere kans om in de groep 'dader' terecht te komen en vrouwen een veel grotere kans op een plek in de groep 'slachtoffer'. 95% van de Nederlandse gedetineerden is man. Het wetsvoorstel negeert de ongelijke verdeling van de seksen in de Nederlandse gevangenispopulatie maar blijkbaar zit het strafrecht zo in elkaar dat het mannen vaker bestraft dan vrouwen. Sinds 2017 stijgt het aantal gedetineerden jaarlijks en dit wetsvoorstel beoogt deze trend stevig voort te zetten.

Het wetsvoorstel bedient zich van een gedachtengang over seksuele interactie, grotendeels impliciet en berustend op aannames (en deels incoherent), die problematisch is. Problematisch omdat seksuele interactie hierin overgesimplificeerd wordt en de praktische en juridische toepasbaarheid daarmee twijfelachtig is. En problematisch omdat door invoering van een nieuwe norm een strafrechtelijke grens verschoven wordt – waarbij de verschuiving in het voordeel van een verondersteld slachtoffer (en de minister en zijn openbaar ministerie) moet uitpakken. De toetsing van seksuele interactie aan die norm vraagt om, achteraf, de interactie tot op detailniveau (zoals non-verbale communicatie) te reconstrueren en daar definitieve conclusies en materiële (strafrechtelijke) consequenties aan te verbinden. En dat alles zonder dat vóóraf aan actoren de norm tot op detailniveau (en in alle mogelijke variabelen) geconcretiseerd en bekend wordt gemaakt. Dat betekent dat onzekerheden en risico's niet afnemen maar de last er van wordt verschoven. En roept de vraag op in hoeverre het wetsvoorstel daadwerkelijk zal bijdragen aan een verkleining van het door de minister gesignaleerde veiligheidsprobleem.

2. Communicatie tijdens seksuele interactie

Communicatie is één van de moeilijkste dingen in het leven. Niets voor niets wordt het tot op universitair niveau onderwezen. Miscommunicatie is bij iedereen aan de orde van de dag. De inconsistenties in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel illustreren hoe makkelijk zelfs departementale juristen, ongetwijfeld na kalm en rijp beraad, miscommuniceren. Communicatie tijdens seksuele interactie kan heel ingewikkeld zijn. Niet in de laatste plaats omdat deze vorm van interactie primair gericht is op voelen en handelen en niet op denken en praten. Een combinatie van deze elementen in een relatief hoog tempo is helemaal ingewikkeld. Waarschijnlijk gaat het bij seks zo vaak goed omdat mensen bij deze vorm van interactie weinig nadenken. In de gevallen waarin het mis gaat, is 'weinig nadenken' vaak ook de oorzaak. Maar wie er wel over nadenkt, en dat is wat het wetsvoorstel vraagt van de 'initiator' in de seksuele interactie, zal ontdekken hoe complex communicatie bij seksuele interactie eigenlijk is. Het wetsvoorstel gaat er echter van uit dat deze complexiteit valt te reduceren tot de vraag "wil je?" en het antwoord "ja" of "nee". Om het ingewikkeld te houden mag dit antwoord ook non-verbaal zijn. Dat veronderstelt echter dat iedereen altijd *du moment* weet wat hij wil. En dat is zeker niet het geval; niet in de politiek, niet op het werk, niet thuis en niet in bed. Helemaal niet in seksuele interactie waarbij wederzijdse grensverlegging en grensoverschrijding horen bij spanningsopbouw en lustbeleving. 'Willen', en die wil uiten, betekent verantwoordelijkheid nemen (volgend uit de sociale norm van gelijkwaardigheid in seksuele interactie). Niet iedereen wil altijd voor alles verantwoordelijkheid nemen. Je laten meenemen is een wezenlijk bestanddeel van seksuele interactie. Het veronderstelt eveneens, dat geen antwoorden mogelijk zijn tussen 'ja' en 'nee'. Ook dat is niet het geval. Tussen deze beide uitersten zitten antwoorden als "weet ik niet", "ga je gang", "moet dat nou?", "lijkt me niks maar voor jou heb ik het wel over", "ik ben bang maar dat ben ik altijd bij iets nieuws", "Hmm, als het maar wel/niet pijn doet" (weet men pas achteraf) enzovoort. Tenslotte veronderstelt het ook dat er geen wilsbepaling mogelijk is tussen de uitersten daarvan, variërend van enthousiasme tot verzet en via tussenopties als acceptatie, overgave en (lustvol) meestribbelen. Al deze antwoorden mogen ook non-verbaal worden gegeven, al dan niet in combinatie met een andere uiting. De antwoordvariatie is dus vrijwel eindeloos. Vervolgens wordt er in het wetsvoorstel van uit gegaan dat de vragensteller chocola maakt van het antwoord. Dat wil zeggen, dat hij dit weet te vertalen naar een handelingsperspectief. Dit handelingsperspectief moet aan een aantal voorwaarden voldoen: in de eerste plaats moet het strafrechtbestendig zijn – ook als de vragensteller geen specialist in seksualiteitswetgeving en –jurisprudentie is. Maar tevens moet het de interactie gaande houden. En seksuele interactie is primair handelen. Vrijwel niets is zo dodelijk voor seksuele interactie als het houden van een interview. Bij een onduidelijk of multi-interpretabel antwoord moet dan een keuze worden gemaakt tussen de volgende opties: 1) interview, 2) afbreken interactie, 3) 'we zien elkaar bij de rechter'. Er van uitgaande dat de seksuele interactie niet onder dwang plaatsvindt (want dan is sprake van een andere delictsoort) en sprake is van een bepaalde mate aan wederkerigheid, stelt het vraag- en antwoordspel dus niet alleen hoge eisen aan de vragensteller (de 'initiator') maar net zo goed aan de bevraagde (het potentiële slachtoffer). Daarover rept het wetsvoorstel met geen woord - wat er op kan duiden dat hierover niet is nagedacht. Er is echter nog een optie, en dat is optie

4). Als het antwoord niet past bij de eigen wil van de 'initiator' (voorzover bewust) kan dit als startpunt worden gebruikt voor onderhandeling.

Eenzijds past dit bij de sociale norm, want in alle min of meer gelijkwaardige relaties wordt onderhandeld. Mensen veranderen tenslotte van mening, en dat kan heel snel. Ook meerdere keren achter elkaar. Wilswijzigingen tijdens seksuele interactie voltrekken zich over het algemeen niet verbaal, maar non-verbaal c.q. door fysieke handelingen. De veranderingen bewegen zich meestal niet van 'absoluut niet' naar 'absoluut wel' maar meer rond het begrip 'acceptatie' (van 'niet zo acceptabel' naar 'acceptabel genoeg'). Fysieke en mentale grenzen worden dan op een fysieke manier (lichamelijk contact) verlegd. Volgt daarop duidelijke weerstand, dan is een grens overschreden en dat behoeft volgens de sociale norm terugtrekking. Grensoverschrijding is dus inherent aan ongereguleerde seksuele interactie, net zoals in andere vormen van ongereguleerde sociale interactie, en niet á priori een teken van machtsmisbruik. Mits de grensoverschrijding enigszins met mate is (qua tempo en verstrekkendheid). Deze wijze van seksuele interactie is alleen mogelijk wanneer voldoende sprake is van tolerantie voor grensoverschrijding en –verlegging én van een voldoende mate aan assertiviteit – bij alle betrokkenen. Zonder een dergelijke tolerantie en assertiviteit, is regelgeving nodig die geconcretiseerd wordt in een vast ritueel of in een procedure. Volgt op een grensoverschrijding die achteraf door de ontvanger als ongewenst wordt gecommuniceerd geen terugtrekking maar een voortzetting, dan wordt dat ervaren als dwang. Dwang gaat dus *niet vooraf* aan de wilsbepaling en grensoverschrijding of -verlegging, maar volgt daarop. Mannen en vrouwen doen deze fysieke communicatie in essentie op dezelfde manier – maar de ene sekse klaagt meer bij politie en justitie dan de andere. Waar grenzen precies liggen is vaak onbekend (tenzij men elkaar seksueel goed kent), en bij de ongereguleerde seksuele interactie is het ook niet nodig om precies te weten waar ze liggen – voor geen van de betrokkenen. Dit levert een seksuele spanning op, die als gewenst of ongewenst kan worden ervaren. Angst voor het onbekende hangt vaak samen met vooroordelen en aangeleerde negatieve verwachtingen. Hoe sterker deze angst is, des te lager tolerantie en assertiviteit kunnen zijn.

Anderzijds stuurt het wetsvoorstel de seksuele interactie in Nederland daarmee, via onderhandeling, in transactionele richting ('voor wat hoort wat' en 'afpraak is afspraak'). Uit het wetsvoorstel valt niet af te leiden of dit de bedoeling is; in ieder geval ontbreekt het in de uitgebreide memorie van toelichting (64 pagina's) aan bespiegelingen die laten zien hoe complex de communicatie in seksuele interactie eigenlijk is en welke (onbedoelde) effecten van het wetsvoorstel kunnen uitgaan.

De communicatievoorbeelden in bovenstaande alinea zijn verbaal. In het wetsvoorstel wordt non-verbale communicatie ook goed gerekend. Begrijpelijk, want de meeste communicatie tijdens seksuele interactie is non-verbaal. Non-verbale communicatie in seksuele interactie is universeel. Iets uitdrukken met het lichaam, van kleine teen tot wenkbrauw, is een kunst op zich. En voor zover dat bewust gaat, vraagt het veel oefening. Zowel voor de zender als voor de ontvanger. Niet in de laatste plaats omdat ook deze vorm van communicatie heel persoonsgebonden kan zijn. Om te illustreren met welke interpretatievariabelen een ontvanger te maken kan krijgen: tijdens seksuele interactie doet zich bij een deel van de vrouwen het verschijnsel voor dat zij –zachtjes of luidkeels- kreunen en/of jammeren (maar tijdelijk zwijgen

of vermijden van iedere uiting en andere communicatie- en concentratievarianten komen net zo goed voor). Hoe moet dit worden opgevat? Is zoiets een signaal van pijn, angst, lust, (zelf)ophitsing, woede of vertwijfeling? Of is het een combinatie, al dan niet in wisselende samenstelling? Vrouwen hebben niet de gewoonte dit gedrag c.q. deze uitingsvorm op eigen initiatief toe te lichten, dus de 'initiator' zal hier actief naar moeten vragen: "hoe moet ik jouw gekreun/gejammer op dit moment met mij interpreteren? Kun je dit even uitleggen?" Afgezien van de impertinente vraagstelling, is het maar de vraag of de vrouw in kwestie dit zelf op dat moment onder woorden kan brengen (ook zonder 'bevrozing'). En waarom zou ze ook? Expressievrijheid tijdens seksuele interactie vraagt tot nu toe niet om zelfreflectie, zelfexplicatie en verantwoording. Het wetsvoorstel beoogt dit echter *de facto* wel in te voeren. Natuurlijk is er een omweg voor de 'initiator': het gekreun/gejammer even laten voor wat het is en gewoon langs de neus weg vragen "alles OK schat?" Weliswaar kan dit een *spoiler* in de concentratie- of lustbeleving-van-het-moment opleveren en de vrouw in kwestie wordt conform dit wetsvoorstel dan ook niet verplicht tot antwoorden, maar de 'initiator' heeft in ieder geval zijn best gedaan. Alhoewel het wetsvoorstel geen indicatie bevat dat 'je best doen' voldoende is om te ontkomen aan een veroordeling. Hoe dan ook: de multi-interpretabiliteit van (de combinatie van) verbale en non-verbale uitingen (al dan niet opgevat als 'communicatie') tijdens seksuele interactie is zo groot, dat vrijwel geen enkel antwoord de zekerheid biedt die dit wetsvoorstel vraagt van beschuldigen.

Toch is die zekerheid nodig. De voorgestelde wijziging van de wet beoogt een verhoging van het aantal veroordelingen van 'initiators' en de in het vooruitzicht gestelde straffen zijn niet mals. Dat is ook de bedoeling van de minister, want "heldere strafrechtelijke normering geeft een duidelijk signaal af naar (potentiële) daders dat seksueel grensoverschrijdend gedrag niet acceptabel is en streng wordt bestraft." De minister zal daarbij ongetwijfeld ook willen profiteren, zowel strafrechtelijk als politiek, van de stigmatiserende werking van beschuldiging van een seksueel delict, het strafproces en een eventuele veroordeling. Dan is, in het kader van het bieden van voldoende rechtszekerheid aan de burger, wel het minste wat de minister kan doen om duidelijk te maken wat hij van de actoren in het labirint van uitingen en communicatie bij seksuele interactie precies verwacht. Welke vragen moeten in welke situaties worden gesteld? Welke antwoorden daarop (verbaal en non-verbaal) zijn voldoende om aan strafrechtelijke vervolging te ontkomen en welke tolerantiegrenzen mag de rechter daarbij hanteren? En welke antwoorden (en antwoordcombinaties) worden afgeraden of verboden omdat zij miscommunicatie (uitlokking?) in de hand werken? Zonder een dergelijke handleiding moeten burgers, ongeacht hun intelligentie, training en ervaring in communicatie onder seksuele interactieomstandigheden, maar zien hoe zij 'de wil' van het potentiële slachtoffer achterhalen en die vervolgens overtuigend voor het voetlicht brengen bij zowel de politie, het openbaar ministerie en de rechter (en helaas ook in de (sociale) media). Het wetsvoorstel voorziet echter niet in een dergelijke handleiding. Integendeel: het wetsvoorstel blijft juist vaag, zodat, zoals de minister zegt, "in de normstelling ruimte [wordt] gelaten voor veranderende maatschappelijke opvattingen. De invulling daarvan wordt mede bepaald door het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie. Deze opzet maakt de nieuwe wetgeving toekomstbestendig." Pas *nadat* de nieuwe wet op seksuele misdrijven door het parlement is aangenomen wordt de nieuwe norm geconcretiseerd – zonder democratische besluitvorming

(inclusief controle) én door een partij die van de minister de opdracht mee krijgt het aantal veroordelingen op te schroeven. Terwijl het op verzoek van de minister geschreven WODC-rapport (zie noot 7 in het memorie van toelichting) in par. 1.2.2 juist benadrukt “dat de burger dient te weten hoe hij strafrechtelijke aansprakelijkheid kan vermijden.”

Dat is ruim voldoende om het wetsvoorstel nader onder de loep te nemen. Daarbij vermijd ik hierna de woorden ‘dader’ en ‘slachtoffer’ uit het wetsvoorstel zo veel mogelijk. Deze woorden sturen de lezer naar een bevoordeling, terwijl deze juridische begrippen niet eerder van toepassing zijn dan vanaf het moment dat de rechter uitspraak doet. Het wetsvoorstel en de daar onder liggende redenering houden zich vooral bezig met de fase die aan een strafproces en veroordeling vooraf gaat. In die fase is sprake van een actor die zichzelf als slachtoffer beschouwt maar waarbij de aanspraak op deze juridisch-materiële status niet door een rechterlijke uitspraak erkend is, en van een actor die beschuldigd wordt, maar waarvan de schuld niet door de onafhankelijke rechter is vastgesteld. Het volgen van de in het wetsvoorstel gebruikte begrippen ‘dader’ en ‘slachtoffer’ leidt al snel tot doel-middel-redeneringen en maakt het moeilijk de redenering van de minister te ontleden, terug te brengen tot essenties en die op waarde te beoordelen.

3. Onderbouwing van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel bevat een aantal stellingnamen, die soms van een verwijzende voetnoot zijn voorzien - maar meestal niet. De lay-out van het voorstel doet ‘wetenschappelijk’ aan, maar het wetenschappelijk gehalte is bijzonder laag. Het wetsvoorstel is een politiek product, zoals gebruikelijk bij wetsvoorstellen, en beroept zich daarbij op (deels anonieme) externe bronnen die de ministeriële stellingnamen moeten legitimeren. Wanneer het wetsvoorstel tot wet wordt aangenomen strekt de rechtswerking zich uit tot alle burgers in Nederland en niet alleen tot liefhebbers van de seksuele moraal die de minister hier via het strafrecht probeert op te leggen. Dat leidt tot vragen over hoe representatief en objectief de stellingnamen van de minister in het wetsvoorstel zijn.

In de inleiding van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel worden in de eerste alinea wat data genoemd, waaruit, zo lijkt de bedoeling, geconcludeerd mag worden dat wetsherziening hoognodig is, om zo seksueel grensoverschrijdend gedrag terug te dringen. Deze suggestie is niet in lijn met het WODC-onderzoek uit 2016 (zie voetnoot 7 in de memorie van toelichting). In het rapport van dit onderzoek wordt wetsherziening aanbevolen met het oog op samenhang, complexiteit en normstelling in de huidige wet(stekst). Het WODC-rapport bevat geen rechtspolitieke aanbevelingen. Dus ook geen aanbeveling die leidt in de richting van een introductie van art. 239 (seksuele handelingen tegen de wil van de ander) in het wetsvoorstel.

De herkomst van ‘strafbaarstelling van seks tegen de wil van de ander’ in art. 239 is niet concreet herleidbaar in de memorie van toelichting. Enerzijds omdat geen van de voetnoten hier naar verwijst. Anderzijds wordt ook uit de tekst zelf niet duidelijk op welke inhoudelijke argumentatie uit objectiverend c.q. wetenschappelijk onderzoek deze ingrijpende verandering in de wet berust. Wel wordt verwezen naar “deskundigenoverleggen met

gedragwetenschappers en strafrecht deskundigen” maar data, namen van deelnemers, hun vakdisciplines en inhoudelijke verslaglegging zijn onvindbaar. Het in voetnoot 10 van de memorie van toelichting genoemde GREVIO’s evaluatierapport van 20 januari 2020 sluit zich weliswaar aan bij het voornemen van de minister, zoals verwoord in de kamerbrief van 22 mei 2019, waarin de minister “nieuwe strafbaarstellingen van seks tegen de wil en seksuele intimidatie” aankondigt, maar de reden daarvan is niet duidelijk. Want ook in de kamerbrief is niet duidelijk waarop de minister de noodzaak van de nieuwe strafbaarstellingen baseert. Zowel de minister als GREVIO’s evaluatierapport verwijzen naar art. 36 van het Europese Verdrag van Istanbul, dat strafbaarstelling van ‘seks tegen de wil van de ander’ zou eisen. De constructie die art. 239 hanteert (de ‘initiator’ van seksuele interactie dient zich te vergewissen van de wil van de ander) volgt echter niet uit de Europese verdragstekst (die seksuele interactie op vrijwillige basis met wederzijds goedvinden eist). De minister en GREVIO beroepen zich dus onterecht op het Verdrag van Istanbul. De vermeende noodzaak van de invoering van art. 239 is niet herleidbaar tot synchronisatie met Europees recht c.q. een noodzaak tot voldoen aan internationale verplichtingen.

In de memorie van toelichting verwijst de minister naar de sociale norm dat seks vrijwillig en gelijkwaardig hoort te zijn. In één adem verwijst hij daarbij naar de #Metoo-beweging die “schrijnend aan het licht heeft gebracht hoe wijdverbreid seksueel grensoverschrijdend gedrag voorkomt.” De *hype* in (sociale) media over de *internationale* #Metoo-beweging is al weer voorbij, maar de minister verwijst niet naar onderzoek waaruit blijkt hoeveel procent van het aantal geuite beschuldigingen *in Nederland* daadwerkelijk tot rechtszaken en veroordelingen heeft geleid. Hij beroept zich op #Metoo maar wat hiervan de strafrechtelijke significantie is, is onduidelijk.

De ministeriële stellingname dat “de afgelopen jaren de maatschappelijke opvattingen over seksuele grensoverschrijding strikter [zijn] geworden” wordt niet onderbouwd met een bronverwijzing van wetenschappelijk karakter. Bovendien blijft onduidelijk wat met ‘strikter’ wordt bedoeld. Eveneens blijft onduidelijk wat de minister als relatie tussen ‘strikter’ en ‘bij de tijd brengen’ ziet.

De stellingname dat “de maatschappelijke discussie over welk gedrag als seksueel grensoverschrijdend wordt aangemerkt heeft een discrepantie blootgelegd tussen wat maatschappelijk wordt gezien als strafwaardig gedrag en wat in de strafwet als zodanig wordt gekwalificeerd” wordt evenmin onderbouwd met een bronverwijzing van een objectiverend of wetenschappelijk karakter. Wie heeft die discrepantie bepaald en op basis van wat?

In de artikelgewijze toelichting op art. 239 vermeldt de minister dat het wetsartikel nieuw is en dat deze “verruiming [is] ingegeven door het tekortschieten van de huidige strafrechtelijke bescherming tegen onvrijwillige seksuele interactie.” Dit tekortschieten blijkt dan uit jurisprudentie “waarin om uiteenlopende redenen [sic!, FL] het openbaar ministerie onvoldoende kon aantonen dat er sprake was van onvrijwilligheid en onvermijdbaarheid aan de zijde van het slachtoffer dan wel dat het (al dan niet voorwaardelijk) opzet van de dader hierop was gericht.” Afgezien van het ontbreken van relevante details (vergelijkenderwijs: hoe ernstig is dit probleem in Nederland?) en een bronvermelding (de volledige jurisprudentie of een

samenvattend onderzoeksrapport) zit in deze motivering een politieke keuze (maar zonder onderbouwing). De minister had even goed uit de jurisprudentie kunnen concluderen dat dankzij bestaande wetgeving en onafhankelijke rechtspraak geen onschuldigen worden veroordeeld en hun rechtsbescherming blijkbaar in orde is. Nee, de minister is van mening dat te weinig mensen worden veroordeeld voor seksuele interactie en is op zoek naar een hogere *bodycount*. En probeert die te realiseren door wetsvernieuwing en uitbreiding van de strafbaarheid. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de minister daarbij geen behoefte heeft aan (een verwijzing naar) onderzoek naar noodzaak en de best beschikbare (juridische en/of veiligheidkundige) methodiek – want hij zwijgt hier over.

4. Opmerkingen over de strafrechtelijke probleemstelling onder art. 239

In de memorie van toelichting schrijft de minister dat “de nieuwe strafbaarstellingen tot gevolg hebben dat er meer verantwoordelijkheid komt te liggen bij degene die het seksuele contact initieert om in het oog te houden of er wel sprake is van vrijwilligheid bij de ander.” In aanvulling daarop schrijft hij ook, dat “als de ander een passieve houding inneemt en bijvoorbeeld verstijft bij aanvang van of tijdens de seksuele handelingen of niet of nauwelijks signalen van fysieke interactie vertoont, of op enig moment stopt met meedoen. Onder die omstandigheden zal degene die het (verdergaande) seksuele contact initieert gehouden zijn om na te gaan of er ongewilde handelingen plaatsvinden.”

De minister hanteert hier een kunstmatige rolverdeling tussen een ‘initiator van het seksuele contact’ en ‘de ander’. Deze juridische/strafrechtelijke rolverdeling wordt door de minister als onveranderlijk tijdens de seksuele interactie beschouwd, zo blijkt uit het wetsvoorstel. En dus maakt de minister de *achteraf* tot ‘initiator’ aangewezen persoon verantwoordelijk voor het hele proces van seksuele interactie. Dat past niet bij de seksuele praktijk in al zijn gevarieerdheid en zal zowel in de seksuele als juridische praktijk tot veel verwarring en discussie leiden. *De facto* ontheft hij daar mee ‘de ander’ bovendien van iedere verantwoordelijkheid voor wilsuïtingen in het seksuele contact. Is dat verstandig? Niet in de laatste plaats met het oog op valse of verwarde aangiften?

Wanneer ‘de ander’ een passieve houding aanneemt (een veel voorkomende houding tijdens seksuele interactie die rust, ontspanning en concentratie mogelijk maken) dan moet de ‘initiator’ ‘de ander’ hierin op een onbekend moment storen om te informeren naar ‘de wil’ van ‘de ander’. Doet de ‘initiator’ dit niet (vaak genoeg), dan kan hij hier voor veroordeeld worden met een maximum van zes jaren gevangenisstraf (en stigmatisering). Dit kan door ‘de ander’ eventueel uitgelokt worden door het aannemen van een passieve houding (hoe kan ‘uitlokking’ dan door de verdediging bewezen worden?). Los van het feit dat de minister ‘de ander’ hiermee in het wetsvoorstel in potentie tot onmondig en wilsonbekwaam verklaart (en de ‘initiator’ niet), kwalificeert hij ‘passiviteit’ die langer duurt dan eventjes tot ‘gevaarsindicatie’ en daarmee tot ongewenst. Dit getuigt van een bijzonder hoge mate van onbegrip van individuele seksbeleving, van seksuele interactie en van relationele binding tussen mensen. Ook bij de ‘deskundigen’ door wie de minister zich heeft laten adviseren.

De rolverdeling in het wetsvoorstel tussen een actor die actief en een actor die passief is, gaat, zo lijkt het, uit van een stereotype beeld van heterosex. In seksuele interactie kunnen echter beide actoren actief zijn, en zij kunnen beiden ook passief zijn. Afwisseling in rollen (en lichaamsposities) komt veel voor maar wordt niet geëist – niet in een sociale norm en evenmin in dit wetsvoorstel. ‘Passiviteit’ is niet voorbehouden aan één specifieke rol. De interactie achteraf op het politiebureau en in de rechtszaal in een versimpeld interactiemodelletje personen (zoals dit wetsvoorstel beoogt) in de zoektocht naar strafbaarheid, levert wellicht de gewenste strafrechtelijke *bodycount* op, maar de kans is minimaal dat dit recht doet aan de complexiteit van de (betwiste) seksuele interactie.

Bovendien: ‘passiviteit’ kan vele oorzaken en redenen hebben, variërend van ‘geen wil (!) tot activiteit hebben’ en ‘rust’ tot ‘opperste in zichzelf gekeerd zijn en concentratie’ en ‘totale overgave’. Overigens is ‘geen wil’ niet hetzelfde als ‘onwil’. Passiviteit als gevolg van ‘angst’ zal, afgezet tegen het totale aantal seksuele interacties in Nederland, een zeldzaamheid zijn. Maar bij heel seksend Nederland moet nu door waargenomen passiviteit van ‘de ander’ de alarmbel afgaan en interveniërend worden opgetreden?

Het lijkt erop alsof in het wetsvoorstel alleen gesproken wordt over fysieke passiviteit – die visueel waarneembaar is. Er wordt althans geen onderscheid gemaakt tussen fysieke, mentale en communicatieve (met name non-verbale) passiviteit. Een actor kan fysiek actief zijn maar zwijgen als het graf of onbeweeglijk liggen met een op volle toeren draaiende fantasie (eventueel: verkrachtingsfantasie), en er zijn veel meer combinaties mogelijk. ‘Passiviteit’ is een containerbegrip. Om als signaalfunctie voor het kiezen van een moment van wilsuiging van ‘de ander’ te dienen, moet duidelijk worden welke passiviteit de minister precies bedoelt en welke tolerantiegrenzen bij de invulling van dit begrip door de rechter gehanteerd worden.

De rol- en taakomschrijving van de bij wetsvoorstel aangewezen ‘initiator’ is niet helder. Zoals uit de memorie van toelichting blijkt, wordt hij soms omschreven als ‘degene die seksueel contact wenst/initieert’ (zie blz. 3, 7, 35, 36, 37) en op andere plaatsen wordt hij omschreven als ‘degene die seksuele handelingen initieert/uitvoert’ (zie blz. 7, 8, 35, 36).

Bij het *enkelvoud* ‘seksueel contact’ hoeft de ‘initiator’ zich blijkbaar slechts één keer in de seksuele interactie, en naar aan te nemen valt aan het begin, te vergewissen van de wil van ‘de ander’. Dat veronderstelt dat ‘de ander’ een duidelijke wilsbepaling op dat moment heeft, die leidt tot een wilsuiging die expliciet, definitief en ondubbelzinnig is – zowel verbaal als non-verbaal. De verplichting tot *reproduceerbaarheid* van de wilsuiging *na* de interactie wordt echter niet bij wetsvoorstel bepaald – wat rechtsonzekerheid oplevert. Passend bij een meer transactionele seksuele interactie is het dan om risico’s voor de potentiële ‘initiator’ (de kandidaat-schuldige man) beheersbaar te houden. Het verdient dan aanbeveling de afspraken over het verdere verloop van de seksuele interactie vast te leggen in een seksueel interactieplan en dit vooraf ook door ‘de ander’ te laten ondertekenen. Als zekerheidsstelling en bewijsmateriaal in een eventuele strafzaak. De seksuele interactie wordt immers mogelijk strafrechtelijk beoordeeld en de ‘initiator’ heeft conform dit wetsvoorstel meer verantwoordelijkheid/aansprakelijkheid dan ‘de ander’. Dit model biedt als voordeel dat ‘de ander’ meer voorbereidingstijd heeft om de eigen wil te bepalen dan in een seksuele interactie

waarbij de wil *du moment* bepaald moet worden. Een dergelijke benadering wordt tegenwoordig in Zweden toegepast, waarschijnlijk met uitzondering van de risicobeheersingsmaatregelen (wat is hiervan de impact?). Amnesty International bepleit een variant op dit model waarin éénmalig om toestemming wordt gevraagd. Uitsluitend de initiator is 'schuldig' als die het éénmalige moment van wilsbepaling overslaat of laat lopen. Is de éénmalige controle uitgevoerd, dan verloopt de seksuele interactie zoals vóór de invoering van het interactiemodel (dus verder ongereguleerd).

Bij het *meervoud* 'seksuele handelingen' moet de 'initiator' zich op ieder moment tijdens de seksuele interactie (kunnen) vergewissen van de wil van de ander. 'De ander' moet op de door de initiator gekozen momenten in staat zijn de eigen wil tot uitdrukking te brengen – alhoewel de memorie van toelichting daarover zwijgt. Blijkt 'de ander' daarin onbekwaam (niet kunnen of niet willen) dan moet de 'initiator', om mogelijke straf te voorkomen, de seksuele interactie afbreken. Deze spelregel vraagt niet alleen veel van de 'initiator', die alert, doortastend en resultaatgericht moet zijn (vooral als 'de ander' niet meewerkt), maar ook van 'de ander'. Die moet in het door de minister gehanteerde interactiemodel wilsuitingen produceren die expliciet, definitief (tot het volgende beslismoment) en ondubbelzinnig zijn – zowel verbaal als non-verbaal. Lukt dat niet, dan is 'de ander' onbekwaam en plaatst zich 'buiten spel'. De oorzaak of reden van onbekwaamheid kan veelzijdig zijn (onzekerheid, onervarenheid, onkunde, keuzestress, angst/bevriezen enz.) maar dit is juridisch niet relevant. Onbekwaam is onbekwaam. De rechter toetst immers niet op de reden of oorzaak van de onbekwaamheid van 'de ander', maar op de wijze waarop en frequentie waarin de 'initiator' zich vergewist heeft van de (on)wil van 'de ander' (en de consequenties voor zijn handelen). Dit interactiemodel gaat uit van een 'iteratief verloop van de seksuele interactie onder begeleiding van de initiator/controller'. Vanuit het oogpunt van juridische risicobeheersing verdient het aanbeveling dat de controller een (schriftelijk of digitaal) logboek van beslismomenten bijhoudt en dit door 'de ander' na afloop van de seksuele interactie laat ondertekenen. Als zekerheidsstelling en bewijsmateriaal in een eventuele strafzaak. De seksuele interactie wordt immers mogelijk strafrechtelijk beoordeeld en de 'initiator' heeft meer verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid dan 'de ander'. Permanente monitoring en eventueel ingrijpen door de initiator/controller is nodig omdat 'de ander' geen wettelijke plicht krijgt opgelegd tot het op eigen initiatief tot uiting brengen van de eigen wil. Het wetsvoorstel bevat geen indicatie dat de minister zich bewust is van het toenemende risico van valse aangiftes tegen de 'initiators', noch bevat het (een verwijzing naar) een adequate aanpak van dit verschijnsel. De minister vindt risicobeheersing dus een persoonlijke verantwoordelijkheid – echter alleen voor de 'initiator'. De controllertaak mag gezien worden als voogdij over 'de ander' omdat die wettelijk in potentie onbekwaam geacht wordt (en bij een bewezen delict ook gebleken is).

Beide varianten bieden een hogere mate van transactionaliteit dan de huidige wijze van onbetaalde seks in Nederland. Dit biedt meer voorspelbaarheid en zekerheid voor mensen die moeite hebben met het bepalen en/of uiten van hun wil.

In de meervoudsvariant speelt de factor 'tijd' een belangrijke rol. In de tijd die de seksuele interactie in beslag neemt, verandert de situatie c.q. kan veranderd worden. Door beide actoren. Dat is ook de betekenis van het woord 'inter-actie'. Samen doen is

tweerichtingsverkeer. Wanneer het tot een fase van passiviteit of 'bevrozen' komt, is die vooraf gegaan door andere momenten waarin 'initiator' en 'de ander' opties en keuzemomenten hadden (zie verderop in twee scenario's). Weliswaar moet de 'initiator' de wilsuitingen van 'de ander' bewaken, en daarmee ook de verschuivende tijd, maar dat laat onverlet dat wilsbepalingen en -uitingen van 'de ander' die eerder in de tijd plaatsvonden van invloed zijn op het verloop van de interactie. Met andere woorden: van invloed zijn op harde of zachte randvoorwaarden van latere momenten in de tijd waarin interactie zich afspeelt.

Zelfstandige handelingen van 'de ander' (zoals praten, uitnodigen, mimiek, uitkleden, aanraken enz.) bevatten een boodschap aan de 'initiator', creëren ontwikkeling en dynamiek en dragen dus bij aan de (veranderende) situatie. De memorie van toelichting zwijgt over dit deel van de interactie en dus ook over dit deel van eigenaarschap van verantwoordelijkheid voor de interactie. In de memorie van toelichting wordt het optreden van 'tonische immobiliteit' ('bevriezing') als een op zichzelf staand en plotseling intredend fenomeen neergezet, terwijl dit slechts één schakel in een keten van ontwikkelingen ('aaneenschakelingen') in de interactie is. Een schakel met voorgeschiedenis dus, waarin ook 'de ander' eigen verantwoordelijkheid heeft. Althans, volgens de sociale norm van verantwoordelijkheid bij aan elkaar gelijkwaardige mensen die interactie met elkaar hebben (in een toestand van machtsevenwicht). Een sociale norm die de minister niet lijkt te willen zien, althans niet concreet wil maken, en hij focust in het voorgestelde art. 239 uitsluitend op de verantwoordelijkheid van de 'initiator'. In het wetsvoorstel kan 'de ander' zich aan de tijd en daarmee aan de (veiligheids)opties die 'tijd' geboden hebben (en bieden) onttrekken, terwijl de 'initiator' een dergelijke vrijstelling niet krijgt.

Dit door de minister afwijken van de sociale norm en het redeneren vanuit eenzijdige verantwoordelijkheid vraagt om een legitimering want het is strijdig met sociale- en rechtsnormen. De minister vindt die legitimering door het toepassen van een kunstgreep: hij introduceert 'tonische immobiliteit' ('bevriezing'). Dit brengt hij als een speling van de natuur, maar in de strafrechtelijke context wordt het een speling van het lot. Eigenlijk: het noodlot. Daarbij lijkt dit noodlot 'de ander' te treffen maar in het wetsvoorstel wordt het zo gedraaid dat het de 'initiator' treft. Want hij *alleen* immers heeft 1) een bedreigende situatie gecreëerd waarvan de 'bevriezing' onomstotelijk het gevolg is en 2) de onwil van 'de ander' dus niet tijdig gesignaleerd, geadresseerd en opgevolgd. Het noodlot van de 'tonische immobiliteit' vervult dus drie functies in het verhaal van de minister: a) het legitimeert, b) het klaagt aan, c) het fungeert als bewijs. Daarmee is het een ware *Deus ex machina*. Het optreden van 'tonische immobiliteit' bewijst in deze wetsvernieuwende redenering *de facto* het bestaan van een 'dader' en de enige kandidaat die voor dit daderschap in aanmerking komt is de 'initiator' ('de ander' is immers 'slachtoffer'). Is een constructie van *guilty by tonic immobility* rechtvaardig? Omdat dit noodlot kan intreden, zo is uit Zweeds onderzoek gebleken (voetnoot 11 in de memorie van toelichting), vindt de minister het nodig 'de ander' extra te beschermen door middel van de voorgestelde wetswijziging. In plaats van het noodlot (de 'bevriezing') zelf te voorkomen of bestrijden (altijd nog de beste bescherming tegen seks tegen de wil) wordt de 'initiator' bestreden omdat hem de volledige verantwoordelijkheid (en dus ook de macht/voogdij) voor deze schakel (en hup, ook alle andere schakels) in de interactie die zich voordoet, inclusief noodlot, wordt toegeschreven. Let wel: de 'initiator' wordt pas bestreden *nadat* hij met het noodlot heeft toegeslagen. Deze

onder de tekst van de memorie van toelichting verborgen redenering valt in de categorie 'schuldloos gescheiden'. 'De ander' is de onschuld zelve en de 'initiator' heeft het noodlot veroorzaakt én gebracht. Hier is sprake van een, bij wetsvoorstel gewenste, ongelijkwaardige relatie in *optima forma*. De redenering valt beter te ontdekken en te ontleden wanneer de lezer van het wetsvoorstel de context- en betekenissturende begrippen 'dader' en 'slachtoffer' loslaat en vervangt door neutrale begrippen. Tenslotte bevindt de lezer zich in een tijd die vóór een eventueel politieonderzoek en rechtszaak ligt.

Of het noodlot wel zo onafwendbaar is als het in het wetsvoorstel wordt voorgesteld, zal ik hieronder behandelen. In ieder geval bevat de probleembeschrijving in het wetsvoorstel een aantal onduidelijkheden, strijdigheden, inconsistenties en simplificaties die het onwaarschijnlijk maken dat zowel samenleving als rechterlijke macht met dit concept iets aan het door de minister veronderstelde veiligheidsprobleem kunnen doen.

5. Over de *Deus ex machina* 'tonische immobiliteit' ('bevroezing')

In de memorie van toelichting wordt verwezen naar Zweeds empirisch onderzoek uit 2017 bij vrouwelijke slachtoffers van seksueel geweld, waarin wordt geconcludeerd dat het optreden van 'bevroezing' of '(spier)verstijving', ook aangeduid als 'tonische immobiliteit', tijdens het geweld een indicator is voor het optreden van Post Traumatische Stress Stoornis (PTSS). De 'tonische immobiliteit' bij de mens wordt daarbij door de minister omschreven als "een door angst gedreven reactie op een bedreigende situatie."

'Tonische immobiliteit' is vooral bekend uit de natuurwetenschappen (biologie). Bij sommige haaiensoorten is vastgesteld dat wanneer zij over de snuit worden gestreken of op hun rug worden gedraaid het dier tijdelijk in een trance-achtige en bewegingsloze toestand raakt, die wordt aangeduid als 'tonische immobiliteit'. Bij andere dieren, zoals bijvoorbeeld bij de ringslang, wordt gedrag waarbij het dier zich schijndood houdt als 'tonische immobiliteit' betiteld. Verondersteld wordt dat dit gedrag een verdedigende reactie is op een bedreiging door een roofdier. Veel vragen over het fenomeen 'tonische immobiliteit' bij diersoorten zijn nog onbeantwoord. Duidelijk is wel dat hypothesen over en verklaringen van dergelijk passief gedrag uiteenlopen.

Uit in de memorie van toelichting aangehaald onderzoek in Zweden blijkt niet in hoeverre conclusies getrokken kunnen worden over verschillen en overeenkomsten in 'tonische immobiliteit' tussen bijvoorbeeld vissen (haaien), reptielen (slangen) en zoogdieren (mensen). Evenmin is dus duidelijk of het wetenschappelijk verantwoord is om deze terminologie uit de natuurwetenschappen te gebruiken in de sociale en medische wetenschappen (of in andere wetenschappen zoals economische-, politieke- en muzikwetenschappen). Vooralnog ontbreekt een methodologische onderbouwing van het toepassen van deze term op gedrag van zoogdieren c.q. mensen en in het wetsvoorstel wordt daar dus ook niet naar verwezen.

De vraag is dan welke rechtspolitieke betekenis de minister aan dit leenwoord hecht en waar deze betekenisgeving op is gebaseerd. De memorie van toelichting licht het gebruik van het

woord toe met de zinsnede dat uit het aangehaalde Zweeds onderzoek is gebleken dat “zo’n zeventig procent van de mensen bij ongewenste seks een bevriezingsreactie [vertoont]”. Dat is feitelijk onjuist. In dat onderzoek werd een groep vrouwen bevraagd die zelf aangaven slachtoffer van seksueel geweld te zijn, met het oogmerk om te onderzoeken in hoeverre in deze onderzoeksgroep zowel ‘tonische immobiliteit’ als PTSS optrad. Aan dit soort empirisch onderzoek kunnen geen algemeen (universeel) geldende conclusies met het karakter van een wetmatigheid worden verbonden. Een dergelijke pretentie hebben sociale wetenschappen, die menselijk gedrag in zeer uiteenlopende situaties bestuderen, ook niet. In de memorie van toelichting wordt het Zweedse onderzoeksresultaat dus uit zijn verband gerukt en verkeerd geïnterpreteerd.

Uit de toelichting op de door de minister aangehaalde casuïstiek blijkt echter welke bedoeling de minister heeft met de introductie van ‘tonische immobiliteit’ in het strafrecht. Hij concludeert dat uit die casuïstiek “blijkt dat de voor aanranding en verkrachting vereiste dwang soms moeilijk te bewijzen is wanneer een slachtoffer, na te zijn geconfronteerd met (de aanloop naar) seksuele handelingen, uit angst bevriest, verstijft of zich slapend houdt en dus geen (tegen)reactie geeft. Dit terwijl het uitblijven van een (tegen)reactie uit angst moeilijk kan worden gelijkgesteld met vrijwilligheid.”

De minister neemt daarmee aan dat als ‘dwang’ (als reactie op verzet) niet kan worden aangetoond, deze toch aanwezig is en noemt het vervolgens ‘onvrijwilligheid’. Dus: als het er niet is, is het er toch. Waarom? Omdat, zo lezen we in de memorie van toelichting, afwezigheid van verzet verklaard kan worden door ‘tonische immobiliteit’. Rechtspolitiek geformuleerd: de introductie van ‘tonische immobiliteit’ in het strafrecht is niet bedoeld als beschrijving van een neurologisch symptoom of als een biologische gedragsverklaring (zoals in de natuurwetenschappen), maar dient er toe vaker tot veroordeling van beschuldigen te kunnen overgaan. Het begrip ‘tonische immobiliteit’ wordt door de minister dus instrumenteel ingezet. De uitbreiding van de strafbaarheid wordt mede gecreëerd door het begrip ‘geweld’ uit te hollen omdat conform het wetsvoorstel bij de toepassing van geweld (‘tegen de wil van ‘de ander’) geen dwang meer nodig is.

Dan is de vraag in hoeverre ‘tonische immobiliteit’ zich eigenlijk leent voor een dergelijk rechtspolitiek gebruik. Naast het eerder genoemde methodologisch gebrek, doen zich namelijk allerlei vraagstukken voor. Is het optreden van ‘tonische immobiliteit’ als (neuro)biologisch verschijnsel bij de mens achteraf objectief vaststelbaar? Of is het een kwestie van geloven? Wordt het (veronderstelde) optreden van ‘tonische immobiliteit’ gezien als bewijs van ‘dwang’ c.q. worden andere oorzaken of verklaringen voor ‘tonische immobiliteit’ dus categorisch uitgesloten? Zo ja, op grond van welk wetenschappelijk onderzoek? Zo nee, op grond van welke objectieveerbare criteria kunnen juristen, en in het bijzonder rechters, onderscheid maken tussen de ene soort passiviteit en andere soorten? Hoe is ‘tonische immobiliteit’ voor niet-deskundigen waarneembaar c.q. waarin onderscheidt het zich tijdens de seksuele interactie van andere menselijke uitingen van passiviteit? Als ‘tonische immobiliteit’ bij ‘de ander’ voorkomt omdat het een menselijke gedraging is, komt het dan ook voor bij de ‘initiator’? Zo ja, mag ook die zich erop beroepen, als substituut voor de uitoefening van ‘dwang’ (bijvoorbeeld: door een door angst ingetreden ‘spierverstijving’ in de arm en hand het kruis van ‘de ander’ niet kunnen

loslaten)? Wat is de correlatie tussen het verlangen naar, de angst voor, het genieten van, spijt over en woede na controleverlies tijdens seksuele interactie en het intreden of uitblijven van 'tonische immobiliteit'? Doet 'tonische immobiliteit' zich tijdens het optreden ook voor in sluit- en andere in/bij de genitaliën gesitueerde spieren? Kunnen in een toestand van 'tonische immobiliteit' broek en onderbroek nog worden uitgetrokken – hetzij door in de spierversijving verkerende 'ander', hetzij door de 'initiator'? Zijn in een toestand van 'tonische immobiliteit' (de spieren in) bekken, benen en billen van een vrouw toch nog zo beweeglijk dat tot penetratie in het onderlichaam kan worden overgegaan? Of zou 'tonische immobiliteit' in het onderlichaam juist als effectief verdedigingsmiddel kunnen worden gebruikt (zie de ringslang)? Zo ja, in hoeverre is 'tonische immobiliteit' dan stuurbaar? Is 'tonische immobiliteit' te voorkomen of af te leren? Zo ja, vanaf welke leeftijd en hoe? Zo nee, is het dan verantwoord de dragers van een dergelijke eigenschap nog te laten autorijden, zwemmen, duiken, paardrijden, skate- en snowboarden, bergbeklimmen, parachutespringen of aan andere risicovolle activiteiten te laten meedoen die een angstreactie kunnen opwekken? Zowel met het oog op de eigen veiligheid als die van anderen. Zo ja, waarin verschilt de angstreactie (en vrijstelling van verantwoordelijkheid) tijdens seksuele interactie dan van angstreacties in andere takken van sport? Enzovoort.

Evenmin wordt in het wetsvoorstel verklaard waarom 'tonische immobiliteit' niet onder art. 243 in het wetsvoorstel wordt gebracht, of wat het verschil is tussen onbekwaamheid ten gevolge van 'tonische immobiliteit' en andere vormen van onbekwaamheid, zoals bedoeld in art. 243.

Uit de literatuurverwijzingen in het wetsvoorstel blijkt niet dat dergelijke vragen al zijn onderzocht of beantwoord. Invoering van 'tonische immobiliteit' in het strafrecht mag dan een rechtspolitiek doel dienen, maar de praktische toepasbaarheid in het seksleven van Nederlanders is illusoir en het begrip gebruiken in de juridische beoordeling van hun seksuele interacties is vooralsnog onverantwoord.

Dat laat onverlet dat het woord 'tonische immobiliteit' (en de bloemrijke beeldvorming daarom heen) in het wandelgangenjargon in de seksuologie, andere gedragswetenschappen en in het feminisme/vrouwenactivisme een prima *conversation piece* oplevert om kandidaten voor 'seksuele interactie tegen hun wil' voor te bereiden op *worst case scenario's*.

6. Van veiligheidsprobleem naar de toepassing van veiligheidsmethodiek

Uit het wetsvoorstel blijkt dat de minister zijn aanpak presenteert als reactie op een veiligheidsprobleem in de samenleving. "Met een wettelijk kader dat beter aansluit bij de actuele verschijningsvormen van strafwaardig gedrag wordt de (online) veiligheid van mensen vergroot. Bij overschrijding van de norm kan een passende strafrechtelijke reactie volgen", zo schrijft de minister. Hij beschouwt het strafrecht als *ultimum remedium* (het laatste redmiddel). Dat roept de vraag op wat de minister voorstelt aan veiligheids- of reddingsmaatregelen die aan het *ultimum remedium* voorafgaan. Tenslotte gaat het volgens de minister om de bestrijding van nieuw strafwaardig gedrag waarvoor naar zijn opvatting nog niets is geregeld.

Het Ministerie van Justitie en Veiligheid beschikt niet alleen over juridische vakkennis, maar ook over vakkennis op het gebied van risicobeheersing en veiligheid. Uit het wetsvoorstel blijkt dat de veiligheidskundigen op het departement niet betrokken zijn geweest bij het proces van probleemanalyse tot impactanalyse – want van hen is geen bijdrage terug te vinden. Bij de totstandkoming van het wetsvoorstel is sprake geweest van een volstrekt gebrek aan integraliteit van verschillende beleidsdisciplines op het ministerie. Dat heeft geleid tot een strafrechtelijke tunnelvisie op het door de minister gesignaleerde veiligheidsprobleem. Dit is verklaarbaar. Want enerzijds noemt de minister het een veiligheidsprobleem, maar anderzijds is zijn ambitie niet het verbeteren van de veiligheid (door schade- en slachtofferreductie) maar het verhogen van het aantal veroordelingen. Omdat een (verwijzing naar een) impactanalyse van een dergelijke aanpak in de delictcategorie ‘seksuele delicten’ ontbreekt, weten we niet of het verhogen van het aantal veroordelingen significant zal leiden tot een betere beheersbaarheid van het veiligheidsprobleem en zo ja, in welke mate en tegen welke prijs.

Wanneer de door de minister gepercipieerde nieuwe vorm van strafbaar gedrag vanuit het veiligheidsdomein zou zijn beschouwd, zou de centrale probleemstelling hebben geluid: **welke maatregelen zijn nodig om het aantal slachtoffers (en hun schade) van seksueel grensoverschrijdend gedrag te reduceren?** Los van een goede probleemanalyse rond kansen op en gevolgen van letsel/schade door dit gedrag, zou het wetsvoorstel dan onderbouwd zijn met een lijst aan mogelijke beheersmaatregelen waaruit keuzes kunnen worden gemaakt. Dat soort keuzes zijn politieke keuzes, want ze gaan over de gewenste en ongewenste mate van maatschappelijke impact (en hun kosten). Dat vraagt een *afweging*, waar de minister voorafgaand aan dit wetsvoorstel blijkbaar niet aan toe is gekomen. Daar waar beheersbaarheid niet volledig gerealiseerd kan worden, wordt een ‘restrisiko’ bestreden met een *ultimum remedium*: strafrecht - als laatste redmiddel. Het sanctioneren van gedrag (bestrafing) is dus slechts één van de vele maatregelen die kunnen worden ingezet – normaliter als alle andere maatregelen hebben gefaald. Zowel seksuele delicten als strafrecht bestaan al vele jaren en uit ervaring weten we dat de sociale werking van het strafrecht zo zijn beperkingen heeft. Een reden te meer om ook, en vooral, naar toepassing van andere beheersmaatregelen te kijken.

Zonder te pretenderen dat ik de taak van een heel departement kan overdoen, illustreer ik hier graag met twee voorbeelden de manier van denken in het veiligheidsdomein, geconcretiseerd op het microniveau van het individu.

Het is gebruikelijk om in risicobeheersing en veiligheidskunde te denken vanuit het model van de ‘veiligheidsketen’, die bestaat uit de schakels: proactie, preventie, planvorming, repressie en nazorg. Door het nemen van maatregelen in iedere schakel, ontstaat een veiligheidssysteem dat risico’s beheersbaarder maakt en het gevoel van veiligheid vergroot (maar nul risico bestaat niet). Beheersmaatregelen worden in vakjargon ook wel aangeduid als ‘Lines of Defence’ (LoD - verdedigingslinies).

Scenario 1 draait om het voorkomen van het zwaarste delict in het wetsvoorstel. Wat kan een potentieel slachtoffer doen om zelf te voorkomen dat zij slachtoffer van dit delict wordt in een situatie waarin geen dwang/geweld wordt uitgeoefend? Veiligheid begint voor iedereen altijd bij

zelfredzaamheid omdat er nu eenmaal tijd verstrijkt vóór hulp arriveert. De eerste drie schakels vallen in de categorie 'voorkomen van het incident/ongeval'.

Scenario 1: vrouw wil ongewenste penetratie door (potentiële) partner voorkomen.

	Schakel veiligheidsketen	Beheersmaatregelen
1	Proactie	-Bewustwording opties, oefenen -Vermijden nabijheid potentiële dader -Vermijden fysiek contact potentiële dader
2	Preventie	-Broek aanhouden -Onderbroek aanhouden -Bij naakt: benen en billen bij elkaar en onderlichaam laag houden -Bij naakt: bekken kantelen -Bij naakt: hand voor het kruis houden
3	Planvorming	-Bepalen plaats, tijd, sfeer -Regelen communicatielijnen en bereikbaarheid en beschikbaarheid met hulp/ondersteuning
4	Repressie (zonder 'bevriezing')	-Gebruiken stem en gezicht -Gebruiken fysiek geweld -Inschakelen ondersteuning
5	Nazorg	-Evalueren eigen optreden (geleerde lessen) -Inschakelen politie, justitie (strafrecht) -Begeleiding bij verwerking zoeken

Het overzicht aan maatregelen (niet limitatief) in bovenstaand scenario laat zien dat er meerdere handelingsperspectieven zijn vóórdat de vrouw ondergaat wat zij wil vermijden en/of 'bevriest'. Of als de vrouw eerder 'bevriest', dat het fysiek onmogelijk is om tot het ongewenste scenario (penetratie) te komen. Tijd biedt opties; kies de goede. De maatregelen (Lines of Defence) in dit scenario laten zien dat een causaal verband tussen 'bevriezen' (reactie) en

ongewenste grensoverschrijding (actie) vrij eenvoudig te voorkomen is (zo lang geen (dreiging met) geweld/dwang wordt toegepast). Waarbij het (potentiële) slachtoffer een hoge mate van eigen regie in de situatie verwerft en behoudt.

Het wetsvoorstel verhoogt de straf- en civielrechtelijke kwetsbaarheid van mensen die als 'initiator' worden aangewezen. Immers, de 'initiator' krijgt een grotere verantwoordingsplicht dan 'de ander' en wordt beschuldigd van c.q. aansprakelijk gesteld voor een strafbaar feit waarvoor zware maximum straffen gelden. Daar komt bij dat, door de door het wetsvoorstel gecreëerde ongelijke rechtspositionele posities, 'de ander' een grotere kans op succes heeft bij het doen van een valse of onnauwkeurige aangifte. Wat ook in het nadeel kan uitpakken, is de ambitie van de minister en het onder zijn gezag ressorterend openbaar ministerie om tot een hoger aantal veroordelingen van 'initiators' te komen en deze als 'voorbeelden te stellen'. Dat vraagt om extra risicobeheersingsmaatregelen; om te beginnen op het gebied van proactie en preventie. Maar mocht het tot een strafzaak komen, dan zijn er als *ultimum remedium* ook repressieve mogelijkheden. Die moeten echter wel op tijd voorbereid worden (planvorming). In de praktijk zullen de meeste aangewezen 'initiators' van het mannelijk geslacht zijn.

Scenario 2: man wil veroordeling ten gevolge van verwarde (onbewust onbekwaam) of valse (bewust onbekwaam, opzet) beschuldiging van grensoverschrijdend seksueel gedrag voorkomen.

	Schakel veiligheidsketen	Beheersmaatregelen
1	Proactie	<ul style="list-style-type: none"> -Bewustwording opties, oefenen -Vermijden nabijheid potentiële dader valse/verwarde aangifte -Vermijden fysiek contact potentiële dader valse/verwarde aangifte -Selectie op uitsluitend ervaren partners, die over voldoende tolerantie en assertiviteit beschikken
2	Preventie	<ul style="list-style-type: none"> -Sturen op duidelijke communicatie en afspraken -Monitoren en registreren seksuele interactie (schriftelijk, geluid, video) (bewijsmateriaal voor in de nazorgfase) -Afbreken fysiek contact bij incoherent gedrag van partner -Nabespreken seksuele interactie en eventuele onduidelijkheden uitpraten

3	Planvorming	-Bepalen plaats, tijd, sfeer -Rechtsbijstandsverzekering
4	Repressie	-Juridische mogelijkheden optimaal benutten -Indien passend bij juridisch verweer, (sociale) media tactisch benutten
5	Nazorg	-Evalueren eigen optreden (geleerde lessen) -Bestrijden stigmatisering op basis van communicatieplan -Begeleiding bij verwerking zoeken -Bij vrijspraak: kosten verhalen

Beide scenario's zijn technocratische benaderingen van (juridisch-)seksuele veiligheidsproblematiek. Bij een verdergaande detaillering van en gedragsregulering door het strafrecht bij seksuele interacties verdient het aanbeveling dat burgers zich aanpassen aan de (nieuwe) realiteit. Vanuit een veiligheidsoptiek betekent dit, dat een meer planmatige (scenariodenken, beheersmaatregelen) en transactionele (regulering door onderhandeling en afspraken) benadering eventuele risico's beheersbaarder maakt, zodat het aantal incidenten/ongelukken afneemt. De wetgever kan burgers hierin (via een wettelijke regeling) ondersteunen. Voorkomen is tenslotte beter dan bestraffen – althans voor burgers.

Weliswaar hebben de beheersmaatregelen een technocratische insteek, maar waardenvrij zijn ze niet. Controversieel (en eventueel strafbaar) in scenario 2 kunnen zijn: de selectie van partners, de registratie van seksuele interactie en de uitvoering van anti-stigmatiserende maatregelen. Wie eenmaal als 'initiator' is aangewezen hoeft niet op hulp van de overheid te rekenen; zelfredzaamheid vraagt in dit scenario scherp calculerend gedrag om de schade zo veel mogelijk te beperken.

Ook de beheersmaatregelen in scenario 1 bevatten controversiële elementen. In de feministische seksuologie en in het vrouwenactivisme wordt het uitgangspunt dat mannen verantwoordelijk zijn voor hun eigen (grensoverschrijdende) gedrag tegenover vrouwen met verve verdedigd. Dat is een standpunt dat naadloos aansluit bij de in het wetsvoorstel gememoreerde sociale norm dat seks vrijwillig en gelijkwaardig moet zijn. Nu de minister in zijn voorstel een eind meegaat met de feministisch-activistische roep om vergroting van de strafbaarheid in seksuele interactie, komt de vraag op tafel: meer repressie (strafrecht) of een betere preventie (andere beheersmaatregelen)?

7. Gelijkheid voor de wet?

In het wetsvoorstel getuigt de minister van zijn voornemen om “het openbaar ministerie op gelijke wijze recht [te laten] doen aan [zowel] vrouwelijke als mannelijke slachtoffers.” Dat vraagt om een visie op de wijze waarop ‘gelijkheid voor de wet’ kan worden gerealiseerd in een interactie waarin juist biologische verschillen zo bepalend kunnen zijn voor gedrag en daarmee ook voor strafbaar gedrag. Immers, mannen en vrouwen verschillen deels in anatomisch en gedragspsychologisch opzicht. Zij zijn gelijkwaardig maar niet gelijk – ook niet in hun handelingen. Vanuit de voortplantingsbiologie bezien zijn mannen vooral gericht op het verwekken van kinderen en vrouwen op het krijgen van kinderen – waarbij de beide seksen een even grote kinderwens kunnen hebben. In de memorie van toelichting ontbreekt het echter geheel aan een dergelijke visie. Dit werpt de vraag op, hoe precies de minister die ‘gelijkheid voor de wet’ denkt te realiseren.

De lezer van de memorie van toelichting zou de indruk kunnen krijgen dat de minister die ‘gelijkheid voor de wet’ tracht te creëren door het negeren van verschillen in sekse en geaardheid (man/vrouw, hetero/homo enz.) en het creëren van een nieuw en ongeslachtelijk onderscheid tussen een ‘initiator’ en een ‘ander’, die volgens een zeer versimpeld interactiemodel (ook nieuw) seksueel interacteren. Om dit werkelijk ongeslachtelijk te laten zijn, is het nodig om seksuele diversiteit (seksen, genders, geaardheden) voor non-existent te verklaren – waarmee *de facto* de hele delictcategorie ‘seksuele delicten’ wordt opgeheven. De minister komt echter niet tot deze laatste twee logische gevolgtrekkingen, zodat vooralsnog niet aangenomen moet worden dat hij een werkelijk ongeslachtelijk onderscheid na streeft.

Wanneer seks in strafrechtelijke zin een interactie tussen de verschillende seksen blijft, resteert de vraag hoe de minister verschillend natuurlijk gedrag van verschillende seksen zo op strafbaarheid voor de ene en andere sekse en geaardheid corrigeert, dat zij voor de wet gelijkwaardig blijven. Genitaliën aan en openingen in het onderlichaam van de verschillende seksen vragen van de ongelijke actors *beheersing* van het onderlichaam en *complementair gedrag* aan elkaar (innemen van ‘standjes’ en/of gebruiken van handjes), om tot een voltooide geslachtsgemeenschap te kunnen komen – en dat geldt, tot het tegendeel is aangetoond, ook bij ‘bevrozing’. Lichaamsopeningen zijn zo tussen benen en billen gesitueerd dat zij niet zonder meer bereikbaar zijn. Bereikbaarheid van die openingen berust over het algemeen op beschikbaarheid voor interactie en beschikbaarheid berust op de wil – die in een actieve of passieve beweging tot uiting wordt gebracht. Anders geformuleerd: zal dit wetsvoorstel, waarin het verschil tussen de seksen wordt genegeerd, er niet gewoon toe leiden dat de ene sekse (man) door het justitieel systeem vaker tot dader (‘initiator’) wordt aangewezen en de andere sekse (vrouw) vaker tot slachtoffer (‘de ander’)? Dat zou de door de minister beoogde ‘gelijkheid voor de wet’ uithollen, dus een ministeriële visie daarop zou geen overbodige luxe zijn. Niet in de laatste plaats omdat de minister de ‘dadergroep’ wil vergroten en vaker wil bestraffen en zich daartoe bedient van een nieuw strafrechtelijk instrument dat berust op het creëren van ongelijkwaardigheid c.q. het ongelijk verdelen van verantwoordelijkheid (en strafrechtelijke risico’s) over de actoren tijdens hun seksuele interactie.

8. Over de mensenrechten?

De benadering van art. 239 in het wetsvoorstel die mensenrechtenorganisatie Amnesty International kiest (zie de inbreng van Amnesty International op het Voorstel Wet seksuele misdrijven van 3 augustus 2020), biedt helaas geen oplossing voor de bovengeschetste problematiek. Zo concludeert Amnesty dat “er op dit moment geen verantwoordelijkheid [rust] op de verdachte om actief te onderzoeken of de ander wel instemt met de seks.” Hier lopen, net zoals in het wetsvoorstel, verleden, tegenwoordige en toekomstige tijd impliciet door elkaar. Tenzij men er van uit gaat dat de verdachte reeds bekend is vóór het begin van de seksuele interactie. Dat betekent dat ook Amnesty redeneert vanuit een situatie waarin de onderzoeksplicht slechts bij één actor berust en Amnesty een ongelijkwaardige interactie als norm voorstelt – in strijd dus met de sociale norm waaraan de minister refereert. Dit zou, rechtstheoretisch, op te lossen zijn door verzuim van de onderzoeksplicht bij *beide* actoren te bestraffen en hen beiden dus even veel verantwoordelijkheid toe te kennen. Aan de wederzijdse instemming wordt dan, in lijn met de sociale norm van gelijkwaardigheid, een wederzijdse verplichting en gelijke bestraffing gekoppeld.

Maar ook in de benadering van Amnesty wordt de complexiteit van communicatie tijdens seksuele interactie gereduceerd tot een ‘ja/nee’ en ‘wil/onwil’. Daarbij wordt gekozen voor de wilsbepaling in *enkelvoud*. De vraag hoe ‘toestemming’ (wilsbepaling en –uiting) tot stand komt, kenbaar wordt gemaakt en in het politieonderzoek en de rechtszaak objectief gereproduceerd moet worden, gaat ook Amnesty uit de weg. Opvallend aan de redenering van Amnesty is, dat alle seks zonder de onbepaalde toestemming als verkrachting wordt gezien. Waar eenmalige wederzijdse toestemming is, vervallen bij Amnesty blijkbaar de delictsoorten ‘aanranding’ en ‘verkrachting’. Dat Amnesty daar bij vermeldt dat een eenmaal gegeven toestemming op ieder moment ingetrokken kan worden is sympathiek, maar een uitwerking en concretisering van dit uitgangspunt ontbreekt volledig – evenals in het wetsvoorstel. Daarbij past de kanttekening dat Amnesty het begrip ‘verkrachting’ op drie verschillende manieren invult, die ook nog eens door elkaar lopen. Zo wordt het begrip ‘verkrachting’ gebruikt in de betekenis zoals in het huidige Wetboek van Strafrecht, in de betekenis van ‘seks zonder dwang’ en in de betekenis van ‘seks zonder wederzijdse instemming’. Dit maakt het betoog tamelijk onnavolgbaar, tenzij de lezer zich welwillend conformeert aan de doel-middel-redenering van Amnesty. Een type redenering die, mede dankzij een ontbrekende verklarende en objectiverende context, ook in het in opdracht van Amnesty door I&O Research uitgevoerde meningsonderzoek terug te vinden is (zie voetnoot 2 in de inbreng van Amnesty International op het Voorstel Wet seksuele misdrijven van 3 augustus 2020). Een “onafhankelijk” onderzoek waarop Amnesty zich beroept.

Het door Amnesty nagestreefde doel is daarbij *alle* seksuele handelingen (van ongewild aaien tot ongewilde driefvoudige penetratie met ongewilde zweepslagen) zonder wederzijdse toestemming bij wet tot verkrachting te verklaren en conform te bestraffen. Waar Amnesty de minister verwijt een onderscheid te zien tussen verkrachting en andere ‘seksuele handelingen tegen de wil’, wil de mensenrechtenorganisatie juist toe naar een uniformering en gelijkschakeling van wat ‘seks’ zou zijn met daarin een totalitaire werking van het woord ‘verkrachting’. Seksuele gedragingen en de bijbehorende uitingen/communicatie in al hun variaties worden per decreet afgeschaft (ongeacht de menselijke praktijk) want alles is

verkrachting, tenzij degene die zich achteraf als slachtoffer bij politie en justitie heeft gemeld moet toegeven dat er een 'ja' is geknikt, gevoeld of uitgesproken. Waarbij het Amnesty blijkbaar om het even is waarop dat 'ja' is geuit.

Amnesty International tracht daarmee de minister te overtreffen in repressie en strafmaximalisatie, omdat zowel het aantal verkrachtingsdelicten zal groeien als het aantal aan burgers opgelegde jaren in hechtenis. Evenals de minister, beoogt de mensenrechtenorganisatie hiermee een vrouwenemancipatorische en feministische agenda te dienen, maar streeft geen reductie na van het aantal slachtoffers. Hoe de veronderstelde werking uitgaat van repressiesymboliek die van strafmaximalisatie bestaat, laat ook Amnesty in het midden.

In de inbreng op het wetsvoorstel valt te lezen: "Amnesty International tornt uiteraard niet aan de onschuldpresumptie" en verwijst daarbij naar "de regels voor een eerlijk proces". Maar tegelijkertijd bepleit Amnesty dat (alleen) de verdachte zijn onschuld moet aantonen door uit te leggen "welke stappen hij of zij heeft ondernomen om zich er van te vergewissen dat de ander instemming gaf voor de seks." Amnesty tornt dus, net als de minister, wèl aan de onschuldpresumptie van de verdachte! En rechtvaardigt dat door te stellen dat aldus "het slachtoffer niet meer hoeft te bewijzen dat er geweld of dwang heeft plaatsgevonden". De onschuldpresumptie heeft uitsluitend betrekking op de verdachte; niet op zijn advocaat, de officier van justitie, de griffier, de rechter, de rechtbankjournalist of het vermeende slachtoffer. Denkt men bij Amnesty echt dat het slachtoffer de eigen onschuld moet bewijzen? En als dat niet lukt, dat het slachtoffer dan door de rechter wordt veroordeeld? Of gaat het hier om een retorische truc die tot doel heeft bij voorbaat de schuld bij de vermeende verdachte te leggen en het vermeende slachtoffer te vrijwaren van eigen verantwoordelijkheid en bovendien te lauweren met een geloofwaardigheid die boven iedere twijfel is verheven? Eén van de regels voor een eerlijk proces is: wie beschuldigt moet overtuigend aantonen. Wie dat afschaft, zoals Amnesty bepleit, manoeuvreert het (mensen)rechtssysteem op een sterk hellend vlak.

Amnesty keert zich tegen de 'mythe' dat bij seksuele interactie een contract zou moeten worden ondertekend "zoals sommige tegenstanders van aanpassing van de wet beweren." Ook dit is een omkering. De burgers die de mensenrechtenorganisatie op de korrel wil nemen, dat zijn de verdachten wier onschuldpresumptie is ontnomen (mede) op voorspraak van Amnesty, doen er verstandig aan (eventueel heimelijk) bewijsmateriaal te verzamelen om hun onschuld te kunnen aantonen. Dat kan in de vorm van een contract, maar een videoregistratie van de seksuele interactie zou harder bewijs zijn. Ook als dat strafbaar is, kan het een strafvermindering opleveren ten opzichte van de straf op het delict waarvan men is beschuldigd. Het gaat dus niet om een mythe, maar om een effectieve vorm van risicobeheersing.

De volgende denkfout in het betoog van Amnesty International is de stelling dat het ministeriële rechtsprincipe van een 'nee is nee'-benadering niet uitgaat van "de seksuele autonomie van het individu. Alleen een 'ja' is een 'ja'", stelt Amnesty. 'Nee' is dus *niet* 'nee', althans volgens Amnesty. Waarom de seksuele autonomie van het individu niet gegeven zou zijn wanneer dit individu *op ieder moment* 'nee' kan zeggen én daaraan een recht kan ontleen, is raadselachtig. Maar blijkbaar *won't take Amnesty 'no' for an answer*. Het rechtsprincipe dat alleen een 'ja' een 'ja' is, brengt het vermeende toekomstige slachtoffer in een positie waarin een éénmalig 'ja' een

'ja' is op *alle* seksuele handelingen die daarna plaats vinden (de enkelvoudsvariant). Dus ook ongewilde handelingen, want een rechtswerkend 'nee' daarop wordt door Amnesty niet erkend. En bij een meervoudsvariant (in de aaneenschakeling van momenten en seksuele handelingen in de tijd) brengt deze stellingname van Amnesty het vermeende toekomstige slachtoffer in een rechtspositie waarop hij/zij op *iedere volgende* seksuele handeling die plaats vindt een 'ja' moet zeggen of mag zwijgen (zonder rechtsgevolgen voor de vermeende toekomstige dader). Want een 'nee' is 'nee' wordt door Amnesty niet erkend. Amnesty ziet dus over het hoofd dat het 'nee' is 'nee'-principe in de meervoudsvariant het vermeende toekomstige slachtoffer meer flexibiliteit biedt, efficiënter is (minder vaak nodig) en effectiever is (betere sturing op het voorkomen/afbreken van ongewilde handelingen) dan een 'ja' is 'ja'-principe. De afwijzing door Amnesty van het 'nee' is 'nee'-principe werkt contraproductief voor de potentiële vermeende slachtoffers die de organisatie zegt te willen beschermen.

Amnesty International pretendeert op te komen voor de mensenrechten (inclusief gelijke rechten voor de verschillende seksen). Het wetsvoorstel overziend, verdient het aanbeveling dat de mensenrechtenorganisatie de eigen opvattingen over seksuele interactie tussen mensen en over het wetsvoorstel nog eens toetst aan de eigen stellingname: "Stereotypen en mythen over verkrachting dienen op alle niveaus van de samenleving te worden aangepakt en belemmeringen voor de toegang tot het recht dienen te worden weggenomen."

9. Kiezen in veiligheidsproblematiek: een moreel vraagstuk

Een betere preventie, en dan met name een verhoging van de zelfredzaamheid, kan aan feministisch-activistische zijde op weerstand stuiten, omdat dat raakt aan het dogma dat niet vrouwen hun leven moeten beteren maar mannen. Bij voorkeur álle mannen, en het verhogen van hun kwetsbaarheid via het strafrecht wordt daarvoor door hen (en de minister) als geëigend middel gezien. Dat neemt overigens niet weg dat ook in de seksuele praktijk een verschil zit tussen gelijk hebben en gelijk krijgen. Net zoals in de eigendomspraktijk, waarin inbreken/roven is verboden omdat het oneerlijk is, maar de kortste weg naar succes is het installeren en gebruiken van inbraakbestendig hang- en sluitwerk. De effectiviteit van repressie (strafrecht) bij slachtofferreductie is veel lager dan de effectiviteit van preventie (voorkomen van slachtoffers en schade). Maar preventie (met name zelfredzaamheid) betekent extra inspanningen aan vrouwelijke zijde, terwijl het feministisch dogma eist dat het juist de mannen zijn die extra inspanningen moeten leveren.

Daar komt bij dat Nederland een rijke 'slachtoffercultuur' kent. Slachtoffers worden graag (in de media) gezien, zijn geliefd en we komen voor hen op. Deze sociale betrokkenheid en solidariteit met kwetsbaren hebben ook een keerzijde: er is weinig tot geen ruimte om kritisch naar het gedrag van slachtoffers te kijken – ook niet als zij uitsluitend zelfbenoemd zijn en/of een eigen aandeel hebben in het leed wat hen naar eigen zeggen is aangedaan. Zie de #Metoo-beweging. Wie er in slaagt het eigen slachtofferschap geloofwaardig te maken is vrijwel boven iedere twijfel verheven. In het huidige strafrecht wordt dat slachtofferschap bij seksuele interactie echter pas erkend als juridisch sprake is van 'onvrijwilligheid' en 'onvermijdbaarheid'. En juist deze drempel wil de minister met zijn wetsvoorstel slechten.

De strijd om het slachtofferschap bij seksuele interactie wordt ook via de media gevoerd. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel verwijst de minister daar naar. Wat daarbij opvalt, is aan de ene kant de hoge attentiewaarde van seksueel slachtofferschap en aan de andere kant het onvermogen en/of de onwil van *talkshowhosts* en journalisten om kritisch door te vragen op feiten, omstandigheden en de aaneenschakeling die tot het slachtofferschap zouden hebben geleid. Bij onvrijwillige seks zonder geweld ligt het voor de hand om te vragen: “wanneer en waarom trok je je broek uit? En je onderbroek? Heb je je benen gespreid *nadat* je ‘bevoren’ raakte?” Enzovoort. Impertinente vragen, dat zeker, maar nodig om te achterhalen wanneer de verantwoordelijkheid voor de ongewilde seksuele interactie voor de één eindigde en voor de ander verdubbelde. Dat gebeurt niet en seks-tegen-de-wil-van-de-ander heeft in het (sociale) medialandschap daardoor een bijzonder hoog mystiek gehalte. De vraag is echter of de onnavolgbare representatie van problematische seksuele interactie in media en maatschappij rechtvaardigt om een deel van de rechtsbescherming in het strafrecht van de bij wetsvoorstel aangewezen dadergroep (de ‘initiators’) op te heffen.

Het wetsvoorstel beoogt dat wel. Niet door middel van het verhogen van de begrijpelijkheid (navolgbaarheid) van seksuele interactie en daaruit normerende en praktische lessen te trekken, maar juist door afschaffen van het juridisch instrument om tot die navolgbaarheid te kunnen komen. De noodzaak om te leren van seksuele interactie wordt voor de helft van de deelnemers afgeschaft. Actors hoeven volgens het wetsvoorstel alleen nog maar te weten (en eventueel door schade en schande bij te leren) hoe het eenvoudige interactiemodelletje van justitie moet worden ingevuld, waarbij de passieve actor (het ‘slachtoffer’) bij voorbaat van consequenties is gevrijwaard. Een juridische spitsvondigheid die lijkt bij te dragen aan een activistische emancipatieagenda, maar die hoogstwaarschijnlijk geen werkelijke slachtofferreductie van enige betekenis tot gevolg zal hebben.

Vér voordat de natuurwetenschappelijke term ‘tonische immobiliteit’ werd geadopteerd door een niche in de sociale wetenschappen, werden de drie mogelijke schrikreacties op een (levens)bedreigende situatie al algemeen gebruikt. Vanuit veiligheidsoptiek zijn ‘vechten’ en ‘vluchten’ bij mensen functionele reacties op gevaar (mits goed toegepast) en ‘bevriezen’ geldt als disfunctioneel. Disfunctioneel, omdat het een (tijdelijke) verhindering van effectief optreden is die een eind had kunnen maken aan de bedreiging. De automobilist die ‘bevriest’ bij de tegenligger op de eigen weghelpt, botst. De parachutist wiens parachute niet opent, die ‘bevriest’ en dus geen gebruik maakt van de noodparachute, zal sterven. Wie de woningbrand niet blust of vlucht, trekt ook aan het kortste eind. Zelfredzaamheid kan schade voorkomen en levens redden. In dat soort situaties helpt het niet om een ander op zijn verantwoordelijkheid te wijzen. Eerst handelen, daarna de rommel opruimen én leren van ervaringen. Dat soort praktische levenskunst noemen we risicobeheersing en kan aangeleerd en getraind worden. Disfunctionele reflexen kunnen worden voorkomen en afgeleerd. Tenzij het onbespreekbaar is, omdat een dogma alles bevriest.

De minister is niet duidelijk over de herkomst van zijn voorstel om het strafrecht te verruimen met het concept van ‘seks tegen de wil’, noch toont hij de noodzakelijkheid daarvan aan. Het ligt echter voor de hand dat hij met de invoering van art. 239 tegemoet wil komen aan pressiegroepen met vrouwenemancipatorische en –activistische doelen, die verbonden zijn met

de feministische seksuologie en belangenbehartigers van slachtoffers van seksueel grensoverschrijdend gedrag. Alhoewel de minister “niet zo ver [gaat] dat het verrichten van seksuele handelingen zonder expliciete, vooraf gevraagde goedkeuring strafbaar wordt”, zoals Amnesty International zegt te bepleiten, probeert hij met dit wetsvoorstel voorvechters van vrouwenrechten via het strafrecht wel een tactisch voordeel te bezorgen in hun strijd tegen de andere sekse – door die andere sekse kwetsbaarder te maken dan hij zou zijn bij een gelijke behandeling en rechtsgelijkheid in ‘seksuele interactie bij machtsevenwicht’. En van dat tactisch voordeel wil hij ook zelf in politieke zin profiteren, door zich te profileren met ‘daadkracht tegen daders’.

Onder het wetsvoorstel zitten dus tenminste twee morele vraagstukken. Het eerste is: mag de minister het strafrecht gebruiken om delen van de bevolking tegen elkaar uit te spelen voor eigen politiek gewin? Hier koerst het wetsvoorstel wel op.

En het tweede is: doet de minister voldoende in het voorkomen van nieuwe slachtoffers door het creëren van nieuw ouderschap en de hem ter beschikking staande middelen via dit wetsvoorstel uitsluitend te bestemmen voor het bestrijden van de door hem gecreëerde daders? In zijn huidige vorm bevat het voorstel een keuze voor het laatste. Maar is genoeg gedaan vóórdát wordt ingezet op uitbreiding van het *ultimum remedium*?

Delfzijl 16 augustus 2020