NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

Ingediend via www.internetconsultatie.nl
Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v.

Den Haag, 3 juni 2021
dossiernummer: [redacted]
uw kenmerk: [redacted]
telefoonnummer: [redacted]
e-mail: [redacted]

Betreft: Wet seksuele misdrijven

Geachte minister,

Bij brief van 11 maart 2021 heeft u de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) ter consultatie voorgelegd het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven). De NOvA voldoet graag aan uw verzoek en heeft zijn adviescommissie strafrecht gevraagd te adviseren.

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

Met de meeste hoogachting,

[redacted]
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie strafrecht

ADVIES

Van:	adviescommissie strafrecht (ACS)
Datum:	3 juni 2021
Betreft:	**wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven)**

0. Vooraf

De consultatie van dit wetsvoorstel werd in 2020 voorafgegaan door een consultatie van een "Voorontwerp" wijziging zedenwetgeving. De NOvA bracht in dat kader op 29 juli 2020 een advies met betrekking tot dat voorontwerp uit[1] met daarin een fors aantal aanbevelingen. Slechts een deel van die aanbevelingen blijkt in het huidige wetsvoorstel te zijn gevolgd.
Daarom, en vanwege de omvang van de voorgestelde wijzigingen, ontkomt de ACS wederom niet aan een uitgebreid advies. Na de inleiding is op pagina 4 - 5 een overzichtelijke lijst met aanbevelingen opgenomen. Daarna volgt de uitwerking van de aanbevelingen. De index ziet er als volgt uit:

1. Inleiding
2. Aanbevelingen
3. Bespreking van het wetsvoorstel
3.1 Wet-systematische opmerking: Titel IV ('Seksuele misdrijven') of V ('openbare orde')
3.2 Ruimere kwalificatie van aanranding en verkrachting: gevolgen
3.3 De invoering van schulddelicten: onnodig en leidt makkelijk tot onvoorzienbaarheid
3.4 Taakstrafverbod: niet toepassen
3.5 Seksuele intimidatie: nu als overtreding strafbaar gesteld in 429ter nieuw
3.6 Sexchatting: artikel 250 nieuw
3.7 Consequenties van het geheel vervallen van het criterium "ontuchtige handelingen"
3.8 Verhoging van de strafmaxima: onnodig en in strijd met memorie van toelichting
3.9 Algehele objectivering van de leeftijd en de rechtspraktijk: meer toelichting gewenst

1. Inleiding

Een goede zedenwetgeving moet recht doen aan de vrije wil van (potentiële) slachtoffers. Zij moet echter ook voorkomen dat veroordelingen plaats kunnen vinden op basis van een moreel oordeel achteraf. Een veroordeling moet gebaseerd (kunnen) worden op feiten, inclusief signalen en aanwijzingen zoals deze zich ten tijde van de gedragingen voordeden. Die signalen moeten voor de verdachte kenbaar zijn geweest. Eerst dan kan hem verweten worden zijn gedrag niet te hebben aangepast.
Het complexe karakter van strafbaarstelling van zedendelicten wordt mede veroorzaakt door het gegeven dat (pogingen tot) seksuele contacten gepaard (kunnen) gaan met subtiele vormen van communicatie (signalen) die binnen betrekkelijk korte tijd ook kunnen veranderen. Ook in deze gevallen dient strafbaarheid gebaseerd te zijn op het negeren of onvoldoende onderkennen van *kenbare* signalen van het (potentiële) slachtoffer. Indien de signalen niet kenbaar zijn belandt men bij een vorm van risicoaansprakelijkheid en is het te verwijten gedrag niet langer voorzienbaar en voldoet de wetgeving niet aan het voorzienbaarheids- en nauwkeurigheidsvereiste dat voortvloeit uit artikel 10 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM).

[1] https://www.advocatenorde.nl/juridische-databank/details/wetgevingsadviezen/1385930170553693560

Een belangrijk referentiepunt voor de Advies Commissie Strafrecht (ACS) is dan ook de vraag of en "*in hoeverre de nieuwe bepalingen ongewenste neveneffecten ten aanzien van de feitelijke realiteit van seksueel contact in het leven roepen en of ze daadwerkelijk aan de problematiek van de zedentitel tegenmoetkomen, die momenteel nog steeds veelal is geworteld in het gebrek aan (steun)bewijs en de benodigde overtuiging van de rechter(s).*"[2]

Ondanks verbeteringen ten aanzien van het voorontwerp ziet de ACS ook in dit wetsvoorstel een aantal van die ongewenste neveneffecten waardoor onder de nieuwe wetgeving enerzijds verwachtingen worden gewekt, met name richting (potentiële) slachtoffers, die niet kunnen worden waargemaakt en anderzijds veroordelingen plaatsvinden waarbij het strafbare gedrag voor de verdachte niet (voldoende) voorzienbaar is. Dergelijke gevolgen van het 'bij de tijd brengen'[3] van de zedenwetgeving gaan te ver en zijn, wat de ACS betreft, onaanvaardbaar. De ACS doelt hiermee met name op de in dit wetsvoorstel geïntroduceerde 'schuld'-delicten, maar ook op de gevolgen van het volledig loslaten van het ontuchtbegrip en de volledige objectivering van de leeftijd bij seksuele gedragingen ten aanzien van minderjarigen.[4]

Illustratief in dit verband is de volgende passage uit de memorie van toelichting[5]:
"Niet uit te sluiten valt dat het in de praktijk in de eerste periode na inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving soms lastig kan zijn om te bepalen of sprake is van een strafbare gedraging en van welke delictsvorm. Seksueel grensoverschrijdend gedrag kan zich in vele variaties voordoen. De rol van het strafrecht bij ongewenst seksueel contact is niet onbegrensd. Seksueel contact is naar zijn aard intiem en speelt zich veelal af in de privé-omgeving. Seksuele communicatie is subtiel en zeker in de beginfase van het contact worden over en weer grenzen verkend. De precieze afbakening van de strafrechtelijke normstelling zal dan ook in de rechtspraktijk aan de hand van concrete casusposities die zich aandienen nader vorm moeten krijgen. Het duurt vermoedelijk enige tijd voordat de rechtsontwikkeling op dit punt is uitgekristalliseerd. Hierbij is een belangrijke rol weggelegd voor de rechtspraktijk. Zo is bijvoorbeeld voorstelbaar dat (zeker in de beginfase) in grensgevallen verschillende delictsvormen ten laste worden gelegd door het openbaar ministerie."

Deze passage benoemt precies waarom strafbaarstelling van seksuele handelingen tegen de wil meer dan andere delicten het risico meebrengt dat strafbaar gedrag vooraf niet voldoende voorzienbaar is en wordt gestraft voor gedragingen die in een aantal gevallen de facto niet verwijtbaar zijn: seksueel contact is naar zijn aard intiem, speelt zich veelal af in de privé-omgeving, seksuele communicatie is subtiel en vaak verkennend van aard, de context is van belang en kan wisselen (beginnende relaties of knipperlichtrelaties). Dat een wetswijziging meebrengt dat de reikwijdte van een bepaald delict in de praktijk moet worden afgebakend is acceptabel. Dat bij voorbaat een onvoldoende voorzienbaarheid van het strafbare gedrag wordt geaccepteerd, zoals uit deze passage lijkt te moeten worden afgeleid, zou niet moeten worden geaccepteerd. Het grootste risico op dit vlak wordt gevormd door de introductie in de complexe zedenwetgeving van schulddelicten. Dit advies concludeert dat de noodzaak voor de introductie van schulddelicten op geen enkele wijze wordt aangetoond, onder meer in verband met de reikwijdte van het voorwaardelijk opzet begrip.

[2] L.E.M. Schreurs, J. van der Ham & L.E.M. Hamers, 'Dwang bij misdrijven tegen de zeden in het afgelopen decennium. Gezichtspunten uit de rechtspraak met het oog op een toekomstig wetsvoorstel', DD 2019/50, p. 16.
[3] Memorie van toelichting (mvt) p. 2 en 9.
[4] Schuldaanranding (artikel 240), opzetaanranding (241), schuldverkrachting (242),
[5] Mvt, p. 13

De ACS moet concluderen dat ook de noodzaak om te komen tot een aanzienlijke verhoging van diverse strafmaxima op geen enkele manier wordt onderbouwd, laat staan aangetoond. Opmerkelijk is dat dit in de memorie van toelichting met zoveel woorden wordt bevestigd dat de rechtspraktijk geen behoefte heeft aan een verhoging van de maxima. Dit onderdeel van het voorstel kan daarom niet anders worden gezien dan als pure symboolpolitiek.

2. Aanbevelingen

De ACS komt tot de navolgende aanbevelingen (tussen haakjes de paragrafen waarin de aanbeveling wordt uitgewerkt):

- **(3.1)** Verplaats ook artikel 139h Sr van Titel V naar Titel XIV. Dit bevordert de overzichtelijkheid;
- **(3.2)** Schrap de ruimere kwalificatie van 'aanranding' en 'verkrachting'. De ACS ziet geen reden waarom een verruimde strafbaarstelling ook gepaard moet gaan met een verruimde kwalificatie en beveelt derhalve aan de voorgestelde artikelen 241 lid 1 en 243 lid 1 aan te passen.
- **(3.3)** Pas de nieuwe strafbaarstelling van seks tegen de wil aan, zodat alleen strafbaar is het opzettelijk plegen van seksuele handelingen tegen de *kenbare* wil van de ander en zie af van de voorgestelde schuldvarianten (240: schuldaanranding, 242: schuldverkrachting). De schuldvariant maakt strafrechtelijk verwijtbaar gedrag snel te onvoorzienbaar. Via het ruime 'voorwaardelijk opzet'-begrip voorziet het nieuwe opzetdelict 'seks tegen de wil' voldoende in de wens van de minister om gedrag dat volgens de huidige maatschappelijke normen strafbaar gesteld zou moeten worden, ook inderdaad strafbaar te stellen. Toevoeging van een schuldvariant brengt het strafrecht te veel in de richting van hetgeen ook de minister niet voor ogen staat: een vorm van risicoaansprakelijkheid. In dit verband is tevens van belang dat de internationale verdragen *niet* verplichten tot invoering van een schulddelict en dat ons omliggende landen dit ook niet hebben gedaan en niettemin aan die internationale verplichtingen voldoen;
- **(3.4)** Bepaal dat het taakstrafverbod niet langer van toepassing is op de delicten van Titel XIV (seksuele misdrijven). Juist bij minder ernstige vormen van grensoverschrijdend seksueel gedrag en bij een lagere verwijtbaarheid is de taakstraf bij uitstek een passende sanctie, zowel ter beïnvloeding van het gedrag van de dader als ter voorkoming van onnodig vergaande criminalisering. Uit de rechtspraktijk blijkt dat behoefte bestaat om deze strafmodaliteit in voorkomende gevallen ook bij zedendelicten toe te passen;
- **(3.5)** Zie af van de strafbaarstelling van seksuele intimidatie (de voorgestelde overtreding van 429ter). De ACS zet vraagtekens bij de noodzaak voor deze nieuwe bepaling en bij de handhaafbaarheid;
- **(3.6)** De noodzaak van strafbaarstelling van sexchatting wordt ook in de huidige memorie van toelichting onvoldoende onderbouwd, temeer nu de minister bij de invoering van het grooming delict (het huidige art. 248e Sr, in werking getreden 1 maart 2019; nu terug te vinden in 250 lid 1 sub c) nog van mening was dat er geen reden was voor strafbaarstelling van sexchatting;
- **(3.6)** De grenzen tussen het voorgestelde 250 lid 1 sub a en b en het huidige 240a, waarmee het overlapt, worden in de memorie van toelichting nog niet voldoende verduidelijkt. Aanbevolen wordt dit alsnog te doen;
- **(3.6)** Pas de strafuitsluitingsgrond van het voorgestelde artikel 250 lid 2, dat nu alleen van toepassing is op lid 1 sub c, ook toe op lid 1 sub a en b. Het in laatstgenoemde leden genoemde schadelijkheidscriterium kan de – door het voorstel gewenste – straf uitsluitende werking naar de mening van de ACS niet in alle gevallen bewerkstelligen.

- **(3.6)** Licht de noodzaak van de 'lokpuber' toe nu deze noodzaak nu niet is onderbouwd. Nu dit een strafvorderlijke bevoegdheid is, dient de bevoegdheid om een lokpuber te gebruiken niet in het Wetboek van Strafrecht maar in het Wetboek van Strafvordering te worden opgenomen. Dit dient ook de ontmoediging van burgers die menen zelf het middel van de lokpuber te moeten inzetten en vervolgens tot eigenrichting overgaan;
- **(3.7)** Het integraal schrappen van het ‘ontucht-begrip’ dreigt enkele ongewenste en onbedoelde gevolgen te hebben die in de memorie van toelichting niet voldoende worden geadresseerd. Het gaat om logische en in zorgvuldige jurisprudentie opgebouwde uitzondering op de strafbaarheid van gedragingen als bedoeld in de voorgestelde artikelen 244 (seksuele handelingen in functionele relaties), 245 (idem in afhankelijkheidsrelaties) en 254c (seksuele handelingen met dieren). Aanbevolen wordt ter verduidelijking hieraan alsnog in de memorie van toelichting aandacht te besteden;
- **(3.8)** Zie af van de voorgestelde verhoging van de strafmaxima. Uit geen enkel onderzoek of publicatie volgt dat de thans bestaande strafmaxima onvoldoende zouden zijn. Het volgt evenmin uit de rechtspraktijk. Binnen de huidige strafmaxima is het goed mogelijk om – indien de onafhankelijke rechter dat gepast acht, waarbij hij zich zoals gebruikelijk op de hoogte zal stellen van de gevoelens in de maatschappij – een strenger strafmaat regime toe te passen. De memorie van toelichting geeft zelf aan dat de thans bestaande strafmaxima in de praktijk al niet gebruikt worden. Ook internationaal voldoen de huidige strafmaxima ruimschoots. Verhoging van de strafmaxima dient slechts symboolpolitiek. De ACS acht de ernst van zedenmisdrijven daarvoor te groot;
- **(3.9)** Geef een nadere toelichting met betrekking tot de problematiek die speelt doordat alle leeftijden worden geobjectiveerd en de ruimte die daarbij nog rest voor het verweer afwezigheid van alle schuld, alsmede de wijze waarop de burger in de praktijk die leeftijd bij de verschillende delicten zou kunnen verifiëren;

3. Bespreking van het Wetsvoorstel

3.1 Wet-systematische opmerking: Titel XIV ('Seksuele misdrijven') of V ('openbare orde')

Een van de kritiekpunten van de ACS met betrekking tot het voorontwerp was de inconsistentie bij de herschikking van strafbepalingen naar respectievelijk de nieuwe Titel XIV 'Seksuele misdrijven' en de al bestaande Titel V 'Misdrijven tegen de openbare orde''. Delicten die een overwegend seksueel karakter hadden werden niettemin in Titel V geplaatst. Delicten waarbij de openbare orde centraal stond werden in Titel XIV geplaatst. De ACS adviseerde, ten behoeve van een betere overzichtelijkheid, alle misdrijven met een seksuele strekking bijeen te houden in titel XIV en de misdrijven/overtredingen waarbij het meer ging om openbare orde facetten te verzamelen in Titel V. Deze aanbeveling is in het huidige wetsvoorstel grotendeels uitgevoerd. De suggestie om het vrij recente art. 139h Sr (‘wraakporno’) alsnog over te hevelen van Titel V naar Titel XIV is niet overgenomen ofschoon de strafwaardigheid van het vervaardigen van de afbeelding wordt bepaald door de *seksuele* aard van de betreffende afdeling. Het verplaatsen van art. 139h Sr naar Titel IXV bevordert de overzichtelijkheid.

3.2 Ruimere kwalificatie van aanranding en verkrachting: gevolgen

In haar advies over het voorontwerp adviseerde de ACS het strafbaar stellen van 'seks tegen de wil', als aanvulling op de bestaande 'dwang-'misdrijven, in een apart opzetdelict te handhaven. Deze strafbaarstelling van seksueel handelen tegen de wil betrof, naast de bestaande 'dwang'-bepalingen (verkrachting en aanranding; 242 Sr respectievelijk 246 Sr), een minder ernstige categorie ongewilde seksuele handelingen waarbij dan ook een lager strafmaximum op zijn plaats

was. Dit betrof artikel 239[6] in het voorontwerp. Het nu voorgestelde artikel 239[7] bevat een definitiebepaling van 'seksuele handelingen' welk begrip vervolgens is opgenomen in de delictsomschrijvingen van de voorgestelde artikelen 240-243.
Het huidige wetsvoorstel laat deze aparte strafbaarstelling dus los. Maar dat niet alleen: de ruimere strafbaarstelling vervangt de huidige centrale norm van (bedreiging met) geweld, of een andere feitelijkheid, als basis voor de kwalificatie van "aanranding" of "verkrachting". Onder "aanranding" en "verkrachting" vallen bij dit voorstel niet alleen de situaties waarin sprake is van seks tegen de wil door middel van (bedreiging met) dwang of een andere feitelijkheid, maar ook andere situaties waarin sprake is van seks tegen de wil maar waarbij géén gebruik is gemaakt van dwang of een daarmee gelijk te stellen feitelijkheid.
In zoverre worden onder dit wetsvoorstel vormen van seksuele handelingen tegen de wil, die – door het ontbreken van dwang of geweld – relatief minder ernstig zijn toch als "aanranding" of "verkrachting" gekwalificeerd. Daardoor ontstaat een grotere kloof tussen de begrippen "aanranding" en "verkrachting" zoals deze juridisch worden gekwalificeerd enerzijds en de wijze waarop deze begrippen in de maatschappij worden gepercipieerd anderzijds. Deze vergaande wijziging wordt beargumenteerd door de stelling dat de maatschappelijke gedachten over wat als aanranding of verkrachting moet worden gezien in de loop der jaren zijn verschoven en verscherpt. Dat moge zo zijn, maar dat neemt niet weg dat het stigmatiserende "aanranding" of "verkrachting" onder het nieuwe recht in een (veel) groter aantal gevallen de juridische kwalificatie vormt voor situaties die door velen niet als zodanig wordt gepercipieerd.

Onder "verkrachting" vallen daardoor in het vervolg niet alleen de gevallen waarin sprake was van geweld of een feitelijkheid waaruit niet te ontsnappen viel, maar ook gevallen waarin signalen van het slachtoffer niet werden opgepikt. In deze laatste categorie valt een verscheidenheid aan situaties, variërend van het negeren van duidelijk kenbare signalen tot gevallen waarin slechts achteraf met moeite een signaal en een foute reactie daarop valt aan te wijzen. Maar al deze situaties kwalificeren onder het nieuwe recht als "verkrachting". Het gaat er hier nadrukkelijk niet om dat een ruimere strafbaarstelling niet op zijn plaats zou zijn, maar om de extreme, en daardoor onevenwichtige, kwalificatie die daarvan in een significante hoeveelheid zaken het gevolg zal zijn. Die kwalificatie heeft voor de verdachte grote gevolgen, ook nadat hij zijn straf heeft uitgezeten: het stigmatiserende stempel zal hem niet of nauwelijks meer verlaten. Ook de bijkomende straf van ontzetting uit bepaalde rechten of een bepaald beroep (artikel 254) kan in dit verband bij schulddelicten onevenredig uitwerken.
Verdachten worden enkel door deze juridische kwalificatie extra gestigmatiseerd en een verder functioneren in de maatschappij wordt bemoeilijkt. Hoezeer de ACS ook onderschrijft dat seksueel handelen tegen de wil moet kunnen worden bestraft en hoezeer het leed van het slachtoffer daardoor niet kan worden weggenomen, een rechtsstaat heeft ook de verantwoordelijkheid te kijken naar te rechtvaardigen mogelijkheden voor de verdachte na het strafproces in de maatschappij te kunnen functioneren. Dit voorstel besteedt hieraan geen aandacht.

[6] Art 239 voorontwerp: "*1. Hij die met een persoon seksuele handelingen verricht of een persoon seksuele handelingen laat verrichten met hem of met zichzelf of met een derde dan wel een persoon seksuele handelingen laat ondergaan door een derde terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze handelingen tegen de wil van die persoon plaatsvinden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie. 2. Indien de in het eerste lid bedoelde handelingen bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam wordt gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie opgelegd."*
[7] Definitiebepaling artikel 239: "*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 artikelsgewijze toelichting op de nieuwe artikelen 240-243 wordt de reden voor deze verruimde strafbaarstelling als volgt verklaard[8]: "*Met deze nieuwe artikelen wordt de strafrechtelijke bescherming tegen onvrijwillig seksueel contact verruimd. Deze verruiming van strafbaarheid moet worden gezien als een formele erkenning van het grote politieke en maatschappelijke belang dat aan een toereikende aanpak van deze delictsvormen wordt gehecht."*
De ACS ziet geen reden waarom een verruimde strafbaarstelling ook gepaard moet gaan met een verruimde kwalificatie en beveelt derhalve aan de voorgestelde artikelen 241 lid 1 en 243 lid 1 aan te passen.

3.3 De invoering van schulddelicten: onnodig en leidt makkelijk tot onvoorzienbaarheid

Het vervangen van (bedreiging met) dwang of een andere feitelijkheid als beslissende norm voor de kwalificatie van "aanranding" of "verkrachting" leidt er in het voorstel toe dat verschillende vormen van aanranding of verkrachting ontstaan. Het gaat hierbij om opzetaanranding (241 lid 1nieuw), gekwalificeerde opzetaanranding (met geweld/dwang/bedreiging; 241 lid 2nieuw), opzetverkrachting (243 lid 1nieuw) en gekwalificeerde opzetverkrachting (met geweld/dwang/bedreiging; 243 lid 2nieuw).
Daarnaast voorziet het wetsvoorstel ook in de introductie van schulddelicten, te weten schuldaanranding (240nieuw) en schuldverkrachting (242nieuw). Het gaat hierbij om het verrichten van seksuele handelingen (bij schuldverkrachting (mede) bestaande uit seksueel binnendringen) terwijl men *"ernstige reden heeft om te vermoeden dat bij die persoon daartoe de wil ontbreekt"*.

De ACS handhaaft haar bezwaren tegen invoering van een schulddelict. Gelet op de aard van seksuele handelingen waarbij het met name in de initiatiefase vaak gaat om subtiele communicatie die niet altijd even duidelijk of eenduidig te interpreteren is of waarbij de signalen wisselen brengt dit ons te veel in de richting van een risicoaansprakelijkheid. Gelet op de grote reikwijdte van "voorwaardelijk opzet" en het kenbaarheidsvereiste is een schulddelict in de praktijk niet nodig. De ACS licht dit als volgt toe.

<u>Geen internationale verplichting</u>
Allereerst wordt benadrukt dat internationale verplichtingen *niet* dwingen tot invoering van een schuldvariant.
De ACS merkt op dat ook bij de overstap naar een consent-model, waarvan in het wetsvoorstel sprake is, verschillende keuzes mogelijk zijn ten aanzien van de vereiste mate van opzet of schuld. Lindenberg beschrijft dat, bijvoorbeeld, in België opzet wordt vereist op het niet-toestemmen, terwijl Engeland heeft gekozen voor een lagere drempel.[9] Voldoende is daar dat bij de verdachte geen redelijke veronderstelling van vrijwilligheid bestond (geen 'reasonable belief'). Naast de subjectieve veronderstelling van de verdachte gaat het in het Engelse model dus tevens om de redelijkheid van die veronderstelling, mede in het licht van de omstandigheden van het geval, waaronder de onderzoeksinspanningen van de verdachte.[10] Ook in de Engelse variant is alleen sprake van een opzetdelict. Duitsland benadrukt dat de wil kenbaar moet zijn en heeft zijn wetgeving in 2016 aan het Verdrag van Istanbul aangepast door strafbaar te stellen het "*gegen den erkennbaren Willen*" een andere persoon seksuele handelingen te laten verrichten of ondergaan (§ 177 StGB).

[8] Mvt, p.40/41
[9] K. Lindenberg, Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een 'Nein heist Nein'? in: E. Gritter (red.), Modern Strafrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2019, blz. 4.
[10] K. Lindenberg, 'Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een 'Nein heist Nein?', in: E. Gritter (red.) Modern Strafrecht, Deventer: Wolters-Kluwer 2019, blz. 1-31.

De ACS meent daarom dat – mede in aanmerking genomen de ruime interpretatie en toepassing van het leerstuk van voorwaardelijk opzet in Nederland – de in het wetsvoorstel genoemde schuldvarianten overbodig zijn. Hierbij is tevens van groot belang dat de internationale verplichtingen waarnaar de memorie van toelichting verwijst en die zijn aangehaald in onder meer het GREVIO rapport, *niet* verplichten tot de invoering van een schulddelict zoals in het huidige voorstel wel aan de orde is.[11]

Van belang is te bewaken dat de reikwijdte van de nieuwe artikelen niet een ondoorzichtige, maar veelomvattende poel wordt waaruit met een beroep op zich wijzigende sociaal-ethische morele regels zo gemakkelijk mogelijke bewijsconstructies kunnen worden geput. Een voorzienbare strafbaarstelling impliceert dat de grens tussen verwijtbaar en niet-verwijtbaar handelen op het moment dat dit handelen plaats vindt door een redelijk oplettende burger goed kan worden vastgesteld. Het impliceert ook dat de relevante omstandigheden en relevante signalen voor de verdachte op dat moment kenbaar moeten zijn geweest.

De ACS meent dat het bij de voorgestelde schuldvarianten voor de burger onvoldoende voorzienbaar wordt wanneer zijn gedraging verwijtbaar wordt. De situaties die in de memorie van toelichting worden genoemd als voorbeelden van gevallen waarin ten onrechte niet veroordeeld werd voor verwijtbaar gedrag, vallen via het voorwaardelijk opzet veelal onder de nieuwe opzetdelicten van de voorgestelde artt. 240-243 Sr.[12] Dit geldt bijvoorbeeld ook voor het in de memorie van toelichting genoemde ‘aannemen van een weifelende, wisselende of passieve houding’[13] en een zogenaamde ‘bevriezingsreactie’ waardoor een persoon niet in staat is zijn of haar wil kenbaar te maken (de veelbesproken ‘tonische immobiliteit’)[14]. Dergelijke signalen, mits redelijkerwijze kenbaar, creëren de concrete, niet onwaarschijnlijke kans dat geen sprake is van vrijwilligheid. Bij dergelijke signalen ontstaat al een vergewisplicht (een onderzoeksplicht) aan de kant van de verdachte. Indien het vergewissen achterwege wordt gelaten of niet duidelijk maakt dat de seks met instemming plaatsvindt en de initiërende partij toch 'door' gaat, dan aanvaardt hij daarmee de aanmerkelijke kans dat sprake is van onvrijwilligheid en is sprake van voorwaardelijk opzet, dat al strafbaar is onder de voorgestelde opzetdelicten.

De ACS meent dat ook in de bij dit voorstel behorende memorie van toelichting, met name met betrekking tot de schuldvarianten, te eenzijdig de nadruk wordt gelegd op de onvrijwilligheid aan de kant van het slachtoffer, terwijl het voor verregaande strafrechtelijke aansprakelijkheid noodzakelijk is dat die onvrijwilligheid ook met betekenisvolle duidelijkheid is gebleken (kenbaar is geworden) voor de andere partij. Het is prima indien de wil van het slachtoffer centraal wordt gesteld, zoals bij de voorgestelde opzetdelicten is gebeurd. Maar de rol van de kenbaarheid van die wil voor de verdachte kan niet worden weggepoetst. Die rol moet wel een betekenisvolle zijn.[15] Gebeurt dat niet, dan wordt de deur te ver opengezet naar een morele beoordeling achteraf en kan een burger worden veroordeeld voor een ernstig misdrijf zonder zich (destijds) van de laakbaarheid van zijn gedrag bewust te (kunnen) zijn. Dit is wat in feite gebeurt bij invoering van de schuldvariant. De

[11] Zie ook Ter Haar, Kesteloo & Korthals, De strafbaarstelling van seks tegen de wil: een eerste verkenning van het juridische landschap, TPWS 2019/100, die op pagina 8 tot dezelfde conclusie komen en verw jzen naar Lindenberg & Van Dijk (2016).
[12] Aldus ook: Schreurs, Van der Ham, Hamers (zie noot1), paragraaf 4.2, pagina's 13.
[13] Mvt, p. 43
[14] Mvt, p. 4
[15] Zie in dit verband Kai Lindenberg, ‘Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een ‘Nein heist Nein?’, in: E. Gritter (red.) Modern Strafrecht, Deventer: Wolters-Kluwer 2019, blz. 1-31, die het begrip beschrijven waarmee de Duitse wetgever haar wetgeving in overeenstemming heeft gebracht met het Verdrag van Istanbul

ACS voorziet dat zich via de voorgestelde schulddelicten vele van dergelijke veroordelingen zullen voordoen. Een veroordeling voor gedrag waarvan men zich, alle omstandigheden in aanmerking nemend, ten tijde van dat gedrag niet bewust kon zijn komt neer op een onterechte veroordeling.

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

De ACS beveelt in lijn met het voorgaande aan om alleen opzettelijke seksuele interactie tegen de wil strafbaar te stellen (inclusief voorwaardelijk opzet). Ook op deze wijze wordt voldaan aan de internationale verplichtingen en wordt tegemoetgekomen aan de wens om seksuele handelingen tegen de wil strafbaar te stellen, zonder dat sprake behoeft te zijn van dwang/geweld/bedreiging of zonder de eis dat een slachtoffer niet in staat was zich aan de situatie te onttrekken. Het enkel kenbaar maken van het niet-gewenst zijn van het gedrag is voldoende.

De ACS benadrukt dat bij de voorgestelde (gekwalificeerde) opzetvarianten van aanranding en verkrachting de kring van strafbaar handelen al enorm wordt uitgebreid en allerlei vormen van seksuele handelingen waarbij geen sprake is van dwang, een andere feitelijkheid of bedreiging, strafbaar worden. In al die gevallen behoeft dwang en dergelijke niet meer bewezen te worden en kan volstaan worden te bewijzen dat sprake was van voor de verdachte kenbare onvrijwilligheid.

<u>Bewijsbaarheid blijft ook na invoering van de nieuwe strafbaarstelling complex</u>
Volgens de memorie van toelichting zal door de invoering van de nieuwe strafbaarstelling in de vorm van een opzet- en een schulddelict het bewijs worden vergemakkelijkt: *de ondergrens voor strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens aanranding en verkrachting wordt, wat betreft de subjectieve zijde van de strafbepalingen, verlaagd naar het weten of ernstige reden hebben om te vermoeden dat er seksuele handelingen plaatsvinden terwijl de wil van de ander daartoe ontbreekt."*[16] Ook wordt gesteld dat dit de drempel voor slachtoffers om aangifte te doen zal verlagen.

De ACS mist in de toelichting echter de onderkenning dat de complexiteit van het bewijs in zedenzaken door de invoering van een ‘consent’-model niet zal veranderen en met dit voorstel jegens slachtoffers verwachtingen worden gewekt die niet kunnen worden waargemaakt. Onvoldoende wordt onderkend dat juist de kenbaarheid van de onvrijwilligheid, met name bij schulddelicten, een probleem zal blijven. Met wetgeving kan dit niet worden opgelost zonder tot een vorm van risicoaansprakelijkheid te komen. Bewijsrechtelijk gezien zal het ook na invoering van de nieuwe strafbaarstelling, inclusief de schulddelicten, in een aantal gevallen – nog steeds – lastig zijn vast te stellen dat er van een bevriezingsreactie of van andere kenbare signalen van niet-instemmen sprake is geweest, indien de verdachte dit ontkent en er buiten het slachtoffer en de verdachte geen andere personen getuige zijn geweest van de seksuele handelingen. Het in

[16] Mvt, p. 10

voorkomende gevallen ontbreken van het vereiste bewijsminimum – en de discussies daaromtrent - worden door de nieuwe strafbaarstelling niet opgelost, ook niet indien een schuldvariant wordt geïntroduceerd. De memorie van toelichting biedt in dit opzicht naar de mening van de ACS een te rooskleurig beeld en wekt daarmee niet inlosbare verwachtingen.

3.4 Taakstrafverbod: niet toepassen

De ACS acht het positief dat is besloten het taakstrafverbod in ieder geval niet op de schulddelicten toe te passen. Toch handhaaft de ACS haar opmerking dat het taakstrafverbod ook niet van toepassing zou moeten zijn op de andere zedendelicten. Enerzijds betreft het hier een principiële aantasting van de ruimte die de rechter nodig heeft om in concrete gevallen maatwerk toe te passen bij de straftoemeting. Maar bovendien betreft de in dit voorstel geïntroduceerde strafbaarstelling een zeer ruime norm: het verrichten van seksuele handelingen tegen de wil. Het verrichten van seksuele handelingen tegen de wil kan plaats vinden in tal van situaties, verhoudingen en onder tal van wisselende feiten en omstandigheden, variërend van contacten in eenmalige kennismakingen via langdurige relaties tot knipperlichtrelaties. Dit brengt onvermijdelijk mee dat overtreding van deze norm veel verschillende gradaties in ernst en verwijt laten zien. Bij geringe ernst en een gering verwijt kan de taakstraf juist een zeer effectieve straf zijn die enerzijds recht doet aan de geschonden gevoelens van integriteit van het slachtoffer en anderzijds potentiële daders duidelijk maakt dat dit handelen niet wordt getolereerd, maar tegelijkertijd de betreffende dader niet onnodig stigmatiseert en hem in staat stelt goed te functioneren in de maatschappij. Wat bijvoorbeeld te zeggen van de knipperlichtrelatie waarin een van de partners tegen de wil van de ander seksuele handelingen heeft verricht, maar die relatie zich weer heeft hersteld en de partners ten tijde van de zitting nog altijd bij elkaar zijn. Er kunnen zich omstandigheden voordoen waardoor het goed is dat de dader niettemin een taakstraf moet verrichten. Zonder de mogelijkheid van een taakstraf is het enige alternatief een geheel voorwaardelijke gevangenisstraf op te leggen.

Terecht wijst de memorie van toelichting erop[17] dat conform het strafvorderingsbeleid van het Openbaar Ministerie zelfs bij opzettelijke aanranding een taakstraf wordt geëist:
“Zo volgt op dit moment uit het strafvorderingsbeleid van het openbaar ministerie voor enkele (minder ernstige) vormen van aanranding dat als uitgangspunt voor de strafeis een taakstraf wordt gevorderd of een gevangenisstraf van ten hoogste enkele maanden.”
Ook hieruit blijkt dat de taakstraf in de praktijk ook bij opzetdelicten in een behoefte voorziet (de huidige strafbaarstelling van aanranding is immers een opzetdelict).

De ACS heeft dit argument ten gunste van de taakstraf eerder ook al naar voren gebracht met betrekking tot aanranding of verkrachting met dwang. Ook daarbij doen zich gevallen voor waarin een taakstraf de meest passende straf is. Indien het onderhavige wetsvoorstel wordt aangenomen wint dit argument echter aan kracht omdat er meer minder ernstige en minder verwijtbare gevallen onder het bereik van de nieuwe artikelen 239-243 zullen vallen.

De mogelijkheid van een taakstraf past naadloos in de doelstelling van het onderhavige wetsvoorstel zoals dit in de memorie van toelichting zelf wordt verwoord:
"Met het nieuwe delictsmodel wordt een balans gevonden tussen kwalificatie en bestraffing van strafbaar gedrag die enerzijds recht doen aan de beleving van slachtoffers en die anderzijds zijn toegesneden op de mate van verwijtbaarheid aan de zijde van degene die het delict pleegt. Hierdoor wordt de strafrechtketen in staat gesteld zaken gericht op te pakken. Het openbaar ministerie en de rechter kunnen bij de tenlastelegging en de kwalificatie, maar ook bij de strafeis en

[17] Mvt, p. 13

de strafoplegging rekening houden met de omstandigheden waaronder het delict is gepleegd en het specifieke verwijt dat een dader kan worden gemaakt."[18] (onderstreping ACS)
Toepassing van het taakstrafverbod op de opzetdelicten in onderhavig wetsvoorstel betekent dat zowel het openbaar ministerie als de rechter worden gehinderd om daadwerkelijk rekening te houden met de concrete omstandigheden en *het specifieke verwijt dat een dader kan worden gemaakt*. Indien de minister de eigen doelstelling wil verwezenlijken dient de taakstraf een volwaardig onderdeel te zijn van het strafpakket. De ACS beveelt dan ook met klem aan het taakstrafverbod niet van toepassing te laten zijn op Titel XIV.

3.5 Seksuele intimidatie: nu als overtreding strafbaar gesteld in art. 429ter nieuw

In het voorontwerp was sprake van twee nieuwe delicten (strafbaar gesteld als misdrijf): (non-) verbale seksuele intimidatie (151 e) en fysieke seksuele intimidatie (151f).[19] In onderhavig wetsvoorstel zijn beide bepalingen gecombineerd in de nieuw voorgestelde overtreding van artikel 429ter[20].
In de memorie van toelichting wordt de ondergrens van strafbaarheid duidelijker aangegeven: *"De ondergrens voor strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gelegd bij indringende seksuele benadering van een ander die vreesaanjagend, vernederend, kwetsend of onterend is te achten. Hiermee wordt bereikt dat onschuldig gedrag dat bestaat uit contact leggen, een compliment maken of flirten wordt uitgesloten van strafbaarheid."*[21]
Datzelfde geldt voor de afgrenzing van het delict met (de huidige) aanranding: *"Het verschil tussen aanrakingen als onderdeel van de strafbaarstelling van seksuele intimidatie en een seksuele handeling in het kader van de strafbaarstelling van aanranding is dat de fysieke component van de gedraging in het geval van seksuele intimidatie gering en kortstondig is en bestaat uit aanrakingen van niet seksuele lichaamsdelen, zoals aanrakingen van een arm of een aai over de bol."*

Deze verduidelijking neemt niet weg dat de ACS veel bewijsdiscussies voorziet doordat de context van het gebeuren een belangrijke rol speelt. Over die context zal vaak kunnen worden gediscussieerd met alle gevolgen voor de handhaafbaarheid van het nieuwe artikel.

Daarnaast handhaaft de ACS haar kritiek met betrekking tot de noodzaak van dit nieuwe artikel. Ook in de memorie van toelichting ontbreekt enige onderbouwing van de noodzaak om tot invoering van dit nieuwe artikel over te gaan. Niet wordt toegelicht waarom reeds bestaande strafbaarstellingen – zoals aanranding (art. 246 Sr), belediging (art. 266 Sr), schennis van de eerbaarheid (art. 239 Sr) en de overtreding hinderlijk volgen (art. 426bis Sr) – niet voldoende zijn om aan de internationale verplichtingen te voldoen. Een dergelijke onderbouwing is van belang nu het hier gaat om een inbreuk op artikel 10 EVRM, het recht op vrije meningsuiting. De ACS beveelt dan ook aan nader te onderbouwen waarom de huidige bepalingen niet toereikend zouden zijn. Dit

[18] Mvt, p. 13
[19] Voorontwerp: 151e: *Hij die in de openbare ruimte opzettelijk seksuele opmerkingen of seksuele gebaren maakt om een persoon vrees aan te jagen of om een persoon in een vernederende, kwetsende of schaamtevolle situatie te brengen wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie.* 151f: *Hij die in de openbare ruimte opzettelijk een persoon seksueel betast om een persoon vrees aan te jagen of om een persoon in een vernederende, kwetsende of schaamtevolle situatie te brengen wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie.*
[20] Wetsvoorstel: 429ter: *Hij die in het openbaar een ander indringend seksueel benadert door middel van opmerkingen, gebaren, geluiden of aanrakingen op een wijze die vreesaanjagend, vernederend, kwetsend of onterend is te achten, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste drie maanden of geldboete van de derde categorie.*
[21] Mvt, p. 16

geldt temeer nu de memorie van toelichting uitdrukkelijk onderschrijft dat het strafrecht 'ultimum remedium' dient te zijn.[22]

3.6 Sexchatting: art.250 nieuw

Het voorstel tot het strafbaar stellen van het 'seksualiserend benaderen van kinderen onder de 16 jaar' (opvolger van het 'seksueel corrumperen' in artikel 248 van het voorontwerp) vinden we in het wetsvoorstel in het nieuwe artikel 250, dat als volgt luidt:

1. Hij die een persoon die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt of een persoon die zich voordoet als een persoon die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt:
a. indringend mondeling of schriftelijk seksueel benadert op een wijze die schadelijk te achten is voor personen die nog niet de leeftijd van zestien jaren hebben bereikt;
b. getuige doet zijn van een seksuele gedraging op een wijze die schadelijk te achten is voor personen die nog niet de leeftijd van zestien jaren hebben bereikt; of
c. een ontmoeting voorstelt voor seksuele doelden en enige handeling onderneemt tot het verwezenlijken van die ontmoeting, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.
2. Niet strafbaar is degene die als leeftijdsgenoot de in het eerste lid, aanhef en onder c, bedoelde gedraging begaat in het kader van een gelijkwaardige situatie tussen hem en die persoon en die die persoon ten minste de leeftijd van twaalf jaren heeft bereikt.
(onderstreping ACS).

Noodzaak

De invoering van een nieuwe strafbaarstelling van seksueel communiceren met kinderen (sexchatting) is volgens de memorie van toelichting noodzakelijk omdat het seksualiserend benaderen van kinderen ‘op zichzelf bezien’ al schadelijk is voor kinderen, omdat hierdoor hun seksuele ontwikkeling wordt doorkruist. Ook zou het een drempelverlagend effect kunnen hebben richting seksueel misbruik.[23] Gesteld wordt dat het seksualiserend benaderen van kinderen in de afgelopen tijd in omvang en vaak ook indringendheid is toegenomen.

Waarop deze veronderstellingen van de minister zijn gebaseerd wordt ook in onderhavige memorie van toelichting niet nader onderbouwd. De veronderstelling dat bij sexchatting altijd sprake is van directe schade wordt volgens Cleiren, Ten Voorde en Waas niet ondersteund door bevindingen uit nationaal en internationaal onderzoek op dit gebied.[24] Over de veronderstelde indirecte schade, te weten de kans dat sexchatting uitmondt in (andere vormen van) seksueel misbruik, is volgens deze auteurs geen wetenschappelijk onderzoek voorhanden. Voor de in de toelichting geponeerde stelling lijkt dan ook geen basis te zijn.

De ACS is dan ook nog steeds[25] van oordeel dat de noodzaak tot strafbaarstelling van sexchatting in het wetsvoorstel onvoldoende is onderbouwd nu de door de minister gehanteerde veronderstelling van een oorzakelijk verband tussen seksueel getint communiceren enerzijds en concreet seksueel misbruik (en dus: schadelijkheid) anderzijds door (internationaal) onderzoek

[22] Mvt, p. 23
[23] MvT p. 8, 14
[24] Cleiren, C.P.M.; Voorde, J.M. ten,: Waas, W. Van ‘Strafbaarstelling van sexchatting en sextortion onder de loep’, Strafblad 2019 (2), 03-05-2019.
[25] Zie noot 1, p. 13/14

wordt tegengesproken. Anders dan de minister[26] is de ACS van mening dat de noodzaak om hier het strafrecht als ultimum remedium in stelling te brengen daardoor niet aanwezig is.

Evenmin wordt toegelicht waarom het standpunt van de minister met betrekking tot grooming (art. 250 lid 1 sub c) nu fundamenteel anders is dan ten tijde van de invoering van het grooming artikel (het huidige art. 248e Sr). Destijds is onder meer de vraag gesteld of dit artikel wel ver genoeg ging en of niet het enkel 'met verkeerde intenties op internet communiceren met een kind', zonder dat een ontmoeting werd voorgesteld, strafbaar zou moeten worden gesteld. Het standpunt van de minister was destijds dat, hoewel de genoemde gedragingen "*buitengewoon verwerpelijk*" werden geacht, "*het voor de strafwaardigheid en handhaafbaarheid wezenlijk is dat op enigerlei wijze de aanwezigheid van verkeerde intenties blijkt'*. Nadrukkelijk werd hierbij opgemerkt dat de inzet van het strafrecht zijn grenzen kent. Verwezen werd naar andere middelen dan het strafrecht die worden ingezet om kinderen tegen de door de Kamerleden genoemde gedragingen te beschermen.[27] Niet wordt onderbouwd waarom, naast die overige maatregelen die destijds als argument werden gebruikt om niet tot strafbaarstelling over te gaan, nu de noodzaak tot strafbaarstelling wel kan worden aangenomen. Ook ten aanzien van de handhaafbaarheid wordt geen nadere toelichting gegeven.

<u>Overlap met 151e Sr</u>
De voorgestelde delictsomschrijving komt neer op een ruime uitbreiding van de huidige artikelen 239, 240a en 248d Sr. Het vertoont nog altijd een, in de memorie van toelichting onbesproken, overlap met het voorgestelde artikel 151e (schadelijke visuele weergave vertonen aan een persoon beneden de leeftijd van zestien jaren, het huidige artikel 240a). Aanbevolen wordt de grenzen tussen het voorgestelde 250 lid 1 sub a en b en het huidige 240a te verduidelijken.

<u>Strafuitsluitingsgrond: 250 lid 2</u>
Volgens de memorie van toelichting is de delictsomschrijving ten opzichte van de versie in het voorontwerp op een aantal punten gewijzigd:
"De strafbaarstelling van het seksualiserend benaderen van kinderen beneden de leeftijd van zestien is op verschillende punten gewijzigd (artikel 250). In de delictsomschrijving van sexchatting is het bestanddeel "stelselmatig" gewijzigd in "indringend". In de delictsomschrijving van het voorstellen van een ontmoeting voor seksuele doelen (grooming) is het schadelijkheidscriterium geschrapt. Aan de strafbaarstelling is een strafuitsluitingsgrond toegevoegd voor het voorstellen van een ontmoeting voor seksuele doelen in een gelijkwaardige situatie aan een leeftijdsgenoot vanaf de leeftijd van twaalf jaren."[28]

Het schadelijkheidscriterium is (ten opzichte van het voorontwerp) geschrapt in de omschrijving van grooming (lid 1 sub c), maar gehandhaafd in lid 1 sub a en b. Tegelijkertijd is het niet de bedoeling dat seksuele benaderingen door leeftijdgenoten onderling en in het kader van een gelijkwaardige situatie strafbaar worden gesteld. Dit blijkt uit de volgende passage:

"Voor zover de seksualiserende benadering plaatsvindt in het kader van een gelijkwaardige situatie tussen leeftijdsgenoten onderling zal deze over het algemeen niet plaatsvinden op een wijze die schadelijk te achten is voor een zestienminner. <u>Experimenteergedrag tussen jongeren onderling is</u>

[26] Mvt, p. 23
[27] Kamerstukken II, 2008–2009, 31 810, nr. 7, p. 4.
[28] Mvt, p. 30

in beginsel dus niet strafbaar. Omdat onderdeel c dat het voorstellen van een ontmoeting voor seksuele doelen strafbaar stelt geen schadelijkheidscriterium bevat, gaat deze redenering niet op voor dit delict. Met het oog hierop is in het tweede lid een strafuitsluitingsgrond opgenomen voor het voorstellen van een ontmoeting voor seksuele doeleinden en enige handeling hiertoe ondernemen in een gelijkwaardige situatie tussen leeftijdsgenoten"[29](onderstreping ACS).

De bedoeling van de minister is kennelijk – en de ACS stemt daarmee in - dat het in lid 1 sub a en b gehandhaafde schadecriterium tevens dient als strafuitsluitingsgrond voor de delicten sub a en b teneinde te bewerkstelligen dat ook experimenteergedrag met betrekking tot de sub a en b bedoelde gedragingen, tussen leeftijdgenoten onderling die zich in een gelijkwaardige situatie ten opzichte van elkaar bevinden, niet tot strafbaarheid leidt.
Het kenmerk van experimenteergedrag is nu juist dat het – onbedoeld – ook weleens fout kan gaan en tot schade kan leiden. In dat geval wordt voldaan aan de (objectieve) schadelijkheid en is het de vraag hoe die vastgestelde objectieve schadelijkheid tegelijkertijd als strafuitsluitingsgrond kan functioneren.
De memorie van toelichting definieert "schadelijk gedrag" als "niet leeftijdsconform" gedrag.[30] Deze blote stelling wordt op geen enkele manier onderbouwd. Bepaald niet uit te sluiten is dat niet leeftijdsconform gedrag in een concreet geval duidelijk geen schade oplevert. Indien dit het gevolg is van experimenteergedrag zou dit straffeloos moeten blijven. Maar doordat "schade" wordt geobjectiveerd, wordt dit doel niet bereikt. De ACS beveelt daarom aan de strafuitsluitingsgrond van lid 2 ook van toepassing te laten zijn op de delicten van lid 1 sub a en b.

Over wat een "gelijkwaardige relatie" is, is in de memorie van toelichting niets terug te vinden. Dient een affectieve relatie als een gelijkwaardige relatie beschouwd te worden? Nadere toelichting zou dit kunnen verduidelijken.

Lokpuber
Het voorgestelde artikel 250 verklaart ook strafbaar *een persoon die zich voordoet als een persoon die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt*, waarmee de figuur van de lokpuber wordt gelegitimeerd voor zowel grooming (lid 1 sub c) als voor de in lid 1 sub a en b genoemde vormen van sexchatting.
De door de ACS in haar advies naar aanleiding van het voorontwerp genoemde bezwaren zijn ook in deze memorie van toelichting niet geadresseerd. Allereerst betreft het hier een opsporingsmiddel, zodat de legitimering in het Wetboek van Strafvordering thuishoort. Dit is niet alleen logischer vanuit wetssystematisch perspectief, het benadrukt ook dat alleen opsporingsambtenaren bevoegd zijn dit middel in te zetten. Daarmee wordt benadrukt dat het burgers niet toegestaan is zich als lokpuber voor te doen en vervolgens de persoon die daarop reageert via eigen richting aan te pakken met alle vergaande gevolgen van dien.[31] Anders dan opsporingsambtenaren, hebben deze burgers de neiging zich niets van het Tallon-criterium aan te trekken. Het is zeker de taak van de overheid om de (seksuele) integriteit van minderjarigen te beschermen, maar zij dient ook alle mogelijke signalen te geven dat – buiten heterdaad gevallen – alleen de overheid een opsporingstaak heeft.

[29] Mvt, p. 58
[30] Mvt, p. 58: *Toegepast op het onderhavige artikel betekent dit criterium dat het hierin strafbaar gestelde gedrag in het algemeen voor personen jonger dan zestien jaar niet leeftijdsconform en daarom schadelijk zal zijn te achten.*
[31] Gedoeld wordt op een voorval in Arnhem op 28 mei 2020 waar personen een (potentiele) verdachte zodanig hebben mishandeld dat diens dood erop volgde. Betrokkenen werden door de rechtbank Gelderland op 4 mei 2021 veroordeeld; ECLI:NL:RBGEL:2021:2248

Daarnaast geeft de memorie van toelichting geen duidelijke reden waarom de lokpuber noodzakelijk is bij de bescherming van zestienminners. Dit klemt temeer nu hier sprake is van opsporingsinterventie namens het openbaar ministerie op een moment dat zich nog geen strafbaar feit hoeft te hebben voorgedaan.

3.7 Consequenties van het geheel vervallen van het criterium "ontuchtige handelingen"

De memorie van toelichting bij onderhavig wetsvoorstel geeft meer toelichting op de radicale schrapping van het ontuchtbegrip bij de voorgestelde artikelen 246-250 dan haar voorganger bij het voorontwerp. De toelichting luidt onder meer:

"Betoogd kan namelijk worden dat alle seksuele handelingen, onder de in die artikelen omschreven omstandigheden, in zichzelf reeds in strijd zijn met de sociaal-ethische norm. Voorbeelden zijn het plegen van ontuchtige handelingen met een kind van twaalf tot zestien jaar oud (artikel 245 Sr), met zijn (eigen) kind van zestien of zeventien jaar (artikel 249 Sr), met een verstandelijk beperkte persoon die zijn wil niet kan bepalen (artikel 247 Sr) of seksuele handelingen met een minderjarige die zich hiervoor beschikbaar stelt tegen betaling) (artikel 248b Sr). Seksuele handelingen die daarmee niet strijdig zijn laten zich mede in het licht van veranderde maatschappelijke opvattingen over (on)aanvaardbaar seksueel gedrag, niet licht denken. De algemene opvatting is inmiddels dat dergelijk gedrag überhaupt onaanvaardbaar en dus strijdig met de sociaal-ethische norm is. In een enkel geval is dat niet wenselijk. Dat betreft normaal, gelijkwaardig, seksueel verkeer tussen jongeren van twaalf tot zestien jaar. In de desbetreffende strafbepaling wordt hiermee rekening gehouden.
In de nieuwe Titel wordt telkens het bestanddeel "seksuele handelingen" gebruikt. Onder "seksuele handelingen" wordt verstaan: handelingen van seksuele aard die een inbreuk op de lichamelijke en seksuele integriteit van een slachtoffer maken. (…)
Onder "seksuele handelingen" vallen geen handelingen die niet primair van seksuele aard zijn, zoals noodzakelijke medische handelingen. Het bestanddeel laat ruimte aan het openbaar ministerie en de rechter om in een concrete zaak te beoordelen of sprake is van handelingen met een seksuele strekking en daarbij ook rekening te houden met de context waarbinnen de handelingen plaatsvinden."[32] (onderstreping ACS)

Nu het uitgangspunt van het voorstel is dat alle in de artikelen 246-250 genoemde seksuele gedragingen in strijd zijn met de sociaal-ethische norm en daarom strafbaar zijn, dient naar de mening van de ACS aan een aantal duidelijke uitzonderingen waarin strafbaarheid niet de bedoeling kan zijn, ten minste in de memorie van toelichting nadere aandacht te worden gegeven. Zo wordt de reikwijdte van de functionele afhankelijkheid in het voorgestelde artikel 244 verruimd[33], maar de in de jurisprudentie ontwikkelde (logische) uitzonderingen daarop keren – gelet op de schrapping van het ontucht-begrip – in het voorstel noch de toelichting duidelijk terug. Het voorgestelde art. 244 Sr is de opvolger van het huidige art. 249 lid 2 Sr. Ten aanzien van dit artikel heeft de Hoge Raad bepaald dat van 'ontucht' geen sprake is wanneer de hulpverlener-patiënt/cliëntrelatie bij de seksuele handelingen geen rol speelt, in die zin dat bij de patiënt of cliënt sprake is van vrijwilligheid en daarbij enige vorm van afhankelijkheid niet van invloed is geweest.[34] Ook zou er geen sprake zijn van 'ontucht' wanneer het gaat om handelingen tussen bijvoorbeeld een arts, die zijn vrouw of vriendin als patiënt behandelt.[35] Indien het huidige voorstel wordt

[32] Mvt, p. 37
[33] Mvt, p.47; zo wordt beschreven dat onderdeel a is 'veralgemeniseerd' en de 'aan zijn zorg toevertrouwd' is vervangen door 'aan zijn hulp en zorg toevertrouwd'
[34] T&C Sr art. 249 aantekening 7; verwezen wordt naar HR 18 februari 1997, NJ 1997/485 en HR 22 maart 2011, LJN BP2630
[35] Kamerstukken II 1988/89, 20930, 5, p.18

gevolgd zou voorts het verrichten van seksuele handelingen tussen partners die beiden een verstandelijke handicap hebben ook strafbaar worden. De ACS gaat ervan uit – en beveelt zo nodig aan – dat de bedoeling van het wetsvoorstel is om bedoelde uitzonderingen ook onder het nieuwe recht te erkennen. Dat zou in de memorie van toelichting expliciet tot uitdrukking moeten worden gebracht. Het lijkt niet zinvol om uitzonderingen die vanzelfsprekend lijken en in zorgvuldige jurisprudentie zijn ontwikkeld onder het nieuwe recht opnieuw over te laten aan de vervolgingsopportuniteit, zoals de huidige memorie van toelichting suggereert.[36]

Het vervallen van het ontucht-begrip levert in de visie van de ACS ook problemen op bij 'seksueel misbruik van geestelijk of lichamelijk onmachtige personen, art. 245 Sr. Ook hier is het ontucht-begrip komen te vervallen en is bepaald dat iedere seksuele handeling strafbaar wordt, dus ook wanneer er sprake is van – al dan niet betaalde - seksuele intimiteit voor mensen met een verstandelijke beperking.

Tenslotte doen zich ook problemen voor bij het nieuwe artikel 254c Sr, seksuele handelingen verrichten met dieren. De nieuwe strafbaarstelling heeft tot gevolg dat ieder seksuele handeling met een dier strafbaar wordt, waaronder bijvoorbeeld ook de handelingen die plaatsvinden bij het uitlokken van een zaadlozing in het kader van kunstmatige inseminatie.

3.8 Verhoging van de strafmaxima: onnodig en in strijd met memorie van toelichting

In het wetsvoorstel worden de wettelijke strafmaxima voor een aantal seksuele misdrijven gepleegd tegen kinderen verhoogd. Daarnaast gaan de strafmaxima omhoog in de gevallen waarin de wet thans geen onderscheid maakt tussen al dan niet binnendringen van het lichaam. Het huidige strafmaximum wordt gehandhaafd voor seksuele handelingen zonder binnendringen van het lichaam, het maximum voor handelingen mèt binnendringen wordt verhoogd.

Enkele voorbeelden:

- Het strafmaximum voor kinderporno gaat van 4 (huidig art. 240b Sr) naar 6 jaar gevangenisstraf (het voorgestelde art. 251 Sr); in de MvT bij het wetsvoorstel wordt hierover opgemerkt: "*Het wettelijk strafmaximum voor kinderpornografie wordt verhoogd tot ten hoogste zes jaren gevangenisstraf (of geldboete van de vijfde categorie). Dit strafmaximum stelt het openbaar ministerie en de rechter in staat tot het voeren van een strafvorderings- en straftoemetingsbeleid, passend bij de aard en de ernst van de delictsgedraging.*"[37] (Onderstreping ACS)

- Het strafmaximum voor seksueel misbruik van kinderen onder de 12 jaar zonder dat er sprake is van seksueel binnendringen (voorheen niet op deze wijze specifiek apart strafbaar gesteld) gaat van tussen de 4 en 6 jaar (afhankelijk van het delict) naar 8 jaar; in de MvT wordt dit als volgt toegelicht: "*Het wettelijk strafmaximum wordt verhoogd naar acht jaren gevangenisstraf of geldboete van de vijfde categorie (voor de huidige delicten varieert het strafmaximum tussen de vier en zes jaren gevangenisstraf of geldboete van de vierde categorie*".[38] Niet wordt toegelicht waarom dit noodzakelijk wordt geacht.

[36] Mvt, p. 47
[37] Mvt, p. 62
[38] Mvt, p. 54 en 55

- Het strafmaximum voor seksueel binnendringen bij een persoon onder de 12 jaar gaat van 12 jaar (art. 244 Sr) naar 15 jaar (het voorgestelde art. 249, tweede lid Sr); in de artikelsgewijze toelichting bij art. 249 lid 2 wordt geen nadere toelichting gegeven over de redenen van deze verhoging van het strafmaximum.[39]

- Het strafmaximum voor seksueel binnendringen van een persoon tussen de 12-16 jaar gaat van 8 jaar (art. 245 Sr) naar 12 jaar (het voorgestelde art. 248 lid 2 Sr); in de artikelsgewijze toelichting van de MvT wordt dit als volgt onderbouwd: "*Het wettelijke strafmaximum wordt verhoogd van ten hoogste acht jaren tot ten hoogste twaalf jaren gevangenisstraf. De ernst van de gedraging rechtvaardigt een wettelijke strafbedreiging die overeenkomt met een in ernst vergelijkbaar seksueel misdrijf als verkrachting. Het wettelijke strafmaximum wordt (ten opzichte van het strafmaximum in het huidige artikel 245 Sr dat acht jaren gevangenisstraf bedraagt of geldboete van de vijfde categorie) verhoogd tot gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren (of geldboete van de vijfde categorie).*[40]

- Het strafmaximum voor het verrichten van seksuele handelingen met een minderjarige tussen de 16 en 18 jaar tegen betaling (het huidige art. art. 248b Sr) gaat van 4 jaar naar 6 jaar en bij binnendringen zelfs naar 9 jaar (het voorgestelde artikel 247 Sr lid 1 aanhef en onderdeel c en lid 4; in de artikelsgewijze toelichting wordt hierover opgemerkt: "*Het wettelijk strafmaximum wordt in lijn gebracht met de strafmaxima voor andere seksuele misdrijven tegen kinderen in de leeftijd van zestien tot achttien jaren en wordt verhoogd tot ten hoogste zes jaren gevangenisstraf (of geldboete van de vierde categorie).*"[41]

- Het strafmaximum voor het plegen van seksuele handelingen met een afhankelijk persoon (het huidige art. 249 Sr) blijft 6 jaar (het voorgestelde artikel 244 Sr in geval van functionele afhankelijkheid), maar wordt bij binnendringen verhoogd naar 9 jaar (het voorgestelde art. 244, tweede lid Sr);

- In het voorgestelde art. 246 Sr worden een aantal strafverzwaringsgronden opgenomen, waarbij het strafmaximum – anders dan in de huidige wet – in bepaalde gevallen wordt verhoogd naar 18 jaar (bij zwaar lichamelijk letsel of indien levensgevaar te duchten is, het voorgestelde art. 246 lid 3 Sr) en zelfs naar 30 jaar of levenslang (indien het misbruik de dood tot gevolg heeft, het voorgestelde art. 246 lid 4 Sr). De MvT licht dit ten aanzien van het vierde lid als volgt toe: "*Met deze strafverhoging wordt aangesloten bij de wettelijke strafmaxima voor andere ernstige delicten waarmee inbreuk wordt gemaakt op fundamentele grondrechten, zoals mensenhandel als gevolg waarvan zwaar lichamelijk letsel of de dood intreedt (artikel 273f, vierde en vijfde lid, Sr). De seksuele misdrijven waarop deze strafverzwaringsgrond van toepassing is, zijn beperkt tot de misdrijven waarop ten minste een maximum gevangenisstraf staat van zes jaren.*"[42]

Genoemde verhogingen zijn zonder meer fors te noemen. Dat schept de verwachting dat in de memorie van toelichting zou worden gemeld dat vanuit de praktijk concrete signalen zijn gekomen dat van een passende straftoemeting in veel gevallen geen sprake meer kan zijn omdat de

[39] Mvt, p. 57
[40] Mvt, p. 55
[41] Mvt, p. 53
[42] Mvt p. 50

bestaande strafmaxima bij lange na niet voldoen. Het tegendeel is waar. Op geen enkele manier wordt onderbouwd dat het openbaar ministerie onder de bestaande maxima niet of niet voldoende in staat zou zijn een passend opsporings- en strafvorderingsbeleid te voeren. Evenmin is uit de rechtspraktijk gebleken dat de huidige strafmaxima de rechter niet voldoende ruimte bieden om een bij de aard en ernst van een feit passende straf op te legen. Sterker nog, in de memorie van toelichting wordt over de huidige strafmaxima in de zedentitel het volgende opgemerkt[43]:

"De nieuwe wettelijke strafmaxima voor de verschillende delictsvormen van aanranding en verkrachting stellen het openbaar ministerie en de rechtspraak in staat een bij de aard en ernst van de strafbare gedraging passende straf te bepalen. Naar verwachting zullen ook in geval van een aangescherpt strafvorderings- en toemetingsbeleid de grenzen van de strafmaxima voor de verschillende nieuwe delictsvormen niet snel in beeld komen. Ook nu al geldt dat er ruimte is tussen de huidige strafmaxima voor aanranding en verkrachting en de straffen die in de praktijk door het openbaar ministerie worden geëist en door de rechter worden opgelegd. Zo volgt op dit moment uit het strafvorderingsbeleid van het openbaar ministerie voor enkele (minder ernstige) vormen van aanranding dat als uitgangspunt voor de strafeis een taakstraf wordt gevorderd of een gevangenisstraf van ten hoogste enkele maanden. Bij verkrachting is het uitgangspunt een strafeis van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van 36 maanden voor een vaginale/orale/anale verkrachting met de penis/vinger(s)/voorwerp(en), eenmalig gepleegd door één meerderjarige verdachte zonder recidive. In de oriëntatiepunten van de rechtspraak wordt bij verkrachting uitgegaan van gevangenisstraf van 24 maanden." (Onderstreping ACS)

Kortom, de memorie van toelichting suggereert dat een passende strafoplegging onder de huidige maxima niet mogelijk zou zijn, maar meldt in één adem – en volkomen terecht – dat de in het huidige recht bestaande strafmaxima bij lange na niet gebruikt worden. Zeker gezien deze overwegingen is het onduidelijk waarom de verhoging van de strafmaxima in de genoemde voorbeelden noodzakelijk wordt geacht. Nederland voldoet ook onder de huidige wetgeving ruimschoots aan de minimale maximumstraffen zoals neergelegd in richtlijn 2011/93/EU. Het Verdrag van Istanbul noodzaakt evenmin tot het verhogen van de bestaande strafmaxima.

De ACS kan dan ook alleen maar concluderen dat de voorgestelde verhogingen van de maxima uitsluitend worden ingegeven door pure symboolpolitieke motieven. Dat past naar de mening van de ACS in het algemeen niet, maar zeker niet bij een wetsvoorstel dat beoogt de systematiek overzichtelijker, de bescherming van de lichamelijke integriteit evenwichtiger en de strafoplegging passender te maken.

De ACS adviseert om de thans geldende strafmaxima in het voorontwerp te handhaven, tenzij in een specifiek geval op concrete wijze kan worden onderbouwd dat en waarom het betreffende strafmaximum in de praktijk te kort schiet, en aannemelijk is dat het nieuwe strafmaximum (mede gelet op de strafverzwaringsmogelijkheden die het wetsvoorstel ook kent) zich blijft verhouden met de strafmaxima die elders in het wetboek zijn gesteld op ernstige misdrijven.

3.9 Algehele objectivering van de leeftijd en de rechtspraktijk: meer toelichting gewenst

In haar advies naar aanleiding van het voorontwerp[44] werd door de ACS aandacht gevraagd voor de problematiek die zich in de rechtspraktijk naar verwachting zal voordoen door de algehele objectivering van de leeftijd. Daarbij werd, onder verwijzing naar het WODC-rapport, aanbevolen in

[43] Mvt, p.13
[44] Zie noot 1, p. 18

de memorie van toelichting meer aandacht te geven voor de overgebleven ruimte voor een beroep op afwezigheid van alle schuld (avas) indien betrokkene aan een op hem rustende onderzoeksplicht wél gevolg heeft gegeven.

De huidige memorie van toelichting komt niet veel verder dan de algemene opmerking dat een beroep op avas altijd mogelijk is en dat sprake is van een "zware" onderzoeksplicht[45], waarbij wordt verwezen naar een andere paragraaf uit het WODC-onderzoek[46] en gaat niet in op de WODC-paragraaf waarnaar het ACS-advies verwijst. Daardoor is in de huidige memorie van toelichting nog te weinig aandacht voor de problemen in de rechtspraktijk.
Herhaald wordt dat ook het WODC-rapport nadrukkelijk aandacht vraagt voor deze problematiek omdat de in de memorie van toelichting gesuggereerde "zware onderzoekseis" in een aantal gevallen in de praktijk niet reëel en dus niet werkbaar is, waardoor de facto een risicoaansprakelijkheid zou ontstaan die niemand, ook de wetgever niet, beoogt. Zie de door het WODC genoemde voorbeelden: *"Delictsomschrijvingen met een geobjectiveerde leeftijd lijken in het thans geldende systeem verstrekkende gevolgen te hebben voor de burger. Wanneer de burger (i) op bestanddeelniveau alleen hoeft te hebben beseft dat zijn gedraging seksueel van aard was en hij (ii) vervolgens wordt geconfronteerd met de afwijzing van zijn beroep op avas omdat hij niet om een legitimatiebewijs heeft gevraagd om dat op inhoud en echtheid te controleren, dan zou dit in veel gevallen de facto neerkomen op een risicoaansprakelijkheid. Het lijkt immers in het huidige tijdsgewricht weinig reëel dat, bijvoorbeeld, oudere adolescenten zich in het uitgaansleven stelselmatig aan een dergelijk strenge onderzoeksplicht houden en zich toch sociaal staande weten te houden."*[47]

Daarnaast is ook in het politieke debat rond de invoering van de Wet regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche aangedrongen op meer duidelijkheid over de wijze waarop de burger deze regels zou moeten naleven.[48] Er is temeer reden om in dit kader uitgebreid bij de gevolgen in verschillende praktijksituaties stil te staan nu de verschillende delicten niet alleen gelden voor "reëel" handelen, maar ook voor digitaal gedrag.

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

Dit "uitspreken" beperkt zich in de huidige memorie van toelichting slechts tot het noemen van enkele algemeenheden. De ACS beveelt dan ook aan dat deze praktijkproblemen in de toelichting alsnog concreter besproken worden.

[45] Mvt, p. 39
[46] Namelijk paragraaf 2.3.4; de ACS wees en wijst op paragraaf 4.5.4.3, p. 614 welke paragraaf de redenering van de ACS ondersteunt.
[47] WODC-rapport, paragraaf 4.5.4.3, p. 614.
[48] Zie onder meer: Kamerstukken II, 2013-2014, 33 885, nr. 5, p. 5. Ook het WODC-rapport verwijst naar deze discussie (op pagina 616).