

Het Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven; de oplossing voor het verouderde art. 242 Sr?



Auteur: Noortje Stuurman
Studentnummer: 2526492
Opleiding: Master Rechtsgeleerdheid
Afstudeerrichting: Strafrecht
Onderwijsinstelling: Vrije Universiteit van Amsterdam
Studiejaar 2020-2021
Datum van inleveren: juni 2021
Begeleider: S.S. Buisman

Voorwoord

Na een zeer interessante en leerzame rondleiding op de zedenafdeling van Politie Amsterdam was mijn keuze voor dit scriptieonderwerp gemakkelijk gemaakt. Direct nadat ik mij had ingelezen in het onderwerp was ik verbaasd over het feit dat iets wat zo in opspraak is in de samenleving, al zo lang ongewijzigd in het Wetboek van Strafrecht staat. De noodzaak voor het Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven was voor mij duidelijk. Maar hoe gaat de wetgever dat aanpakken en komt hij met oplossingen? Dat leek mij interessant om te onderzoeken.

Ten tijde van het schrijven van mijn scriptie is het voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven in consultatie gegaan (op 12 mei 2020). De minister kwam toen met het voorstel een artikel in te voeren die seks tegen de wil strafbaar stelt. Op deze consultatie kwamen ongelofelijk veel reacties. Er werd vooral kritiek geuit op het feit dat seks tegen de wil niet een apart artikel moest krijgen, maar ook verkrachting moest gaan heten. Naar aanleiding van de vele kritieken kwam de Minister van Justitie en Veiligheid met een nieuw Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven. Een kleine tegenvaller voor mijn scriptie, maar een grote verbetering voor de toekomstige Titel XIV. Het nieuwe wetsvoorstel zit veel beter in elkaar. De artikelen zijn duidelijker en het voormalige artikel over seks tegen de wil valt nu onder ‘schuldverkrachting’. Op 8 maart 2021 is het wetsvoorstel opnieuw in consultatie gebracht. Ik zal dan ook gebruik maken van de mogelijkheid om mijn stuk in consultatie te brengen.

Mijn grote dank gaat uit naar mijn begeleidster Sanne Buisman. Zij heeft mij altijd gemotiveerd. Ondanks deze moeilijke tijd waarin de universiteiten dichtgingen en de wereld in lockdown, is het contact is altijd goed geweest. Ik heb veel van haar geleerd.

Ik wens u veel leesplezier toe!

Inhoudsopgave

VOORWOORD	2
INLEIDING.....	5
1 Inleiding	5
2 Probleemstelling	7
3 De onderzoeksmethode.....	8
HOOFDSTUK 1 DE HUIDIGE STRAFBAARSTELLING.....	10
1.1 Inleiding.....	10
1.2 Ratio artikel 242 Wetboek van Strafrecht.....	10
1.3 Reikwijdte artikel 242 Wetboek van Strafrecht.....	12
1.3.1 'Geweld'	13
1.3.2 'Andere feitelijkheid'	13
1.3.3 'Bedreiging (met geweld)'	14
1.3.4 'Seksueel binnendringen van iemands lichaam'.....	15
1.3.5 'Dwingen' en daarbij behorende 'opzet'	15
1.4 Conclusie	17
HOOFDSTUK 2 HET WETSVOORSTEL SEKSUELE MISDRIJVEN	18
2.1 Inleiding.....	18
2.2 De ratio	18
2.3 De reikwijdte.....	21
2.3.1 Artikel 239 Definitiebepaling.....	21
2.3.2 Artikel 242 Schuldverkrachting	22
2.3.3 Artikel 243 Opzetverkrachting, gekwalificeerde opzetverkrachting	24
2.4 Vergelijking voorontwerp wetsvoorstel en nieuw wetsvoorstel.....	25
2.5 Conclusie	26
HOOFDSTUK 3 COMPLICATIES EN GEZICHTSPUNTEN UIT DE RECHTSPRAKTIJK.....	27
3.1 Inleiding.....	27
3.2 Methodologie	27
3.3 Resultaten.....	28
3.3.1 Algemene gezichtspunten	31
3.3.2 Gezichtspunten dwingen door geweld	32
3.3.3 Gezichtspunten dwingen door andere feitelijkheid.....	34
3.3.4 Gezichtspunten verzet	36
3.4 Conclusie	37
HOOFDSTUK 4 BIEDT HET WETSVOORSTEL SEKSUELE MISDRIJVEN EEN OPLOSSING VOOR DE COMPLICATIES?	38
4.1 Inleiding	38
4.2 Internationale verplichtingen	38
4.3 Aangiftebereidheid.....	39

4.4 Afschrikwekkend effect.....	39
4.5 Verzet als vereiste.....	40
4.6 Aanscherping van de zedenwetgeving.....	41
4.7 Modernisering en het verschil tussen maatschappelijk en juridisch perspectief.....	42
4.8 Verantwoordelijkheid ligt te veel bij het slachtoffer.....	43
4.9 Onvrijwilligheid én onvermijdbaarheid.....	44
4.10 Conclusie.....	45
CONCLUSIE EN DISCUSSIE.....	47
1 Conclusie.....	47
2 Discussie.....	49
LITERATUURLIJST.....	51

Inleiding

1 Inleiding

De maatschappelijke omtrent seks zijn door de jaren heen aan verandering onderhevig geweest. Rond de jaren zestig vond in Nederland de zogenaamde Seksuele Revolutie plaats. Deze Seksuele Revolutie zorgde ervoor dat taboes rondom seks werden verbroken. Echter, ook de schaduwzijde van seks kwam aan het licht. Seksueel misbruik werd daardoor zichtbaar.¹ Een ander belangrijk kantelpunt met betrekking tot seksueel misbruik, en in bredere zin ‘seksueel grensoverschrijdend gedrag’, is de #MeToo-beweging. In 2006 richtte activiste Tarana Burke, onder het mom van ‘me too’, een organisatie op om seksueel grensoverschrijdend onder de aandacht te brengen. In oktober 2017 startte de Amerikaanse actrice Alyssa Milano de hashtag ‘#MeToo’ op Twitter. MeToo werd een hashtag die wereldwijd werd gebruikt om ervaringen met seksueel grensoverschrijdend gedrag te delen, dit gedrag aan de kaak te stellen en de taboe rondom seksueel geweld te doorbreken. De hashtag werd een beweging die leidde tot vele discussies rondom seksueel grensoverschrijdend gedrag in de maatschappij en de politiek.²

De Minister van Justitie en Veiligheid Ferdinand Grapperhaus schrijft op 22 mei 2019 naar aanleiding van deze discussie een brief aan de Tweede Kamer.³ Hij merkt daarin op dat er een verschil bestaat tussen wat maatschappelijk wordt gezien als seksueel grensoverschrijdend gedrag en wat strafrechtelijk wordt gezien als seksueel grensoverschrijdend gedrag. De huidige strafrechtelijke bescherming schiet te kort en is dus toe aan verandering. Niet alleen ernstige vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag, maar ook lichtere vormen worden maatschappelijk sterker afgekeurd dan voorheen. De minister wil de huidige strafrechtelijke norm meer in lijn brengen met de sociale norm die nu heerst. Grapperhaus stelt dat het slachtoffer van seksueel geweld door de te hoge lat voor vervolging pas strafrechtelijke bescherming krijgt, indien kan worden bewezen dat sprake is geweest van verzet of ten minste een handelingsonvrijheid bij het slachtoffer die de afwezigheid van verzet kan verklaren.⁴ In de literatuur zijn de meningen over het moeten bewijzen van verzet, voordat sprake kan zijn van verkrachting, verdeeld. Volgens Scheurs, Van der Ham en Hamers blijkt na onderzoek in de rechtspraak dat verzet een indicatie is dat het seksuele contact ongewenst was. Echter, het uitblijven van verzet betekent niet per definitie dat het slachtoffer met de handelingen instemde. De conclusie die Grapperhaus trekt – dat veroordeling voor verkrachting alleen mogelijk is als verzet wordt aangenomen – is volgens de auteurs van het onderzoek in de rechtspraak onjuist.⁵ Ter Haar, Kesteloo en Korthals komen ook tot deze conclusie. Maar uit de analyse van hun jurisprudentieonderzoek blijkt ook dat onder het huidige artikel 242 Sr situaties onbestraft

¹ G. Hekma, ‘De klemmen van lust: de ontwikkeling van het plezier sinds de seksuele revolutie’, *Etnofoor* 1994/7, afl. 2, p. 5-6; C. Wouters, ‘De lustbalans van liefde en seks. Ontwikkelingen sinds de seksuele revolutie’, *Amsterdam Sociologisch Tijdschrift* 1995/22, afl. 2, p. 372-373.

² J. Janssen, ‘Eén jaar na #MeToo: hoe nu verder? Een blik vanuit een criminologisch perspectief’, *Tijdschrift voor Seksuologie* 2018/42, afl. 3, p. 98.

³ Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid van 22 mei 2019, 2574955.

⁴ Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid van 22 mei 2019, 2574955, p.1-4; *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 4.

⁵ L.E.M. Scheurs, J. Van der Ham & L.E.M. Hamers, ‘Dwang bij misdrijven tegen de zeden in het afgelopen decennium’, *Delikt en Delinkwent* 2019/59, afl. 9, p. 15-16.

blijven die naar de huidige maatschappelijke opvattingen wel een strafrechtelijke reactie behoeven.⁶

Het misdrijf verkrachting is onder de huidige wetgeving opgenomen in art. 242 Sr onder titel XIV Misdrijven tegen de zeden. De delictsomschrijving van het huidige art. 242 Sr valt uiteen in een vijftal bestanddelen.⁷ De focus van deze scriptie ligt vooral op het bestanddeel ‘dwingen’ en het daarbij behorende ‘opzet’. De Hoge Raad stelt dat dwingen betekent ‘het opzettelijk veroorzaken dat het slachtoffer in de in dat artikel bedoelde handelingen tegen haar wil heeft ondergaan’.⁸ ‘Opzet’ is een bijkomend onderdeel van het bestanddeel ‘dwingen’. Het bestanddeel brengt een onvrijwilligheid én onvermijdbaarheid mee aan de zijde van het slachtoffer.⁹ De delictsomschrijving is sinds 1991 niet meer gewijzigd. Daarentegen zijn de grenzen van wat de samenleving als acceptabel gedrag beschouwd, opgeschoven. Meer vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag lijken vaker te worden afgekeurd dan voorheen.¹⁰ Het wetsartikel moet aldus gemoderniseerd worden om te kunnen voldoen aan de maatschappelijke ontwikkelingen rondom seksueel grensoverschrijdend gedrag.¹¹ De huidige zedenwetgeving is toe aan veranderingen.

Bijna een jaar na de Kamerbrief in mei 2019 komt de minister met een eerste voorontwerp voor het Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven,¹² een half jaar later met het wetsvoorstel.¹³ Het wetsvoorstel moet leiden tot de modernisering en aanscherping van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag, om de complicaties van het verkrachtingsdelict op te lossen. De minister stelt dat de nieuwe strafbaarstelling van seksuele misdrijven beter zal aansluiten bij de maatschappelijke realiteit. De huidige Titel XIV Misdrijven tegen de zeden in Boek 2 van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) zal vervangen worden door een nieuwe Titel XIV Seksuele misdrijven.¹⁴ Het wetsvoorstel bevat een verruiming van de huidige strafrechtelijke bescherming tegen aanranding en verkrachting. Beide delicten krijgen drie verschillende delictsvormen; een bewuste schuldvariant, een opzetvariant en een gekwalificeerde variant. De ondergrens komt te liggen bij een ernstige reden hebben om te vermoeden dat de seksuele handelingen plaatsvinden tegen de wil van de ander.¹⁵ Met de nieuwe strafbaarstelling zal van eenieder worden verwacht dat wanneer de feiten en omstandigheden daartoe aanleiding geven, zij moeten nagaan of de ander het seksuele contact wil. Er komt dus meer verantwoordelijkheid te liggen bij degene die het verdergaande

⁶ R. Ter Haar, L. Kesteloo & N.A. Korthals, ‘De strafbaarstelling van seks tegen de wil: een eerste verkenning van het juridische landschap’, *Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht* 2019/100, afl. 37, p. 8.

⁷ Verkrachting, Stb. 1991, 519.

⁸ HR 16 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9883, r.o. 5.3.

⁹ K.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*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 220-223.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 1-4; op de website wetten.overheid.nl is het wijzigingenoverzicht van art. 242 Sr terug te vinden. De laatste wetswijziging is gedaan op 9 oktober 1991, Stb. 1991, 519.

¹¹ *Kamerstukken II* 2019/20, 29279, 592, p. 1-3.

¹² *Kamerstukken II* 2019/20, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven.

¹³ *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2019/20, 29279, 592, p. 1-3.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 10.

seksuele contact initieert. Op deze manier wordt getracht de problemen die de huidige verkrachtingsbepaling met zich meebrengt, weg te nemen.¹⁶

2 Probleemstelling

Dit onderzoek stelt de toepassing van het verkrachtingsdelict in de praktijk centraal en toetst of de uitbreiding van de reikwijdte van het strafrecht – in het licht van de praktijk – op dit punt noodzakelijk is en een oplossing biedt voor de complicaties die de minister schetst. In deze masterscriptie staat de volgende probleemstelling centraal:

In hoeverre doen de door de minister geschetste complicaties zich voor bij berechting van verkrachtingszaken op grond van art. 242 Sr en in hoeverre biedt het Wetsvoorstel Seksuele misdrijven daarvoor een oplossing?

De centrale onderzoeksvraag valt uiteen in de volgende deelvragen:

1. Wat is de ratio en reikwijdte van de huidige strafbaarstelling?
2. Wat is de ratio en reikwijdte van de nieuwe strafbaarstelling?
3. Welke gezichtspunten en complicaties komen voort uit de rechtspraak die betrekking heeft op art. 242 Sr?
4. Doen de complicaties die de minister schetst zich voor in de rechtspraak in het kader van de bestanddelen ‘dwingen’ en ‘opzet’ uit het huidige art. 242 Sr?
5. Worden de complicaties van de bestanddelen ‘dwingen’ en ‘opzet’, die zich voordoen in de rechtspraak, weggenomen met invoering van het nieuwe Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven?

Elke deelvraag zal worden behandeld in een eigen hoofdstuk. Hoofdstuk 1 zet de ratio en reikwijdte van de huidige strafbaarstellingen van verkrachting in de zin van art. 242 Sr uiteen. Hoofdstuk 2 beschrijft de ratio en reikwijdte de nieuwe strafbaarstelling uit het Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven. De daarop volgende hoofdstukken zullen worden behandeld aan de hand van het jurisprudentieonderzoek. Hoofdstuk 3 bevat een uiteenzetting van gezichtspunten uit de rechtspraak, de derde deelvraag. Hoofdstuk 4 beantwoordt de vierde en vijfde deelvraag tezamen. Tot slot wordt in de conclusie en discussie antwoord gegeven op de centrale onderzoeksvraag en eventuele aanbevelingen voor verder onderzoek gedaan.

3 De onderzoeksmethode

In deze scriptie zal, om de onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden, gebruik worden gemaakt van literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Verschillende bronnen als (inter)nationale wet- en regelgeving, jurisprudentie, parlementaire stukken en wetenschappelijke artikelen zullen worden gebruikt.

De eerste twee deelvragen beslaan de ratio en reikwijdte van de huidige wetgeving en het nieuwe wetsvoorstel. Voor beantwoording van deze deelvragen is voornamelijk de wets- en

¹⁶ Kamerstukken II 2019/20, 29279, 592, p. 1-3.

parlementaire geschiedenis van belang. Onder andere wordt gebruik gemaakt van de Kamerbrief van Minister Grapperhaus¹⁷, het wetsvoorstel¹⁸ en de daarbij behorende memorie van toelichting.¹⁹ Ook de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot de huidige strafbaarstelling van verkrachting uit art. 242 Sr komt aan bod. Daarnaast wordt aandacht besteed aan de maatschappelijke ontwikkelingen rondom seksueel grensoverschrijdend gedrag. Voor een uiteenzetting van de opinie van de maatschappij worden verschillende rechts- en sociaalwetenschappelijke artikelen gebruikt.

De derde deelvraag wordt beantwoord aan de hand van juridisch-empirisch onderzoek. Met behulp van het jurisprudentieonderzoek worden gezichtspunten en complicaties geformuleerd die naar voren komen bij het bestanddeel ‘dwingen’ en het daarbij behorende ‘opzet’ uit art. 242 Sr. Om een goed beeld te krijgen van de ontwikkelingen in het strafrecht beslaat het jurisprudentieonderzoek ene periode van tien jaar, daarbij worden de uitspraken van rechtbank in de jaren 2011 tot en met 2020 bekeken. Alleen de zaken waarin de verdachte is vrijgesproken op grond van het bestanddeel ‘dwingen’ en het daarbij behorende ‘opzet’ zullen worden meegenomen. Daarbij zal extra aandacht worden besteed aan de vraag of er ondanks de vrijspraak, sprake was van onvrijwilligheid aan de zijde van het slachtoffer. De minister is van mening dat de lat voor een veroordeling te hoog ligt en dus te snel een vrijspraak zal volgen. Hij hoopt met het nieuwe wetsvoorstel onder andere dit probleem op te lossen.²⁰ Verder is voor het onderzoek alleen de feitenrechtspraak van belang, daarom zullen alleen rechtbanken en gerechtshoven worden meegenomen in het onderzoek. De feitenrechter voert het onderzoek te terechtzitting uit en beantwoordt de formele en materiële vragen.²¹ Uit beantwoording van deze vragen zullen de gezichtspunten geformuleerd kunnen worden.

Om tot beantwoording van de vierde deelvraag te komen is het noodzakelijk de uitspraken die een specifieke motivering bevatten over de toepassing van de bestanddelen ‘dwingen’ en ‘opzet’ uit te lichten en te gebruiken in het jurisprudentieonderzoek. Een dergelijke motivering over het bestanddeel dwingen beantwoordt de vragen; of sprake is van dwang, waarom de rechter tot dat oordeel komt en of verzet moet zijn gebleken. Zo wordt getoetst of de door de minister genoemde complicaties van het huidige art. 242 Sr, ook als zodanig in de rechtspraak naar voren komen. De empirische gegevens in dit onderzoek bestaan dus uit een dergelijke motivering van de rechter over de bestanddelen ‘dwingen’ en ‘opzet’ en het daarbij komende ‘verzet’, met eventuele gezichtspunten over de toepassing van deze bestanddelen.

De vijfde deelvraag gaat in op de beantwoording van de vraag of het nieuwe wetsvoorstel de complicaties van het huidige art. 242 Sr wegneemt. In het jurisprudentieonderzoek moet daarom ook aandacht worden besteed aan de zaken waarin wordt vrijgesproken, maar er toch sprake is van onvrijwilligheid aan de zijde van het slachtoffer. Er wordt onder andere gekeken

¹⁷ Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid van 22 mei 2019, 2574955, p. 1-6.

¹⁸ *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven.

¹⁹ *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven.

²⁰ *Kamerstukken II 2019/20*, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 3; *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 40.

²¹ M.J. Kronenberg & B. de Wilde, *Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 268.

of de vrijgesproken verdachten wél kunnen worden veroordeeld aan de hand van de nieuwe strafbaarstellingen.

Tot slot, verkrachting is een zeer gevoelig onderwerp. Vanwege de kwetsbaarheid wordt zo voorzichtig mogelijk met het onderwerp omgegaan en worden de woorden zorgvuldig gekozen. Er kan en mag nooit geïmpliceerd worden dat het slachtoffer enige schuld zou hebben aan verkrachting.

Hoofdstuk 1 De huidige strafbaarstelling

1.1 Inleiding

Het huidige wettelijke kader wordt gevormd door art. 242 Sr, verkrachting. In dit hoofdstuk wordt de betekenis van die verkrachtingsbepaling onderzocht en uitgewerkt. Daartoe wordt eerst de ratio uiteengezet (§ 2). Vervolgens wordt de reikwijdte van het delict verkrachting uiteengezet, door de verschillende bestanddelen te bespreken (§ 3). Daarbij wordt in het bijzonder aandacht besteed aan het bestanddeel ‘dwingen’ en het daarbij behorende ‘opzet’. Het hoofdstuk sluit af met een conclusie (§ 4).

1.2 Ratio artikel 242 Wetboek van Strafrecht

Bij de ontwikkeling van het Wetboek van Strafrecht en de invoering van het misdrijf verkrachting, stond de wetgever voor een moeilijke taak. Een van de plichten van de overheid is om op het gebied van seksualiteit bescherming te bieden en in te grijpen wanneer de wilsvrijheid wordt bedreigd.²² Daarnaast heeft de burger seksuele zelfbeschikking; seksueel contact is een terrein dat aan de burgers zelf wordt overgelaten.²³ De overheid moet hier zo min mogelijk interveniëren. De politiek hoort terughoudend te zijn. Het is aan de wetgever om een evenwicht te vinden tussen de seksuele zelfbeschikking van de burger en de bescherming van de maatschappelijk kwetsbare.²⁴ Bij het vormgeven van het Wetboek van Strafrecht en daarmee de zedenwetgeving, ging de wetgever uit van een negatief vrijheidsbegrip. Dit leidde ertoe dat de voorgestelde strafbaarstellingen alleen betrekking hadden op gewelddadige verkrachtingen. Daarnaast konden alleen handelingen die zonder enige twijfel als onzedelijk werden aangerekend, strafbaar worden gesteld. Het strafrechtelijke karakter van de zedenwetgeving vond zijn basis dus in de morele verwerpelijkheid van de handelingen.²⁵ Het maatschappelijk denkbeeld in 1886 was echter anders, verschillende vormen van seksueel misbruik werden erkend. Er bestond een verhoogde aandacht voor seksuele delicten.²⁶ De zedelijkheidswetgeving was bij inwerkingtreding feitelijk gezien al niet meer in balans met de tijdsgesest.²⁷ Wat als seksueel grensoverschrijdend gedrag wordt gezien is sterk afhankelijk van de maatschappelijke normen en is dus aan continue verandering onderhevig. Bij het maken van de keuzes moet de wetgever rekening houden met die veranderende denkbeelden van de maatschappij. Dat lijkt in 1886 niet te zijn gebeurd.

²² R.S.B. Kool, ‘Vrijheid, blijheid? Over het dilemma van de strafbare seksualiteit’, *Tijdschrift voor Criminologie* 2003, afl. 4, p. 338.

²³ W. Sorgdrager, *Zonde, zeden en strafrecht*, Breda: De Geus, Singel Uitgeverijen 2014, onder ‘Seks en overheid’.

²⁴ J.M. ten Voorde, ‘Strafbaarstelling van nieuwe vormen van ongewenste seksuele gedragingen in Nederlandse zedenwetgeving’, *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht* 2016, afl. 1, p. 192; R.S.B. Kool, ‘Vrijheid, blijheid? Over het dilemma van de strafbare seksualiteit’, *Tijdschrift voor Criminologie* 2003, afl. 4, p. 338-339.

²⁵ R.S.B. Kool, ‘Vrijheid, blijheid? Over het dilemma van de strafbare seksualiteit’, *Tijdschrift voor Criminologie* 2003, afl. 4, p. 338-339.

²⁶ W. Sorgdrager, *Zonde, zeden en strafrecht*, Breda: De Geus, Singel Uitgeverijen 2014, onder ‘Seks en overheid’.

²⁷ R.S.B. Kool, ‘Vrijheid, blijheid? Over het dilemma van de strafbare seksualiteit’, *Tijdschrift voor Criminologie* 2003, afl. 4, p. 338-339.

In 1970 is de Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving, ook wel bekend als de Commissie-Melai, in het leven geroepen. Deze commissie werd samengesteld om de regering te ondersteunen en advies te geven over eventuele herzieningsvoorstellen van de zedenwetgeving. In het eindrapport van de Commissie-Melai in 1980 is een algehele herziening van de zedelijkheidswetgeving voorgesteld. Doorgaans zijn wetswijzigingen onder andere gebaseerd op de maatschappelijke ontwikkelingen, met name de zedenwetgeving is sterk cultuurgevoelig. Met de komst van de welvaart rond de jaren '60 en '70 werd seksueel contact steeds minder als enkel onderdeel van het huwelijk gezien. De maatschappelijke opvattingen veranderden en de seksuele bevrijding werd in gang gezet.²⁸ Met de seksuele bevrijding werden taboes rondom seks verbroken, maar ook de negatieve kant van seks trad meer op de voorgrond. Seksueel misbruik in de verschillende lagen van de samenleving kwam steeds vaker aan het licht, waardoor de discussie rondom de ernst van seksueel misbruik werd aangewakkerd.²⁹ Deze ontwikkelingen gaven aanleiding voor de Commissie-Melai tot het doen van een voorstel tot algehele herziening. De minister achtte een volledige herziening echter onnodig en hield het om deze reden bij een aantal belangrijke, maar beperkte wijzigingen.³⁰ Deze wijzigingen traden inwerking op 9 oktober 1991. De toenmalige Minister van Justitie gaf aan zich bewust te zijn van het gegeven dat de wetgeving rondom de zedendelicten uit 1886 op een aantal punten onvoldoende bescherming bood tegen seksueel geweld.³¹ Naast een aantal inhoudelijke wijzigingen, werd ook nieuwe terminologie geïntroduceerd. Het 'door geweld of bedreiging met geweld een vrouw dwingen met hem buiten echt vleselijke gemeenschap te hebben' werd vervangen door: 'het door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingen tot het ondergaan van handelingen die (mede) bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam'.³² Al met al blijkt uit de geschiedenis dat de zedenwetgeving veel veranderingen heeft doorgemaakt. Tevens, de zedenwetgeving lijkt al sinds de inwerkingtreding niet op één lijn te liggen met de heersende maatschappelijke normen. De zedenwetgeving loopt overal achteraan. Dat is naar mijn mening ook de voornaamste reden dat de huidige wetgeving nu opnieuw onderhanden wordt genomen.

De ratio achter de wetswijzigingen in 1991 is dus dat de Minister van Justitie zich destijds ervan bewust was dat de zedenwetgeving op een aantal punten onvoldoende bescherming bood ten aanzien van seksueel geweld. De zedenwetgeving was verouderd en paste niet meer binnen de tijdsgeest.³³ Om deze reden heeft de wetgever in 1991 een aantal belangrijke wijzigingen in de zedenwetgeving doorgevoerd. De wet spreekt sinds 1991 van 'seksueel binnendringen' in plaats van 'vleselijke gemeenschap'. Seksueel binnendringen heeft een ruimere betekenis dan het vroegere bestanddeel 'vleselijke gemeenschap', wat enkel bestond uit het hebben van

²⁸ C. Kelk, 'Uitdijende strafbaarheid van onzedelijk handelen', *Ars Aequi* 2015, afl. 6, p. 521-522; K.K. Lindenberg, 'Zedendelicten en positieve verplichtingen', in: J.H. Gerards & C.H. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 507-508.

²⁹ G. Hekma & B. van Stolk, 'Inleiding. Het verlies van de onschuld: seksualiteit in Nederland', *Amsterdams Sociologisch Tijdschrift* 1990/17, afl. 2, p. 7-10.

³⁰ K.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*, Zutphen: Paris 2016, p.1 samenvatting.

³¹ *Kamerstukken II* 1988/89, 20930, 3, p. 2 (MvT).

³² C. Kelk, 'Uitdijende strafbaarheid van onzedelijk handelen', *Ars Aequi* 2015, afl. 6, p. 523.

³³ *Kamerstukken II* 1988/89, 20930, 3, p. 1-3 (MvT).

geslachtsgemeenschap. Tevens is het bestanddeel ‘een andere feitelijkheid’ aan het art. 242 Sr toegevoegd. De achterliggende gedachte van de toevoeging van het bestanddeel ‘een andere feitelijkheid’ is dat er meerdere situaties bestaan die even bedreigend zijn als geweld of bedreiging met geweld, zoals psychische druk of overmachtssituaties.³⁴ Ook de Adviescommissie kwam tot de conclusie dat dwang door middel van geweld te beperkt was en pleitte voor een verruiming door middel van het invoeren van een extra bestanddeel.³⁵ Verder is het bestanddeel ‘buiten echt’ in 1991 verwijderd uit art. 242 Sr. De maatschappelijke opvatting dat mannen door middel van het huwelijk een recht op geslachtsgemeenschap verkrijgen is, na inwerkingtreding van het wetsartikel in 1886, sterk veranderd.³⁶ De beweegreden van het verwijderen van het bestanddeel ‘buiten echt’ is dat de wetgever duidelijk wilt maken dat het dwingen tot gemeenschap in geen enkele relatie is toegestaan. Het bestaan van een relatie tussen man en vrouw geeft de man niet het recht tot het hebben van geslachtsgemeenschap.³⁷ Verkrachting is vanaf dat moment onder alle omstandigheden strafbaar.³⁸ Verder kunnen naast vrouwen sinds 9 oktober 1991 nu ook mannen slachtoffer worden van verkrachting. Art. 242 Sr is dus vanaf 1991 een genderneutraal delict.³⁹

1.3 Reikwijdte artikel 242 Wetboek van Strafrecht

Zoals hiervoor beschreven, is het delict verkrachting sinds het ontstaan van het Wetboek van Strafrecht in 1886 onderdeel van de Nederlandse strafwetgeving. Het misdrijf verkrachting is opgenomen in art. 242 Sr onder titel XIV ‘Misdrijven tegen de zeden’. Het artikel luidt:

‘Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het ondergaan van handelingen die bestaat uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt als schuldig aan verkrachting gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie’.

Verkrachting wordt gezien als een ernstig delict, dat een zeer ernstige inbreuk maakt op de lichamelijke en geestelijke integriteit van het slachtoffer. Dit komt tot uiting in het hoge strafmaximum dat op art. 242 Sr is gesteld.⁴⁰ De delictomschrijving van art. 242 Sr valt uiteen in een vijftal bestanddelen: i) geweld, ii) andere feitelijkheid, iii) bedreiging (met geweld), iv) seksueel binnendringen van iemands lichaam en v) dwingen met het daarbij behorende opzet. De bestanddelen worden hieronder nader toegelicht.

³⁴ S.E. van den Brink & S.M. Milani, ‘Zedelijkheidswetgeving’, *Praktijkwijzer Strafrecht* 2018/5, afl. 6, paragraaf 5.2.1 t/m 5.2.3 en 5.3.

³⁵ K.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*, Zuthen: Paris 2016, p. 210.

³⁶ W. Sorgdrager, *Zonde, zeden en strafrecht*, Breda: De Geus, Singel Uitgeverijen 2014, onder ‘Vrije wil’.

³⁷ *Kamerstukken II* 1988/89, 20930, 3, p. 3-6 (MvT).

³⁸ W. Sorgdrager, *Zonde, zeden en strafrecht*, Breda: De Geus, Singel Uitgeverijen 2014, onder ‘Vrije wil’.

³⁹ R.S.B. Kool, in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2018, art. 242 Sr (online, bijgewerkt 1 juli 2018), paragraaf 9, onderdeel e.

⁴⁰ Richtlijn voor strafvordering verkrachting (art. 242 Sr), uitgangspunt 36 maanden gevangenisstraf.

1.3.1 ‘Geweld’

De wet bevat geen algemene definitie van het eerste bestanddeel ‘geweld’. A-G Machielse schrijft in zijn conclusie bij HR 16 november 2004: ‘De meest algemene betekenis is de aanwending van fysieke kracht (tegen personen of goederen), welke met zo’n hevigheid geschiedt, dat zij geëigend schijnt het in de betreffende bepaling beschermde rechtsgoed in gevaar te brengen. Voor zover het tegen personen gericht is, zal zij geëigend moeten zijn (schijnen) de weerstand, die de wederpartij kan bieden, te breken.’⁴¹ Daarnaast moet er sprake zijn van een causaal verband tussen de dwangmiddelen – het geweld – en het seksueel contact. Dat houdt in dat het geweld gericht moet zijn op het bewerkstelligen van het seksueel contact.⁴² Het slachtoffer moet dus door het geweld gedwongen worden tot het ondergaan van de seksuele handelingen.⁴³ Geweld kan onderscheiden worden in *vis absoluta* en *vis compulsiva*. *Vis absoluta* betekent dat het gebruikte geweld verzet volstrekt onmogelijk maakt en de beoogde handeling van de dader onmiddellijk mogelijk. *Vis compulsiva* betekent dat het slachtoffer zich had kunnen verweren, maar de omstandigheden van het geval zorgen ervoor dat verzet van het slachtoffer niet kon worden gevegd. Het is voor het bestanddeel ‘geweld’ dus niet vereist dat het slachtoffer geheel weerloos is.⁴⁴ Verder stelt artikel 81 van het Wetboek van Strafrecht; ‘Met het plegen van geweld wordt gelijkgesteld het brengen in een staat van bewusteloosheid of onmacht’.⁴⁵ Door toedoen van de dader wordt de fysieke macht van het slachtoffer om weerstand te bieden gebroken. Bewusteloosheid is het volledig afwezig zijn of verliezen van het bewustzijn. De toestand waarin verlies van macht over de ledematen optreedt (bijvoorbeeld het tijdelijk niet meer kunnen gebruiken van de spieren), is onmacht. Dit machtsverlies moet wel van binnenuit komen. Externe factoren als het vastbinden van de armen en benen valt niet onder onmacht uit art. 81 Sr.⁴⁶ Het slachtoffer door middel van drank en/of drugs in een staat van onmacht brengen is daarentegen wel gelijk aan ‘geweld’. Wordt het slachtoffer vervolgens in deze staat van onmacht seksueel misbruikt dan is art. 242 Sr van toepassing.⁴⁷

1.3.2 ‘Andere feitelijkheid’

Het tweede bestanddeel is een ‘andere feitelijkheid’.⁴⁸ De ‘andere feitelijkheid’ moet van zodanige aard zijn dat het slachtoffer uiteindelijk toegeeft om erger te voorkomen.⁴⁹ Een ‘andere feitelijkheid’ kan bijvoorbeeld bestaan uit – in tegenstelling tot het bestanddeel ‘geweld’ – een psychische druk of misbruik van een afhankelijkheidsrelatie. Uit de

⁴¹ HR 16 november 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AR3040. Conclusie A-G Machielse, r.o. 3.2.

⁴² R.S.B. Kool, in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2018, art. 242 Sr (online, bijgewerkt 1 juli 2018), paragraaf 9, onderdeel a.

⁴³ S.E. van den Brink & S.M. Milani, ‘Zedelijkheidswetgeving’, *Praktijkwijzer Strafrecht* 2018/5, afl. 6, paragraaf 5.2.

⁴⁴ A.J. Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Rommelink Strafrecht*, art. 242 Sr, aant. 1, p.1.

⁴⁵ S.E. van den Brink & S.M. Milani, ‘Zedelijkheidswetgeving’, *Praktijkwijzer Strafrecht* 2018/5, afl. 6, p. 43-57, paragraaf 5.2.1.

⁴⁶ M.A.H. van der Woude, in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2020, art. 81 Sr (online, bijgewerkt 1 juli 2020), paragraaf 2.

⁴⁷ A.J. Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Rommelink Strafrecht*, art. 242 Sr, aant. 1, p.1.

⁴⁸ R.S.B. Kool, in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2019, art. 242 Sr (online, bijgewerkt 1 juli 2018), paragraaf 9, onderdeel b.

⁴⁹ A.J. Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Rommelink Strafrecht*, art. 242 Sr, aant. 2, p.1.

bewijsmiddelen moet volgen dat de verdachte opzettelijk een psychische druk heeft uitgeoefend of het slachtoffer in een zodanige afhankelijkheidsrelatie heeft gebracht, dat het slachtoffer zich daardoor niet tegen de handelingen heeft kunnen verzetten.⁵⁰ Onder ‘andere feitelijkheid’ valt ook het door de verdachte creëren van een zodanige dreigende situatie dat het daardoor voor het slachtoffer moeilijk is om zich aan de seksuele handelingen te onttrekken.⁵¹ Wanneer sprake is van een ‘andere feitelijkheid’ is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het alleen bestaan van een afhankelijkheidsrelatie of enkel een psychisch overwicht is niet voldoende om te kunnen spreken van een ‘andere feitelijkheid’.⁵² Ze kunnen het slachtoffer wel beïnvloeden, maar hoeven niet voldoende te zijn om het handelen onvrijwillig te maken. Daarbij zijn andere factoren van belang.⁵³ Het bestanddeel ‘andere feitelijkheid’ kent verschillende onderdelen.⁵⁴ Onder feitelijkheid vallen fysieke handelingen, gebiedende taal, aanwenden van gezag of overwicht, onverhoeds (seksueel) handelen, handelen in een situatie waarin het slachtoffer zich onafhankelijk van de verdachte niet kan onttrekken en het inspelen op de devotie of godvruchtigheid van het slachtoffer.⁵⁵ Om te kunnen voldoen aan het bestanddeel ‘andere feitelijkheid’ moet een relatie bestaan tussen het middel, de ‘andere feitelijkheid’, en het handelen of nalaten. Het slachtoffer moet zijn gedwongen door de ‘andere feitelijkheid’. Ook voor dit bestanddeel moet dus sprake zijn van een causaal verband.⁵⁶

1.3.3 ‘Bedreiging (met geweld)’

Het derde bestanddeel is ‘bedreiging (met geweld of een andere feitelijkheid)’. Voor dit bestanddeel is tevens causaliteit vereist. De bedreiging moet tot doel hebben het seksueel binnendringen van het slachtoffer. Daarnaast moet bedreiging van voldoende kaliber zijn om de wil van het slachtoffer te kunnen breken. Het is daarbij echter niet vereist dat er een onmiddellijk gevaar voor het lichaam of het leven bestaat.⁵⁷ Er moet sprake zijn van een door de dader gecreëerde dreigende situatie die de vrees van het slachtoffer rechtvaardigt.⁵⁸ De bedreiging kan indirect zijn, het hoeft dus niet expliciet te worden uitgesproken. De dader kan ook met zijn handelingen een dreigende situatie creëren. De dreiging waarvoor het slachtoffer vreest hoeft niet afkomstig te zijn van de dader zelf in de vorm van bijvoorbeeld geweld. Het kan ook gaan om de vrees voor een onafwendbare hogere macht, als rampen en ziekte. Verder kan dreiging ook bestaan uit de dreiging een derde iets aan te doen. Deze dreiging hoeft niet wezenlijk te zijn gericht op een persoon, maar kan ook zijn gericht tegen een dier of voorwerp. Het slachtoffer zwicht dan onder de druk van wat de verdachte een derde dreigt aan te doen.⁵⁹

⁵⁰ HR 12 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7767, r.o. 3.3-3.4.

⁵¹ HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ1188, r.o. 3.4.

⁵² R. Ter Haar, L. Kesteloo & N.A. Korthals, ‘De strafbaarstelling van seks tegen de wil: een eerste verkenning van het juridische landschap’, *Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht* 2019/100, afl. 37, p. 3.

⁵³ Rb. Rotterdam 23 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7312, r.o. 4.2.

⁵⁴ HR 16 april 2013, ECLI:NL:PHR:2013:415, r.o. 11.

⁵⁵ HR 16 april 2013, ECLI:NL:PHR:2013:415, r.o. 12-13.

⁵⁶ S.E. van den Brink & S.M. Milani, ‘Zedelijkheidswetgeving’, *Praktijkwijzer Strafrecht* 2018/5, afl. 6, paragraaf 5.2; R.S.B. Kool, in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2018, art. 242 Sr (online, bijgewerkt 1 juli 2018), paragraaf 9, onderdeel b.

⁵⁷ A.J. Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Rommelink Strafrecht*, art. 242 Sr, aant. 1, p. 1-2.

⁵⁸ HR 22 maart 1988, ECLI:NL:PHR:1988:AD0225; HR 28 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD1118.

⁵⁹ A.J. Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Rommelink Strafrecht*, art. 242 Sr, aant. 1, p. 1-2.

Het is van de omstandigheden van het geval afhankelijk of de dreiging de vrees van het slachtoffer rechtvaardigt.⁶⁰

1.3.4 ‘Seksueel binnendringen van iemands lichaam’

Het vierde bestanddeel betrof tot 1991 enkel vleselijke gemeenschap. Het ging daarbij om penetratie van een vrouw met het mannelijk geslachtsdeel.⁶¹ Tegenwoordig betekent het bestanddeel ‘seksueel binnendringen’, het binnendringen van het lichaam met een seksuele betrekking. Dit kan bestaan uit genitaal, oraal of anaal binnendringen van het lichaam.⁶² Het binnendringen kan geschieden met een lichaamsdeel (bijvoorbeeld met een geslachtsorgaan, vinger of tong) of een voorwerp. Daarbij wordt ook rekening gehouden met de aard van het voorwerp waarmee is binnengedrongen en op welke plaats van het lichaam is binnengedrongen.⁶³ Van belang is de wijze waarop het binnendringen heeft plaatsgevonden en de omstandigheden waaronder.⁶⁴ Of sprake is van seksueel binnendringen van het lichaam is dus afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Het ‘seksueel binnendringen van iemands lichaam’ moet zijn voltrokken door degene die de dwang uitoefent.⁶⁵ De betreffende binnendringende handelingen moeten ten minste op één lijn kunnen worden gesteld met geslachtsgemeenschap of een gedraging die naar aard en ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbaar is.⁶⁶

1.3.5 ‘Dwingen’ en daarbij behorende ‘opzet’

Het laatste en – voor dit onderzoek – belangrijkste bestanddeel, is het bestanddeel ‘dwingen’. Om te kunnen voldoen aan dit bestanddeel moet de dwang afkomstig zijn van degene die ook de seksuele handelingen verricht.⁶⁷ De ‘dwang’ moet hebben plaatsgevonden door middel van (bedreiging met) geweld of een andere feitelijkheid.⁶⁸ De ‘dwang’ moet van dien aard zijn dat het slachtoffer zich redelijkerwijs niet heeft kunnen verzetten of zich niet heeft kunnen onttrekken aan de situatie. Er moet tevens sprake zijn van een causaal verband; zonder de uitgeoefende dwang zou het slachtoffer de handelingen niet hebben ondergaan.⁶⁹ ‘Dwang’ in art. 242 Sr betekent dat de dader opzettelijk veroorzaakt dat het slachtoffer seksuele handelingen tegen de kenbare wil ondergaat. Het ‘opzet’ ligt besloten in het bestanddeel

⁶⁰ A.J. Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Rommelink Strafrecht*, art. 242 Sr, aant. 1, p. 2.

⁶¹ K.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*, Zuthen: Paris 2016, p. 59.

⁶² S.E. van den Brink & S.M. Milani, ‘Zedelijkheidswetgeving’, *Praktijkwijzer Strafrecht* 2018/5, afl. 6, paragraaf 5.2.1 t/m 5.2.3 en 5.3; R.S.B. Kool, in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2018, art. 242 Sr (online, bijgewerkt 1 juli 2018), paragraaf 9, onderdeel d.

⁶³ A.J. Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Rommelink Strafrecht*, art. 242 Sr, aant. 6.

⁶⁴ A.J. Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Rommelink Strafrecht*, art. 242 Sr, aant. 6.

⁶⁵ S.E. van den Brink & S.M. Milani, ‘Zedelijkheidswetgeving’, *Praktijkwijzer Strafrecht* 2018/5, afl. 6, paragraaf 5.3.

⁶⁶ HR 26 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1431 (Tongzoen III-arrest).

⁶⁷ HR 11 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2972 (Pollepel-arrest).

⁶⁸ Rb. Midden-Nederland 9 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:647, r.o. 4.3.1.

⁶⁹ R.S.B. Kool, in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2018, art. 242 Sr (online, bijgewerkt 1 juli 2018), paragraaf 9, onderdeel f.

‘dwingen’.⁷⁰ Er moet ten minste sprake zijn van voorwaardelijke opzet.⁷¹ De ‘dwang’ en het ‘opzet’ van de dader moet zijn gericht op de onvrijwilligheid en onvermijdbaarheid van het slachtoffer.⁷²

Voor onvrijwilligheid is vereist dat de handelingen tegen de wil van het slachtoffer moeten zijn verricht.⁷³ Het slachtoffer moet objectief gezien geen vrije keuze meer hebben. Instemming doet op dat moment niet meer ter zake, omdat er geen sprake meer is van een vrije keuze.⁷⁴ Voor onvrijwilligheid moet het gaan om een ‘besepte onvrijwilligheid’. Dat betekent dat onvrijwilligheid op basis van misleiding en bedrog niet gelijk gesteld kan worden met dwang.⁷⁵ Zo oordeelde de Hoge Raad op 9 oktober 2007 dat geen sprake was van dwang in een zaak waarin een geblinddoekte vrouw niet heeft gemerkt dat zij niet alleen met haar partner geslachtsgemeenschap heeft gehad, maar ook met een ander.⁷⁶ Voor onvrijwilligheid moet ten minste sprake zijn van voorwaardelijke opzet. Culpa is daarvoor niet voldoende. Dat de dader de onvrijwilligheid had kunnen en moeten voorzien, houdt dus niet in dat er sprake is van opzet op de onvrijwilligheid van het slachtoffer.⁷⁷

Onvermijdbaarheid leidt ertoe dat het slachtoffer naar redelijke verwachting niet in staat is om zich aan de handelingen te onttrekken. Het slachtoffer kon naar redelijke verwachting niet anders dan meewerken aan het ongewenste seksuele contact.⁷⁸ Het enkele feit dat het slachtoffer duidelijk aangeeft niet te willen en de vermeende dader desondanks handelt, is op zichzelf niet voldoende om het handelen van de dader als ‘dwang’ aan te merken.⁷⁹ In het rapport over de herziening van de zedendelicten wordt gesteld dat voor onvermijdbaarheid enige vorm van verzet vereist is of dat er ten minste een handelingsonvrijheid van het slachtoffer bestaat die de afwezigheid van verzet verklaart.⁸⁰ Dit is naar mijn mening een onjuiste conclusie. Ten eerste, gevallen waarin het slachtoffer tijdens het seksuele contact een passieve, weifelende of ambigue houding heeft aangenomen, lijken niet snel tot een vervolging leiden. Toch laten Ter Haar,

⁷⁰ K.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*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 220-223; HR 16 juni 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC9883. Conclusie A-G Leijten.

⁷¹ S.E. van den Brink & S.M. Milani, ‘Zedelijkheidswetgeving’, *Praktijkwijzer Strafrecht* 2018/5, afl. 6, p. 43-57; HR 16 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9883, r.o. 5.3.

⁷² K.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*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 220-223.

⁷³ K.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*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 220.

⁷⁴ Rb. Gelderland 18 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2778, overwegingen ten aanzien van bewijs onderdeel ‘dwangmiddelen’.

⁷⁵ K.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*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 221-222.

⁷⁶ HR 9 oktober 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA9177.

⁷⁷ S.E. van den Brink & S.M. Milani, ‘Zedelijkheidswetgeving’, *Praktijkwijzer Strafrecht* 2018/5, afl. 6, p. 43-57; K.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*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 220-223.

⁷⁸ K.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*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 222.

⁷⁹ *Kamerstukken II* 2019/20, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 3, 7-8.

⁸⁰ K.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*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 222-223.

Kesteloo en Korthals in hun analyse van de feitenrechtspraak zien dat een aantal van dit soort zaken de strafrechter weten te bereiken.⁸¹ Ten tweede stelt de Hoge Raad dat verzet aan de zijde van het slachtoffer niet is vereist.⁸² Ten derde worden in het onderzoek van Scheurs, van der Ham en Hamers talloze andere voorbeelden aangehaald die laten zien dat een veroordeling tot verkrachting niet enkel mogelijk is indien verzet kan worden aangenomen. Ook zij concluderen dat de conclusie van de minister met betrekking tot verzet, onjuist is.⁸³ Het plegen van verzet is dus niet noodzakelijk om van dwang te kunnen spreken. Het is slechts een indicatie dat de seksuele handelingen tegen de wil hebben plaatsgevonden. Uit het uitblijven van verzet kan dan ook niet direct worden geconcludeerd dat is ingestemd met de seksuele handelingen. Het uitblijven van verzet kan juist een gevolg zijn van de grofheid van het geweld van de dader.⁸⁴

1.4 Conclusie

Dit hoofdstuk geeft antwoord op de vraag wat de ratio en reikwijdte is van de huidige strafbaarstelling. Geconcludeerd kan worden dat de huidige strafbaarstelling van art. 242 Sr verouderd lijkt. Sinds 1991 heeft de zedenwetgeving stil gestaan, in tegenstelling tot de maatschappij waarin de discussie rondom seksueel grensoverschrijdend gedrag de afgelopen jaren flink is aangewakkerd. Het beschermen van de samenleving tegen seksueel geweld is de ratio achter de huidige strafbaarstelling. Daarnaast moet voorzichtig worden omgegaan met overheidsbemoediging, het seksuele leven van de burger is namelijk privé. De wetgever moet tussen deze twee uiterste een balans vinden. Art. 242 Sr valt uiteen in een vijftal bestanddelen: i) geweld, ii) andere feitelijkheid, iii) bedreiging (met geweld of een andere feitelijkheid), iv) seksueel binnendringen van iemands lichaam en v) dwingen met het daarbij behorende opzet. Deze bestanddelen beslaan de reikwijdte van art. 242 Sr. Met invoering van de nieuwe artikelen wordt getracht de reikwijdte van het delict uit te breiden. Of het nieuwe wetsvoorstel vervolgens daadwerkelijk een verbetering is, zal in deze scriptie verder worden onderzocht.

⁸¹ R. Ter Haar, L. Kesteloo & N.A. Korthals, 'De strafbaarstelling van seks tegen de wil: een eerste verkenning van het juridische landschap', *Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht* 2019/100, afl. 37, p. 4.

⁸² HR 31 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2491, r.o. 4.9.

⁸³ L.E.M. Scheurs, J. Van der Ham & L.E.M. Hamers, 'Dwang bij misdrijven tegen de zeden in het afgelopen decennium', *Delikt en Delinkwent* 2019/59, afl. 9, p. 13-14.

⁸⁴ HR 31 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2491, r.o. 4.9.

Hoofdstuk 2 Het Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven

2.1 Inleiding

Op 12 mei 2020 ging het voorontwerp van het nieuwe Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven in consultatie.⁸⁵ Naar aanleiding van de vele reacties schreef de minister een aangepaste versie en bracht het Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven opnieuw in consultatie op 8 maart 2021.⁸⁶ Met de nieuwe strafbaarstellingen in de zedentitel wordt getracht tegemoet te komen aan de huidige maatschappelijke opvattingen omtrent seksueel grensoverschrijdend gedrag.⁸⁷

Om de centrale onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden, wordt onderzocht wat de betekenis is van de nieuwe strafbaarstellingen. Allereerst wordt ingegaan op de ratio van het wetsvoorstel (§ 2). Vervolgens wordt de reikwijdte uiteengezet door de verschillende bestanddelen van de strafbaarstelling te bespreken (§ 3). Verder zal in § 4 een vergelijking worden gemaakt tussen het vorige voorontwerp wetsvoorstel en het huidige ingediende wetsvoorstel. Daarbij zal worden ingegaan op de reden van de minister om het voorontwerp wetsvoorstel aan te passen. Het hoofdstuk sluit af met een conclusie (§ 5).

2.2 De ratio

De strafwetgeving behoort een weerspiegeling te zijn van de heersende seksuele moraal en moet gedrag normeren dat vanuit maatschappelijk oogpunt strafbaar is. Echter, de Minister van Justitie en Veiligheid merkt op dat er een verschil bestaat tussen wat maatschappelijk en juridisch wordt gezien als seksueel grensoverschrijdend gedrag. Zoals in het vorige hoofdstuk beschreven is de discrepantie tussen de strafwet en de maatschappelijke opinie een terugkerend probleem. Zo zet Kool onder andere uiteen dat ten tijde van de inwerkingtreding van de zedelijkheidswetgeving in 1886, de wetgeving al achterliep op de heersende norm. Bijvoorbeeld; de strafbepaling in de zedenwetgeving van 1886 rondom seksueel misbruik van kinderen zag voornamelijk op de schending van de verantwoordelijkheid. Het machtsonevenwicht maakte het strafbaar. De maatschappij was echter van mening dat de strafbaarheid vooral gezocht moest worden in de morele verwerpelijkheid van het misbruik.⁸⁸ Deze trend van discrepantie tussen wat de maatschappij strafbaar acht en wat juridisch strafbaar is, lijkt zich tot op heden te hebben doorgezet. Ik ben het dan ook met de minister eens dat het huidige art. 242 Sr niet in lijn ligt met de heersende maatschappelijke moraal. Het verkrachtingsartikel staat al bijna 30 jaar ongewijzigd in het Wetboek van Strafrecht.⁸⁹ Daarentegen heeft de samenleving een forse kentering doorgemaakt. De komst van de Seksuele Revolutie en de #MeToo-beweging heeft de maatschappelijke opinie op het gebied van seksueel grensoverschrijdend gedrag veranderd. Het nieuwe Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven moet daar verandering in brengen en de zedenwetgeving weer in lijn brengen met de heersende

⁸⁵ *Kamerstukken II* 2019/20, Voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven.

⁸⁶ *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven.

⁸⁷ *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 1-4.

⁸⁸ R.S.B. Kool, 'Vrijheid, blijheid? Over het dilemma van de strafbare seksualiteit', *Tijdschrift voor Criminologie* 2003, afl. 4, p. 338-342.

⁸⁹ Op de website wetten.overheid.nl is het wijzigingenoverzicht van art. 242 Sr terug te vinden. De laatste wetswijziging is gedaan op 9 oktober 1991, Stb. 1991, 519.

sociale norm.⁹⁰ Daarom komt de minister met het voorstel om de strafbaarstelling van de verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag te moderniseren en aan te scherpen. Daarnaast wordt de strafrechtelijke bescherming tegen onvrijwillige seks uitgebreid en verruimt. Het nieuwe wetsvoorstel vervangt de huidige Titel XIV ‘Misdrijven tegen de zeden’ door de Titel XIV ‘Seksuele Misdrijven’.⁹¹ De huidige structuur van de Titel XIV wordt aangepast en de ondergrens voor strafrechtelijke aansprakelijkheid bij aanranding en verkrachting wordt verlaagd. De nieuwe zedentitel ‘Seksuele Misdrijven’ bevat de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor seksueel grensoverschrijdend gedrag die een ernstige aantasting vormt van de lichamelijke en seksuele integriteit. De nieuwe artikelen zullen duidelijk beschrijven welk gedrag tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leidt.⁹²

De ratio van het wetsvoorstel is het bewerkstelligen van een adequate en herkenbare strafrechtelijke reactie op seksueel grensoverschrijdend gedrag die past binnen de hedendaagse en digitaliserende samenleving. Als gevolg hiervan wordt ook de online veiligheid voor de burgers groter. Bovendien tracht het wetsvoorstel de bescherming van slachtoffers van seksueel misbruik te verbeteren en het doen van aangifte te vergemakkelijken. Van het wetsvoorstel gaat een sterk normerende en preventieve werking uit. Daarmee moet het een duidelijk signaal afgeven aan potentiële daders dat seksueel grensoverschrijdend gedrag niet acceptabel is en streng wordt bestraft.⁹³ Tot slot stelt de minister dat in de jurisprudentie verschillende gevallen bekend zijn van onvrijwillige seks die niet tot een veroordeling leidde omdat het openbaar ministerie onvoldoende kon aantonen dat er sprake was van onvrijwilligheid én onvermijdbaarheid aan de zijde van het slachtoffer. De nieuwe delictsvormen van verkrachting komen hieraan tegemoet door niet het bestanddeel ‘dwang’, maar het onvrijwillige karakter van de seksuele gedraging centraal te stellen. Hierdoor komt er meer verantwoordelijkheid te liggen bij degene die het seksuele contact initieert.⁹⁴

Voorts beoogt het wetsvoorstel tegemoet te komen aan internationale verplichtingen. In de jaren ‘80 werd de maatschappij ook op internationaal niveau tegenover seksueel misbruik minder tolerant en de rechten van de slachtoffers werden steeds belangrijker. De fundamentele rechten van de mens en andere internationale verplichtingen traden bovendien steeds meer op de voorgrond.⁹⁵ Veel wetswijzigingen, met name in de zedenwetgeving, zijn gedaan in het licht van die internationale verplichtingen.⁹⁶ Het Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven tracht tevens tegemoet te komen aan een tweetal internationale verdragen.

⁹⁰ *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 2; Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid van 22 mei 2019, 2574955, p. 1-3.

⁹¹ *Kamerstukken II 2019/20*, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 12; *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 2.

⁹² *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 10.

⁹³ *Kamerstukken II 2019/20*, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 1-2, 18; *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 3.

⁹⁴ *Kamerstukken II 2019/20*, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 34; *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 40.

⁹⁵ C. Kelk, ‘Uitdijende strafbaarheid van onzedelijk handelen’, *Ars Aequi* 2015, afl. 6, p. 522-523.

⁹⁶ K.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*, Zuthen: Paris 2016, p. 1.

Ten eerste het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM). Art. 3 en 8 van het EVRM verplichten staten tot de strafbaarstelling van verkrachting. Het strafrecht van de verdragsstaten moet zijn inwoners beschermen tegen *any non-consensual sexual act*.⁹⁷ Uit de grammaticale interpretatie van *any non-consensual sexual act* kan geconcludeerd worden dat iedere handeling zonder instemming strafbaar moet worden gesteld. In de inbreng van Amnesty International op de eerste consultatie wordt gesteld dat de huidige Nederlandse wetgeving aan dit vereiste niet voldoet.⁹⁸ Ook in het Herzieningsrapport staat dat in geval van grammaticale interpretatie van *any non-consensual sexual act*, art. 242 Sr niet voldoende bescherming biedt en dat de strafbaarstelling van seks tegen de wil noodzakelijk is om aan de verplichting van het EVRM te kunnen voldoen.⁹⁹ Of er daadwerkelijk een positieve verplichting op basis van het EVRM bestaat, is niet met zekerheid te zeggen.¹⁰⁰ Of Nederland zich dan ook aan die positieve verplichting kan en/of moet houden blijft derhalve onduidelijk.

Het tweede internationale verdrag waaraan het wetsvoorstel tracht tegemoet te komen is het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (hierna: Verdrag van Istanbul), met name aan art. 36.¹⁰¹ Dit verdrag is in 2015 voor Nederland in werking getreden. In het nieuwe Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven wordt, met inachtneming van de internationale verplichting uit art. 36 Verdrag van Istanbul, de strafrechtelijke aansprakelijkheid geregeld voor vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag.¹⁰² Het Verdrag van Istanbul verplicht namelijk de verdragspartijen tot strafbaarstelling van het zonder wederzijds goedvinden seksuele handelingen te plegen met een persoon of het zonder wederzijds goedvinden de ander ertoe bewegen seksuele handelingen te plegen met een derde. Wederzijds goedvinden is gebaseerd op toestemming. Die toestemming moet vrijwillig zijn gegeven en voortkomen uit de vrije wil van de betrokken persoon.¹⁰³ De wet moet het ontbreken van toestemming (consent) centraal stellen. Via deze weg moeten slachtoffers beter toegang krijgen tot het recht.¹⁰⁴

Samenvattend kan worden gesteld dat het Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven beoogt i) de huidige strafrechtelijke norm uit art. 242 Sr te vervangen voor nieuwe wetsartikelen die beter in lijn zijn met de heersende maatschappelijke norm, ii) het doen van aangifte voor slachtoffers

⁹⁷ EHRM 4 december 2003, app. no. 39272/98 (*M.C. v. Bulgaria*), paragraaf 148-153; K.K. Lindenberg, 'Zedendelicten en positieve verplichtingen', in: J.H. Gerards & C.H. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 517-518.

⁹⁸ 'Voorstel Wet seksuele misdrijven', Amnesty International Nederland, 3 augustus 2020, p. 4.

⁹⁹ K.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*, Zuthen: Paris 2016, p. 223-226.

¹⁰⁰ K.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*, Zuthen: Paris 2016, p. 223-226; K.K. Lindenberg, 'Zedendelicten en positieve verplichtingen', in: J.H. Gerards & C.H. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 525.

¹⁰¹ *Trb.* 2012, 233.

¹⁰² *Kamerstukken II* 2019/20, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 3, 16-17; *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 17.

¹⁰³ Rijksoverheid, *Rapportage van de Nederlandse overheid over de uitvoering van het verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (het Verdrag van Istanbul)*, september 2018, p. 49-50; P. Reynolds, 'Seksuele toestemming ontrafeld', *Ethiek & Maatschappij* 2010/13, afl. 1, p. 76-77.

¹⁰⁴ *Recht in verkrachtingszaken. Een analyse van verkrachtingszaken in Nederland*, Amsterdam: Amnesty International 2020, p. 4.

te vereenvoudigen, iii) het afschrikwekkende effect te vergroten, en iv) tegemoet te komen aan internationale verplichtingen.

2.3 De reikwijdte

De nieuwe Titel XIV Seksuele Misdrijven bevat een aantal grote wijzigingen, zowel in de structuur van de zedentitel als in de inhoud van de artikelen. De titel begint met een definitiebepaling in art. 239 Sr (nieuw). Dit artikel wordt gevolgd door de schuldaanranding (240), opzetaanranding en gekwalificeerde opzetaanranding (241) en de voor mijn scriptie relevante artikelen schuldverkrachting (242) en de opzetverkrachting en gekwalificeerde opzetverkrachting (243).¹⁰⁵ De artikelen 239 Sr (nieuw), 242 Sr (nieuw) en 243 Sr (nieuw) worden in de volgende sub-paragrafen achtereenvolgend behandeld.

2.3.1 Artikel 239 Definitiebepaling

Art. 239 Sr (nieuw) zal – volgens het wetsvoorstel¹⁰⁶ – als volgt luiden:

‘In deze Titel wordt onder het verrichten van seksuele handelingen met een persoon mede verstaan het een persoon laten verrichten van seksuele handelingen met hem of met zichzelf of met een derde dan wel een persoon seksuele handelingen laten ondergaan door een derde.’

In de huidige zedentitel staat het bestanddeel ‘ontucht’ centraal. Het laten vervallen van dit bestanddeel is een van de wijzigingen van het nieuwe wetsvoorstel. Het wetsvoorstel komt met een nieuw bestanddeel ter vervanging: ‘seksuele handelingen’.¹⁰⁷ Seksuele handelingen zijn ‘handelingen van seksueel aard die een inbreuk op de lichamelijke en seksuele integriteit van een slachtoffer maken’.¹⁰⁸ Er kan gedacht worden aan aanrakingen van bepaalde lichaamsdelen, als borsten, billen en geslachtsdelen. Het kan daarbij gaan om aanrakingen over de kleding of van het naakte lichaam. Ook het seksueel binnendringen als strafverzwarende omstandigheid valt onder seksuele handelingen.¹⁰⁹

De nieuwe definitiebepaling bevat een verruiming van het huidige art. 242 Sr. Op grond van art. 242 Sr (huidig) is het alleen mogelijk om tot een veroordeling te komen als sprake is van fysiek contact tussen dader en slachtoffer.¹¹⁰ Daarnaast is voor het bestanddeel ‘seksueel binnendringen’ uit art. 242 Sr vereist dat het seksueel binnendringen wordt voltrokken door degene die de dwang uitoefent.¹¹¹ De minister is van mening dat hierdoor niet op gelijke wijze recht wordt gedaan aan mannelijke en vrouwelijke slachtoffers. Binnendringen van het eigen lichaam of van een derde kan onder de huidige wetgeving niet worden gekwalificeerd als

¹⁰⁵ *Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 3.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 3.

¹⁰⁷ *Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 36-37.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 37.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 37.

¹¹⁰ A.J. Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht*, art. 242 Sr, aant. 6.

¹¹¹ S.E. van den Brink & S.M. Milani, ‘Zedelijkheidswetgeving’, *Praktijkwijzer Strafrecht* 2018/5, afl. 6, paragraaf 5.2.1 t/m 5.2.3 en 5.3.

verkrachting.¹¹² Mijns inziens worden hiermee inderdaad mannelijke slachtoffers te kort gedaan. Wanneer zij bijvoorbeeld worden gedwongen het lichaam van een derde binnen te dringen, is onder de huidige wetgeving geen sprake van verkrachting. Met het nieuwe wetsvoorstel wordt getracht alle vormen van seksueel binnendringen waarbij het lichaam van een slachtoffer is betrokken gelijk te stellen aan verkrachting.¹¹³ Met invoering van dit nieuwe artikel wordt – naast het gelijk trekken van mannelijke en vrouwelijke slachtoffers – meer aangesloten bij veelvoorkomend (online) seksueel grensoverschrijdend gedrag. De verruiming brengt met zich mee dat ook het verrichten van seksuele handelingen met zichzelf of met een derde strafbaar worden gesteld. Tevens het slachtoffer (op afstand) laten ondergaan van seksuele handelingen met een derde valt onder de reikwijdte van het nieuwe artikel. Het is dan mogelijk dat een derde als medeslachtoffer of mededader wordt aangemerkt.¹¹⁴ Het ‘seksueel binnendringen’ van het lichaam hoeft onder het nieuwe wetsvoorstel dus niet meer te zijn voltrokken door degene die de dwang uitoefent. Ook een derde kan bij het ‘seksueel binnendringen’ betrokken zijn.

2.3.2 Artikel 242 Schuldverkrachting

Art. 242 Sr (nieuw) zal – volgens het wetsvoorstel¹¹⁵ – als volgt luiden:

‘Hij die met een persoon seksuele handelingen verricht welke handelingen bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam terwijl hij ernstige reden heeft om te vermoeden dat bij die persoon daartoe de wil ontbreekt, wordt als schuldig aan schuldverkrachting gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.’

De delictomschrijving valt uiteen in drie bestanddelen: 1) seksuele handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, 2) ernstige reden heeft om te vermoeden, 3) dat bij die persoon de wil ontbreekt.

Het bestanddeel ‘seksueel binnendringen van het lichaam’ betekent het op een seksuele manier binnendringen van het lichaam. Dit bestanddeel maakt het onderscheid tussen aanranding en verkrachting. De Hoge Raad geeft uitleg aan het begrip seksueel binnendringen en stelt dat er drie soorten zijn. Ten eerste geslachtsgemeenschap, ten tweede een gedraging die wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbaar is en tot slot een handeling die in redelijkheid op één lijn kan worden gesteld met de eerste en tweede gedraging.¹¹⁶ Het kan hierbij gaan om orale, vaginale of anale penetratie met het geslachtsdeel, vinger of een attribuut.¹¹⁷ Op het seksueel binnendringen is in het vorige hoofdstuk uitvoerig ingegaan.

¹¹² *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 5

¹¹³ *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 5

¹¹⁴ *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 37-38.

¹¹⁵ *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 3.

¹¹⁶ HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653 (Tongzoen II), r.o. 2.5; HR 26 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1431 (Tongzoen III), r.o. 2.7.

¹¹⁷ *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 37.

Vervolgens beschrijft het artikel dat sprake is van schuldverkrachting als de dader seksueel binnendringt terwijl hij ‘ernstige reden heeft om te vermoeden’ dat de wil bij het slachtoffer daartoe ontbreekt. Deze bewuste schuldvariant is de ondergrens van de strafrechtelijke aansprakelijkheid.¹¹⁸ De ondergrens van de nieuwe zedentitel is een culpoos delict. Een culpoos delict is het plegen van een strafbaar feit door onvoldoende zorg en onachtzaamheid. Het gaat om een onvoorzichtigheid aan de zijde van de dader. Culpa is een verwijtbare aanmerkelijke onvoorzichtigheid.¹¹⁹ Culpa kan onderscheiden worden in bewuste culpa en onbewuste culpa.¹²⁰ Van bewuste culpa wordt gesproken wanneer de dader zich realiseert dat hij onvoorzichtig bezig is, maar toch zijn handelingen voortzet. Van onbewuste culpa is sprake wanneer die wetenschap van onvoorzichtigheid bij de dader ontbreekt, maar hij het naar redelijkerwijs wel had moeten weten.¹²¹ Onbewuste culpa is de zuiverste vorm van schuld.¹²² Met de bewoordingen ‘ernstige reden hebben om te vermoeden’ en niet ‘redelijkerwijs moeten vermoeden’, heeft de minister met het nieuwe art. 242 Sr een bewuste culpa geïntroduceerd. In het nieuwe artikel komt hiermee niet de dwang centraal te staan, maar de vraag naar wat iemand had behoren te weten over de positie van het slachtoffer ten opzichte van het seksueel binnendringen. De ‘ernstige redenen om te vermoeden’ moet uit de feiten en omstandigheden kunnen worden afgeleid. Het gaat daarbij om voor ieder weldenkend mens uiterlijk waarneembare contra-indicaties of signalen. Een contra-indicatie is een context waarin het seksueel contact zich afspeelt, waarbij het voor eenieder duidelijk is dat er geen sprake is van een positieve wil bij het slachtoffer. Dit kan bijvoorbeeld gaan om een plaats of een gezelschap. Ook voor duidelijke ongelijkwaardigheid – leeftijdsverschil, verschil in seksuele ervaring en/of getalsmatig overwicht – is een bijzondere alertheid noodzakelijk.¹²³ Met deze wijziging zorgt het nieuwe wetsvoorstel ervoor dat de verantwoordelijkheid komt te liggen bij degene die het seksuele contact initieert om na te gaan of bij het slachtoffer een positieve wil bestaat.¹²⁴ Als er ernstige reden zijn voor de dader om te vermoeden dat de wil ontbreekt, dan is sprake van een verwijtbare aanmerkelijke onvoorzichtigheid en is de vermeende dader strafrechtelijke aansprakelijk.

Tot slot het bestanddeel over het ‘ontbreken van de wil’ bij het slachtoffer. Ook het ontbreken van de wil moet worden afgeleid uit de feiten en omstandigheden. De ontbrekende wil kan zowel blijken uit verbale signalen, als non-verbale signalen.¹²⁵ De minister noemt in de memorie van toelichting een aantal voorbeelden van signalen die kunnen duiden op een ontbrekende wil. Hij wijst op signalen die duiden op terughoudendheid, onder andere een weifelende, wisselende of passieve houding. Ook opmerkingen als ‘ik weet niet of ik dit fijn vind’, het wegdraaien van het hoofd, stoppen met meedoen in de seksuele interactie en het

¹¹⁸ *Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 42-43.

¹¹⁹ M.J. Kronenberg & B. de Wilde, *Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 64-66.

¹²⁰ C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 217-218.

¹²¹ M.J. Kronenberg & B. de Wilde, *Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 67.

¹²² C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 217-218.

¹²³ *Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 42-43.

¹²⁴ *Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 11, p. 37, p. 40.

¹²⁵ *Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 10, p. 43.

dichthouden van de mond kunnen duiden op een onwil bij het slachtoffer.¹²⁶ Door de verschuiving van de verantwoordelijkheid, is het aan degene die het seksuele contact initieert om na te gaan of het contact gewenst is. Doet hij/zij dat niet, dan is sprake van schuldverkrachting.

2.3.3 Artikel 243 Opzetverkrachting, gekwalificeerde opzetverkrachting

Art. 243 Sr (nieuw) zal – volgens het wetsvoorstel¹²⁷ – als volgt luiden:

- ‘1. Hij die met een persoon seksuele handelingen verricht welke handelingen bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam terwijl hij weet dat bij die persoon daartoe de wil ontbreekt, wordt als schuldig aan opzetverkrachting gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie.
2. Hij die zich schuldig maakt aan opzetverkrachting voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van dwang, geweld of bedreiging wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.’

Het eerste lid bevat de opzetverkrachting, in het tweede lid is de gekwalificeerde opzetverkrachting strafbaar gesteld.

Lid 1 bevat de volgende bestanddelen: 1) seksuele handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, 2) terwijl hij weet 3) dat bij het slachtoffer de wil daartoe ontbreekt.¹²⁸ Het enige verschil tussen schuldverkrachting en opzetverkrachting is het hebben van opzet. Opzet betekent in de meest zuivere vorm het willens en wetens handelen met volledig bewustzijn.¹²⁹ Voorwaardelijke opzet is de ondergrens van het delict opzetverkrachting. Voor voorwaardelijk opzet is voldoende dat de dader de aanmerkelijke kans aanvaardt dat zijn handelingen plaatsvinden tegen de wil van het slachtoffer.¹³⁰ Voor opzet in art. 243 Sr (nieuw) is dus vereist dat de dader wetenschap heeft van de ontbrekende wil van het slachtoffer. De minister geeft in het wetsvoorstel een aantal voorbeelden van een ontbrekende wil. Ten eerste de expliciete verbale reactie, wanneer een slachtoffer met woorden – ‘nee’, ‘ik wil het niet’, ‘hou op’ – of schreeuwen aangeeft de seksuele handelingen niet te willen. Ten tweede duidelijke non-verbale fysieke tegenreacties, zoals afhoudend gedrag, huilen, wegduren of bevriezen/verstijven van het lichaam. Het evidente verschil met het huidige art. 242 Sr is dat onvermijdbaarheid aan de zijde van het slachtoffer niet meer hoeft te worden bewezen.¹³¹

Lid 2 bevat de gekwalificeerde opzetverkrachting. Van de strafverzwaring is sprake als ‘hij zich schuldig maakt aan opzetverkrachting voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van dwang, geweld

¹²⁶ *Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 43.

¹²⁷ *Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 3.

¹²⁸ *Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 44.

¹²⁹ C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 180.

¹³⁰ M.J. Kronenberg & B. de Wilde, *Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 56; *Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 11, 40; C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 194.

¹³¹ *Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 44.

of bedreiging'.¹³² Voor strafbaarheid op grond van lid 2 is vereist dat het opzet van de dader gericht is op het gebruik van geweld, dwang of bedreiging. Door de bewoordingen in het nieuwe artikel vormt 'dwang' geen centraal element meer, maar wordt het gepositioneerd naast 'geweld' en 'bedreiging'. Het bestanddeel 'dwang' dient feitelijk te worden ingevuld, van dwang is sprake als de dader omstandigheden creëert of misbruik maakt van de omstandigheden dat het de ander onmogelijk wordt gemaakt anders te handelen.¹³³ Voor 'dwang' moet dus een zekere pressie worden uitgeoefend. De 'dwang' hoeft niet zodanig te zijn dat de wil van de ander wordt doorbroken, ook hier wordt de juridische drempel van het huidige verkrachtingsartikel verlaagd. De 'dwang' kan uit verschillende vormen bestaan; een fysiek beletsel (vastbinden, opsluiten) of door middel van uitoefening van psychische druk (misbruik van overwicht of afhankelijkheidsrelatie). Het bestanddeel 'geweld' en 'bedreiging' worden op dezelfde manier uitgelegd als in het huidige art. 242 Sr. 'Geweld' gaat uit van een fysieke uitoefening van kracht op het slachtoffer met behulp van eigen lichaam of een voorwerp. 'Bedreiging' kan bestaan uit daden of woorden. In ieder geval is vereist dat de bedreiging een gerechtvaardigde vrees aan de zijde van het slachtoffer teweeg brengt.¹³⁴

2.4 Vergelijking voorontwerp wetsvoorstel en nieuw wetsvoorstel

In mei 2020 ging de eerste conceptversie van het Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven in consultatie. Daar zijn 101 reacties op gegeven. Vooral de nieuwe strafbaarstelling van seks tegen de wil was onderwerp van kritiek. De vele reacties laten zien dat seksueel grensoverschrijdend gedrag speelt in de samenleving. Uit de internetconsultatie kwam naar voren de men het niet eens was met de invoering van seks tegen de wil als apart delict in plaats van te kwalificeren als verkrachting. Ook in het schriftelijk overleg met de Tweede Kamer werd dit kritiekpunt onder de aandacht gebracht. De minister heeft op basis van deze kritiek ontwerp heroverwogen en het nieuwe wetsvoorstel over een andere boeg gegooid.¹³⁵ Zoals hierboven beschreven bestaat het aparte delict seks tegen de wil niet meer en heeft de minister de nieuwe delictsvormen schuldaanranding/verkrachting en opzetaanranding/verkrachting in het leven geroepen.

Na het lezen van zowel het voorontwerp als het nieuwe wetsvoorstel blijkt dat de ratio hetzelfde is gebleven. De aanpassingen zijn veelal gemaakt in de inhoud, bewoordingen en volgorde van de artikelen. In het voorontwerp was seks tegen de wil strafbaar gesteld in art. 239 Sr. In het nieuwe wetsvoorstel is geen enkel artikel te vinden met deze terminologie. Seks tegen de wil is gelijkgetrokken met verkrachting. Het nieuwe artikel 242 Sr schuldverkrachting is voor 'seks tegen de wil' in de plaats gekomen. Daarmee heeft de minister gehoor gegeven aan het grootste kritiekpunt van de verschillende consultatiereacties.

¹³² *Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 3.

¹³³ *Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 44.

¹³⁴ *Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 45.

¹³⁵ *Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 28.

2.5 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de ratio en reikwijdte van het nieuwe Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven centraal. De ratio van het wetsvoorstel is het genereren van een adequate en herkenbare strafrechtelijke reactie op seksueel grensoverschrijdend gedrag die past binnen de hedendaagse en digitaliserende samenleving. Het wetsvoorstel moet een groter afschrikwekkend effect te weeg brengen, dan van de huidige wetgeving uitgaat. Daarnaast moet het de aangiftebereidheid van slachtoffers bevorderen.¹³⁶ Tot slot beoogt het wetsvoorstel tegemoet te komen aan internationale verplichtingen uit onder andere art. 36 van het Verdrag van Istanbul.¹³⁷

Het wetsvoorstel introduceert een aantal nieuwe artikelen. Titel XIV Seksuele Misdrijven begint met een definitiebepaling (239), gevolgd door de voor mijn scriptie relevante artikelen schuldverkrachting (242) en opzetverkrachting en gekwalificeerde opzetverkrachting (243).¹³⁸ Voor schuldverkrachting is vereist dat de seksuele handelingen bestaan of mede bestaan uit het seksueel binnen van het lichaam terwijl er ernstige reden is te vermoeden dat de wil bij het slachtoffer ontbreekt.¹³⁹ Voor opzetverkrachting is in lid 1 vereist dat de seksuele handelingen bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam terwijl hij weet dat bij het slachtoffer de wil ontbreekt. Lid 2 bevat de kwalificatie, waarbij opzetverkrachting wordt voorafgegaan, vergezeld gaat of wordt gevolgd door dwang, geweld of bedreiging.¹⁴⁰ Geconcludeerd kan worden dat de nieuwe zedentitel een verruiming is van de reikwijdte van de huidige artikelen. Met schuldaanranding/verkrachting als de nieuwe ondergrens.

¹³⁶ *Kamerstukken II* 2019/20, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 1-2, 18; *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 3.

¹³⁷ *Kamerstukken II* 2019/20, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 3, 16-17; *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 17.

¹³⁸ *Kamerstukken II* 2019/20, Voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 3.

¹³⁹ *Kamerstukken II* 2019/20, Voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 3.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, Voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 3.

Hoofdstuk 3 Complicaties en gezichtspunten uit de rechtspraak

3.1 Inleiding

In 2017 is onder leiding van de #MeToo-beweging de discussie rondom seksueel grensoverschrijdend gedrag flink aangewakkerd. Naar aanleiding van deze hashtag schrijft de Minister van Justitie en Veiligheid een brief aan de Tweede Kamer.¹⁴¹ Een jaar later wordt het voorontwerp voor het Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven geïntroduceerd, een half jaar later wordt het wetsvoorstel in consultatie gebracht. In dit Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven stelt de minister dat de huidige strafbaarstelling van verkrachting in artikel 242 Wetboek van Strafrecht een aantal complicaties bevat, met name rondom de bestanddelen ‘dwingen’ en ‘opzet’.¹⁴² Met de nieuwe strafbaarstellingen schuldverkrachting en opzetverkrachting tracht de minister die complicaties op te lossen en de wetgeving rondom zedenzaken beter in lijn te brengen met de maatschappelijke normen.¹⁴³ Aan de hand van het jurisprudentieonderzoek wordt antwoord gegeven op de verschillende deelvragen. Allereerst wordt uiteengezet welke gezichtspunten en complicaties uit de gerechtelijke motivatie bij toepassing van het huidige art. 242 Sr kunnen worden gevormd (hoofdstuk 3). In het daaropvolgende hoofdstuk worden de gevonden complicaties in de rechtspraak vergeleken met de complicaties die de minister schetst. Vervolgens wordt in ditzelfde hoofdstuk uiteen gezet of het nieuwe Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven voor die complicaties een oplossing biedt (hoofdstuk 4).

In dit hoofdstuk zal allereerst het jurisprudentieonderzoek uiteen worden gezet. Onder § 2 de uitgebreide bespreking van de methodologie, gevolgd door de resultaten in § 3. In die paragraaf wordt getracht een aantal gezichtspunten en complicaties uit de rechtspraak naar voren te brengen. Tot slot volgt de conclusie in § 4.

3.2 Methodologie

Het jurisprudentieonderzoek beslaat een periode van tien jaar, daarbij worden de uitspraken van rechtbanken in de jaren 2011 tot en met 2020 bekeken. Voor dit tijdsbestek is gekozen omdat zich in de afgelopen tien jaar een duidelijke maatschappelijke ontwikkeling heeft voorgedaan met betrekking tot de #MeToo-beweging.¹⁴⁴ Om een goed beeld te krijgen van eventuele ontwikkelingen, bijvoorbeeld meer of minder zedenzaken die voor de rechter komen, zal worden gekeken naar de periode voor, tijdens en na de opkomst van de #MeToo-beweging. De periode van voor de #MeToo-beweging is aanzienlijk groter dan de periode erna, nu de beweging zich pas in de afgelopen vier jaar heeft ontwikkeld. Daarnaast is gekozen voor deze grotere periode om een zo goed mogelijk beeld te kunnen schetsen van de rechtspraak voordat de maatschappelijke discussie rondom seksueel grensoverschrijdend gedrag de kop op stak. Uit elk jaar worden alleen de zaken waarin de verdachte is vrijgesproken op grond van het

¹⁴¹ Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid van 22 mei 2019, 2574955, p.1.

¹⁴² *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 1-3.

¹⁴³ *Kamerstukken II 2019/20*, 29279, 592, p. 1-2; *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven.

¹⁴⁴ J. Janssen, ‘Eén jaar na #MeToo: hoe nu verder? Een blik vanuit een criminologisch perspectief’, *Tijdschrift voor Seksuologie* 2018/42, afl. 3, p. 98-103.

bestanddeel ‘dwingen’ en het daarbij behorende ‘opzet’ meegenomen in het jurisprudentieonderzoek. Daarbij zal extra aandacht worden besteed aan de vraag of er ondanks de vrijspraak, sprake was van onvrijwilligheid aan de zijde van het slachtoffer. Zo wordt getracht de zaken te vinden die onder het nieuwe wetsvoorstel eventueel een ander antwoord behoeven. Verder is voor het onderzoek alleen de feitenrechtspraak van belang, daarom zullen alleen rechtbanken en gerechtshoven worden meegenomen in het onderzoek. De feitenrechter voert het onderzoek te terechtzitting uit en beantwoordt de formele en materiële vragen. De feitenrechter zal bij beantwoording van de materiële vragen aandacht besteden aan de bewezenverklaring van art. 242 Sr. Daarbij zullen de verschillende bestanddelen de revue passeren.¹⁴⁵ Complicaties met betrekking tot de verschillende bestanddelen zullen zichtbaar worden. Tot slot, in zaken met meerdere (mede)verdachten wordt één zaak uitgelicht en gebruikt voor het onderzoek. Op deze wijze wordt voorkomen dubbele zaken in het onderzoek te behandelen.

Het onderzoek wordt uitgevoerd met behulp van de zoekfunctie in de rubriek ‘Uitspraken’ op Rechtspraak.nl.¹⁴⁶ Eerst wordt de zoekterm ‘artikel 242 Sr’ ingevuld in de zoekbalk. Vervolgens wordt alleen gezocht binnen het rechtsgebied ‘Strafrecht’ en in de gepubliceerde uitspraken. Op deze manier wordt getracht alle uitspraken met betrekking tot art. 242 Sr, verkrachting, naar voren te halen. Vervolgens vindt verdere afbakening plaats met de term ‘dwingen’. Het onderzoek beantwoordt namelijk de vraag hoe het bestanddeel ‘dwingen’ en het daarbij behorende ‘opzet’ wordt toegepast in de praktijk. De delictomschrijving van art. 242 Sr bevat het woord ‘dwingen’. Omdat in een uitspraak van rechtbanken vaak de kwalificatie en het volledige wetsartikel staan beschreven, zal de zoekterm ‘dwingen’ naar verwachting weinig verdere afbakening toevoegen. Om deze reden is gekozen voor de zoekterm ‘dwang’. ‘Opzet’ gaat gepaard met dwang en daarom zal dit geen aparte zoekterm behoeven.

In dit hoofdstuk zullen alle verkregen uitspraken worden geanalyseerd. Op deze manier wordt getracht gezichtspunten en complicaties uit de rechtspraak te verkrijgen. Voor de beantwoording van de vraag of de door de minister geschetste complicaties zich ook voordoen in de rechtspraak, is het noodzakelijk de uitspraken te gebruiken waarbij de rechter in haar motivering specifiek ingaat op de toepassing van het bestanddeel ‘dwingen’, ‘opzet’ en op de onvrijwilligheid van het slachtoffer. De zaken die van belang zijn beantwoorden de vragen; of er sprake was van dwang in de vorm van geweld of een andere feitelijkheid, hoe de rechter tot dat oordeel is gekomen, of verzet moet zijn gebleken en of er sprake was van onvrijwilligheid aan de zijde van het slachtoffer. Aan de hand van het jurisprudentieonderzoek wordt tevens onderzocht of de nieuwe strafbaarstellingen de complicaties van de huidige strafbaarstelling van art. 242 Sr oplost. Er wordt onder andere gekeken of de vrijgesproken verdachten – bijvoorbeeld; wanneer de handelingen tegen de wil van het slachtoffer waren, maar er geen sprake was van ‘dwang’ – wél veroordeeld kunnen worden op grond van de nieuwe strafbaarstellingen schuldverkrachting en opzetverkrachting.

¹⁴⁵ M.J. Kronenberg & B. de Wilde, *Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 268.

¹⁴⁶ <https://uitspraken.rechtspraak.nl/>.

3.3 Resultaten

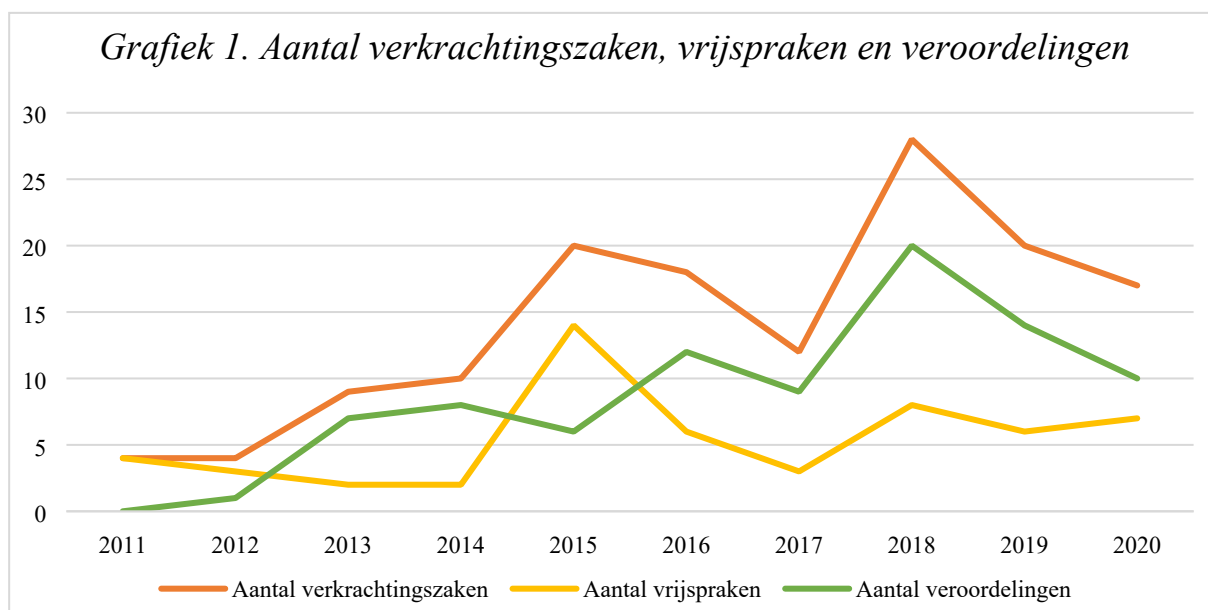
In totaal zijn voor dit jurisprudentieonderzoek 41 relevante zaken gevonden (Tabel 1). De zaken waarin sprake is van een vrijspraak op basis van een ander bestanddeel dan ‘dwingen’ en ‘opzet’ zijn niet meegenomen in deze telling. De resultaten van alle vrijspraken en veroordelingen zijn weergegeven in Tabel 2 en Grafiek 1. In het algemeen valt op te merken dat het aantal verkrachtingszaken, zowel veroordelingen als vrijspraken, na het jaar 2012 sterk is toegenomen. Tevens is te zien dat in de jaren 2011 en 2012 het aantal vrijspraken hoger ligt dan het aantal veroordelingen. Vanaf 2013 zijn deze aantallen omgedraaid en ligt het aantal veroordelingen per jaar dus hoger dan het aantal vrijspraken. In 2015 is met betrekking tot het aantal veroordelingen tegenover het aantal vrijspraken een opmerkelijke omkering te zien. Verder valt op dat het aantal veroordelingen een grotere stijging vertoont dan het aantal vrijspraken. In 2018, het jaar na de opkomst van #MeToo, is de grootste uitschieter zichtbaar. Het aantal verkrachtingszaken en het aantal veroordelingen ligt in dat jaar het hoogst.

Tabel 1. Aantal relevante zaken voor het onderzoek.

Jaar	Aantal relevant
2011	2
2012	3
2013	2
2014	2
2015	8
2016	4
2017	3
2018	6
2019	5
2020	6
Totaal	41

Tabel 2. Aantal verkrachtingszaken, vrijspraken en veroordelingen.

Jaar	Aantal verkrachtingszaken	Aantal vrijspraken	Aantal veroordelingen
2011	4	4	0
2012	4	3	1
2013	9	2	7
2014	10	2	8
2015	20	14	6
2016	18	6	12
2017	12	3	9
2018	28	8	20
2019	20	6	14
2020	17	7	10
Totaal	142	55	87



In de relevante zaken geeft de rechter een motivering waarom niet tot de bewezenverklaring van het bestanddeel ‘dwingen’ en het daarbij behorende ‘opzet’ kan worden gekomen. Deze motivering is van belang voor het onderzoek. Het overgrote deel van de relevante zaken lijken veelal stuk te lopen op vormen van bewijsnood. Bewijsnood is binnen verkrachtingszaken een veel voorkomend probleem. Bij zedenzaken gaat het dikwijls om een verklaring van de één tegen de ander, de verdachte tegen het slachtoffer.¹⁴⁷ In zedenzaken doet zich vaak de situatie voor dat er maar twee personen aanwezig waren bij de gewraakte handelingen en dat dus naast de verklaringen van de dader en het slachtoffer geen ander bewijs zich aandient.¹⁴⁸ Dit bewijsnood kan voor verschillende bestanddelen optreden. In een aantal zaken loopt de bewezenverklaring stuk op het bestanddeel ‘seksueel binnendringen’, seksuele interactie kan dan niet worden bewezen. De rechter komt dan niet toe aan de beoordeling en motivering van het bestanddeel ‘dwingen’.¹⁴⁹ Om deze reden kunnen deze zaken achterwege blijven in het onderzoek.

Om deelvraag vijf te kunnen beantwoorden in het volgende hoofdstuk is van belang om ook te onderzoeken in welke van de relevante zaken wel sprake was van onvrijwilligheid aan de zijde van het slachtoffer, maar de rechter niet tot een veroordeling kwam. De minister merkt namelijk op dat de juridische drempel van het huidige art. 242 Sr te hoog ligt doordat naast onvrijwilligheid ook onvermijdbaarheid moet worden bewezen. De nieuwe wetgeving moet hieraan tegemoet komen en de onvrijwilligheid centraal stellen.¹⁵⁰ Van de 41 relevante zaken is in 28 zaken sprake van onvrijwilligheid aan de zijde van het slachtoffer. In een aantal van die zaken erkent de rechter nadrukkelijk dat seksuele handelingen zijn verricht zonder toestemming

¹⁴⁷ W. Sorgdrager, *Zonde, zeden en strafrecht*, Breda: De Geus, Singel Uitgeverijen 2014, onder ‘Vrije wil. Eén op één: bewijsproblemen’; Rb Limburg 9 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1156.

¹⁴⁸ Rb. Zeeland-West-Brabant 24 juli 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3331, onder ‘feit 1. Tussenconclusie en wettig bewijs’.

¹⁴⁹ Bijvoorbeeld Rb. Limburg 9 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1156.

¹⁵⁰ *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 4.

van het slachtoffer, maar dat van ‘dwang’ geen sprake is. Ondanks dat de grenzen van het slachtoffer zijn overschreden kan verkrachting niet worden bewezen.¹⁵¹

Verder valt op dat in veel zaken niet specifiek aandacht is besteed aan het wel of niet plegen van verzet aan de zijde van het slachtoffer. Verzet wordt veel aangehaald in combinatie met de bestanddeel ‘dwang’. Voor ‘dwang’ is namelijk vereist dat het ‘geweld’ of een ‘andere feitelijkheid’ van zodanig kaliber is dat het slachtoffer zich niet kan verzetten of geen weerstand kan bieden aan de handelingen.¹⁵²

Tot slot, verkrachting is het zwaarste delict in de zedentitel van het Wetboek van Strafrecht.¹⁵³ Verkrachting is in bijna alle relevante zaken primair ten laste gelegd. Het plegen van ontucht handelingen (art. 246 Sr)¹⁵⁴, ontucht handelingen plegen met iemand beneden de twaalf jaren (art. 244 Sr)¹⁵⁵, ontucht handelingen plegen met iemand tussen twaalf en zestien jaar (art. 245 Sr)¹⁵⁶ en het plegen van ontucht handelingen met iemand die aan zijn/haar zorg is onderworpen (art. 249 Sr)¹⁵⁷ zijn vaak subsidiair ten laste gelegde delicten. In de relevante zaken voor dit onderzoek zijn de verdachten vrijgesproken van verkrachting. Echter, in een aantal zaken zijn zij wel veroordeeld op basis van een van de bovengenoemde subsidiair ten laste gelegde delicten.

Aan de hand van het jurisprudentieonderzoek wordt getracht een aantal kenmerken en gezichtspunten uit de rechtspraktijk naar voren te brengen. Deze gezichtspunten worden onderverdeeld in vier categorieën; algemene gezichtspunten over het bestanddeel ‘dwingen’ en het daarbij behorende ‘opzet’, gezichtspunten met betrekking tot ‘geweld’, met betrekking tot een ‘andere feitelijkheid’ en verzet.

3.3.1 Algemene gezichtspunten

Uit het jurisprudentieonderzoek zijn een tweetal algemene gezichtspunten af te leiden. Het eerste algemene gezichtspunt ziet op de kenbaarheid bij de verdachte én het slachtoffer dat de handelingen tegen de wil plaatsvinden. Voor de bestanddelen ‘dwingen’ en ‘opzet’ is vereist dat de verdachte opzettelijke moet hebben veroorzaakt dat de aangeefster de seksuele handelingen tegen haar kenbare wil onderging.¹⁵⁸ De verdachte moet weet hebben van die onvrijwilligheid van het slachtoffer.¹⁵⁹ Verkeert de verdachte in de veronderstelling dat de seks vrijwillig is dan wordt niet aan het bestanddeel ‘dwang’ voldaan. Uit de rechtspraktijk zijn

¹⁵¹ Gerechtshof Amsterdam 26 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1727; Rb. Overijssel 26 augustus 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4486, r.o. 5.3; Rb. Zeeland-West-Brabant 26 juni 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:2704, r.o. 4.3.

¹⁵² HR 12 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7767, r.o. 3.3-3.4.

¹⁵³ Richtlijn voor strafvordering verkrachting (art. 242 Sr), 1. Inleiding.

¹⁵⁴ Rb. Rotterdam 23 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1383.

¹⁵⁵ Rb. Den Haag 19 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7538.

¹⁵⁶ Rb. Noord-Nederland 16 mei 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:2159.

¹⁵⁷ Rb. Amsterdam 25 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY9650.

¹⁵⁸ K.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*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 220-223; HR 16 juni 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC9883.

¹⁵⁹ Rb. Arnhem 27 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV8307.

hieromtrent een tweetal voorbeelden te vinden waarin de verdachte mogelijk de veronderstelling had dat de seks vrijwillig plaatsvond. Ten eerste wanneer de seksuele handelingen zich al een aantal minuten voltrokken voordat het slachtoffer aangaf te willen stoppen, alvorens de verdachte dat meteen deed.¹⁶⁰ Ten tweede in geval er tussen verdachte en slachtoffer eerder contact is geweest. Tijdens dit contact werd gesproken over het seksueel binnendringen van het lichaam, daarbij is ook gesproken over een door de verdachte te betalen bedrag. Op grond van deze betalingsregeling kan volgens de rechtbank niet worden uitgesloten dat de verdachte in veronderstelling kon verkeren dat de aangever vrijwillig handelde.¹⁶¹ Naast de kenbaarheid aan de verdachte moet, zoals eerder beschreven, ook het slachtoffer zich bewust zijn van de onvrijwilligheid. Uit de rechtspraak blijkt dat van dwang alleen sprake kan zijn ‘als een slachtoffers iets moet dulden omdat zij geen keuzevrijheid heeft, waarbij zij het ontbreken van keuzevrijheid als onvrijwillig moet hebben ervaren en zich daarvan bewust moet zijn geweest.’¹⁶² Geconcludeerd kan worden dat zowel het slachtoffer als de verdachte zich bewust moeten zijn van het onvrijwillige karakter van de seksuele handelingen.

Het tweede gezichtspunt legt de nadruk op door wie de handelingen moeten zijn voltrokken. Om te kunnen voldoen aan het bestanddeel ‘dwang’, moet de ‘dwang’ afkomstig zijn van degene die ook de seksuele handelingen verricht.¹⁶³ In het jurisprudentieonderzoek kwamen zaken die hier betrekking op hebben naar voren.¹⁶⁴ In één van die zaken werden de verrichte handelingen door de rechter wel aangemerkt als seksuele handelingen en het seksueel binnendringen van het lichaam. Deze handelingen moest het slachtoffer echter bij zichzelf verrichten en werden dus niet verricht door degene die de ‘dwang’ uitoefende. Verkrachting kon niet worden bewezen. Het dwingen van een ander of het dulden van ontuchthandelingen, ook als die mede bestaan uit het seksueel binnendringen, vallen onder aanranding van de eerbaarheid (art. 246 Sr) en niet onder verkrachting (art. 242 Sr).¹⁶⁵ In een andere zaak werd een zestal meisjes gedwongen tot het plegen van seksuele handelingen bij zichzelf terwijl de verdachte toekeek. Ook in deze zaak is geen sprake van verkrachting, vanwege het niet plegen van de seksuele handelingen door degene die de ‘dwang’ uitoefent.¹⁶⁶

3.3.2 Gezichtspunten dwingen door geweld

Het bestanddeel ‘dwingen’ uit de delictomschrijving van art. 242 Sr moet hebben plaatsgevonden door middel van (bedreiging met) geweld of een andere feitelijkheid.¹⁶⁷ Zowel het geweld als de andere feitelijkheid moet van zodanig kaliber zijn dat het de weerstand van het slachtoffer kan (door)breken en dat het slachtoffer zich naar redelijke verwachting niet tegen

¹⁶⁰ Rb. Oost-Brabant 9 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5284.

¹⁶¹ Rb. Gelderland 8 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1686.

¹⁶² Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 mei 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ6181, onder ‘Ten aanzien van feit 45’.

¹⁶³ HR 11 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2972 (Pollepel-arrest).

¹⁶⁴ Rb. Rotterdam 23 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1383; Rb. Oost-Brabant 8 september 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:4288.

¹⁶⁵ Rb. Rotterdam 23 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1383, r.o. 5.

¹⁶⁶ Rb. Oost-Brabant 8 september 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:4288.

¹⁶⁷ Rb. Midden-Nederland 9 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:647.

de handelingen heeft kunnen verzetten.¹⁶⁸ In de onderzochte jaren hebben de rechters zich in verschillende uitspraken uitgelaten over de bewezenverklaring van ‘dwang’ door ‘geweld’. In het jurisprudentieonderzoek worden alleen vrijspraken meegenomen. Daarom bevatten de uitgelichte zaken enkel voorbeelden van zaken waarin de bewijsmiddelen niet voldoende zijn om te kunnen spreken van dwang door geweld. De voorbeelden uit de rechtspraak zijn gezichtspunten die zien op het ‘zodanige kaliber van het geweld’. Het betreft de volgende enuntiatieve gezichtspunten:

- Het enkel aanwezig zijn van blauwe plekken op het lichaam van het vermeende slachtoffer is niet voldoende om te kunnen spreken van dwang. Uit de blauwe plekken kan niet zonder meer vast komen te staan dat de verdachte een zodanige druk heeft uitgeoefend dat de aangeefster zich daartegen in redelijkheid niet heeft kunnen verzetten;¹⁶⁹
- Het ervaren van pijn tijdens de seks is niet voldoende om te kunnen spreken van gedwongen seksueel binnendringen. Daarnaast is door de arts gering letsel vastgesteld. In deze zaak is er ook sprake van een inconsistentie in de verklaringen van het slachtoffer. De rechter spreekt de verdachte daarom vrij van verkrachting;¹⁷⁰
- Zowel het slachtoffer als een getuigen verklaren dat er bloed in de pyjamabroek van het slachtoffer zat, echter levert dat naar oordeel van de rechtbank niet voldoende steunbewijs op voor dwang. Bloedverlies is namelijk ook mogelijk bij het hebben van vrijwillige seks;¹⁷¹
- De door de twee getuigen waargenomen emoties bij het slachtoffer zijn niet voldoende om te fungeren als steunbewijs. De emoties kunnen namelijk ook hun oorzaak vinden in de pijn die het slachtoffer zegt te hebben ervaren tijdens de seks. Daarnaast had zij die avond alcohol gedronken en was zij haar maagdelijkheid verloren. Het is dus niet mogelijk om zonder enige twijfel te kunnen spreken van dwang;¹⁷² en
- Het slachtoffer trof bloed in haar ondergoed aan. Ook was haar vagina roodkleurig en opgezwollen. De rechter concludeert echter dat hieruit niet zonder meer afgeleid kan worden dat er sprake is geweest van dwang. Zwelling en bloedingen zijn immers niet onverenigbaar met het seksueel binnendringen.¹⁷³

Algemeen kan worden gesteld dat de rechter in zijn overweging of sprake is van dwang alle omstandigheden van het geval moet meewegen. De bovengenoemde gezichtspunten zijn op zichzelf niet voldoende om te kunnen spreken van dwang. Combinaties van de verschillende gezichtspunten en dus omstandigheden zullen mijns inziens wel kunnen leiden tot een bewezenverklaring van dwang.

¹⁶⁸ R.S.B. Kool, in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2018, art. 242 Sr (online, bijgewerkt 1 juli 2018), paragraaf 9, onderdeel a; A.J. Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Rommelink Strafrecht*, art. 242 Sr, aant. 2, p.1.

¹⁶⁹ Gerechtshof Amsterdam 26 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1727.

¹⁷⁰ Rb. Rotterdam 8 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR0804.

¹⁷¹ Rb. Midden-Nederland 9 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:647, r.o. 4.3.3.

¹⁷² Rb. Noord-Nederland 16 mei 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:2159.

¹⁷³ Rb. Noord-Nederland 16 mei 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:2159.

3.3.3 Gezichtspunten dwingen door andere feitelijkheid

Het bestanddeel ‘andere feitelijkheid’ doelt op het opzettelijk dwingen van het slachtoffer om de handelingen tegen de wil te ondergaan door middel van een ‘andere feitelijkheid’ dan ‘geweld’.¹⁷⁴ Een andere feitelijkheid kan bijvoorbeeld bestaan uit psychische druk of het maken van misbruik van een afhankelijkheidsrelatie.¹⁷⁵ Uit het bewijsmateriaal moet volgen dat de verdachte opzettelijk een zodanige psychische druk heeft uitgeoefend of het slachtoffer in een zodanige afhankelijkheidssituatie heeft gebracht, dat het slachtoffer zich daardoor niet tegen de seksuele handelingen kon verzetten. Hetzij dat de verdachte het slachtoffer in een zodanige door hem opzettelijk veroorzaakte (bedreigende) situatie heeft gebracht dat het voor het slachtoffer moeilijk was om zich aan die handelingen te onttrekken.¹⁷⁶

Voor ‘dwang’ met ‘geweld’, in paragraaf 3.3.2, is aan de hand van voorbeelden uit de rechtspraak een opsomming weergegeven. Voor ‘dwang’ door een ‘andere feitelijkheid’ is het mogelijk om een soortgelijke enuntiatieve opsomming te maken. De opsomming bevat een aantal gezichtspunten met betrekking tot wanneer niet wordt voldaan aan het bestanddeel ‘andere feitelijkheid’:

- Het enkel aanwezig zijn van een psychische druk of een psychisch overwicht is niet voldoende voor een ‘andere feitelijkheid’, de psychische druk moet zodanig dreigend zijn dat het slachtoffer geen weerstand kan bieden. Het feit dat de verdachte werkbegeleider is van het slachtoffer, is op zichzelf niet voldoende om te kunnen spreken van een ‘andere feitelijkheid’;¹⁷⁷
- Het bestaan van een behandelrelatie en een psychisch overwicht kunnen een slachtoffer beïnvloeden, maar zorgen er niet automatisch voor dat er sprake is van dwang door een andere feitelijkheid. Daarvoor zijn andere factoren ook van belang. Andere factoren kunnen zijn; leeftijdsverschil en persoonlijke kenmerken van het slachtoffer (bijvoorbeeld kwetsbaarheid);¹⁷⁸
- Ook het alleen bestaan van een afhankelijkheidsrelatie is niet voldoende;¹⁷⁹
- Tevens is de enkele omstandigheid dat de verdachte een stiefouder is van het slachtoffer niet voldoende;¹⁸⁰
- Dat er meerdere jongens in de slaapkamer aanwezig waren – en er dus sprake was van een fysieke meerderheid – toen de verdachte seksuele handelingen bij het slachtoffer verrichtte is op zichzelf onvoldoende voor de bewezenverklaring van dwang door ‘andere feitelijkheid’. Daarnaast is ook het op gebiedende toon spreken door de verdachte niet voldoende om dwang te kunnen bewijzen. De rechter heeft in deze zaak te weinig bewijsmiddelen gevonden om dwang in de zin van art. 242 Sr te kunnen

¹⁷⁴ A.J. Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Rommelink Strafrecht*, art. 242 Sr, aant. 2, p. 1.

¹⁷⁵ HR 12 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7767, r.o. 3.3-3.4.

¹⁷⁶ Rb. Rotterdam 11 juli 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX1302.

¹⁷⁷ Rb. Assen 21 augustus 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BX5132.

¹⁷⁸ Rb. Amsterdam 25 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY9650, r.o. 4.3.1.1 en 4.3.1.2.

¹⁷⁹ Gerechtshof Den Haag 30 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5112.

¹⁸⁰ Rb. Midden-Nederland 25 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6483, r.o. 4.3.1.

bewijzen, ondanks dat de verdachten de grenzen van het slachtoffer niet hebben gerespecteerd;¹⁸¹

- ‘Voor de bewezenverklaring van verkrachting is niet voldoende dat er een afhankelijkheidsrelatie tussen de verdachte en een aangeefster heeft bestaan, die aan verdachte een overwicht op die aangeefster gaf. Er moet meer zijn.’ De afhankelijkheidsrelatie en het psychische overwicht kunnen het slachtoffer wel beïnvloeden, maar maken het handelen niet onvrijwillig. In deze zaak heeft de verdachte wel degelijk misbruik gemaakt van zijn positie en de kwetsbaarheid van de slachtoffers. Maar de verdachte heeft geen dreigende sfeer doen ontstaan en daarmee is geen sprake van verkrachting;¹⁸²
- Uit bovenstaande blijkt dat het bestaan van een afhankelijkheidsrelatie en het daarmee gepaard gaande overwicht niet voldoende is voor het bestanddeel ‘andere feitelijkheid’. In deze zaak voegt de rechter daar nog aan toe dat enige vorm van misleiding niet zorgt voor bewezenverklaring van verkrachting;¹⁸³
- Het hof oordeelt dat het sturen van een profielfoto zonder seksuele context, met de mededeling dat het slachtoffer op een zogenaamde ‘fakerslijst’ wordt gezet, geen zodanige dreigende sfeer creëert dat het slachtoffer zich niet kan verzetten. Het slachtoffer is vermoedelijk wel bewogen om een seksafpraak te maken, maar van dwang is geen sprake;¹⁸⁴
- De enkele omstandigheid dat de verdachte heeft gezegd het slachtoffer zwart te maken op Facebook als zij niet meewerkt, is te algemeen en levert geen dwang op. Daar komt bij dat in dit geval de dreiging niet concreet is gemaakt. Er is niet gebleken dat de verdachte belastende foto’s of filmpjes van het slachtoffer in bezit heeft, die hij zou kunnen verspreiden;¹⁸⁵
- De omstandigheden van het leeftijdsverschil tussen verdachte en slachtoffer en dat de verdachte trainer was van het slachtoffer zijn niet voldoende om te kunnen spreken van dwang. Dat blijkt ook uit het gegeven dat alle overige seksuele handelingen van de verdachte niet aan hem als verkrachting zijn ten laste gelegd. Er is gekozen voor artikelen waarbij dwang geen te bewijzen element is;¹⁸⁶ en
- Uit het feit dat de verdachte een fysiek, emotioneel en geestelijk overwicht heeft op het slachtoffer kan niet worden afgeleid dat de verdachte dit overwicht opzettelijk heeft gebruikt om het slachtoffer tegen haar wil seksueel binnen te dringen. Daarmee is geen sprake van een ‘andere feitelijkheid’ en kan dwang dus niet worden bewezen.¹⁸⁷

Bovenstaande gezichtspunten geven een indicatie wanneer niet kan worden voldaan aan het bestanddeel ‘andere feitelijkheid’. Opvallend is dat een enkele omstandigheid vaak niet genoeg is om tot een bewezenverklaring van dwang te kunnen komen. Alle omstandigheden van het geval moeten worden bekeken en worden meegenomen in de beslissing van de rechtbank.

¹⁸¹ Rb. Zeeland-West-Brabant 15 februari 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:622.

¹⁸² Rb. Rotterdam 23 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7312, r.o. 4.2.

¹⁸³ Rb. Zeeland-West-Brabant 7 november 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:7160.

¹⁸⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:173, r.o. 4.1.2.

¹⁸⁵ Rb. Midden-Nederland 7 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6022, r.o. 4.3.

¹⁸⁶ Rb. Den Haag 19 maart 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:2346, onder slachtoffer 1.

¹⁸⁷ Rb. Amsterdam 26 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3128, r.o. 3.2.1.

3.3.4 Gezichtspunten verzet

Verzet is geen zelfstandig bestanddeel uit de delictsomschrijving van art. 242 Sr. Verzet is onderdeel van de bestanddelen ‘dwang’, ‘geweld’ en ‘andere feitelijkheid’. Er is namelijk alleen sprake van dwang wanneer het ‘geweld’ of een ‘andere feitelijkheid’ van zodanig kaliber is dat het slachtoffer zich niet kon verzetten of geen weerstand kon bieden.¹⁸⁸ De minister stelt dat voor een bewezenverklaring van verkrachting uit de bewijsmiddelen moet blijken dat sprake was van verzet of een onmogelijkheid tot onttrekking aan de seksuele handelingen.¹⁸⁹ Hier gaat de rechtspraak niet in mee. Het plegen van verzet is geen noodzakelijk vereiste voor het bestanddeel ‘dwang’. Het plegen van verzet is slechts een indicatie dat de handelingen tegen de wil van het slachtoffer zijn. Bij uitblijven van verzet kan niet automatisch worden geconcludeerd dat het slachtoffer met de handelingen instemt. Het onverhoedse en gewelddadige karakter van de handelingen kunnen namelijk ervoor zorgen dat verzet niet of nauwelijks mogelijk is.¹⁹⁰ Dit is het eerste gezichtspunt.

Het tweede gezichtspunt laat zien dat alle feiten en omstandigheden moeten worden meegenomen. Uit de feiten en omstandigheden kan namelijk blijken dat verzet wel degelijk mogelijk was, in die gevallen kan dus niet tot een bewezenverklaring van verkrachting worden gekomen. In het jurisprudentieonderzoek zijn een aantal voorbeelden te vinden. Ten eerste uit de verklaringen van het slachtoffer blijkt dat de verdachte na het wegduwen van zijn arm, stopt met de seksuele handelingen. Hieruit concludeert de rechter dat het slachtoffer zich kon verzetten en dat ook gedaan heeft.¹⁹¹ Ook het vastpakken van de pols van de verdachte, die daarna meteen stopt met de seksuele handelingen, getuigt van een mogelijkheid tot verzet.¹⁹² Als tweede voorbeeld een zaak waarin het slachtoffer en de verdachte al 15 minuten seksueel contact hadden. Op het moment dat het slachtoffer liet weten het seksueel contact niet te willen, is de verdachte onmiddellijk gestopt. Tijdens de eerste minuten van seksueel contact heeft het slachtoffer zich niet verzet, de verdachte kon daaruit afleiden dat het seksueel contact vrijwillig was. Op het moment dat het tegendeel bleek, is de verdachte gestopt met de seksuele handelingen. Er is daarom geen sprake van dwang in de zin van art. 242 Sr.¹⁹³ Een laatste voorbeeld zijn verklaringen van slachtoffers waaruit blijkt dat zij de seksuele handelingen hebben laten gebeuren om het maar gehad te hebben en de eventuele band die het slachtoffer op dat moment met verdachte hadden niet te beschadigen. De rechter stelt dat dit getuigt van een mogelijkheid tot verzet aan de zijde van het slachtoffer. Ook het blijven opzoeken van een verdachte door het slachtoffer, speelt hierin een belangrijke rol.¹⁹⁴

¹⁸⁸ HR 12 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7767, r.o. 3.3-3.4.

¹⁸⁹ Brief van Minister van Justitie en Veiligheid van 22 mei 2019, 2574955, p. 2.

¹⁹⁰ Rb. Midden-Nederland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:340, r.o. 4.3 ‘Kenbaarheid’.

¹⁹¹ Gerechtshof Den Haag 30 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5112.

¹⁹² Gerechtshof Den Haag 15 oktober 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1990.

¹⁹³ Rb. Oost-Brabant 9 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5284.

¹⁹⁴ Rb. Midden-Nederland 9 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:647, r.o. 4.3.1.

3.4 Conclusie

Dit hoofdstuk bevat een algemene weergave van het jurisprudentieonderzoek. De vraag welke gezichtspunten en complicaties zijn te vinden in de rechtspraak wordt beantwoord. Het onderzoek is gebaseerd op 41 rechtszaken. Met behulp van deze rechtszaken zijn een aantal complicaties en gezichtspunten bij de bestanddelen ‘dwingen’ en ‘opzet’ uit de rechtspraak naar voren gebracht. De gezichtspunten en complicaties zijn onderverdeeld in vier categorieën die achtereenvolgens zijn behandeld; algemene gezichtspunten bij het bestanddeel ‘dwang’, gezichtspunten met betrekking tot geweld, met betrekking tot een andere feitelijkheid en verzet.

Er zijn twee algemene gezichtspunten. Ten eerste; zowel de verdachte als het slachtoffer moeten zich bewust zijn van het onvrijwillige karakter van de situatie.¹⁹⁵ Ten tweede moet de dwang afkomstig zijn van degene die de seksuele handelingen verricht.¹⁹⁶ Vervolgens zijn voor dwang door ‘geweld’ en dwang door een ‘andere feitelijkheid’ niet limitatieve opsommingen weergegeven met voorbeelden van wanneer geen sprake is van dwang in de zin van art. 242 Sr. Ook blijkt uit het jurisprudentieonderzoek dat verzet geen noodzakelijk vereiste is voor het bestanddeel ‘dwang’.¹⁹⁷ Tot slot moet worden opgemerkt dat altijd alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen in de motivering van de rechtbank.

¹⁹⁵ Rb. Arnhem 27 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV8307; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 mei 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ6181, onder ‘Ten aanzien van feit 45’.

¹⁹⁶ Rb. Rotterdam 23 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1383, r.o. 5.

¹⁹⁷ Rb. Midden-Nederland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:340, r.o. 4.3 ‘Kenbaarheid’.

Hoofdstuk 4 Biedt het Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven een oplossing voor de complicaties?

4.1 Inleiding

De minister laat in verschillende kamerstukken weten dat het huidige verkrachtingsartikel verouderd is. Ingevolge deze veroudering brengt het artikel een aantal complicaties met zich mee.¹⁹⁸ In het jurisprudentieonderzoek is aandacht besteed aan de punten waar men tegenaan loopt als er wordt getracht te komen tot een veroordeling op basis van art. 242 Sr. Dit hoofdstuk beantwoordt de vraag of de complicaties die de minister schetst bij het bestanddeel ‘dwingen’ en het daarbij behorende ‘opzet’ van het huidige art. 242 Sr zich ook voordoen in de rechtspraak en daarnaast of het nieuwe Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven een oplossing biedt voor de genoemde complicaties. Na het zorgvuldig lezen van de verschillende kamerstukken lijken acht complicaties naar de voorgrond te treden. Mijs inziens zijn alle complicaties het gevolg van de te hoge juridische drempel van het huidige verkrachtingsartikel. Deze te hoge drempel beschouw ik als overkoepelende complicatie en behandel ik niet als afzonderlijke complicatie. Elke paragraaf bevat één van de acht complicaties van de minister. Allereerst worden de complicaties behandeld die in de rechtspraak niet zijn terug te vinden (§ 2, 3, 4 en 5). Vervolgens worden de complicaties waar de rechter wel op stuit uiteengezet (§ 6, 7, 8 en 9). De complicaties worden in dit hoofdstuk kort beschreven, voor verdere uitleg van de complicaties verwijs ik terug naar hoofdstuk 2. Tevens wordt in de paragrafen toegelicht of het nieuwe Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven een oplossing biedt voor de complicaties. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (§ 10).

4.2 Internationale verplichtingen

De minister stelt dat de huidige artikelen omtrent aanranding en verkrachting niet aan de internationale verplichtingen uit art. 36 van het Verdrag van Istanbul voldoen. De artikelen bieden nu een te beperkte bescherming tegen onvrijwillige seks.¹⁹⁹ Deze complicatie ben ik – in lijn met mijn verwachting – niet tegen gekomen in het jurisprudentieonderzoek. In geen van de zaken uit het jurisprudentieonderzoek heeft de rechter zich uitgelaten over internationale verplichtingen. Ik meen dit te kunnen verklaren door het specifieke gebruik van de zoekterm ‘dwang’. Hierdoor kwamen zaken naar voren die antwoord gaven op de vraag of ‘dwingen’ al dan niet bewezen kon worden. Wat de rechter oordeelt over internationale verplichtingen is in mijn onderzoek dan ook niet aan de orde.

Ondanks dat deze complicatie niet terug te vinden is in de rechtspraak ben ik van mening dat het nieuwe Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven hier wel een oplossing voor biedt. Art. 36 Verdrag van Istanbul vereist een wederzijds goedvinden voor het plegen van seksuele handelingen. Wederzijds goedvinden is gebaseerd op toestemming. Het is aan de lidstaten om

¹⁹⁸ Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid van 22 mei 2019, 2574955; *Kamerstukken II* 2019/20, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven; *Kamerstukken II* 2019/20, 29279, 592; *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven.

¹⁹⁹ *Trb.* 2012, 233; *Kamerstukken II* 2019/20, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 3.

zelf invulling te geven aan het begrip wederzijds goedvinden.²⁰⁰ Met het nieuwe wetsvoorstel wordt een onderzoeksplicht geïntroduceerd voor degene die het seksuele contact initieert. De nieuwe artikelen vereisten geen expliciete toestemming, maar van de verdachte gaat wel meer verantwoordelijkheid uit. Het is aan degene die het seksuele contact initieert om na te gaan of het seksuele contact gewenst is.²⁰¹ Op deze manier komt de minister tegemoet aan het begrip wederzijds goedvinden/toestemming en tracht daarmee te voldoen aan de internationale verplichtingen uit het Verdrag van Istanbul.

4.3 Aangiftebereidheid

Deze paragraaf ziet op de complicatie van de minister over de te lage aangiftebereidheid van slachtoffers. De aangiftebereidheid is een complicatie die met name een rol speelt voorafgaand aan of in de voorfase van het opsporingsonderzoek. Het ligt dan ook in de lijn met mijn verwachting dat de rechter zich niet uitlaat over deze complicatie in de rechtspraak. Deze complicatie komt als zodanig niet voor in de rechtspraak. De minister is van mening dat het nieuwe wetsvoorstel een adequate en herkenbare strafrechtelijke reactie mogelijk maakt. Slachtoffers worden hierdoor beter beschermd en het doen van aangifte wordt gemakkelijker.²⁰² Of het wetsvoorstel dit daadwerkelijk teweegbrengt is op basis van mijn onderzoek niet te zeggen. Wel kan ik mij indenken dat het verlagen van de ondergrens van het verkrachtingsartikel als gevolg heeft dat ook het doen van aangifte voor slachtoffers gemakkelijker wordt.

4.4 Afschrikwekkend effect

Het Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven moet het risico op strafrechtelijke aansprakelijkheid beter voorzienbaar maken voor potentiële daders. Het wetsvoorstel geeft een duidelijk signaal af dat seksueel grensoverschrijdend gedrag niet acceptabel is en streng moet worden bestraft. Van het huidige verkrachtingsartikel gaat een – door de te hoge juridische drempel – niet voldoende afschrikwekkende werking uit.²⁰³ Het afschrikwekkende effect is een preventief strafdoel. Preventie ziet op het voorkomen van strafbare feiten. De strafeis moet zodanig zijn opgesteld dat het potentiële daders afschrikt om het strafbare feit te plegen.²⁰⁴ Met invoering van het Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven tracht de minister het gebrek aan voldoende afschrikking van de huidige titel te verbeteren.

Ook over deze complicatie heeft de rechter zich volgens dit onderzoek niet expliciet uitgelaten in de jurisprudentie. Dit is te verklaren door de wijze waarop het jurisprudentieonderzoek is gedaan. Ten eerste ligt in het onderzoek de focus op het bestanddeel ‘dwingen’ en het daarbij behorende ‘opzet’ en de motivering van de rechter in het kader van dit bestanddeel. Ten tweede

²⁰⁰ Rijksoverheid, *Rapportage van de Nederlandse overheid over de uitvoering van het verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (het Verdrag van Istanbul)*, september 2018, p. 49-50; P. Reynolds, ‘Seksuele toestemming ontrafeld’, *Ethiek & Maatschappij* 2010/13, afl. 1, p. 76-77.

²⁰¹ *Kamerstukken II* 2019/20, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 7-8, 34.

²⁰² *Kamerstukken II* 2019/20, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 1-2, 18; *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 3.

²⁰³ *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 23.

²⁰⁴ M.J. Kronenberg & B. de Wilde, *Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 22.

is het onderzoek gebaseerd op vrijspraken op grond van art. 242 Sr. Bij een vrijspraak komt de rechter niet toe aan de strafmotivering en zal de rechter zich niet uitlaten over eventueel gediende strafdoelen. De vraag of deze complicatie zich voordoet in de rechtspraak is op basis van mijn onderzoek niet te beantwoorden. Daarentegen zal het wetsvoorstel waarschijnlijk wel een oplossing bieden voor deze complicatie van de minister. Het verlagen van de ondergrens met invoering van het nieuwe artikel schuldverkrachting en daarmee het verschuiven van de verantwoordelijkheid van het slachtoffer naar de dader, brengt een groter afschrikwekkend effect met zich mee dan het huidige art. 242 Sr doet. De wetgever laat hiermee aan de maatschappij zien dat seksueel grensoverschrijdend gedrag sterk wordt afgekeurd.

4.5 Verzet als vereiste

Een andere complicatie – volgens de minister – is dat voor bewezenverklaring van het huidige art. 242 Sr uit de bewijsmiddelen moet blijken dat sprake was van verzet of een onmogelijkheid tot onttrekking aan de seksuele handelingen.²⁰⁵ Eerder in dit onderzoek is al benoemd dat de Hoge Raad er op dit punt een andere mening op nahoudt. De Hoge Raad stelt namelijk dat verzet aan de zijde van het slachtoffer niet is vereist.²⁰⁶ In de rechtspraak wordt aangesloten bij de redenering van de Hoge Raad. De rechter voegt daaraan toe dat dwang van dien aard moet zijn dat de ander zich naar redelijke verwachting niet tegen de seksuele handelingen heeft kunnen verzetten.²⁰⁷ Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter niet spreekt van verzet als afzonderlijk bestanddeel, maar over de mogelijkheid tot het niet kunnen verzetten als vereiste voor het bestanddeel ‘dwingen’. Hiermee lijkt de rechter de redenering van de minister om te draaien. Verzet hoeft niet te worden bewezen, maar wel moet worden bewezen of het mogelijk was voor het slachtoffer om zich te kunnen verzetten. Verzet is dus wel degelijk van belang voor de motivering van de rechter, maar het is geen zelfstandig vereiste. Voorts moet worden opgemerkt dat het volledig uitblijven van verzet er wel voor kan zorgen dat de dader in de veronderstelling verkeert dat het slachtoffer instemt met het seksuele contact.²⁰⁸ Deze motivering rondom verzet ziet met name op de kenbaarheid van de onvrijwilligheid voor de verdachte in plaats van op het uitoefenen van dwang. Uit bovenstaande kan geconcludeerd worden dat de rechtspraak niet stuit op de complicatie van de minister betreffende verzet. Verzet is namelijk geen zelfstandig vereiste voor het bestanddeel ‘dwingen’.

In het Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven wordt het bestanddeel ‘dwingen’ uit de gronddelicten gehaald. ‘Dwang’ hoeft voor zowel schuldverkrachting (art. 242 Sr nieuw), als opzetverkrachting (art. 243 Sr nieuw) niet meer te worden bewezen. Alleen voor het gekwalificeerde delict uit art. 243 Sr nieuw is ‘dwang’ een vereiste. De minister neemt hiermee de moeilijkheden die het bestanddeel ‘dwingen’ in het huidige verkrachtingsartikel met zich meebrengt, weg. Daarnaast vormt ‘dwang’ in het gekwalificeerde delict geen centraal element meer, maar wordt hij gepositioneerd naast ‘geweld’ en ‘bedreiging’. De ‘dwang’ hoeft niet zodanig te zijn dat het de wil van de ander doorbreekt, ook in het gekwalificeerde delict wordt

²⁰⁵ Brief van Minister van Justitie en Veiligheid van 22 mei 2019, 2574955, p. 2.

²⁰⁶ HR 31 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2491, r.o. 4.9.

²⁰⁷ Gerechtshof Amsterdam 26 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1727, onder ‘Vrijspraak’.

²⁰⁸ Rb. Oost-Brabant 9 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5284, onder ‘Vrijspraak’.

dus de huidige ondergrens verlaagd.²⁰⁹ Het wel of niet plegen van verzet is met invoering van de nieuwe artikelen niet meer aan de orde.

4.6 Aanscherping van de zedenwetgeving

De huidige titel XIV ‘Misdrijven tegen de zeden’ is verouderd en toe aan aanscherping.²¹⁰ In de rechtspraak wordt hier niet specifiek aandacht aan besteed. Desondanks ben ik van mening dat de rechter het wel degelijk eens is met deze complicatie van de minister. In een van de zaken uit het onderzoek sprak de rechter vrij, omdat het seksueel binnendringen niet was voltrokken door degene die de dwang uitoefende. Uit de feiten kwam duidelijk naar voren dat er wel degelijk sprake was van dwang, onvrijwilligheid en seksueel binnendringen. Echter, het seksueel binnendringen was voltrokken door het slachtoffer zelf en niet door degene die de dwang uitoefende. De rechter was genooddaakt om de verdachte vrij te spreken van verkrachting.²¹¹ In dergelijke gevallen, waarin sprake is van ‘zelfpenetratie’, kan de rechter de verdachte op grond van het huidige art. 242 Sr derhalve niet veroordelen. Zulk seksueel grensoverschrijdend gedrag kan echter niet onbestraft blijven. De rechter heeft in bovengenoemde zaak daarom de verdachte veroordeeld op grond van art. 246 Sr (feitelijke aanranding van de eerbaarheid).²¹² De rechter voelde zich gedwongen om het delict eigenhandig te kwalificeren als aanranding van de eerbaarheid om op die manier tot een veroordeling te kunnen komen. Hieruit concludeer ik dat de rechter deze complicatie van de minister erkent. Het verkrachtingsartikel was in genoemde zaak niet toereikend genoeg. Het gedrag kon echter niet ongestraft blijven en daarom zocht de rechter een andere manier om tot veroordeling van de verdachte over te kunnen gaan. Tevens wordt de discrepantie blootgelegd tussen mannelijke en vrouwelijke slachtoffers. De huidige strafbaarstelling doet niet op gelijke wijze recht aan mannelijke en vrouwelijke slachtoffer.²¹³

Uit bovenstaande blijkt de noodzaak van aanscherping van de huidige zedentitel.²¹⁴ De definitiebepaling in art. 239 Sr (nieuw) bevat een verruiming ten opzichte van het huidige art. 242 Sr. De verruiming brengt met zich mee dat ook het slachtoffer laten verrichten van seksuele handelingen met zichzelf of met een derde strafbaar wordt gesteld.²¹⁵ Met het nieuwe wetsvoorstel tracht de minister dus alle vormen van seksueel binnendringen waarbij het lichaam van een slachtoffer betrokken is gelijk te stellen aan verkrachting.²¹⁶ Dit lijkt mij een wenselijke oplossing voor de hierboven geschetste problemen. De verruiming zal niet alleen de mannelijke en vrouwelijke slachtoffers gelijktrekken, maar ook dergelijke delicten waarbij sprake is van ‘zelfpenetratie’ strafbaar stellen als verkrachting. Eveneens wordt aangesloten bij online seksuele delicten welke in de laatste jaren sterk zijn toegenomen.²¹⁷ De nieuwe strafbaarstelling

²⁰⁹ *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 44-45.

²¹⁰ *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 28.

²¹¹ Rb. Rotterdam 23 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1383.

²¹² Rb. Rotterdam 23 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1383.

²¹³ *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 5.

²¹⁴ *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 5.

²¹⁵ *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 37-38.

²¹⁶ *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 5.

²¹⁷ *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 37-38.

zal aldus beter aansluiten bij de maatschappelijke realiteit en een oplossing bieden voor de genoemde complicatie.

4.7 Modernisering en het verschil tussen maatschappelijk en juridisch perspectief

De maatschappelijke opinie over seksueel grensoverschrijdend gedrag is de afgelopen jaren sterk veranderd. De wetgeving heeft echter stil gestaan. De zedenwetgeving is sterk cultuur gevoelig en wetswijzigingen berusten voornamelijk op maatschappelijke ontwikkelingen.²¹⁸ Doordat de wetgever niet is meegegaan met de maatschappelijke ontwikkelingen is een verschil ontstaan tussen het maatschappelijke en juridische perspectief op seksueel grensoverschrijdend gedrag.²¹⁹ Deze complicatie ziet op de modernisering van het wetsvoorstel. Modernisering zal moet het verschil tussen het juridische en maatschappelijke perspectief verkleinen. In het de jurisprudentie benoemt de rechter het verschil tussen maatschappelijk en juridisch perspectief niet expliciet. Ik ben van mening dat de rechter wel op deze complicatie stuit. Uit het jurisprudentieonderzoek komen een drietal zaken naar voren waarin de rechter onder andere oordeelt dat de handelingen moreel verwerpelijk zijn, laakbaar en de grenzen van fatsoen overschrijden. Toch worden strafrechtelijke grenzen niet wettig en overtuigd overschreden en wordt niet tot een bewezen verklaring van verkrachting gekomen. De bewezenverklaring loopt stuk op het bestanddeel ‘dwingen’.²²⁰ Mijns inziens legt de rechter hiermee het verschil bloot tussen wat de maatschappij strafbaar acht – moreel verwerpelijk – en wat juridisch strafbaar is gesteld. De complicatie wordt door de rechter erkent.

Het nieuwe wetsvoorstel biedt een oplossing voor het bovengenoemde verschil en is een modernisering van de huidige zedentitel. De minister komt met een verlaging van de ondergrens van het huidige zedenartikel. Deze ondergrens is beschreven in het artikel over schuldverkrachting (art. 242 Sr nieuw).²²¹ In de maatschappij worden niet alleen de ernstige vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag afgekeurd, maar ook lichtere vormen zijn steeds verwerpelijker. Met verlaging van de ondergrens komt de wetgever tegemoet aan de maatschappij, waarin seksueel grensoverschrijdend gedrag steeds sterker wordt afgekeurd. Het verwijderen van het bestanddeel ‘dwingen’ uit de gronddelicten schuld- en opzetverkrachting draagt hieraan bij.²²² Ook in het gekwalificeerde delict uit art. 243 lid 2 Sr (nieuw) is ‘dwingen’ geen centraal element meer.²²³ Veroordeling op basis van de nieuwe artikelen wordt namelijk makkelijker. Ongewenst seksueel binnendringen dat onder het huidige recht niet als verkrachting kan worden aangemerkt, kan dat waarschijnlijk wel onder de nieuw wetgeving. Als voorbeeld gebruik ik een van de bovengenoemde uitspraken. Ondanks dat de verdachte

²¹⁸ C. Kelk, ‘Uitdijende strafbaarheid van onzedelijk handelen’, *Ars Aequi* 2015, afl. 6, p. 521-522; K.K. Lindenberg, ‘Zedendelicten en positieve verplichtingen’, in: J.H. Gerards & C.H. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 507-508.

²¹⁹ *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 1-4.

²²⁰ Rb. Zeeland-West-Brabant 15 februari 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:622; Rb. Overijssel 26 augustus 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4486, r.o. 5.3; Gerechtshof Amsterdam 26 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1727, onder ‘Vrijspraak’.

²²¹ *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 42-43.

²²² Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid van 22 mei 2019, 2574955, p.1-4; *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 4.

²²³ *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 44-45.

heeft geprofiteerd van de situatie, de kwetsbaarheid en beïnvloedbaarheid van het slachtoffer, werden de strafrechtelijke grenzen niet overschreden. De verdachte heeft enkel rekening gehouden met zijn eigen genot en geen moment stilgestaan bij de verdachte.²²⁴ Dit getuigt van laakbaar, onvoorzichtig gedrag van de verdachte. Het nieuwe artikel 242 Sr vereist een zekere oplettendheid bij de dader. Heeft de verdachte een ernstig vermoeden dat de handelingen tegen de wil van het slachtoffer zijn, en zet hij de handelingen toch voort, dan is de verdachte strafbaar.²²⁵ De verdachte uit de rechtszaak van rechtbank Zeeland-West-Brabant zal waarschijnlijk onder het nieuwe artikel wel veroordeeld kunnen worden. Ook de strafrechtelijke grenzen worden dan overschreden. Ik concludeer dat het wetsvoorstel beter aansluit bij de maatschappelijke opinie van tegenwoordig en een oplossing vormt voor deze complicatie.

4.8 Verantwoordelijkheid ligt te veel bij het slachtoffer

Vandaag de dag ligt de verantwoordelijkheid te veel bij de slachtoffers.²²⁶ Ook uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat de rechter stuit op deze complicatie. Uit het jurisprudentieonderzoek komt zeer duidelijk naar voren dat onder de huidige wetgeving de verantwoordelijkheid inderdaad ligt bij de slachtoffers. Het is namelijk aan de slachtoffers om kenbaar te maken dat hij/zij de handelingen niet wenst. De rechter stelt bijvoorbeeld dat niet tot een bewezenverklaring kan worden gekomen omdat uit de verklaringen van de aangeefster niet blijkt ‘of en hoe ze heeft aangegeven dat ze geen seks wilde’.²²⁷ Tevens, de rechter spreekt een verdachte vrij van verkrachting omdat ‘dwang’ niet kon worden bewezen. Er was onvoldoende bewijs voor de verklaringen van het slachtoffer waarin zij aangeeft meerdere malen ‘niet doen’ te hebben gezegd en de verdachte te hebben weggeduwd. Dat het slachtoffer na het voorval in zeer emotionele staat verkeerde en sprake was van zwelling en bloedverlies bij de vagina getuigt niet van ‘dwang’ aan de zijde van de verdachte.²²⁸ Deze voorbeelden impliceren dat de verantwoordelijkheid om de onwil kenbaar te maken inderdaad enkel bij het slachtoffer ligt. Er moet een verschuiving van de verantwoordelijkheid komen, zodat deze komt te liggen bij degene die het seksuele contact initieert.

Op de vraag of het nieuwe wetsvoorstel een oplossing biedt voor deze complicatie, durf ik volmondig ‘ja’ te antwoorden. Het nieuwe wetsvoorstel introduceert – met de woorden ‘terwijl hij ernstige reden heeft om te vermoeden’²²⁹ – een onderzoeksplicht aan de zijde van degene die het seksueel contact initieert. De verantwoordelijkheid verschuift van slachtoffer naar verdachte. Wanneer het slachtoffer zachtjes ‘nee’ zegt en de verdachten aan haar gezichtsuitdrukking kunnen afleiden dat zij het seksueel contact niet wenst²³⁰, is het onder het nieuwe wetsvoorstel aan de verdachten om na te gaan of bij het slachtoffer daadwerkelijk sprake is van onwil. Het zachtjes ‘nee’ zeggen en de gezichtsuitdrukking van het slachtoffer zijn namelijk uiterlijk waarneembare signalen die een ‘ernstige reden om te vermoeden’ bij de

²²⁴ Rb. Zeeland-West-Brabant 15 februari 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:622.

²²⁵ *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 3.

²²⁶ *Kamerstukken II* 2019/20, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 34.

²²⁷ Rb. Rotterdam 8 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR0804, onder ‘Motivering vrijspraak, feit 1’.

²²⁸ Rb. Noord-Nederland 16 mei 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:2159, onder ‘Vrijspraak’.

²²⁹ Art. 242 Sr (nieuw), schuldverkrachting.

²³⁰ Rb. Rotterdam 8 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR0804, onder ‘Motivering vrijspraak, feit 1’.

verdachte teweeg kunnen brengen. Gaat de verdachte toch verder met het seksueel contact, zonder te onderzoeken of het contact gewenst is, dan zal hij onder de nieuwe wetgeving strafbaar zijn. Ook in het andere gegeven voorbeeld ligt de verantwoordelijkheid nu nog volledig bij het slachtoffer. Mijns inziens wordt er hierdoor voorbij gegaan aan het feit dat het slachtoffer ‘niet doen’ heeft gezegd. Er wordt enkel gekeken of sprake is geweest van ‘dwingen’ en ‘opzet’ in de zin van art. 242 Sr. Het nieuwe wetsvoorstel zal ook hier verandering in brengen. Ten eerste omdat ‘dwingen’ geen vereiste meer zal zijn, maar ook vanwege verschuiving van de verantwoordelijkheid. De introductie van de onderzoeksplicht neemt met zich mee dat de verdachte bij de woorden ‘niet doen’ moet nagaan bij het slachtoffer of sprake is van onvrijwilligheid. Ook voor een duidelijke ongelijkwaardigheid op grond van bijvoorbeeld leeftijdsverschil, verschil in seksuele ervaring en/of getalsmatig overwicht, is een zekere alertheid aan de zijde van de verdachte noodzakelijk.²³¹ Geeft de dader geen gehoor aan de signalen, dan worden de strafrechtelijke grenzen overschreden. Het Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven vormt ook voor deze complicatie een oplossing.

4.9 Onvrijwilligheid én onvermijdbaarheid

Het bestanddeel ‘dwingen’ uit het huidige art. 242 Sr vereist een onvrijwilligheid én onvermijdbaarheid aan de zijde van het slachtoffer.²³² Onvermijdbaarheid is dat het slachtoffer zich naar redelijke verwachting niet aan de handelingen kon onttrekken.²³³ Ook deze laatste complicatie van de minister is terug te vinden in het jurisprudentieonderzoek. Het onderzoek is gebaseerd op 41 relevante zaken. In meer dan de helft van deze relevante zaken, 28 van de 41, is sprake van onvrijwilligheid aan de zijde van het slachtoffer. Ondanks de onvrijwilligheid komt de rechter niet tot een veroordeling op basis van art. 242 Sr, vanwege het ontbreken van de onvermijdbaarheid. Dat is naar mijn mening zeer onwenselijk. In een van de rechtszaken oordeelt de rechter dat de verdachte misbruik heeft gemaakt van de kwetsbaarheid van aangeefsters en hen heeft aangezet tot het ondergaan van seksuele handelingen. De verdachte heeft echter geen dreigende situatie doen ontstaan.²³⁴ Ik leid hieruit af dat mogelijk sprake was van onvrijwilligheid. Maar door het gebrek aan een dreigende situatie kon onvermijdbaarheid niet worden bewezen. De verdachte is vrijgesproken van verkrachting. In een andere rechtszaak komt het hof tot de conclusie dat de handelingen vermoedelijk zonder toestemming van het slachtoffer zijn verricht. Toch kon het hof niet komen tot een veroordeling, vanwege het ontbreken van een zodanige druk dat het slachtoffer zich niet heeft kunnen verzetten (onvermijdbaarheid).²³⁵ Tot slot nog een voorbeeld van een uitspraak waarin de rechter betoogt dat uit de verklaringen kan worden afgeleid dat het slachtoffer bepaalde seksuele handelingen van de verdachte met tegenzin onderging, maar dat geen sprake is geweest van dwang. De verdachte had niet zo een dreigende situatie gecreëerd dat het slachtoffer zich niet aan de

²³¹ *Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 42-43.

²³² *Kamerstukken II 2019/20, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven*, p. 34.

²³³ K.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*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 222.

²³⁴ Rb. Rotterdam 23 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7312, r.o. 4.2.

²³⁵ Gerechtshof Amsterdam 26 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1727, onder ‘Vrijspraak’.

handelingen kon onttrekken.²³⁶ Kortom, onder het huidige verkrachtingsartikel kan bij sprake van onvrijwilligheid niet altijd gekomen worden tot een veroordeling.

Het Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven biedt een oplossing voor deze complicatie door niet het bestanddeel ‘dwang’, maar het onvrijwillige karakter van de seksuele gedraging centraal te stellen.²³⁷ De minister tracht hiermee al het seksueel binnendringen dat onvrijwillig plaatsvindt strafbaar te stellen. Onvermijdbaarheid is geen vereiste meer onder de nieuwe wetgeving. Het ontbreken van de wil kan worden afgeleid aan de feiten en omstandigheden en kan blijken uit verschillende verbale en non-verbale signalen.²³⁸ Ook contra-indicaties zijn hierbij van belang. Een contra-indicatie is een context waarbij voor eenieder duidelijk is dat geen sprake is van vrijwilligheid aan de zijde van het slachtoffer.²³⁹ In de drie genoemde voorbeelden is het mogelijk dat de rechter op grond van de nieuwe artikelen tot een veroordeling komt. De rechter zal in de toekomst enkel aandacht besteden aan de vraag of de verdachte een ernstig vermoeden had of wist dat het slachtoffer de handelingen tegen de wil onderging. Of sprake was van een onmogelijkheid tot onttrekking aan de handelingen of een voldoende dreigende sfeer zal niet meer aan de orde zijn. Ook deze laatste complicatie vindt zijn oplossing in het nieuwe Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven.

4.10 Conclusie

De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat is: Worden de complicaties van het bestanddeel ‘dwingen’ en het daarbij behorende ‘opzet’, die zich voordoen in de rechtspraktijk, weggenomen met invoering van het nieuwe Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven? De vraag wordt beantwoord aan de hand van jurisprudentieonderzoek. De minister schetst acht complicaties. Elke complicatie lijkt het gevolg van de te hoge juridische drempel van het huidige art. 242 Sr. De te hoge drempel is een overkoepelende complicatie en is niet als afzonderlijke complicatie behandeld. Uit het onderzoek kwam naar voren dat de rechter niet stuit op de ene helft van de complicaties niet, op de andere helft van de complicaties wel. De complicaties met betrekking tot de internationale verplichtingen, aangiftebereidheid van de slachtoffers, het afschrikwekkende effect van de zedentitel en verzet als vereiste zijn geen complicaties die terug zijn te vinden in het jurisprudentieonderzoek. De modernisering en aanscherping van de zedenwetgeving, het verschil tussen het maatschappelijk en juridisch perspectief, de verantwoordelijkheid die te veel ligt bij de slachtoffers en het moeten bewijzen van onvrijwilligheid én onvermijdbaarheid zijn complicaties die wel terug zijn te vinden in de rechtspraktijk. De complicaties inzake de aangiftebereidheid en het afschrikwekkend effect worden mijns inziens opgelost met het wetsvoorstel. Echter, dat is op basis van mijn jurisprudentieonderzoek niet expliciet te zeggen. Aangiftebereidheid speelt met name een rol in de voorfase aan het gerechtelijke onderzoek. Verder is het onderzoek alleen gericht op vrijspraken en komt de rechter niet toe aan straftoemeting en eventuele strafdoelen. Het afschrikwekkend effect is dan ook niet terug te vinden in mijn jurisprudentieonderzoek. Elke

²³⁶ Rb. Rotterdam 11 juli 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX1302.

²³⁷ *Kamerstukken II* 2019/20, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 34; *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 40.

²³⁸ *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 10, p. 43.

²³⁹ *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 42-43.

andere complicatie vindt op basis van het jurisprudentieonderzoek wel zijn oplossing in het nieuwe wetsvoorstel.

Conclusie en discussie

1 Conclusie

Lang was seks een taboe en enkel onderdeel van het huwelijk. Met de komst van de Seksuele Revolutie in de jaren '60 en '70 werd seks een meer besproken onderwerp.²⁴⁰ Dit bracht met zich mee dat ook de negatieve kant van seks naar de voorgrond trad. De discussie rondom de ernst van het seksueel misbruik werd aangewakkerd. De maatschappelijke opinie rondom seksueel geweld veranderde.²⁴¹ Naar aanleiding van die verandering werd in 1970 de Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving, de Commissie-Melai, in het leven geroepen. De Commissie-Melai stelde tien jaar later een algehele herziening voor.²⁴² De toenmalige Minister van Justitie achtte de algehele herziening onnodig en beperkte zich tot een aantal belangrijke wijzigingen die in werking traden op 9 oktober 1991.²⁴³ Sinds deze wijzigingen in 1991 is artikel 242 in het Wetboek van Strafrecht onveranderd gebleven. Echter, de maatschappelijke opinie over seksueel grensoverschrijdend gedrag bleef zich ontwikkelen. Het verschil tussen het juridische en maatschappelijke perspectief werd steeds groter. Met de komst van de #MeToo werd deze discrepantie nog duidelijker zichtbaar.²⁴⁴ De Minister van Justitie en Veiligheid Ferdinand Grapperhaus erkent dat het huidige art. 242 Sr een aantal complicaties met zich meebrengt – voornamelijk bij de bestanddelen 'dwingen' en 'opzet' – en is voornemens de zedenwetgeving eindelijk te herzien.²⁴⁵

Deze masterscriptie stelt de toepassing van het verkrachtingsdelict in de praktijk centraal en toetst of het nieuwe Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven noodzakelijk is en een oplossing biedt voor de complicaties die de minister schetst. In deze masterscriptie stond de volgende probleemstelling centraal:

Stuit de feitenrechtspraak op de door de minister geschetste complicaties van het bestanddeel 'dwingen' en het daarbij behorende 'opzet' uit de huidige delictomschrijving van artikel 242 Sr²⁴⁶, en zo ja, biedt het nieuwe Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven²⁴⁷ daarvoor een oplossing?

Om de onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden zijn vijf deelvragen opgesteld. In deze scriptie is gebruik gemaakt van zowel literatuur- als jurisprudentieonderzoek. Verschillende bronnen

²⁴⁰ C. Kelk, 'Uitdijende strafbaarheid van onzedelijk handelen', *Ars Aequi* 2015, afl. 6, p. 521-522.

²⁴¹ G. Hekma & B. van Stolk, 'Inleiding. Het verlies van de onschuld: seksualiteit in Nederland', *Amsterdams Sociologisch Tijdschrift* 1990/17, afl. 2, p. 7-10.

²⁴² K.K. Lindenberg, 'Zedendelicten en positieve verplichtingen', in: J.H. Gerards & C.H. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 507-508.

²⁴³ K.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*, Zutphen: Paris 2016, p.1 samenvatting.

²⁴⁴ J. Janssen, 'Eén jaar na #MeToo: hoe nu verder? Een blik vanuit een criminologisch perspectief', *Tijdschrift voor Seksuologie* 2018/42, afl. 3, p. 98.

²⁴⁵ Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid van 22 mei 2019, 2574955, p.1-4; *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 4.

²⁴⁶ Verkrachting, Stb. 1991, 519.

²⁴⁷ *Kamerstukken II 2020/21*, Consultatieversie Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven.

als (inter)nationale wet- en regelgeving, jurisprudentie, parlementaire stukken en wetenschappelijke artikelen zijn behandeld.

Ter beantwoording van de probleemstelling is allereerst onderzocht wat de ratio en de reikwijdte is van het huidige verkrachtingsartikel. De wetgever moest de samenleving bescherming bieden tegen seksueel geweld. Daarbij werd in acht genomen dat het seksuele leven van de burger behoort tot het privé. Er werd voorzichtig omgegaan met overheidsbemoediging. De wetgever heeft getracht hier een balans in te vinden.²⁴⁸ Art. 242 Sr valt uiteen in een vijftal bestanddelen: i) geweld, ii) andere feitelijke, iii) bedreiging (met geweld of een andere feitelijke), iv) seksueel binnendringen van iemands lichaam en v) dwingen met het daarbij behorende opzet. Deze bestanddelen beslaan de reikwijdte van art. 242 Sr. Dit onderzoek legt enkel de focus op het bestanddeel ‘dwingen’ en het daarbij behorende ‘opzet’ en de complicaties die dit bestanddeel met zich meebrengt.

Vervolgens is onderzoek gedaan naar de ratio en reikwijdte van het nieuwe Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven. De minister tracht met het nieuwe wetsvoorstel een adequate en herkenbare strafrechtelijke reactie op seksueel grensoverschrijdend gedrag te bewerkstelligen die past binnen de hedendaagse en digitaliserende samenleving. De online veiligheid wordt beter gewaarborgd. Ook het doen van aangifte wordt vergemakkelijkt en het afschrikwekkend effect van de zedenwetgeving wordt vergroot. Verder komt het wetsvoorstel toe aan internationale verplichtingen, met name aan art. 36 van het Verdrag van Istanbul.²⁴⁹ Tot slot komt de verantwoordelijkheid te liggen bij degene die het seksueel contact initieert. Het onvrijwillige karakter van de seksuele gedraging staat centraal. Met deze uitbreidingen en verlaging van de ondergrens poogt de minister de zedenwetgeving meer in lijn te brengen met de heersende maatschappelijke moraal.²⁵⁰ Het wetsvoorstel vervangt de huidige Titel XIV Misdrijven tegen de zeden door Titel XIV Seksuele Misdrijven en introduceert een aantal nieuwe artikelen. Titel XIV begint met een definitiebepaling (239), gevolgd door de voor deze scriptie relevante artikelen schuldverkrachting (242) en opzetverkrachting en gekwalificeerde opzetverkrachting (243).²⁵¹ De definitiebepaling bevat een verruiming van de huidige reikwijdte door alle vormen van seksueel binnendringen waarbij het lichaam van een slachtoffer betrokken is gelijk te stellen aan verkrachting.²⁵² Het schuldverkrachtingsartikel wordt de nieuwe ondergrens en is een culpoos delict. ‘Dwingen’ is geen bestanddeel meer in zowel het schuld- als opzetverkrachtingsartikel. Ook in de gekwalificeerde delictsvorm (art. 243 lid 2 Sr, nieuw) vormt ‘dwingen’ geen centraal element meer, maar wordt het gepositioneerd naast ‘geweld’ en ‘bedreiging’.

²⁴⁸ W. Sorgdrager, *Zonde, zeden en strafrecht*, Breda: De Geus, Singel Uitgeverijen 2014, onder ‘Seks en overheid’; *Kamerstukken II* 1988/89, 20930, 3, p. 2 (MvT).

²⁴⁹ *Kamerstukken II* 2019/20, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 1-2, 18; *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 3, 21-23.

²⁵⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 34; *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 40.

²⁵¹ *Kamerstukken II* 2019/20, Voorontwerp wetsvoorstel seksuele misdrijven, p. 3.

²⁵² *Kamerstukken II* 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 5.

Aan de hand van het jurisprudentieonderzoek zijn een aantal gezichtspunten uit de rechtspraak naar voren gekomen. Het onderzoek is gebaseerd op 41 relevante rechtszaken. De gemene deler is dat altijd de specifieke feiten en omstandigheden van het geval in acht moeten worden genomen door de rechter. Daarnaast is stevast sprake van een combinatie van verschillende factoren en kan een rechter zijn veroordeling niet baseren op een enkele omstandigheid.

Geconcludeerd kan worden dat de minister acht complicaties naar voren brengt bij het bestanddeel 'dwingen' en het daarbij behorende 'opzet'. Om een antwoord te kunnen geven op de probleemstelling is – met behulp van het jurisprudentieonderzoek – onderzocht op welke van deze genoemde complicaties de rechtspraak stuit. Uit het onderzoek is gebleken dat slechts vier van de acht complicaties terug zijn te vinden in de rechtspraak. Voor die complicaties biedt het Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven een oplossing. Met de modernisering en aanscherping van het wetsvoorstel wordt beter aangesloten bij de tijdsgeest van de samenleving waarin het aantal digitale seksuele delicten toeneemt en seksueel grensoverschrijdend gedrag steeds sterker wordt afgekeurd. De juridische drempel, de ondergrens, wordt verlaagd en brengt met zich mee dat het verschil tussen het maatschappelijke en juridische perspectief wordt verkleind. Met invoering van de nieuwe artikelen wordt het bestanddeel 'dwingen' uit de gronddelicten verwijderd. Ook in de gekwalificeerde delictsvorm vormt 'dwingen' geen centraal element meer. Met deze aanpassing is het niet meer noodzakelijk om naast onvrijwilligheid ook de onvermijdbaarheid aan de zijde van het slachtoffer te bewijzen. Het onvrijwillige karakter van de seksuele gedraging komt centraal te staan. Tot slot verschuift, met invoering van een onderzoeksplicht voor degene die het seksuele contact initieert, de verantwoordelijkheid van slachtoffer naar dader. De introductie van de onderzoeksplicht brengt met zich mee dat de verdachte bij een ernstig vermoeden van de onwil bij het slachtoffer moet nagaan of de handelingen gewenst zijn. Doet een verdachte dat niet, dan zijn de strafrechtelijke grenzen overschreden. Kortom, de feitenrechtspraak stuit niet op elke door de minister genoemde complicaties bij het bestanddeel 'dwingen' en het daarbij behorende 'opzet' uit de delictsommschrijving van het huidige art. 242 Sr. Daarentegen biedt het Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven wel een oplossing voor alle door de minister geschetste complicaties, met name voor die complicaties die ook terug zijn te vinden in de rechtspraak.

2 Discussie

Dat de rechter in dit onderzoek op vier van de acht door de minister geschetste complicaties stuit, is voor een deel te wijten aan het soort onderzoek dat is gedaan. In deze scriptie stond jurisprudentieonderzoek centraal. In dit onderzoek is enkel gebruik gemaakt van vrijspraken. Daarnaast is gefilterd op de zoekterm 'dwang'. De complicaties als aangiftebereidheid, internationale verplichtingen en het afschrikwekkend effect zijn waarschijnlijk om deze reden niet terug te vinden in het jurisprudentieonderzoek. Daarnaast is mijns inziens jurisprudentieonderzoek niet geschikt voor het doen van onderzoek naar aangiftebereidheid en het afschrikwekkend effect van wetgeving. Verder onderzoek zal moeten uitwijzen of deze complicaties met het nieuwe wetsvoorstel worden opgelost.

Voorts moet de minister waken voor het niet te ver verlagen van de ondergrens. Verkrachting is een ernstig delict, dat een zeer ernstige inbreuk maakt op de lichamelijke en geestelijke integriteit van het slachtoffer.²⁵³ Het ten onrechte worden beschuldigd van verkrachting kan grote invloed hebben op het leven van de vals beschuldigde. Er zal dan ook zorgvuldig met de aangiftes om moeten worden gegaan. In de eerdere memorie van toelichting heeft de minister deze kwestie slechts kort aangestipt. Seks waarvan iemand achteraf spijt heeft is bijvoorbeeld niet strafbaar.²⁵⁴

Tot slot onderscheiden zedenzaken zich doorgaans van andere misdrijven doordat in het grootste deel van de gevallen slechts twee personen aanwezig zijn bij de gepleegde seksuele handelingen. Het is vaak een kwestie van de verklaring van de één tegen de verklaring van de ander. In zedenzaken is dus dikwijls sprake van een bewijsnood.²⁵⁵ De bewijsnood wordt door zowel de minister als in de rechtspraak erkent. Het Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven zal hier geen verandering in kunnen brengen. Zedenzaken zullen waarschijnlijk altijd door bewijsnood gekenmerkt blijven.

²⁵³ Richtlijn voor strafvordering verkrachting (art. 242 Sr), uitgangspunt 36 maanden gevangenisstraf.

²⁵⁴ *Kamerstukken II* 2019/20, Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, p. 12.

²⁵⁵ W. Sorgdrager, *Zonde, zeden en strafrecht*, Breda: De Geus, Singel Uitgeverijen 2014, onder 'Vrije wil. Eén op één: bewijsproblemen'; Rb Limburg 9 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1156; E. Rassin, 'Rechtspsychologie. De waarheid over seksueel misbruik', *Tijdschrift voor de Criminologie* 2021/54, afl. 2, p. 172.

Literatuurlijst

A.J. Machielse (red.), 'XIV Misdrijven tegen de zeden. Art. 242 Verkrachting', in: *Wetboek van Strafrecht – Noyon, Langemeijer, Remmelink Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

C. Kelk, 'Uitdijende strafbaarheid van onzedelijk handelen', *Ars Aequi* 2015, afl. 6, p. 520-527.

C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

C. Wouters, 'De lustbalans van liefde en seks. Ontwikkelingen sinds de seksuele revolutie', *Amsterdam Sociologisch Tijdschrift* 1995/22, afl. 2, p. 368-402.

E. Rassin, 'Rechtspsychologie. De waarheid over seksueel misbruik', *Tijdschrift voor Criminologie* 2012/54, afl. 2, p. 172-180.

G. Hekma & B. van Stolk, 'Inleiding. Het verlies van de onschuld: seksualiteit in Nederland', *Amsterdams Sociologisch Tijdschrift* 1990/17, afl. 2, p. 7-10.

G. Hekma, 'De klemmen van lust: de ontwikkeling van het plezier sinds de seksuele revolutie', *Etnofoor* 1994/7, afl. 2, p. 5-23.

J. Janssen, 'Eén jaar na #MeToo: hoe nu verder? Een blik vanuit een criminologisch perspectief', *Tijdschrift voor Seksuologie* 2018/42, afl. 3, p. 98-103.

J.M. ten Voorde, 'Strafbaarstelling van nieuwe vormen van ongewenste seksuele gedragingen in Nederlandse zedenwetgeving', *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht* 2016, afl. 1, p. 191-256.

K.K. Lindenberg, 'Zedendelicten en positieve verplichtingen', in: J.H. Gerards & C.H. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 501-530.

K.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*, Zuthen: Paris 2016.

K.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 strafrechtstag 2017 (Groningen)*, Deventer: Kluwer 2019.

K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

L.E.M. Scheurs, J. Van der Ham & L.E.M. Hamers, 'Dwang bij misdrijven tegen de zeden in het afgelopen decennium', *Delikt en Delinkwent* 2019/59, afl. 9, p. 1-20.

M.A.H. van der Woude, in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2020, art. 81 Sr (online, bijgewerkt 1 juli 2020).

M.J. Kronenberg & B. de Wilde, *Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

P. Reynolds, 'Seksuele toestemming ontrafeld', *Ethiek & Maatschappij* 2010/13, afl. 1, p. 68-90.

Recht in verkrachtingszaken. Een analyse van verkrachtingszaken in Nederland, Amsterdam: Amnesty International 2020.

Rijksoverheid, *Rapportage van de Nederlandse overheid over de uitvoering van het verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (het Verdrag van Istanbul)*, september 2018.

R. Ter Haar, L. Kesteloo & N.A. Korthals, 'De strafbaarstelling van seks tegen de wil: een eerste verkenning van het juridische landschap', *Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht* 2019/100, afl. 37, p. 1-12.

R.S.B. Kool, 'Vrijheid, blijheid? Over het dilemma van de strafbare seksualiteit', *Tijdschrift voor Criminologie* 2003, afl. 4, p. 338-354.

R.S.B. Kool, in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2018, art. 242 Sr (online, bijgewerkt 1 juli 2018).

S. van der Veen, J. Nijhuis, W. Stapel, M. Sabiran & E. Van der Staal, *Kwalitatieve analyse impact modernisering van de wetgeving inzake seksuele misdrijven*, Utrecht: Significant Public 2020.

S.E. van den Brink & S.M. Milani, 'Zedelijkheidswetgeving', *Praktijkwijzer Strafrecht* 2018/5, afl. 6, p. 43-57.

W. Sorgdrager, *Zonde, zeden en strafrecht*, Breda: De Geus, Singel Uitgeverijen 2014.

Rechtspraak en wetgeving

Artikel 242 Wetboek van Strafrecht, verkrachting. Stb. 1991, 519.

Richtlijn voor strafvordering verkrachting (art. 242 Sr).

Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, Istanbul 11 mei 2011, *Trb.* 2012, 233.

HR 19 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8716 (Aanmerkelijke kans-arrest).

HR 16 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9883.

HR 16 juni 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC9883. Conclusie A-G Leijten.

HR 22 maart 1988, ECLI:NL:PHR:1988:AD0225.

HR 28 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD1118.

HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0139 m.nt, A.C. 't Hart (Porsche-arrest).

HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ1188.

HR 16 november 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AR3040. Conclusie A-G Machielse.

HR 11 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2972 (Pollepel-arrest).

HR 12 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7767.

HR 9 oktober 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA9177.

HR 31 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2491.

HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2654 (Tongzoen II-arrest).

HR 16 april 2013, ECLI:NL:PHR:2013:415. Conclusie AG-Hofstee bij HR 27 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:494.

HR 26 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1431 (Tongzoen III-arrest).

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 mei 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ6181.

Gerechtshof Den Haag 30 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5112.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:173, r.o. 4.1.2.

Gerechtshof Amsterdam 26 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1727.

Gerechtshof Den Haag 15 oktober 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1990.

Rb. Rotterdam 8 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR0804.

Rb. Arnhem 27 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV8307.

Rb. Rotterdam 11 juli 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX1302.

Rb. Assen 21 augustus 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BX5132.

Rb. Amsterdam 25 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY9650.

Rb. Den Haag 19 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7538.

Rb. Overijssel 26 augustus 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4486.

Rb. Midden-Nederland 25 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6483.

Rb. Oost-Brabant 9 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5284.

Rb. Limburg 9 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1156.

Rb. Midden-Nederland 9 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:647.

Rb. Gelderland 8 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1686.

Rb. Rotterdam 23 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7312.

Rb. Zeeland-West-Brabant 7 november 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:7160.

Rb. Midden-Nederland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:340.

Rb. Rotterdam 23 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1383.

Rb. Midden-Nederland 7 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6022.

Rb. Zeeland-West-Brabant 15 februari 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:622.

Rb. Noord-Nederland 16 mei 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:2159.

Rb. Gelderland 18 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2778.

Rb. Zeeland-West-Brabant 24 juli 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3331.

Rb. Den Haag 19 maart 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:2346.

Rb. Amsterdam 26 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3128.

Rb. Zeeland-West-Brabant 26 juni 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:2704.

Rb. Oost-Brabant 8 september 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:4288.

EHRM 4 december 2003, app. no. 39272/98 (*M.C. v. Bulgaria*).

Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid van 22 mei 2019, 2574955.

Kamerstukken II 1988/89, 20930, 3.

Kamerstukken II 2019/20, 29279, 592.

Kamerstukken II 2019/20, Voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven.

Kamerstukken II 2019/20, Memorie van Toelichting bij voorontwerp Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven.

Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven.

Kamerstukken II 2020/21, Consultatieversie Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven.

‘Voorstel Wet seksuele misdrijven’, Amnesty International Nederland, 3 augustus 2020.

‘Advies inzake het voorontwerp van een wetsvoorstel seksuele misdrijven’, College voor de Rechten van de Mens, 14 augustus 2020.