

MASTERTHESIS

Master Rechtsgeleerdheid, accent Strafrecht

Seksueel binnendringen van het lichaam

*De afgrenzing tussen verkrachting
en aanranding*

Auteur: R.P.G.H. Belluz

Begeleider: mw. mr. dr. I.E.M.M. Haenen



Masterthesis

Seksueel binnendringen van het lichaam

De afgrenzing tussen verkrachting en aanranding

Auteur:

Ricardo Belluz

Anr. 979140

Scriptie Rechtsgeleerdheid, accent Strafrecht in het openbaar te verdedigen ten overstaan van de examencommissie van de Faculteit Rechtswetenschappen aan de Universiteit van Tilburg

mw. mr. dr. I.E.M.M. Haenen en mw. mr. dr. J.W. Ouwerkerk

op

Vrijdag 11 juli 2014

Voorwoord

Deze masterthesis is het resultaat van een onderzoek naar de betekenis en interpretatie van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam, zoals verwoord sinds 1 december 1991 in de artikelen 242, 243, 244 en 245 van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr). Van 1998 tot 2013 werd een gedwongen tongzoen gekwalificeerd als verkrachting in de zin van artikel 242 Sr. Op 12 maart 2013 heeft de Hoge Raad het roer omgegooid en bepaald dat een gedwongen tongzoen niet langer gekwalificeerd kan worden als verkrachting in de zin van artikel 242 Sr, maar dat een gedwongen tongzoen wel onder het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam valt. Deze ‘kwalificatieuitsluitingsgrond’ is voor mij de directe aanleiding geweest om mijn masterthesis omtrent dit onderwerp te schrijven.

Met het afronden van deze masterthesis komt mijn studieloopbaan ten einde. Via een lange omweg – vmbo, mbo en hbo – is het mij alsnog gelukt om mijn droom te verwezenlijken. Op dit punt rest mij niets anders dan een groot aantal personen te bedanken, met daarbij speciale aandacht voor enkele namen die hier oprecht genoemd mogen worden.

Op de eerste plaats wil ik mijn scriptiebegeleider mevrouw mr. dr. I.E.M.M. Haenen bedanken voor haar ondersteuning tijdens het schrijven van deze masterthesis. Daarnaast wil ik mijn ouders, familie, vrienden en naasten bedanken voor hun belangstelling in het onderwerp. Ten slotte gaat mijn dank uit naar mijn steun en toeverlaat, partner en maatje Raël Oudshoorn die mij de afgelopen acht jaar heeft geïnspireerd en gemotiveerd.

Ricardo Belluz

's-Hertogenbosch, juni 2014

‘Zoals een goede mentaliteit voor haar voortbestaan wetten nodig heeft, zo is voor de naleving van wetten een goede mentaliteit onontbeerlijk.’

Niccolò Machiavelli

Discorsi, 1519

INHOUD

Hoofdstuk 1. Inleiding, probleemstelling en verantwoording.....	1
1.1. Inleiding	1
1.2. Onderzoeksdoelen en methoden	3
1.3. Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie.....	4
1.4. Centrale vraag en hoofdstukindeling	4
 Hoofdstuk 2. Zedelijkheidswetgeving door de jaren heen	6
2.1. Inleiding	6
2.2. Historie van de zedelijkheidswetgeving: van de middeleeuwen tot Napoleon.....	6
2.3. Zedelijkheidswetgeving van 1886 tot 1991	8
2.4. Van vleeschelijke gemeenschap naar seksueel binnendringen van het lichaam.....	13
2.5. Zedelijkheidswetgeving van 1991 tot heden	15
2.6. Uitleiding	17
 Hoofdstuk 3. Rechtsontwikkeling in de rechtspraak	19
3.1. Inleiding	19
3.2. Legaliteit en interpretatie	19
3.2.1. Legaliteitsbeginsel.....	20
3.2.2. Interpretatiemethoden.....	22
3.2.3. Grenzen aan de interpretatievrijheid van de strafrechter.....	23
3.3. Rechtspraak van 1992 tot 2013.....	25
3.4. Rechtspraak van 2013 tot heden	30
3.5. Uitleiding	34
 Hoofdstuk 4. Verkrachting vs. feitelijke aanranding van de eerbaarheid	36
4.1. Inleiding	36
4.2. De delicten verkrachting en feitelijke aanranding van de eerbaarheid.....	36
4.2.1. Verkrachting	36
4.2.2. Feitelijke aanranding van de eerbaarheid	41
4.3. Afgrenzing	44
4.4. Uitleiding	47

Hoofdstuk 5. Verkrachting en aanranding naar Belgisch en Engels recht	48
5.1. Inleiding	48
5.2. België.....	48
5.2.1. Verkrachting	49
5.2.2. Feitelijke aanranding van de eerbaarheid	52
5.3. Engeland en Wales	56
5.3.1. Rape.....	58
5.3.2. Assault by penetration	60
5.3.3. Sexual assault.....	63
5.4. Overeenkomsten, verschillen en mogelijkheden.....	65
5.4.1. Overeenkomsten en verschillen: België	65
5.4.2. Overeenkomsten en verschillen: Engeland en Wales.....	67
5.4.3. Mogelijkheden voor het Nederlandse systeem	69
5.5. Uitleiding	72
 Hoofdstuk 6. Ernst van de gedraging	 73
6.1. Inleiding	73
6.2. Gevolgen van een ‘te’ zware kwalificatie	73
6.3. Fair labelling en seksueel binnendringen van het lichaam	76
6.4. Eigen visie.....	79
6.5. Uitleiding	82
 Hoofdstuk 7. Conclusies en aanbevelingen	 83
7.1. Inleiding	83
7.2. Het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam.....	84
7.3. De afgrenzing tussen verkrachting en feitelijke aanranding van de eerbaarheid.....	86
7.4. Toekomstperspectief.....	87
 Bibliografie	 90
 Bijlage A. Artikelen 242-249 Sr tot 1 december 1991.....	 98
Bijlage B. Voorgestelde artikelen door de Commissie-Melai.....	101

Lijst van gebruikte afkortingen

aant.	aantekeningen
A-G	advocaat-generaal
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Kamerstukken II	kamerstukken (Tweede Kamer)
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
m.nt.	met noot van
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
nr.	nummer
OM	Openbaar Ministerie
p.	pagina
red.	redactie
r.o.	rechtsoverweging
SGC	The Sentencing Guidelines Council
SOA 1956	Sexual Offences Act 1956
SOA 2003	Sexual Offences Act 2003
Sr	Wetboek van Strafrecht
Swb	Strafwetboek
Stb.	Staatsblad
VOG	verklaring omtrent gedrag
WJG	Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens

Hoofdstuk 1. Inleiding, probleemstelling en verantwoording

1.1. Inleiding

Op 12 maart 2013 is er door de Hoge Raad een baanbrekend arrest gewezen met betrekking tot het bestanddeel ‘seksueel binnendringen van het lichaam’ middels een ‘tongzoen’ (hierna: tongzoen II-arrest).¹ De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat het onder dwang geven van een tongzoen niet meer te kwalificeren is als verkrachting in de zin van artikel 242 Sr ook al is er sprake van seksueel binnendringen van het lichaam. Kort samengevat, was er in casu aan verdachte primair ten laste gelegd verkrachting uit artikel 242 Sr en subsidiair feitelijke aanranding uit artikel 246 Sr. In casu had verdachte zich schuldig gemaakt aan ‘seksueel binnendringen van het lichaam van het slachtoffer’ door het geven van een tongzoen. Verdachte heeft het slachtoffer van achteren benaderd in een toiletruimte, haar bij de heupen gepakt, tegen de muur geduwd en vervolgens de hand waarmee zij haar telefoon pakte vastgehouden. Vervolgens heeft de verdachte zijn tong in de mond van het slachtoffer geduwd/gedaan, waardoor seksueel binnendringen van het lichaam van het slachtoffer bewezen is verklaard. Als gevolg hiervan heeft het hof de verdachte vervolgd voor het primair tenlastegelegde delict verkrachting.

Voor de kwalificatie van het delict verkrachting uit artikel 242 Sr moet voldaan worden aan het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam. De vraag of een afgedwongen tongzoen een vorm van verkrachting kan zijn, werd opgeroepen door de wijziging van de strafbaarstelling van verkrachting in 1991.² Voor het inwerkingtreden van de huidige tekst uit artikel 242 Sr, was het delict verkrachting strafbaar als er sprake was van het met geweld of bedreiging dwingen van een vrouw tot het hebben van ‘vleselijke gemeenschap’ (geslachtsgemeenschap).³ Na de wijziging van artikel 242 Sr in 1991 werden vrijwel alle vormen van afgedwongen seksueel binnendringen van het lichaam strafbaar gesteld als verkrachting, waardoor de strafbaarstelling verruimd werd.⁴ In 1994 werd door de Hoge Raad het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam geïnterpreteerd als: ‘ieder binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking.’⁵ Ter verduidelijking hiervan wees de Hoge Raad uiteindelijk op 21 april 1998 het eerste *tongzoen-arrest* (hierna: tongzoen I-

¹ HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 437 m.nt. N. Keijzer.

² *Stb.* 1991, 519.

³ Rozemond 2013, p. 839.

⁴ *Stb.* 1991, 519.

⁵ HR 22 februari 1994, *NJ* 1994, 379 m.nt. A.C. ‘t Hart.

arrest).⁶ In dit arrest werd door de Hoge Raad bepaald dat een tongzoen gezien kan worden als een vorm van seksueel binnendringen van het lichaam middels de mond. Dit is ook van toepassing op de delicten uit de artikelen 243, 244 en 245 Sr. Het gevolg hiervan was dat daders van het geven van een gedwongen tongzoen justitiële documentatie met daarin een veroordeling voor het delict verkrachting vermeld kregen. Vanuit de rechtswetenschap kwam er veel kritiek op deze interpretatie die leidt tot een zware kwalificatie. De Nederlandse rechtsgeleerde Kelk stelt dat: ‘onnodige zware kwalificaties schadelijke gevolgen kunnen hebben, zoals het oplopen van een negatieve naam, terwijl zij ten opzichte van de betrokkene stigmatiserend en diskwalificerend kunnen werken, waardoor zij zich gekwetst kunnen voelen in hun identiteit en integriteit.’⁷ Hij laat zich tevens uit over de negatieve gevolgen van het delict verkrachting in de justitiële documentatie. Bij het wegen van recidive en het inschatten van recidive risico’s, maken rechters veel gebruik van de justitiële documentatie. Daarnaast wordt ook buiten het strafrecht veel gebruik gemaakt van strafrechtelijke gegevens.⁸ Tussen 1998 en 2013 is deze problematiek door veel Nederlandse rechtsgeleerden besproken, waaronder Duker, ’t Hart, De Hullu en Machielse. Zoals eerder vermeld, is de Hoge Raad bij arrest van 12 maart 2013 teruggekomen op het tongzoen I-arrest, waardoor een gedwongen tongzoen niet meer gekwalificeerd kan worden als verkrachting. De Hoge Raad onderbouwd zijn uitspraak met vier belangrijke punten. Op de eerste plaats wijst de Hoge Raad op de consequente kritiek in de wetenschappelijke literatuur dat:

‘het bestempelen van een tongzoen als vorm van verkrachting in strijd is met het algemeen spraakgebruik en hierdoor buiten het door het begrip verkrachting afgegrensde kader treedt, terwijl de toepassing van een ander wettelijk kader zoals feitelijke aanranding van de eerbaarheid uit artikel 246 Sr beter op zijn plaats zou zijn.’⁹

Als tweede punt vermeldt de Hoge Raad dat: ‘de kwalificatie van verkrachting bij een gedwongen tongzoen veelal als “onjuist” en “onrechtvaardig” wordt ervaren, omdat een tongzoen in redelijkheid niet op een lijn kan worden gesteld met geslachtsgemeenschap.’¹⁰ Het derde punt dat naar voren wordt gebracht is dat de strafmaat van artikel 242 Sr vele malen hoger is dan die van artikel 246 Sr (maximaal 12 jaar, respectievelijk 8 jaar). Ten slotte geeft de Hoge Raad als vierde reden aan dat de ‘vermelding van verkrachting in justitiële

⁶ HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781.

⁷ Kelk 2013, p. 336-337.

⁸ Duker 2013, p. 827.

⁹ HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 437 m.nt. N. Keijzer.

¹⁰ HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 437 m.nt. N. Keijzer.

documentatie van een veroordeelde, ernstiger maatschappelijke repercussies heeft dan de vermelding van een minder zwaar beladen benaming.¹¹

Het geven van een gedwongen tongzoen wordt door de Hoge Raad echter wél als seksueel binnendringen van het lichaam beschouwd. De Hoge Raad verduidelijkt enige tijd later de strekking van het tweede tongzoenarrest in zijn arrest van 26 november 2013, waarin is bepaald dat de strekking van het tweede tongzoenarrest ook van toepassing is op de artikelen 243, 244 en 245 Sr.¹² Het opmerkelijke aan het tongzoen II-arrest is dat de Hoge Raad benadrukt dat deze interpretatie alleen van toepassing is op nieuwe gevallen, waardoor herziening ten voordele niet mogelijk is. Waar zal de Hoge Raad de grens van verkrachting in de toekomst trekken en zijn er mogelijkheden om een tongzoen alsnog als verkrachting te interpreteren? Dit zijn vragen die naar aanleiding van het tongzoen II-arrest rijzen. In deze masterthesis staat het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam centraal. De bedoeling van de wetgever, interpretatie door de strafrechter en de afgrenzing tussen het delict verkrachting en feitelijke aanranding van de eerbaarheid zijn onderwerpen die onder andere aan de orde komen.

1.2. Onderzoeksdoelen en methoden

Het doel van het onderzoek is om een duidelijk beeld te schetsen van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam. Daarbij staat de bedoeling van de wetgever en de interpretatie door de rechter centraal. Literatuur- en jurisprudentieonderzoek zijn de methoden van onderzoek die daarbij gehanteerd worden. Om de betekenis van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam duidelijk voor ogen te krijgen, kan het ‘grijze gebied’ tussen het wel of niet kwalificeren van een gedraging als verkrachting verduidelijkt worden. Middels een rechtsvergelijkend onderzoek tussen de strafbaarstellingen van verkrachting en feitelijke aanranding van de eerbaarheid in het Belgische, Engelse en Nederlandse strafrecht, wordt onderzocht of en op welke manier seksueel binnendringen van het lichaam in die rechtsordes een rol speelt bij de invulling van de delicten verkrachting en aanranding. Voor het Engelse strafrecht is gekozen, omdat daar geen sprake is van een tweedeling tussen verkrachting en aanranding, zoals in Nederland wel het geval is. In het Engelse strafrecht wordt gebruik gemaakt van een driedeling. Het Belgische strafrecht is gekozen, omdat een afgedwongen tongzoen daar al sinds 1998 niet meer strafbaar is onder het delict verkrachting en onder het

¹¹ HR 12 maart 2013, *NJ* 2013,437 m.nt. N. Keijzer.

¹² HR 26 november 2013, *NJ* 2014, 62 m.nt. N. Keijzer, r.o. 2.4.

delict feitelijke aanranding. Het rechtsvergelijkend onderzoek is daarmee dogmatisch van aard en focust zich enkel op de wettelijke strafbaarstellingen die vergelijkbaar zijn met de delicten verkrachting en feitelijke aanranding van de eerbaarheid uit het Nederlandse strafrecht. Het onderzoeksdoel van deze masterthesis is zowel verklarend als beoordelend van aard.

1.3. Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie

Veroordeling voor het delict verkrachting heeft een grote impact op het leven van de veroordeelde. Onderzoek naar de afgrenzing tussen wel of geen kwalificatie van het delict verkrachting is maatschappelijk relevant, omdat hiermee voorkomen kan worden dat een verdachte wegens een ‘gering’ vergrijp ‘te zwaar’ wordt gestraft door bestempeld te worden als ‘verkrachter’ in de zin van artikel 242 Sr. Daarnaast draagt het onderzoek bij aan de verduidelijking van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam en de manier waarop dit bestanddeel vandaag de dag door de strafrechter wordt geïnterpreteerd. Er wordt vanuit verschillende perspectieven, zowel de bedoeling van de wetgever alsmede de interpretatie door de strafrechter, gekeken naar de kwalificatie van het delict verkrachting en de afgrenzing tussen dit delict en het delict feitelijke aanranding. Het antwoord op de centrale onderzoeksvraag is wetenschappelijk relevant, omdat het grijze gebied tussen het wel of niet kwalificeren van een gedraging als verkrachting verduidelijkt wordt. Dit wordt tevens besproken aan de hand van het Belgische en Engelse strafrecht. Ten slotte wordt er naar mogelijkheden gezocht om de afgrenzing in het Nederlandse strafrecht te verduidelijken.

1.4. Centrale vraag en hoofdstukindeling

De vraag die in deze masterthesis centraal staat luidt als volgt:

Welke aspecten en factoren zijn van belang bij de interpretatie van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam door de strafrechter en waar bevindt zich de afgrenzing tussen de kwalificatie van het delict verkrachting en feitelijke aanranding?

Middels een vijftal inhoudelijke hoofdstukken wordt er stapsgewijs naar een volledige beantwoording van de centrale vraag toegewerkt. De masterthesis is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 wordt ingegaan op de wetshistorie van de zedendelicten en dan met name het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam. Zowel de wijziging van de zedelijkheidswetgeving in 1991 als het daaraan voorafgaande onderzoek van de Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving uit 1980 worden uitvoerig behandeld. Hoofdstuk 3

staat in het teken van interpretatie en uitleg van (straf)wetgeving door de strafrechter. Daarnaast behandelt dit hoofdstuk uitvoerig de wijze waarop het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam, door de jaren heen, is geïnterpreteerd en uitgelegd in de rechtspraak. Hoofdstuk 4 behandelt het onderscheid tussen de delicten verkrachting (artikel 242 Sr) en feitelijke aanranding van de eerbaarheid (artikel 246 Sr). Getracht wordt de afgrenzing tussen deze delicten te verduidelijken. In hoofdstuk 5 vindt er een rechtsvergelijkend onderzoek plaats. De Nederlandse strafbaarstellingen van verkrachting en feitelijke aanranding van de eerbaarheid worden vergeleken met de Belgische en Engelse strafbaarstellingen. Hoofdstuk 6 staat in het teken van de ernst van de uitgevoerde seksuele gedraging. Door middel van het fair labelling principe wordt achterhaald of het mogelijk is een alternatieve benadering voor het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam te gebruiken. Er wordt onder andere gekeken naar de gevolgen voor de dader alsmede die van het slachtoffer. Daarnaast zal hierbij mijn visie worden gegeven met daarbij een mogelijke oplossing voor de problematiek. Ten slotte worden in hoofdstuk 7 de conclusies gepresenteerd met daarbij aanbevelingen voor zowel de strafrechter alsmede de wetgever.

Hoofdstuk 2. Zedelijkheidswetgeving door de jaren heen

2.1. Inleiding

De vijfde titel uit het tweede boek van het Wetboek van Strafrecht is door de wetgever gereserveerd voor de zedendelicten. Het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam speelt een belangrijke rol bij de kwalificatie van de delicten verkrachting (artikel 242 Sr), gemeenschap met bewusteloze of geestelijk gestoorde (artikel 243 Sr), gemeenschap met een persoon beneden de twaalf jaar (artikel 244 Sr) en gemeenschap met een persoon tussen de twaalf en zestien jaar (artikel 245 Sr). In dit hoofdstuk zal de zedelijkheidswetgeving door de jaren heen en het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam onder de loep worden genomen. In paragraaf 2.2 volgt er een wetshistorische bespreking omtrent de zedelijkheidswetgeving vanaf de middeleeuwen tot aan Napoleon. Vervolgens wordt er in paragraaf 2.3 uitvoerig stilgestaan bij de zedelijkheidswetgeving van 1886 tot en met 1991. In paragraaf 2.4 wordt de weg van het bestanddeel vleselijke gemeenschap naar het huidige bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam besproken. Paragraaf 2.5 gaat vervolgens in op de belangrijkste wijzigingen van de zedelijkheidswetgeving van 1991 tot en met 2014. Ten slotte sluit het hoofdstuk af met een uitleiding in paragraaf 2.6.

2.2. *Historie van de zedelijkheidswetgeving: van de middeleeuwen tot Napoleon*

Zedendelicten zijn een van de groepen delicten die in alle perioden uit de historie terugkomen. Om een beeld te schetsen van de manier waarop zedendelicten werden afgedaan, kan er voor Nederland een begin worden gemaakt in de middeleeuwen. Zedendelicten werden in de middeleeuwen in de Nederlanden via het kerkelijke – canonieke recht – berecht. Deze delicten werden gezien als zijnde huwelijkse aangelegenheden, waardoor de kerkelijke rechter bevoegd was om recht te spreken. Vanaf de late middeleeuwen – omstreeks de vijftiende eeuw – achtte ook de wereldlijke rechter zich bevoegd tot het kennisnemen van misdrijven tegen de zeden.¹³ In deze periode was slechts een klein deel van het recht opgetekend, waardoor de rechter bij het ontbreken van wettelijke bepalingen vrij was om zelf de hoogte van de op te leggen straf te bepalen. Het Ehtreglement bracht hier verandering in. Op 18 maart 1656 werd – als gevolg van het afkondigen van het protestantse geloof als staatsreligie – het *Egtreglement, over de steeden en ten platten lande, in de heerlijkheden en dorpen, staande onder de Generaliteit* afgekondigd.¹⁴ Het hierin geformuleerde huwelijksrecht

¹³ Broers 2006, p. 55-56.

¹⁴ Broers 2006, p. 55.

verschilde weinig van het canonieke huwelijksrecht, maar door de invoering van het Echtreglement werden er vaste straffen op zedendelicten gesteld. Delicten die op waren genomen in het Echtreglement bestonden onder andere uit voorechtelijk geslachtsverkeer, prostitutie, overspel, sodomie en verleiding. Deze delicten werden opgenomen om de zedeloosheid een ‘halt toe te roepen’.¹⁵ De op te leggen straffen varieerden van vermogensstraffen tot lijfstraffen en vrijheidstraffen. Ernstige zedendelicten zoals sodomie en verkrachting hadden geen wettelijke bepalingen, maar dienden gebaseerd te worden op het geleerde recht.¹⁶ Als gevolg, werd verkrachting bestraft in overeenstemming met bepalingen uit het oude Romeinse recht waarin aan de dader de doodstraf opgelegd moest worden.¹⁷

Deze wetgeving bleef gelden in Nederland tijdens de Republiek der zeven verenigde Nederlanden alsmede tijdens de Bataafse Republiek die ten einde kwam in 1806 toen het Koninkrijk Holland door Napoleon Bonaparte in het leven werd geroepen.¹⁸ De invoering van het eerste Wetboek van Strafrecht vond plaats in het Koninkrijk Holland in 1809. Het wetboek kreeg de naam *Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland* en heeft slechts een korte periode van 1809 tot 1811 gediend.¹⁹ Ontuchtige handelingen waren strafbaar gesteld in de artikelen 326, 327 en 328 onder de drieëntwintigste titel met als opschrift: ‘Van onnatuurlijke ontucht’. Bloedschendinge en andere oneerbare gemeenschap was strafbaar gesteld in de artikelen 329, 330, 331, 332 en 333 onder de vierentwintigste titel met als opschrift: ‘Van bloedschendinge en andere oneerbare gemeenschap’. De straffen die op deze misdaden waren gesteld bestonden uit geseling, langdurige gevangenisstraf en verbanning. De bestanddelen ‘ontucht’ en ‘vleeschelijke gemeenschap’ speelde hier al een rol. Nederland werd in 1810 ingelijfd bij de eerste Franse Republiek onder leiding van Napoleon Bonaparte. Als gevolg hiervan werd de *Codé Penal* uit 1810 het geldende strafrechtelijk wetboek voor Nederland.²⁰ De schending van de goede zeden (‘outrage public à la pudeur’) – waaronder aanranding – en verkrachting (‘viol’) waren strafbaar gesteld in de artikelen 330 tot en met 340 (*Attentats aux mœurs*). De straffen bestonden uit geldboetes, dwangarbeid en gevangenisstraf. Na het herstel van de soevereiniteit in 1813 is de *Codé Penal* nog jaren lang dienstig geweest voor Nederland.²¹ De geschiedenis van onze huidige zedelijkheidswetgeving

¹⁵ Broers 2006, p. 56.

¹⁶ Broers 2006, p. 55-56.

¹⁷ Broers 2006, p. 73.

¹⁸ Lokin & Zwalve 1986, p. 268.

¹⁹ Broers 2012, p. 130.

²⁰ Lokin & Zwalve 1986, p. 273.

²¹ Lokin & Zwalve 1986, p. 274.

voert ons terug naar 1886. In 1886 werd titel XIV van het Wetboek van Strafrecht genaamd: ‘Misdrijven tegen de zeden’ in het leven geroepen.

2.3. Zedelijkheidswetgeving van 1886 tot 1991

Seksualiteit is een gevoelig onderwerp, waardoor tot stand brengen van wetgeving op dit gebied veelal moeizaam verloopt. Het huidige Wetboek van Strafrecht dat ons vandaag de dag bekend is, is in werking getreden op 30 januari 1886. Misdrijven tegen de zeden zijn sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht ondergebracht in titel XIV. Het uitgangspunt voor het opnemen van deze titel was de bescherming van de openbare zedelijkheid.²²

De zedelijkheidswetgeving werd onder toezicht van toenmalige minister van Justitie Regout in 1911 aangescherpt. In die tijd werd het bestrijden van de bronnen van zedenbederf gezien als een staatstaak. Als gevolg hiervan werd onder andere homoseksuele ontucht van een meerderjarige met een minderjarige strafbaar gesteld en werd de souteneur (‘pooier’) strafbaar.²³ Strafbbaarstellingen van seksuele delicten werden voor- en tijdens de oorlog verder verruimd. Een voorbeeld hiervan is de strafbaarstelling van homoseksualiteit tussen meerderjarige mannen, welke al vrij snel weer werd geschrapt. Een verschuiving vond plaats aan het einde van de jaren vijftig en zestig. Zo werden homoseksuele handelingen tussen meerderjarigen en overspel afgeschaft en werden andere zedendelicten niet of nauwelijks vervolgd.²⁴ In 1970 werd de Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (hierna: Commissie-Melai) in het leven geroepen met als opdracht het doorlichten van de zedendelicten. Door deze commissie werden in tien jaar tijd vier rapporten geproduceerd met daarin onder andere aanbevelingen tot wijziging van de bestaande strafbepalingen.²⁵ In 1980 verscheen het eindrapport van de commissie.²⁶ De delictsomschrijvingen van de artikelen 242 en 246 Sr die ten tijde van het onderzoek door de commissie golden, zijn opgenomen in bijlage A.

In haar eindrapport vermeldde de Commissie-Melai dat de maatschappelijke behoefte dringend was om de strafwettelijke bepalingen van verkrachting en aanranding te wijzigen.²⁷ Volgens de commissie is bij het inrichten van de strafbaarstellingen het beschermende rechtsbelang de bescherming van de integriteit van de menselijke persoon tegen inbreuk door

²² Schimmel-Bonder 1992, p. 157.

²³ Schimmel-Bonder 1992, p. 157.

²⁴ Schimmel-Bonder 1992, p. 157.

²⁵ Van der Neut & Wedzinga 1994, p. 149.

²⁶ Melai 1980.

²⁷ Melai 1980, p. 2.

anderen. In dit verband wordt het begrip ‘integriteit van de menselijke persoon’ door de commissie in de ruimste zin opgevat: ‘de mogelijkheid om zowel lichamelijk als geestelijk de eigen identiteit te beleven’.²⁸ Voor het seksuele misdrijf is de feitelijke seksuele gedraging in het algemeen niet bepalend, maar de omstandigheid dat deze tegen de wil van het slachtoffer in is geschied. Strafwettelijke bepalingen moeten daarom primair op de bescherming van de wilsvrijheid zijn gericht. Daarnaast dient er aanvullende bescherming te worden geboden voor personen die in een afhankelijke positie verkeren – zoals jeugdigen – en personen die door een lichamelijk of geestelijk gebrek onvoldoende in staat zijn hun wil te vormen of tot uiting te brengen.²⁹ Uit de wetsgeschiedenis van oude zedelijkheidsbepalingen (voor 1 december 1991) moet volgens de commissie in de eerste plaats worden afgeleid dat: ‘de bescherming van de wilsvrijheid van de individu door de toenmalige wetgever mede is geschied in het belang van de uitwendige orde der maatschappij’.³⁰ In het rapport wordt meermaals aangehaald dat de bescherming van de integriteit van de menselijke persoon voorop staat. Verkrachting en aanranding vormen allebei een ernstige inbreuk op de fysieke en psychische integriteit van het slachtoffer. Daarnaast wordt door deze delicten de vrijheid om zelf te beschikken over het aangaan van seksuele relaties belemmerd.³¹ Naar het oordeel van de commissie laat de aard van het te beschermen rechtsgoed niet toe dat het element dwang een te beperkte omschrijving krijgt. Voorgesteld werd om de omschrijving te verruimen naar de bepaling die wij vandaag de dag kennen: ‘wanneer zij geschiedt door geweld, bedreiging met geweld, andere feitelikheden of bedreiging met andere feitelikheden’.³²

De commissie brengt duidelijk naar voren dat zij de handhaving van twee aparte bepalingen voor verkrachting en aanranding wenselijk acht.³³ Het wegvallen van deze tweedeling zou volgens de commissie niet in overeenstemming zijn met de opvatting van het overgrote deel van de bevolking. De commissie stelt namelijk dat in onze maatschappij nog steeds een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen beide delicten.³⁴ Daarnaast acht de commissie verruiming van hetgeen onder verkrachting valt – buiten echt met een vrouw geslachtsgemeenschap hebben – wenselijk.³⁵ Ernstige seksuele vergrijpen doen zich namelijk niet alleen voor tussen mannen als dader en vrouwen als slachtoffer, maar ook tussen

²⁸ Melai 1980, p. 10.

²⁹ Melai 1980, p. 10.

³⁰ Melai 1980, p. 13.

³¹ Melai 1980, p. 14.

³² Melai 1980, p. 15.

³³ Melai 1980, p. 18.

³⁴ Melai 1980, p. 19.

³⁵ Melai 1980, p. 18.

personen van hetzelfde geslacht en in sommige gevallen zelfs tussen vrouwen als dader en mannen als slachtoffer. De commissie vindt het daarom ongewenst om uitzonderingen aan te brengen op het gebied van geslacht of seksuele geaardheid van zowel de dader als het slachtoffer.³⁶

De commissie acht het wenselijk dat afdwingen van seksueel contact in het algemeen als aanranding strafbaar wordt gesteld. Afdwongen geslachtsgemeenschap of vergelijkbare ernstige seksuele contacten kunnen daarnaast specifiek als verkrachting strafbaar worden gesteld.³⁷ Andere handelingen die voor het slachtoffer even ernstig kunnen zijn zoals orale en anale seksuele contacten zouden, naar oordeel van de commissie, dan ook gelijk gesteld moeten worden met verkrachting.³⁸ De commissie stelt dat:

‘de strafwaardige handeling zal afgezien van het element dwang, de volgende elementen moeten hebben: de handeling moet objectief betrekking hebben op de lichamelijke seksualiteit (handelingen die naar buiten toe niet als seksueel gericht kenbaar zijn vallen er buiten), de handeling moet ook voor het slachtoffer subjectief als seksueel gericht te herkennen zijn en tot slot zal de handeling naar algemene verkeersnormen enige substantie moeten hebben.’³⁹

De commissie wijst erop dat:

‘handelingen die in het maatschappelijke verkeer algemeen worden aanvaard, zoals een kus ter begroeting of afscheid, of die hoogstens als vergrijpen tegen de goede smaak worden beschouwd, in de regel niet als seksuele handelingen in de zin van de strafbepaling moeten worden beschouwd.’⁴⁰

In sommige gevallen kunnen dergelijke afgedwongen handelingen echter een zodanige geladenheid krijgen dat ze in het sociale verkeer niet meer acceptabel zijn en dus onder de strafbaarstelling vallen, aldus de commissie.⁴¹

³⁶ Melai 1980, p. 19-20.

³⁷ Melai 1980, p. 19.

³⁸ Melai 1980, p. 18-19.

³⁹ Melai 1980, p. 21.

⁴⁰ Melai 1980, p. 21.

⁴¹ Melai 1980, p. 21.

De commissie sluit het rapport af met een achttal voorgestelde bepalingen (de voorgestelde wettekst voor de delicten verkrachting en aanranding zijn opgenomen als bijlage B).⁴² In deze bepalingen is duidelijk de tweedeling te zien. De commissie heeft gekozen om aanranding in artikel 242 Sr op te nemen vóór het delict verkrachting in artikel 243 Sr, om op deze wijze de generalis/specialis verhouding duidelijk te maken. In het geval van aanranding gaat het om het feit dat iemand door geweld, of een andere feitelijkheid, of door bedreiging met geweld, of een andere feitelijkheid een ander heeft gedwongen tot het dulden of plegen van seksuele handelingen. Voor het delict verkrachting heeft de commissie gekozen voor de term ‘geslachtsgemeenschap’ of een daarmee gelijk te stellen seksuele handeling. Hieronder vallen alle vormen van ‘genitaal, oraal en anaal contact, zoals contacten tussen mond en anus, mond en penis en mond en vulva, hetzij tussen penis en vulva en penis en anus, hetzij tussen anus en vulva en artificieel substaat.’⁴³ De commissie beperkt verkrachting daarmee niet alleen tot het ‘binnendringen’ van het lichaam.

Op basis van deze voorstellen uit het eindrapport van de Commissie-Melai, werd door de regering een wetsvoorstel om advies naar de Raad van State gezonden.⁴⁴ Van verschillende zijden werd er kritiek geuit, in het bijzonder op de voorgestelde leeftijdsgrenzen. In het voorstel was namelijk opgenomen dat: ‘ontucht met minderjarigen tussen twaalf en zestien jaar niet meer in alle gevallen strafbaar te stellen, maar alleen wanneer er sprake was van misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding.’⁴⁵ Door de toenmalige minister van Justitie Korthals Altes (hierna: de minister) werd de toezegging gedaan dat hij zich na ontvangst van het advies van de Raad van State nader zou beraden en het wetsvoorstel opnieuw voor te leggen.⁴⁶

Op 22 november 1988 werd het wetsontwerp 20 930 – wegens de wenselijkheid van het aanscherpen van de artikelen 242, 243, 246, 247 en 249 Sr teneinde betere bescherming te bieden tegen bepaalde vormen van seksueel geweld – bij de Tweede Kamer ingediend.⁴⁷ In de memorie van toelichting⁴⁸ wordt door de minister aangehaald dat het toenmalig geldende

⁴² Zie Melai 1980, p. 44-47 voor de voorgestelde artikelen met daarbij toelichting door de commissie.

⁴³ Melai 1980, p. 46.

⁴⁴ Schimmel-Bonder 1992, p. 157.

⁴⁵ Schimmel-Bonder 1992, p. 157.

⁴⁶ Schimmel-Bonder 1992, p. 157.

⁴⁷ *Kamerstukken II 1988/89, 20 930, nr. 2, p. 2.*

⁴⁸ *Kamerstukken II 1988/89, 20 930, nr. 3.*

artikel 242 Sr (verkrachting) volgens de Hoge Raad⁴⁹ moet worden beschouwd als een speciale bepaling ten opzichte van artikel 246 Sr (aanranding). Het verschil in beide bepalingen zit in de term vleselijke gemeenschap (met een vrouw), welke in artikel 242 Sr als bestanddeel was opgenomen. Door de minister wordt benadrukt dat: ‘verschillende andere vormen van seksueel contact zoals het oraal of anaal binnendringen van het lichaam, voor het slachtoffer even kwetsend kunnen zijn als vleselijke gemeenschap.’⁵⁰ Hij gaat echter niet mee met het eerder genoemde advies van de Commissie-Melai om het afdwingen van deze vormen van seksueel contact gelijk te stellen met vleselijke gemeenschap. Door de minister werd voorgesteld om een extra lid toe te voegen aan artikel 246 Sr (aanranding), waarin deze handelingen als specifieke vorm van aanranding als even erg worden beschouwd als verkrachting. De gevangenisstraf zou daarmee hetzelfde gewicht dragen als bij verkrachting; te weten twaalf jaar. Het dwingen van een vrouw tot vleselijke gemeenschap zou daarmee als zelfstandige strafbepaling blijven bestaan en als specialis gelden in de zin van artikel 55 lid 2 Sr.⁵¹

In het voorlopig verslag door de vaste Commissie voor Justitie naar aanleiding van de memorie van toelichting,⁵² werd er vanuit verschillende hoeken kritiek geuit op het voorstel van de minister. Naar voren werd gebracht dat het de minister zelf was die bij een wetsvoorstel in 1985 voorstelde om de twee delicten samen te voegen met daarbij als redenering dat: ‘onderscheid tussen beide feiten gradueel is en dat het geen wezenlijk verschil voor de waardering van de ernst van de feiten hoeft te maken of de aanwending van de dwang (...) op geslachtsgemeenschap is uitgelopen.’⁵³ Daarnaast werd er geklaagd over het kwalificeren van een gedraging als verkrachting. De officier van justitie zou namelijk moeten specificeren op welke manier het lichaam is binnengedrongen. Dit zou uiteindelijk leiden tot meer kwetsende en pijnlijke vragen voor het slachtoffer.⁵⁴ In de memorie van antwoord werd vervolgens door de minister het doel van de zedelijkheidswetgeving naar voren gebracht namelijk: ‘het beschermen van de seksuele integriteit van personen’.⁵⁵ Op de kwalificatievraag werd door de minister geantwoord dat dit geen problemen oplevert, omdat er bij duidelijkheid omtrent vleselijke gemeenschap of een poging daartoe meteen naar het

⁴⁹ HR 9 februari 1988, NJ 1988,613 m.nt. G.E. Mulder.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 3, p. 7.

⁵¹ *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 3, p. 7.

⁵² *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 4.

⁵³ *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 4, p. 3.

⁵⁴ *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 4, p. 15-16.

⁵⁵ *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 5.

verkrachtingsartikel gegrepen kan worden. Wanneer er andere seksuele handelingen plaats hebben gevonden, kan er naar het aanrandingsartikel gegrepen worden.⁵⁶ Volgens de minister zouden slachtoffers hierdoor niet benadeeld worden, omdat pijnlijke vragen niet beantwoord behoeven te worden als het om aanranding gaat. Deze vragen spelen pas een rol als slachtoffers zelf heeft aangegeven dat er feiten zijn die moeten leiden tot zwaardere bestraffing.⁵⁷ De minister bleef bij het standpunt om slechts enkele wijzigingen in de zedelijkheidswetgeving door te voeren en geen algehele wijziging van de zedelijkheidswetgeving op touw te zetten.

Door de val van het kabinet-Lubbers II in 1989 werd de wijzingsproblematiek onderdeel van het takenpakket van de nieuwe minister van Justitie Hirsch Ballin. Ook hij had het voornemen om slechts een wijziging – in plaats van een algehele herziening – door te voeren.⁵⁸ Volgens De Hullu en Van der Neut werd er ‘na een rustige schriftelijke voorbereiding onverwachts een heftige en ook in woorden van de betrokkenen zelf betrekkelijk “chaotische” mondelinge behandeling in de Tweede Kamer aan de problematiek gewijd.’⁵⁹ Dit leidde uiteindelijk tot een vierde nota van wijziging waarin de artikelen 242 tot en met 249 Sr drastisch werden gewijzigd.⁶⁰ Het is in deze wijziging waarin de tweedeling verdwijnt, de verzwarende omstandigheid van seksueel binnendringen uit artikel 246 Sr wordt geschrapt en de term vleselijke gemeenschap in artikel 242 Sr plaats maakt voor het aanzienlijk ruimere bestanddeel ‘seksueel binnendringen van het lichaam’. Het was in de toelichting bij deze wijziging dat de minister verwoorde dat: ‘seksueel binnendringen zowel vleselijke gemeenschap als andere vormen van binnendringen met een seksuele strekking omvat.’⁶¹ Hierdoor is op de valreep alsnog het advies van de Commissie-Melai door de minister in de armen genomen. Op 8 oktober 1991 werd het voorstel in de Eerste Kamer zonder problemen aanvaard, waardoor het enige tijd later op 1 december 1991 in werking trad.⁶²

2.4. Van vleeschelijke gemeenschap naar seksueel binnendringen van het lichaam

Seksueel binnendringen vormt een cruciaal bestanddeel bij de kwalificatie van de delicten genoemd in de artikelen 242, 243, 244 en 245 Sr. Voor de invoering van het bestanddeel

⁵⁶ *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 13.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 14.

⁵⁸ *Kamerstukken II* 1989/90, 20 930, nr. 8, p. 3.

⁵⁹ De Hullu & van der Neut 1991, p. 389.

⁶⁰ *Kamerstukken II* 1990/91, 20 930, nr. 13.

⁶¹ *Kamerstukken II* 1990/91, 20 930, nr. 13, p. 3.

⁶² Schimmel-Bonder 1992, p. 162.

seksueel binnendringen van het lichaam maakte de wetgever gebruik van het bestanddeel ‘vleeschelijke gemeenschap’. Hiermee werd enkel geslachtsgemeenschap tussen man en vrouw bedoeld. De bepaling was ooit echter zo beperkt dat voor vleeselijke gemeenschap, in de zin van artikel 242 Sr, zaaduitstoting vereist was.⁶³ Daarnaast kon vleeselijke gemeenschap alleen plaatsvinden buiten het huwelijk, waardoor er sprake was van een zeer beperkte strafbaarstelling van het delict verkrachting.

In het eindrapport van de Commissie-Melai uit 1980 komt het bestanddeel ‘seksueel binnendringen’ niet voor, maar wordt er gesproken over seksuele handelingen. De commissie spreekt hier over ‘het dulden of plegen van geslachtsgemeenschap of een daarmee gelijk te stellen handeling als verklaring voor de seksuele handeling.’⁶⁴ De commissie laat hiermee zien dat zij voorstander is van de uitbreiding van het verkrachtingsartikel. Het is echter in het wetsvoorstel uit 1989 dat het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam voor het eerst in grote hoeveelheid wordt gebruikt. Door minister van Justitie Korthals Altes werd het bestanddeel gebruikt in het voorstel van de wijziging van het artikel 246 betreffende feitelijke aanranding van de eerbaarheid. Hiermee wordt door de minister orale en anale seks gelijkgetrokken met vleeselijke gemeenschap uit artikel 242 Sr. In de memorie van antwoord onderbouwde de minister dit als volgt: ‘omdat het binnendringen van het lichaam op welke wijze dan ook een zeer ernstige inbreuk is op de lichamelijke integriteit, waartegen een even zware straf als tegen verkrachting dient te worden bedreigd.’⁶⁵ Vleeselijke gemeenschap bleef echter een bestanddeel vormen in het delict verkrachting, waardoor dit alsnog een zeer beperkte werking hield. In haar rapport uit 1980 concludeerde de Commissie-Melai al dat de oude bepaling uit artikel 242 Sr deels discriminerend van aard was. Het was namelijk uitsluitend van toepassing op feiten waar de man dader en de vrouw slachtoffer is. Volgens de commissie kunnen daardoor ‘ontoelaatbare vormen van seksueel geweld die zich in andere relaties kunnen voordoen – en voor het slachtoffer even ernstige gevolgen hebben – in zekere zin door de hiërarchie als minder ernstig worden aangemerkt.’⁶⁶ De minister bleef de hiërarchische indeling echter aanhouden. Uit het feit dat de woorden van de minister in de conclusie van antwoord zo dichtbij de bewoording uit het eindrapport van de Commissie-Melai lagen, kan volgens Verrijn Stuart geconcludeerd worden dat ‘het begrip “seksueel

⁶³ Verrijn Stuart 1993, p. 142.

⁶⁴ Melai 1980, p. 44-45.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 10.

⁶⁶ Melai 1980, p. 18.

binnendringen” niet is beperkt tot alleen het mannelijke geslachtsdeel, maar het in de ruimste zin van het woord dient te worden opgevat.⁶⁷

Zoals eerder naar voren is gekomen, is het seksueel binnendringen pas op de valreep tijdens de parlementaire behandeling door minister van Justitie Hirsch Ballin bij het delict verkrachting ondergebracht. Daarvoor was het in het wetsontwerp een strafverzwarende vorm onder het delict aanranding. Hiermee verdween de hiërarchische indeling en maakte de zeer beperkte bestanddeel vleeschelijke gemeenschap plaats voor het erg ruime bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam. Deze nieuwe bepaling bleek uiteindelijk voor veel problemen te zorgen. Volgens Kool moest de rechter wennen aan dit verruimde verkrachtingsbegrip, hetgeen uiteenlopende uitspraken ten gevolge had.⁶⁸ Deze uitspraken worden in het volgende hoofdstuk in paragraaf 3.3 en 3.4 uitvoerig besproken. In de literatuur werd betoogd dat het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam van nadere uitleg voorzien diende te worden. Volgens Van der Neut & Wedzinga zou voornamelijk het ‘seksuele’ van binnendringen problemen opleveren. Zij gaven als voorbeeld dat: ‘het onder dwang een leverworst in de mond naar binnenproppen geen seksueel binnendringen oplevert, maar een afgedwongen tongzoen zou wel tot verkrachting kunnen leiden.’⁶⁹ Deze voorspelling is enige jaren later in 1998 werkelijkheid geworden, hierover meer in paragraaf 3.3.

2.5. Zedelijkheidswetgeving van 1991 tot heden

Eenentwintig jaar na het eindrapport van de Commissie-Melai werd de zedelijkheidswetgeving in 1991 drastisch gewijzigd. Op 1 december 1991 trad de wet van 9 oktober 1991 houdende wijziging van de artikelen 242 tot en met 249 van het Wetboek van Strafrecht in werking.⁷⁰ Deze wijziging kan volgens Rozemond worden beschouwd als ‘een uiting van de wil van de wetgever om de bescherming van slachtoffers van zedendelicten uit te breiden.’⁷¹ Met de invoering van deze wijziging werden de mogelijkheden tot bescherming tegen seksueel geweld immers drastisch verruimd. Niet alleen vrouwen maar ook mannen kunnen na 1991 het slachtoffer zijn van verkrachting. Daarnaast werd het bestanddeel ‘buiten echt’ geschrapt, waardoor ook verkrachting binnen het huwelijk strafbaar werd. De grootste

⁶⁷ Verrijn Stuart 1993, p. 143.

⁶⁸ Kool 2004, p. 915.

⁶⁹ Van der Neut & Wedzinga 1994, p. 152.

⁷⁰ *Stb.* 1991, 519.

⁷¹ Rozemond 1999, p. 119.

wijziging is de in paragraaf 2.4 behandelde invoering van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam in de artikelen 242, 243, 244, 245 Sr. Hieronder vallen zowel vleselijke gemeenschap als het op andere wijze binnendringen van het lichaam. Onmachtigen, bewustelosen en geestelijke gestoorden worden beschermd door de werking van de artikelen 243 en 247 Sr, jeugdigen jonger dan twaalf jaar worden beschermd door de artikelen 244 en 247 Sr en jeugdigen tussen twaalf en zestien jaar worden beschermd door de artikel 245 Sr. Ten slotte wordt het klachtrecht voor het verleiden van een minderjarige van onbesproken gedrag op dezelfde wijze geregeld als dat in de artikelen 245 en 246 Sr plaatsvindt.⁷²

Andere noemenswaardige wijzingen zijn: de Wet van 7 juli 1994 waarin is bepaald dat de zedendelicten waarop vervolging middels een klacht plaats dient te vinden, de verjaringstermijn pas aanvangt vanaf het bereiken van de leeftijd van achttien jaar. De rede hiervoor is dat veel zedenslachtoffers zich pas rond die leeftijd gaan beseffen wat hen is aangedaan.⁷³ De Wet van 13 november 1995⁷⁴ waarbij artikel 240b Sr betreffende kinderpornografie aanzienlijk is aangescherpt. Dit was het gevolg van de grote toename in omvang en ernst van kinderpornografie.⁷⁵ Voorts is de Wet van 13 juli 2002⁷⁶ van belang, omdat de wetgever hiermee het klachtvereiste bij de zedendelicten definitief heeft geschrapt. Daarnaast is de rechtsmacht van Nederland betreffende zedendelicten in het buitenland waarbij minderjarigen het slachtoffer zijn uitgebreid, is de leeftijdsgrens in artikel 240b Sr opgetrokken tot achttien jaar en is de werkingssfeer van de artikelen 243 en 247 Sr uitgebreid.⁷⁷ De Wet van 26 november 2009⁷⁸ waarbij de bepalingen omtrent kinderpornografie nog verder zijn aangescherpt, strafbaarstelling van grooming, alsmede in strafbaarstelling van het een minderjarige getuige doen zijn van het plegen van een ontuchtige handeling.⁷⁹ Deze wijziging gaf uitvoering aan het Verdrag van Lanzarote.⁸⁰ Daarnaast is sedert 1 april 2013 de verjaringstermijn voor zedendelicten waarop een gevangenisstraf van twaalf jaar of meer staat drastisch verruimd.⁸¹ Ten slotte is op 12 februari 2014 artikel 248 Sr gewijzigd.⁸² Door die wijziging kunnen – in het kader van artikel 242 en 246 Sr – de

⁷² *Kamerstukken II* 1990/91, 20 930, nr. 13, p. 3-4.

⁷³ Noyon, Langemeijer & Rammelink 2002, opmerking 5 op titel XIV van het Wetboek van Strafrecht.

⁷⁴ *Stb.* 1995, 575.

⁷⁵ Noyon, Langemeijer & Rammelink 2002, opmerking 5 op titel XIV van het Wetboek van Strafrecht.

⁷⁶ *Stb.* 2002, 529

⁷⁷ *Stb.* 2002, 388.

⁷⁸ *Stb.* 2009, 544.

⁷⁹ Kool 2013, commentaar 1 onder c op titel XIV van het Wetboek van Strafrecht.

⁸⁰ *Stb.* 2008, 543.

⁸¹ *Stb.* 2012, 72.

⁸² Zie *Stb.* 2012, 74 voor een nadere toelichting.

maximumstraffen worden verhoogd met een derde, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon die de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt en bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt en/of vergezeld of gevolgd van geweld.⁸³

2.6. *Uitleiding*

Criminaliteit is van alle tijden en daarmee ook zedendelicten. Onze huidige zedelijkheidswetgeving kent een lange geschiedenis, waardoor er in de jaren '70 een dringende maatschappelijke behoefte was tot wijziging van bepalingen omtrent verkrachting en aanranding. De Commissie-Melai werd in 1970 in het leven geroepen om in deze behoefte te voorzien. In 1980 verscheen het eindrapport van de commissie met daarin aanbevelingen tot het wijzigen van de toenmalige strafbepalingen. De commissie concludeerde dat niet de feitelijke seksuele gedraging in het algemeen bepalend is voor het seksuele misdrijf, maar de gedraging die tegen de wil van het slachtoffer in geschiedt. Door de commissie wordt meermaals aangehaald dat de bescherming van de integriteit van de menselijke persoon voorop staat. De commissie adviseerde om alle handelingen die voor het slachtoffer even ernstig kunnen zijn zoals orale en anale seksuele contacten gelijk gesteld zouden moeten worden met verkrachting en rekent dit onder de noemer 'seksuele handelingen'. Uit de beredenering van de commissie komt naar voren dat een tongzoen en het aanraken van zowel de binnen als buitenkant van de geslachtsdelen en anus onder verkrachting moeten vallen.

Bij het eerste wijzigingsvoorstel in 1988 werd er door de toenmalige minister van Justitie Korthals Altes nog vastgehouden aan het bestanddeel vleselijke gemeenschap in artikel 242 Sr. Voorgesteld werd seksueel binnendringen van het lichaam als verzwarende vorm onder te brengen onder het delict aanranding in artikel 246 Sr. Na de val van het kabinet was het minister van Justitie Hirsch Ballin die deze tweedeling deed verdwijnen en op de valreep het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam onderdeel maakte van de strafbepaling in artikel 242 Sr. In de toelichting bij deze wijziging verwoorde de minister dat seksueel binnendringen zowel vleselijke gemeenschap als andere vormen van binnendringen met een seksuele strekking omvat. Hiermee wordt de lijn gevolgd die bijna twaalf jaar daarvoor door de Commissie-Melai is uitgezet. Mijns inziens maakt de minister hiermee duidelijk dat bescherming van de lichamelijke/seksuele integriteit hoog in het vaandel staat en dat een ieder – ongeacht geslacht, leeftijd of seksuele voorkeur – hiertegen bescherming geniet, waardoor

⁸³ Stb. 2014, 74.

de wetgever geen beperkingen aan deze vrijheid op wilde leggen. Het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam blijft hierdoor echter erg onduidelijk. Het bestanddeel ziet namelijk zowel op het binnendringen, alsmede de seksuele strekking die dit met zich mee moet brengen. De wetgever laat de invulling van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam geheel open zonder daarbij enige beperkingen aan te brengen. De wetgever blijft hiermee slechts bij een conceptuele definitie en laat derhalve veel vrijheid toe aan de strafrechter.

Hoofdstuk 3. Rechtsontwikkeling in de rechtspraak

3.1. Inleiding

Bij de vraag wat er verstaan wordt onder het bestanddeel seksueel binnendringen is niet alleen de bedoeling van de wetgever van belang, maar speelt de interpretatie van de strafrechter een belangrijke rol. Zoals in hoofdstuk 2 naar voren is gekomen, heeft de wetgever in 1991 het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam bewust op een conceptuele wijze uitgelegd. Om te achterhalen welke gedragingen onder het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam te brengen zijn, wordt er in dit hoofdstuk uitvoerig aandacht besteed aan jurisprudentie van na de wijziging van de zedelijkheidswetgeving in 1991. In paragraaf 3.2 komen de interpretatiemethoden van de strafrechter, gezien vanuit het legaliteitsbeginsel, aan de orde. Paragraaf 3.3 behandelt de ontwikkelingen in de rechtspraak met betrekking tot het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam van 1992 tot 2013. Vervolgens komt de periode van 2013 tot heden aan de orde in paragraaf 3.4. Het hoofdstuk sluit af met een uitleiding in paragraaf 3.5.

3.2. Legaliteit en interpretatie

In hoofdstuk 2 heeft er een bespreking plaatsgevonden van de verruiming van de zedendelicten en dan met name het delict verkrachting uit artikel 242 Sr. Het bestanddeel vleselijke gemeenschap uit het oude artikel 242 Sr is geschrapt en het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam is daarvoor in de plaats gekomen. Zoals uit hoofdstuk 2 is gebleken, heeft de wetgever het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam conceptueel bedoeld. Het gevolg daarvan is dat de strafrechter een grote interpretatievrijheid toebedeeld heeft gekregen. Vanwege het feit dat het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam geen eenduidig antwoord geeft op de vraag welke handelingen eronder geschaard moeten worden, dient de strafrechter een eigen interpretatie te geven. Deze grote vrijheid die aan de rechter is gelaten komt niet alleen doordat nergens in de wetsgeschiedenis te vinden is wat de wetgever precies heeft bedoeld met seksueel binnendringen van het lichaam en op welke manieren dit kan plaatsvinden, maar ook doordat de behandeling van het wetsontwerp onrustig verliep en het parlement destijds op het laatste moment het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam onder het verkrachtingsartikel plaatste. De onkundigheid van het parlement omtrent de zedelijkheidswetgeving speelde daarnaast ook nog een rol.⁸⁴

⁸⁴ Verrijn Stuart 1993, p. 144.

3.2.1. Legaliteitsbeginsel

De Hullu is een van de vele rechtsgeleerden die uitvoerig stilstaat bij het legaliteitsbeginsel in zijn boek *Materieel strafrecht*.⁸⁵ Het legaliteitsbeginsel speelt een belangrijke rol in ons strafrecht en is verwoord in artikel 1 lid 1 Sr. Dit artikel luidt: ‘Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.’ Niet alleen de Nederlandse strafwet bevat deze bepaling, maar ook op internationaal niveau zijn er dergelijke bepalingen ingericht. Een belangrijk voorbeeld hiervan vormt artikel 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM), waarover later meer volgt. De Latijnse formulering luidt: ‘nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali’ (hierna: nullum crimen-beginsel). Volgens De Hullu is deze benaming interessant omdat: ‘zij nog scherper dan de Nederlandse wettekst de kern van het legaliteitsbeginsel aangeeft: zowel de strafbaarstelling als de op te leggen straffen moeten ten tijde van het plegen van een feit in de wet zijn opgenomen.’⁸⁶ Het begrip wettelijk – zoals geformuleerd in artikel 1 lid 1 Sr – beperkt zich niet alleen tot de wet in formele zin, maar het raakt ook de materiële wetgeving.⁸⁷

Bij de werking van artikel 7 EVRM moet er sprake zijn van ‘law’ die zowel ‘accessible’ (‘toegankelijk’) als ‘foreseeable’ (‘voorzienbaar’) moet zijn.⁸⁸ Om te voldoen aan het law-vereiste moet er in het kader van artikel 7 EVRM sprake zijn van adequate wetgeving of ongeschreven recht (jurisprudentie). Hiermee heeft artikel 7 EVRM een ruimere reikwijdte dan artikel 1 lid 1 Sr.⁸⁹ Naast het law-vereiste, eist artikel 7 EVRM ook dat de wet toegankelijk is (*accessible*). Aan deze eis wordt voldaan als de wet op een gemakkelijke wijze door een ieder geraadpleegd kan worden. Hieronder vallen alle bronnen die publiekelijk toegankelijk zijn, maar interne richtlijnen en instructies zijn uitgesloten.⁹⁰ Naast de toegankelijkheid, eist artikel 7 EVRM dat het recht (*foreseeable*) voorzienbaar is. Dit houdt in dat het recht en de gevolgen van een schending voldoende duidelijk zijn. De norm moet als het ware ‘voldoende precies’ zijn, zoals door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) is bepaald in de zaak *Sunday Times*.⁹¹ De gestelde straf op een bepaald delict

⁸⁵ De Hullu 2012, p. 80-108.

⁸⁶ De Hullu 2012, p. 80.

⁸⁷ De Hullu 2012, p. 80.

⁸⁸ EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997, 1 m.nt. G. Knigge.

⁸⁹ De Hullu 2012, p. 90.

⁹⁰ De Jong & Knigge 2003, p. 38.

⁹¹ EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146.

en de eventuele alternatieven hoeven niet tot in detail in de wet omschreven te staan. Jurisprudentie kan de norm verduidelijken.⁹²

Het legaliteitsbeginsel houdt tevens het verbod van terugwerkende kracht in. Dit verbod geldt niet alleen voor de wetgever, maar tevens voor de strafrechter. Onder dit verbod moet verstaan worden dat een gedraging pas strafbaar is als deze ook wettelijk strafbaar is gesteld. Volgens De Hullu leiden ‘nieuwe inzichten en ontwikkelingen, maar ook leemten in de bestaande wet daarom onvermijdelijk tot gaten in de bescherming van de samenleving die de strafwet beoogt te bieden.’⁹³ Het is vooral de taak van de wetgever om ervoor te zorgen dat de strafwetgeving adequaat en up-to-date is. De wetgever dient vooral alert te zijn bij technische ontwikkelingen, verouderde normen, maatschappelijke ontwikkelingen, rechtspraak of hedendaagse opvattingen omtrent een onderwerp (hierbij kan er gedacht worden aan de kwalificatie van een gedwongen tongzoen als verkrachting).⁹⁴ Niet alleen de wetgever, maar ook de strafrechter moet zich houden aan het verbod van terugwerkende kracht. Hierbij hoort de rechter te kijken naar een ijkpunt, dat is veelal het tijdstip waarop de strafbare gedraging heeft plaatsgevonden. Indien een feit is gepleegd nog voor het strafbaar was gesteld, dan is dit in strijd met het verbod van terugwerkende kracht (uitzonderingen daargelaten).⁹⁵ Bij het totstandkomen van nieuwe wetgeving kan dit tot problemen leiden, namelijk wanneer de aansprakelijkheid – die op het moment van plegen niet voorzienbaar was – voor de dader nadelig is. Groenhuijsen pleit in dit verband voor rechterlijk overgangsrecht om deze lacune op te vangen.⁹⁶

Naast het verbod van terugwerkende kracht, maakt het rechtszekerheidsbeginsel – ook wel aangeduid als *Bestimmtheidsgebot* of *lex certa-beginsel* – onderdeel uit van het legaliteitsbeginsel. Het gaat in de eerste plaats om rechtszekerheid voor de verdachte, maar daarnaast moet het voor een ieder duidelijk zijn wanneer de overheid strafrechtelijk optreedt tegen een gedraging.⁹⁷ Zo heeft het EHRM in de uitspraak van 22 november 1995 – ook wel bekend als C.R. tegen Verenigd Koninkrijk – kort samengevat bepaald dat de nieuwe interpretatie van een delictomschrijving voorzienbaar moet zijn voor de verdachte en overeen

⁹² De Jong & Knigge 2003, p. 38.

⁹³ De Hullu 2012, p. 83.

⁹⁴ De Hullu 2012, p. 83.

⁹⁵ De Hullu 2012, p. 83-84.

⁹⁶ Groenhuijsen 2003, p. 185-202.

⁹⁷ De Hullu 2012, p. 81.

moet stemmen met de essentie van het delict.⁹⁸ De wetgever moet, met het oog op de rechtszekerheid, voorkomen dat er vage strafbaarstellingen tot stand komen. Het gebruik van vage termen in een strafbaarstelling is echter onvermijdelijk om ervoor te zorgen dat voldoende gedragingen onder een delictomschrijving zijn te brengen. Volgens het EHRM mogen vage termen gebruikt worden zolang ze maar in de rechtspraak worden uitgelegd. Als dat gebeurt is er namelijk voldaan aan het eerder genoemde vereiste van *foreseeability*.⁹⁹ Ondanks zijn vaagheid moet een vage strafbepaling door de rechter worden toegepast, omdat het niet is toegestaan de wet in formele zin aan artikel 16 van de Grondwet te toetsen.¹⁰⁰ Toetsing aan het EVRM is echter wel toegestaan op grond van artikel 94 van de Grondwet.

3.2.2. Interpretatiemethoden

De strafrechter kan op verschillende manieren de wet interpreteren en uitleggen. In grote lijnen zijn er vier methoden te onderscheiden waarmee de rechter uitleg kan geven aan een wetsbepaling.¹⁰¹ Tussen deze methoden bestaat geen vaste rangorde, er dient een afweging van de argumenten plaats te vinden. Uit oogpunt van het legaliteitsbeginsel kan een *taalkundige*, *grammaticale* uitleg echter voorrang vereisen, omdat de rechtszekerheid zoekende verdachte uitgaat van de tekst zoals deze in de strafbepaling is weergegeven.¹⁰² Aan iedere interpretatiemethode kleven voor- en nadelen die uitgebreid besproken kunnen worden. Wegens de geringe omvang van deze masterthesis wordt hier slechts volstaan met het noemen en toelichten van deze vier verschillende methoden.

Als eerste methode is er de *taalkundige* of *grammaticale* uitleg. Hierbij let de rechter op de gangbare betekenis van een woord- of zinsverband in het gewone taalgebruik. Als tweede methode kan de *teleologische* uitleg worden toegepast. Er wordt door de rechter gekeken naar de bedoeling van de wetgever of de beginselen die ten grondslag liggen aan de strafbepaling. Daarnaast kan er gekeken worden naar de eisen die de samenleving stelt. Als derde methode kan de *systematische* worden genoemd. Hierbij is de uitleg afhankelijk van het systeem van de wet waarin de bepaling is opgenomen. Ten slotte kan er als vierde methode gebruik worden gemaakt van een *historische* uitleg. Hierbij kijkt de rechter wat er over de bepaling is gezegd bij de totstandkoming van de wet (*wetshistorisch*), dan wel hoe de strafbaarstelling in het

⁹⁸ EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997, 1 m.nt. G. Knigge.

⁹⁹ De Jong & Knigge 2003, p. 35, de Hoge Raad heeft dit bevestigd in verschillende uitspraken waaronder: HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001, 14 en HR 5 december 2000, *NJ* 2001, 98.

¹⁰⁰ De Jong & Knigge 2003, p. 36.

¹⁰¹ De Jong & Knigge 2003, p. 39.

¹⁰² De Hullu 2012, p. 98.

verleden was ingericht (*rechtshistorisch*).¹⁰³ Volgens Rozemond hangt het verloop van de wetsgeschiedenis van ‘toevalligheden en specifieke historische omstandigheden af, waardoor het toekennen van een zwaar gewicht aan wetshistorische opvattingen een vorm van willekeur kan zijn.’¹⁰⁴

3.2.3. Grenzen aan de interpretatievrijheid van de strafrechter

Door het legaliteitsbeginsel worden er grenzen gesteld aan de vrijheid van de strafrechter bij onder andere de interpretatie van de delictsbestanddelen. Naast de vier verschillende methoden waarmee de wet geïnterpreteerd kan worden, kan de rechter op een restrictieve (beperkte) of extensieve (ruime) wijze de wet uitleggen. Indien een wettelijke bepaling echter op een te extensieve wijze wordt uitgelegd kan er sprake zijn van analogie. In het legaliteitsbeginsel is tevens het verbod op analogie neergelegd. Hieruit komt naar voren dat alleen een gedraging die aan een wettelijke omschrijving voldoet kan leiden tot bestraffing.¹⁰⁵

Een strafbepaling maakt deel uit van een systeem dat wordt beheerst door het eerder genoemde *nullum crimen*-beginsel en de *ultimum remedium* gedacht (toepassing van het strafrecht dient het laatste redmiddel te zijn). Het is van belang – in het kader van de rechtszekerheid – dat de rechter doorgaans op de eerste plaats probeert een wettelijke bepaling op een restrictieve wijze uit te leggen. Het extensief interpreteren van een bepaling is echter niet uitgesloten.¹⁰⁶ De rechtspraak van de Hoge Raad bakent niet af waar de grens ligt van de interpretatievrijheid van de strafrechter. Enerzijds wordt gerept van het belang van een restrictieve interpretatie, maar anderzijds kunnen er vele uitspraken tegenovergesteld worden waarin de Hoge Raad heeft gekozen voor een extensieve interpretatie.¹⁰⁷ Volgens Borgers blijkt uit de ‘uiterste terughoudendheid waarmee in de rechtspraak een beroep op rechtsdwaling wordt aanvaard duidelijk, dat de Hoge Raad op zichzelf nauwelijks gewicht toekent aan de voorzienbaarheid van de uitleg van de wet.’¹⁰⁸

Indien er bij de strafrechter twijfel bestaat over de betekenis van begrippen in een strafbepaling, moet er voor een restrictieve uitleg worden gekozen in het licht van het

¹⁰³ De Jong & Knigge 2003, p. 39-40.

¹⁰⁴ Rozemond 1999, p. 118-119.

¹⁰⁵ De Jong & Knigge 2003, p. 36.

¹⁰⁶ De Jong & Knigge 2003, p. 40.

¹⁰⁷ Borgers 2008, p. 194.

¹⁰⁸ Borgers 2008, p. 194.

rechtszekerheidsbeginsel.¹⁰⁹ Indien er gekozen wordt voor een extensieve uitleg, hoort volgens Borgers ‘een dergelijk ruime uitleg van de wet wel op degelijke argumenten te berusten en (daarmee) ook redelijkerwijs voorzienbaar te zijn.’¹¹⁰ In tegenstelling tot een analogische interpretatie – waar de rechter in het extreemste geval appels met peren vergelijkt – kan een extensieve interpretatie, indien deze op taalkundig niveau aan de delictsomschrijving beantwoordt, zonder problemen toelaatbaar zijn. Extensieve interpretatie van delictsbestanddelen kan zich in verschillende situaties voordoen. Op de eerste plaats kan dit het geval zijn bij technologische ontwikkelingen. Indien de tekst van de wet de mogelijkheid biedt en er geen ingrijpende rechtsvormende keuzes op het spel staan, is volgens De Hullu ‘een extensieve eigentijdse interpretatie in algemene zin niet ontoelaatbaar.’¹¹¹ Als voorbeeld hiervan kan het ‘elektriciteitsarrest’ worden genoemd, waarin elektriciteit in de ruimste zin van het woord als ‘goed’ werd aangemerkt in de zin van artikel 310 Sr.¹¹² Op de tweede plaats kan er sprake zijn van gewijzigde maatschappelijke inzichten en opvattingen die vragen oproepen. De rechter moet in deze gevallen soms keuzes maken die buiten zijn rechtsvormende taak treden. Hiermee komt hij als het ware deels op de stoel van de wetgever terecht.¹¹³ De wijziging van de zedelijkheidswetgeving in 1991 geeft hier diverse voorbeelden van die in de volgende paragraaf nader onder de loep worden genomen. Op de derde plaats kan extensieve interpretatie volgens De Hullu plaatsvinden in ‘zaken waarin meer technische gebreken en leemten in strafbepalingen naar voren komen.’¹¹⁴

Een verrassende extensieve interpretatie komt de constitutionele verhouding en de democratische legitimatie niet ten goede (laat staan de rechtszekerheid voor de verdachte), aangezien de rechter hiermee zijn rechtsvormende taak te buiten gaat en op de stoel van de wetgever terechtkomt.¹¹⁵ Bij de interpretatie door de strafrechter gaat het, aldus De Hullu vooral om ‘afwegingen van verschillende argumenten die al dan niet voortvloeien uit een bepaalde interpretatiemethode en die in een bepaald geval een zekere relevantie blijken te hebben.’¹¹⁶ Volgens De Hullu is ‘het motiveren van interpretatiebeslissingen in concrete gevallen van groot belang, mede ten behoeve van het samenspel met de wetgever.’¹¹⁷

¹⁰⁹ Groenhuijsen & Wiemans 1989, p. 109.

¹¹⁰ Borgers 2008, p. 194.

¹¹¹ De Hullu 2012, p. 104, vgl. HR 22 februari 2011, *NJ* 2012, 62 m.nt. N. Keijzer.

¹¹² HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, 564.

¹¹³ De Hullu 2012, p. 104-105.

¹¹⁴ De Hullu 2012, p. 105.

¹¹⁵ Groenhuijsen & Wiemans 1989, p. 2.

¹¹⁶ De Hullu 2012, p. 100.

¹¹⁷ De Hullu 2012, p. 101.

3.3. *Rechtspraak van 1992 tot 2013*

Na de wetswijziging van 1 december 1991 is er in de praktijk door zowel rechtbanken, gerechtshoven als door de Hoge Raad getracht invulling te geven aan het bestanddeel ‘seksueel binnendringen van het lichaam’. Op 30 december 1992 waagde het gerechtshof te 's-Hertogenbosch zich aan de uitleg van het bestanddeel. De verdachte was tenlastegelegd dat hij onder dwang een vibrator in de vagina van een vrouw heen en weer had bewogen en met zijn vingers in haar anus was binnengedrongen. Het hof concludeerde dat: ‘noch in de wet, noch in de parlementaire geschiedenis van de wetswijziging van 9 oktober 1991 het delictsbestanddeel “seksueel binnendringen” nader is gedefinieerd.’¹¹⁸ Daarnaast concludeerde het hof dat:

‘uit de parlementaire geschiedenis en het daaraan voorafgaande rapport van de Commissie-Melai evenwel blijkt dat de wetgever als uitgangspunt heeft genomen het binnendringen van het mannelijk geslachtsdeel in het geslachtsdeel van een vrouw, zoals dat onder het vroegere recht al strafbaar was gesteld, en — mede vanwege het vervallen van de eis dat het slachtoffer een vrouw is — bij het begrip “seksueel binnendringen” het oog heeft gehad op het oraal of anaal binnendringen van het lichaam door het mannelijk geslachtsdeel als uitbreiding naast het reeds strafbaar gestelde vaginaal binnendringen.’¹¹⁹

Het Bossche hof was daarmee erg duidelijk in zijn uitspraak: onder het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam in artikel 242 Sr moet worden verstaan het binnendringen van het lichaam door een mannelijk geslachtsdeel. Niet meer en niet minder. De handeling van een man die een vibrator of een of meer vingers in de vagina van een vrouw inbrengt kan niet als het seksueel binnendringen in de zin van artikel 242 Sr worden aangemerkt. Het legaliteitsbeginsel dringt hier volgens het Bossche hof op een strikte wetsuitleg aan.¹²⁰

Enige tijd later trachtte de Hoge Raad in zijn uitspraak van 22 februari 1994 het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam verder te verduidelijken.¹²¹ Uit de bewijsmiddelen volgde volgens het hof te Amsterdam dat: ‘verdachte meermalen met seksuele intentie een van zijn vingers in de vagina van het meisje – dat destijds nog geen tien jaar oud was – heeft

¹¹⁸ Hof 's-Hertogenbosch 30 december 1992, *NJ* 1993, 147.

¹¹⁹ Hof 's-Hertogenbosch 30 december 1992, *NJ* 1993, 147.

¹²⁰ Hof 's-Hertogenbosch 30 december 1992, *NJ* 1993, 147.

¹²¹ HR 22 februari 1994, *NJ* 1994, 379.

gestoken en aldus de binnenkant van haar vagina heeft betast.¹²² Het hof geeft aan dat deze wijze van binnendringen, zoals door het meisje ervaren in de omstandigheden waarin dit plaatsvond, ‘een krenking oplevert van de lichamelijke en seksuele integriteit van vergelijkbare orde als het binnendringen met de penis.’¹²³ Tegen deze uitspraak casseerde de verdachte. De vraag die aan de Hoge Raad werd voorgelegd was of ‘onder het begrip “seksueel binnendringen van het lichaam” (...) mede moet worden begrepen het seksueel binnendringen in de vagina met de vingers.’¹²⁴

Advocaat-Generaal (hierna: A-G) Meijers heeft in zijn conclusie bij het arrest uitgebreid aandacht besteed aan de wetshistorie van de gewijzigde zedelijkheidswetgeving en het daaraan voorafgaande adviesrapport van de Commissie-Melai. In zijn conclusie bij de hiervoor genoemde uitspraak betoogde A-G Meijers dat het Amsterdamse hof het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam heeft uitgelegd op een wijze die niet alleen recht deed aan de strekking van de wet, maar ook aan de destijds ethische inzichten beantwoordde. Meijers concludeert dan ook dat er geen strijd is met het legaliteitsbeginsel en citeert daarbij uit Groenhuijsen & Wiemans: ‘woorden zijn nu eenmaal niet in alle opzichten duidelijk de delictsbestanddelen zullen dus ook steeds moeten worden geïnterpreteerd op een wijze die aansluit bij voortdurend wisselende maatschappelijke omstandigheden.’¹²⁵

De Hoge Raad gaat mee met de motivering van het hof Amsterdam en de conclusie van A-G Meijers en concludeert dat: ‘seksueel binnendringen ieder binnendringen omvat van het lichaam met een seksuele strekking.’¹²⁶ De Hoge Raad is hiermee in zulke algemene termen gaan spreken dat vrijwel elk binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking aan te merken is als ‘seksueel binnendringen van het lichaam’. Hiermee is er van een restrictieve uitleg zoals het Bossche hof deze in 1992 gaf – volgens het hof had de wetgever namelijk bij het begrip seksueel binnendringen ‘slechts’ de bedoeling verkrachting uit te breiden met oraal of anaal binnendringen van het lichaam met het mannelijke geslachtsdeel – overgegaan naar een extensieve uitleg waaronder ieder binnendringen met een ‘seksuele strekking’ onder het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam kan worden geschaard. De Hoge Raad keek bij de beoordeling naar de wetshistorie en met name naar het rapport van de Commissie-

¹²² HR 22 februari 1994, *NJ* 1994, 379.

¹²³ HR 22 februari 1994, *NJ* 1994, 379, r.o. 2.

¹²⁴ HR 22 februari 1994, *NJ* 1994, 379, r.o. 5.1.

¹²⁵ HR 22 februari 1994, *NJ* 1994, 379, conclusie A-G Meijer onder 7; Groenhuijsen & Wiemans 1989, p. 111.

¹²⁶ HR 22 februari 1994, *NJ* 1994, 379, r.o. 5.8.

Melai waarin de commissie stelt dat geen beperking moet worden aangelegd voor wat betreft de wijze van binnendringen.¹²⁷ De Hoge Raad vermeldde in zijn motivering dat:

‘noch uit de voormelde wetsgeschiedenis, noch uit de parlementaire beraadslaging over het wetsontwerp kan worden afgeleid dat de wetgever zich heeft gedistantieerd van het weergegeven standpunt van de Commissie-Melai dat geen beperking moet worden aangelegd voor wat betreft de wijze van binnendringen.’¹²⁸

In zijn annotatie bij deze uitspraak wordt tevens door 't Hart opgemerkt dat de bepaling seksueel binnendringen mede moet worden uitgelegd aan de hand van de actuele ethische inzichten waar ook A-G Meijers naar verwijst.

Ter aanvulling van de hierboven genoemde uitspraak, heeft de Hoge Raad vervolgens in zijn arrest van 22 november 1994 benadrukt dat onder het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam ieder binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking moet worden verstaan, waaronder ook wordt verstaan – het in casu – iemand een penis in de mond laten nemen.¹²⁹ Hiermee komt er al meer duidelijkheid in de handelingen die onder de strekking van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam kunnen worden geschaard.

Enkele maanden later werd de Hoge Raad de vraag voorgelegd of de subjectieve belevenis van de dader of het slachtoffer van belang is bij het aannemen van een handeling – in casu het in de anus van het slachtoffer stoppen van gereedschap en dit op en neer bewegen – die heeft geleid tot seksueel binnendringen van het lichaam.¹³⁰ De verdachte in casu casseerde waarbij zijn raadsman naar voren bracht dat vanwege het feit dat het slachtoffer had vermeld dat hij de eerder genoemde handeling niet als seksueel had ervaren, maar meer als mishandeling en dat uit de bewijsmiddelen niet was af te leiden dat de dader enig seksueel genot of opwinding had ervaren, er geen sprake was van handelingen die mede een seksuele strekking hadden.¹³¹ De Hoge Raad oordeelde vervolgens in het arrest van 2 mei 1995 dat de subjectieve beleving van de dader of het slachtoffer van belang *kan* zijn bij de vraag of er sprake is geweest van seksueel binnendringen van het lichaam, maar dat indien de dader of het slachtoffer bepaalde seksuele gevoelens bij de desbetreffende handeling(en) heeft ondervonden respectievelijk

¹²⁷ Zie nader paragraaf 2.3 waarin uitvoerig wordt stilgestaan bij het eindrapport van de Commissie-Melai.

¹²⁸ HR 22 februari 1994, *NJ* 1994, 379, r.o. 5.7.

¹²⁹ HR 22 november 1994, *NJ* 1995, 157, r.o. 5.2.

¹³⁰ HR 2 mei 1995, *NJ* 1995, 583.

¹³¹ HR 2 mei 1995, *NJ* 1995, 583.

heeft ervaren dit niet *beslissend* is in die zin dat van verkrachting geen sprake zou zijn.¹³² Kortom, de belevenis speelt wel enige rol, maar het strekt volgens de Hoge Raad niet zo ver dat daardoor het binnendringen met een seksuele strekking komt te vervallen. Door het arrest van 2 mei 1995 wordt door de Hoge Raad de lijn van de extensieve interpretatie doorgezet.

Op de vraag of ook handelingen door een dier geschaard kunnen worden onder het seksueel binnendringen van het lichaam, reageerde de Hoge Raad bevestigend. Niet alleen menselijk handelen, maar ook seksuele handelingen door een dier worden door de Hoge Raad aangemerkt als inbreuk op de seksuele integriteit.¹³³ De Hoge Raad concludeert in het arrest van 20 januari 1998 als volgt:

‘indien iemand tegen haar of zijn wil wordt gedwongen tot het plegen of dulden van seksuele handelingen met een dier wordt immers ook een inbreuk gemaakt op de seksuele integriteit van die persoon. Uit het doel van de zedelijkheidswetgeving kan niet worden afgeleid dat seksuele handelingen tussen mens en dier nimmer onder het bereik van de zedelijkheidswetgeving kunnen vallen.’¹³⁴

Hiermee geeft de Hoge Raad het signaal dat ook handelingen door een dier – in casu het in de mond nemen van de penis van de hond, het in de vagina brengen van de penis en het laten dulden dat de vagina met de tong wordt binnengedrongen – onder de noemer van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam geschaard kunnen worden.

Enige tijd later heeft de Hoge Raad in het arrest van 21 april 1998 bevestigd dat het geven van een gedwongen tongzoen eveneens onder de strekking van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam geschaard kan worden.¹³⁵ Hiermee blijft de Hoge Raad de ‘toonaangevende’ extensieve uitleg voortzetten. In zijn conclusie bij de voorgenoemde zaak, gaat A-G Machielse uitgebreid in op de wetshistorie met daarbij de nadruk op het eindrapport van de Commissie-Melai. Hij volgt daarbij de gedachtegang van zijn voorgangers dat ook minder ernstige vormen van seksueel contact gelijk getrokken kunnen worden met geslachtsgemeenschap. Na een rechtsvergelijkend onderzoek met Duitse en Franse wetgeving concludeert hij dat een gedwongen tongzoen daar niet tot verkrachting zal leiden. Daarmee

¹³² HR 2 mei 1995, *NJ* 1995, 583, r.o. 5.1.

¹³³ HR 20 januari 1998, *NJ* 1998, 337.

¹³⁴ HR 20 januari 1998, *NJ* 1998, 337, r.o. 6.2.

¹³⁵ HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 m.nt. J. de Hullu.

komt A-G Machielse tot de conclusie dat het bewezenverklaarde niet ernstig genoeg is om op één lijn te stellen met de ernstige vorm van seksuele penetratie. Volgens A-G Machielse is er ‘ongetwijfeld sprake van een inbreuk op de lichamelijke en seksuele integriteit, maar is dit niet zodanig ingrijpend dat het handelen op één lijn kan worden gesteld met binnendringen met een lichaamsdeel in de anus of vagina.’¹³⁶ Na een uitvoerig onderzoek komt hij dan ook tot de conclusie dat de handeling ten onrechte is gekwalificeerd als verkrachting.

De Hoge Raad wijkt echter af van de conclusie van Machielse en heeft een hele andere visie. Op de vraag of er een uitzondering moet worden gemaakt voor gevallen waarin binnendringen niet op één lijn kan worden gesteld met het binnendringen met een lichaamsdeel in de anus of vagina, moet volgens de Hoge Raad ontkennend worden geantwoord.¹³⁷ Volgens de Hoge Raad ‘dwingt de wetsgeschiedenis tot de opvatting dat de wetgever (...) geen beperking heeft willen aanbrengen in de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen.’¹³⁸ Daarnaast wordt door de Hoge Raad nogmaals de nadruk gelegd op de bescherming van de (seksuele) integriteit van het lichaam en geeft hij daarbij aan dat:

‘ook ogenschijnlijk minder ernstige vormen van binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking als een ingrijpende aantasting van de lichamelijke integriteit kunnen worden ervaren en daarmee even kwetsend kunnen zijn als gedwongen geslachtsgemeenschap.’¹³⁹

Volgens de Hoge Raad kan de toepasselijkheid van die bepaling niet afhankelijk worden gesteld van de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen, de aard en de ernst daarvan en dat een dergelijke differentiatie op gespannen voet zou staan met de rechtszekerheid en de afgrenzing van artikel 242 Sr.

Hiermee geeft de Hoge Raad duidelijk te kennen dat hij geen beperkingen wil geven aan de extensieve interpretatie, ongeacht de aard of ernst van de handelingen. De wetshistorie blijft een zwaarwegend argument, evenals de ratio van de strafbepaling (bescherming van de (seksuele) integriteit). Als gevolg van dit eerste zogenoemde tongzoenarrest, zou een afgedwongen tongzoen gedurende meer dan tien jaar geschaard worden onder het bestanddeel

¹³⁶ HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 m.nt. J. de Hullu, conclusie A-G Machielse onder 7.

¹³⁷ HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 m.nt. J. de Hullu, r.o. 5.1.

¹³⁸ HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 m.nt. J. de Hullu, r.o. 5.1.

¹³⁹ HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 m.nt. J. de Hullu, r.o. 5.1.

seksueel binnendringen van het lichaam. Dit bracht met zich mee dat deze handeling gekwalificeerd kon worden als verkrachting in de zin van artikel 242 Sr en dat tevens de ‘pogingvariant’ hierop van toepassing was.¹⁴⁰ De extensieve uitleg die sinds 1994 door de Hoge Raad is gekozen bleef daardoor gelden.

Na de voorgenoemde uitspraak heeft de Hoge Raad in 2010 antwoord gegeven op de vraag op welk punt het aanraken van het vrouwelijke geslachtsorgaan het karakter van ‘binnendringen’ krijgt.¹⁴¹ A-G Hofstee geeft in zijn conclusie bij het arrest aan dat het tussen de schaamlippen wrijven – anders gezegd het passeren van de schaamlippen – aangemerkt kan worden als binnendringen van het lichaam, ongeacht of het de binnenste of buitenste schaamlippen zijn.¹⁴² Verder geeft hij aan dat de handelingen waar het in deze zaak om ging op zichzelf – het likken aan en het wrijven over de schaamlippen en kittelaar – geen binnendringen opleveren, maar dat ze in casu dusdanig zijn verweven met het tussen de schaamlippen wrijven dat ze onder het bereik van artikel 242 Sr vallen.¹⁴³ De Hoge Raad gaat met de conclusie van A-G Hofstee mee, noemt hierbij het tongzoen I-arrest, met daarbij het gegeven dat de wetsgeschiedenis dwingt om geen beperkingen aan te brengen op de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen.¹⁴⁴ Hiermee blijft de vaste lijn in stand.

3.4. Rechtspraak van 2013 tot heden

Het aanmerken van een gedwongen tongzoen als seksueel binnendringen van het lichaam, en dus kwalificeerbaar als verkrachting in de zin van artikel 242 Sr, heeft onder veel kritiek bijna vijftien jaar stand gehouden. In 2013 heeft de Hoge Raad in zijn tweede tongzoenarrest van 12 maart het roer omgegooid, waardoor het geven van een gedwongen tongzoen niet langer gekwalificeerd kan worden als verkrachting.¹⁴⁵ De Hullu dient mijns inziens als één van de magistraten in deze zaak uitdrukkelijk vermeld te worden. Het was namelijk De Hullu die zich in het verleden kritisch heeft uitgelaten over zowel de wijziging van de zedelijkheidswetgeving in 1991,¹⁴⁶ alsmede het scharen van een tongzoen onder het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam.¹⁴⁷ Het is de kritische De Hullu die

¹⁴⁰ Machielse 2013, artikel 242 Wetboek van Strafrecht, aant. 6.

¹⁴¹ HR 18 mei 2010, *NJ* 2010, 287

¹⁴² HR 18 mei 2010, *NJ* 2010, 287, conclusie A-G Hofstee onder 15.

¹⁴³ HR 18 mei 2010, *NJ* 2010, 287, conclusie A-G Hofstee onder 15. Hij doelt hierbij op handelingen die ‘mede’ bestaan uit seksueel binnendringen, zie hierover meer in paragraaf 4.2.1.

¹⁴⁴ HR 18 mei 2010, *NJ* 2010, 287, r.o. 2.3.2.

¹⁴⁵ HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 437 m.nt. N. Keijzer.

¹⁴⁶ De Hullu & Van der Neut 1991, p. 389-397.

¹⁴⁷ HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 m.nt. J. de Hullu.

behoort tot de groep magistraten die het roer – na bijna vijftien jaar – in de vaste jurisprudentie omgooiden.

Aan de verdachte in casu was tenlastegelegd dat hij in een toiletruimte van het Medisch Centrum Leeuwarden het slachtoffer – een vrouw – had gedwongen tot het ondergaan van handelingen die mede bestonden uit seksueel binnendringen van het lichaam, namelijk het geven van een gedwongen tongzoen. De verdachte heeft hierbij het slachtoffer ook vastgehouden en haar de weg belemmerd. Het hof achtte de feiten bewezen en kwam, in overeenstemming met de vaste lijn uit de jurisprudentie, tot de conclusie dat deze vorm van binnendringen geschaard kan worden onder het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam en de handeling derhalve gekwalificeerd kan worden als verkrachting.¹⁴⁸ Verdachte casseerde waarbij vervolgens de vraag aan de orde werd gesteld of (kort gezegd) elk seksueel binnendringen van het lichaam als ‘verkrachting’ in de zin van artikel 242 Sr kan worden gekwalificeerd.¹⁴⁹

Om tot een beantwoording van deze vraag te komen, gaat de Hoge Raad allereerst in op de vaste lijn in de jurisprudentie. Vervolgens benadrukt de Hoge Raad dat hij niet doof is gebleven voor de kritiek die er de afgelopen decennia is geuit omtrent het bestempelen van een tongzoen als verkrachting. De Hoge Raad stelt daarbij dat: ‘het bestempelen van een tongzoen als verkrachting in strijd is met het algemeen spraakgebruik en het buiten het door het begrip verkrachting afgegrensde kader treedt.’¹⁵⁰ Volgens de Hoge Raad kan de seksuele integriteit – die voorheen werd genoemd als ratio van de strafbepaling – ook beschermd worden door bijvoorbeeld het delict feitelijke aanranding van de eerbaarheid uit artikel 246 Sr. De Hoge Raad laat ook meewegen dat de gevolgen voor een veroordeling wegens verkrachting op het strafblad ernstiger maatschappelijke repercussies heeft dan de vermelding van een minder zwaar beladen benaming en dat een veroordeling wegens verkrachting een aanzienlijk hogere gevangenisstraf met zich mee kan brengen. De Hoge Raad benadrukt dat:

‘hoewel een tongzoen op zichzelf wel het binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking oplevert, deze in redelijkheid niet op één lijn kan worden gesteld met geslachtsgemeenschap of een wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit

¹⁴⁸ HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 437 m.nt. N. Keijzer, r.o. 2.2.2. en 2.2.3.

¹⁴⁹ HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 437 m.nt. N. Keijzer, r.o. 2.4.

¹⁵⁰ HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 437 m.nt. N. Keijzer, r.o. 2.6.

daarmee vergelijkbare gedraging, zodat een afgedwongen tongzoen voortaan niet meer als “verkrachting” in de zin van artikel 242 Sr kan worden gekwalificeerd.’¹⁵¹

Volgens de Hoge Raad staat deze beslissing de rechtszekerheid niet in de weg.

De hierboven genoemde argumenten van de Hoge Raad zijn – in het licht van de interpretatiemethoden uit paragraaf 3.2.2 – aan te merken als een taalkundig argument (vanwege het spraakgebruik is het niet gelijk te trekken), een wetssystematisch argument (bestrafning voor feitelijke aanranding van de eerbaarheid is een optie), een teleologisch argument met een beperkende werking (de kwalificatie van een gedwongen tongzoen als verkrachting is niet te rechtvaardigen). Als sluitstuk zou volgens Rozemond een ethisch argument kunnen worden genoemd: ‘de redelijkheid staat de kwalificatie van een tongzoen als verkrachting in de weg, waarbij de sociale gevolgen voor de verdachte een belangrijke rol spelen om het redelijkheidsargument te ondersteunen.’¹⁵²

Op diezelfde datum heeft de Hoge Raad zich tevens uitgesproken over een andere zaak waarin seksueel binnendringen van het lichaam eveneens centraal stond. In casu ging het om een man die zijn dochter meerdere malen vanaf haar veertiende tot haar negentiende jaar gedwongen tongzoenen zou hebben gegeven, evenals haar te hebben betast door zijn vingers tussen haar schaamlippen te brengen/duwen. In zijn conclusie bij het arrest stelt A-G Aben voor dat de Hoge Raad zijn jurisprudentie met betrekking tot de gedwongen tongzoen heroverweegt. In zijn optiek zou een gedwongen tongzoen namelijk niet (meer) geschaard kunnen worden onder het seksueel binnendringen van het lichaam zoals bedoeld in artikel 242 Sr, aangezien het hier niet gaat om een vorm van binnendringen die kan worden gelijkgesteld met klassieke verkrachting.¹⁵³ Volgens A-G Aben zouden door deze heroverweging ook andere varianten binnen het spectrum van seksueel ongewenst gedrag kunnen worden betrokken. A-G Aben benadrukt hiermee dat hij ‘geen afbreuk wil doen aan de rechtsbescherming die de strafwet geacht wordt te bieden aan slachtoffers van grensoverschrijdend gedrag dat tevens een ernstige aantasting vormt van hun lichamelijke integriteit.’¹⁵⁴ Hij betoogt dat er andere strafbepalingen zijn om de in casu bewezenverklaarde

¹⁵¹ HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 437 m.nt. N. Keijzer, r.o. 2.7.

¹⁵² Rozemond 2013, p. 841. Zie tevens paragraaf 3.2.2 voor een nadere uitleg omtrent interpretatie door de strafrechter.

¹⁵³ HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 438 m.nt. N. Keijzer, conclusie A-G Aben onder 4.10.

¹⁵⁴ HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 438 m.nt. N. Keijzer, conclusie A-G Aben onder. 4.11.

ontuchtige handelingen met een passende straf af te doen (hierbij doelt hij op feitelijke aanranding van de eerbaarheid, artikel 246 Sr). De Hoge Raad wijkt echter af van de conclusie van A-G Aben (die op zijn beurt verwijst naar de argumenten van Machielse en De Hullu, zoals besproken bij het tongzoen I-arrest) om de reikwijdte van artikel 242 Sr – en dan met name het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam – te beperken. De Hoge Raad oordeelt dat:

‘hoewel een tongzoen niet meer gekwalificeerd kan worden als verkrachting, dat echter niet geldt voor hetgeen in casu is bewezenverklaard (het brengen/duwen van vingers tussen de schaamlippen) omdat van die gedraging in redelijkheid niet kan worden gezegd dat die op één lijn kan worden gesteld met geslachtsgemeenschap of een wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbare gedragingen.’¹⁵⁵

De Hoge Raad benadrukt hiermee dat een tongzoen niet kan leiden tot kwalificatie van verkrachting en perkt daarmee de extensieve uitleg iets in, maar laat duidelijk merken niet open te staan voor het gelijktrekken van andere iets verderstrekkende handelingen met deze nieuwe interpretatie.

De kwalificatieuitsluitingsgrond, die de Hoge Raad noemt in zowel *NJ* 2013,437 alsmede in *NJ* 2013, 438, geldt alleen voor de kwalificatie van het delict verkrachting. Dit betekent dat wanneer de dader wordt vervolgd voor een delict waarin seksueel binnendringen van het lichaam een bestanddeel vormt – zie artikelen 243, 244, 245 Sr – en er een gedwongen tongzoen heeft plaatsgevonden, de kwalificatieuitsluitingsgrond niet opgaat. Hieruit volgt dat de Hoge Raad alleen terugkomt op het tongzoen I-arrest, maar niet op het arrest van 22 februari 1994.¹⁵⁶ Het gaat, aldus Rozemond in zijn annotatie, ‘om een marginale toetsing die er slechts in uitzonderlijke gevallen toe kan leiden dat het seksueel binnendringen van het lichaam niet als verkrachting kan worden gekwalificeerd.’¹⁵⁷

In eerste instantie lijkt de Hoge Raad hiermee te zeggen dat een gedwongen tongzoen wel geschaard kan worden onder het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam, maar dat het geven van een gedwongen tongzoen op zichzelf niet het delict verkrachting oplevert.

¹⁵⁵ HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 438 m.nt. N. Keijzer, r.o. 4.3. waarin wordt verwezen naar HR 18 mei 2010 *NJ* 2010, 287.

¹⁵⁶ HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 m.nt. J. de Hullu; HR 22 februari 1994, *NJ* 1994, 379.

¹⁵⁷ Rozemond 2013, p. 843.

Deze interpretatie van de opvatting van de Hoge Raad blijkt achteraf gezien niet geheel duidelijk. Rozemond gaat ook uit van deze voorgenoemde uitleg.¹⁵⁸ Niet alleen Rozemond, maar ook annotator Keijzer geeft in zijn annotatie bij het arrest van 26 november 2013 aan dat hij deze uitleg van de Hoge Raad ‘kennelijk verkeerd heeft begrepen’.¹⁵⁹ Blijkens het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2013 (hierna: tongzoen III-arrest), moet echter in elk van de vier wetsartikelen waarin het bestanddeel seksueel binnendringen voorkomt – artikel 242, 243, 244 en 245 Sr – worden verstaan dat tongzoenen daaronder niet zijn begrepen.¹⁶⁰ De Hoge Raad wijkt in dit arrest af van de conclusie van A-G Hofstee. Door A-G Hofstee werd namelijk betoogd dat de strekking van het arrest van 12 maart 2013 niet zomaar ‘klakkeloos’ overgenomen kan worden voor andere delicten waar seksueel binnendringen van het lichaam deel van uitmaakt. In het geval van artikel 245 Sr speelt namelijk het door de Hoge Raad genoemde argument over wat er in het algemeen spraakgebruik wordt verstaan onder verkrachting niet. Daarnaast is de maximum gevangenisstraf uit artikel 245 Sr ook veel lager, te weten acht jaar in plaats van twaalf en wordt de term ‘verkrachting’ niet op de justitiële documentatie vermeld. A-G Hofstee zag dan ook geen grond om de kwalificatieuitsluitingsgrond uit het arrest van 12 maart 2013 op andere delicten – waaronder het in casu zijnde artikel 245 Sr – toe te passen.

De Hoge Raad wijkt af van de conclusie en verduidelijkt zijn standpunt waarmee een gedwongen tongzoen niet meer kan leiden tot een veroordeling voor de delicten die worden genoemd in de artikelen 242, 243, 244 en 245 Sr. Hierdoor moet het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam in alle delictomschrijvingen van de voorgenoemde artikelen op dezelfde wijze worden geïnterpreteerd.

3.5. Uitleiding

Het standpunt van Keijzer dat er ‘drie arresten nodig zijn geweest om de positie van de afgedwongen tongzoen ten opzichte van de strafwet te bepalen’ onderstreept nogmaals de gevoeligheid van deze materie.¹⁶¹ Het is in beginsel dan ook de wetgever te verwijten dat het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam op een vage wijze is geformuleerd. Daardoor is het aan de strafrechter overgelaten om invulling te geven aan dit bestanddeel. De strafrechter kan op een restrictieve en extensieve wijze uitleg geven aan wetsbepalingen.

¹⁵⁸ Rozemond 2013, p. 839-845.

¹⁵⁹ HR 26 november 2013, *NJ* 2014, 62 m.nt. N. Keijzer.

¹⁶⁰ HR 26 november 2013, *NJ* 2014, 62 m.nt. N. Keijzer, r.o. 2.4.

¹⁶¹ HR 26 november 2013, *NJ* 2014, 62 m.nt. N. Keijzer.

Hierbij moet echter rekening worden gehouden met het legaliteitsbeginsel en dan met name het analogieverbod. In de rechtspraak die volgde naar aanleiding van de wijziging van de zedelijkheidswetgeving in 1991, heeft de Hoge Raad getracht invulling te geven aan het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam. Waar het Bossche hof in 1992 nog volstond met een restrictieve uitleg van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam,¹⁶² eindigde de Hoge Raad in 1998 met een extensieve uitleg waarin zelfs een gedwongen tongzoen onder het bestanddeel werd geschaard.¹⁶³ Uit de jurisprudentie tot 2013 kunnen de volgende gedragingen onder het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam worden geschaard: ieder binnendringen met een seksuele strekking waaronder binnendringen met voorwerpen (gereedschap, vibrators, kunstpenis et cetera) hierbij kan de subjectieve beleving van het slachtoffer respectievelijk de dader van belang zijn,¹⁶⁴ het met een seksuele intentie binnendringen en betasten van de binnenkant en wrijven over de buitenkant van de vagina,¹⁶⁵ seks met dieren,¹⁶⁶ het iemand in de mond doen nemen van een penis¹⁶⁷ en ten slotte het geven van een gedwongen tongzoen.¹⁶⁸

In 2013 is de Hoge Raad echter teruggekomen op de vaste lijn in de jurisprudentie. De Hoge Raad bepaalde dat een tongzoen niet meer gekwalificeerd kan worden als verkrachting, maar wel seksueel binnendringen van het lichaam oplevert.¹⁶⁹ Later dat jaar verduidelijkte de Hoge Raad dit arrest door te bepalen dat de kwalificatieuitsluitingsgrond niet slechts voor artikel 242 Sr geldt, maar ook van toepassing is op de artikelen 243, 244 en 245 Sr.¹⁷⁰

¹⁶² Hof 's-Hertogenbosch 30 december 1992, *NJ* 1993, 147.

¹⁶³ HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 m.nt. J. de Hullu.

¹⁶⁴ HR 2 mei 1995, *NJ* 1995, 583.

¹⁶⁵ HR 22 februari 1994, *NJ* 1994, 379; HR 18 mei 2010, *NJ* 2010, 287; HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 438 m.nt. N. Keijzer; HR 26 november 2013, *NJ* 2014, 62 m.nt. N. Keijzer.

¹⁶⁶ HR 20 januari 1998, *NJ* 1998, 337.

¹⁶⁷ HR 22 november 1994, *NJ* 1995, 157.

¹⁶⁸ HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 m.nt. J. de Hullu.

¹⁶⁹ HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 437 m.nt. N. Keijzer.

¹⁷⁰ HR 26 november 2013, *NJ* 2014, 62 m.nt. N. Keijzer.

Hoofdstuk 4. Verkrachting vs. feitelijke aanranding van de eerbaarheid

4.1. Inleiding

Uit de voorgaande hoofdstukken is naar voren gekomen dat verkrachting en feitelijke aanranding van de eerbaarheid aan elkaar grenzende delicten zijn. In dit hoofdstuk wordt uitvoerig aandacht besteed aan de (huidige) strafbepalingen van de artikelen 242 en 246 Sr. Beoogd wordt om aan de hand van een analyse de afgrenzing tussen deze twee delicten duidelijk te stellen. In paragraaf 4.2 worden de delicten verkrachting en feitelijke aanranding van de eerbaarheid geanalyseerd. Vervolgens wordt middels de analyse uit paragraaf 4.2 in paragraaf 4.3 de afgrenzing tussen de delicten verkrachting en feitelijke aanranding van de eerbaarheid duidelijk gemaakt. Het hoofdstuk sluit af met een uitleiding in paragraaf 4.4.

4.2. De delicten verkrachting en feitelijke aanranding van de eerbaarheid

De afgrenzing tussen verkrachting en aanranding is lastig vast te stellen. Bij het wetsontwerp 20 930 uit 1988 (zie paragraaf 2.3), was het onderscheid bijna volledig verdwenen. Als het aan voormalig minister van Justitie Korthals Altes had gelegen, was er een strafverzwarend lid aan het delict feitelijke aanranding van de eerbaarheid uit artikel 246 Sr toegevoegd waarin het binnendringen van het lichaam niet als verkrachting zou gelden, maar als feitelijke aanranding van de eerbaarheid. Verkrachting zou dan slechts de ‘vleselijke gemeenschap’ betreffen. Deze beredenering is uiteindelijk gestrand, waardoor de tweedeling die we vandaag de dag kennen in stand is gebleven.

4.2.1. Verkrachting

De parlementaire geschiedenis met betrekking tot het delict verkrachting en de invulling daarvan vanuit de rechtspraak, zijn in de vorige twee hoofdstukken uitvoerig behandeld. Hierdoor wordt er op dit punt slechts stilgestaan bij de uiteenzetting van de delictsomschrijving uit artikel 242 Sr. Het delict verkrachting is in ons huidige Wetboek van Strafrecht strafbaar gesteld onder artikel 242 en luidt als volgt:

Artikel 242

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

Het belangrijkste bestanddeel uit het delict verkrachting is seksueel binnendringen van het lichaam. Zonder een bewezenverklaring van dit bestanddeel valt het hele delict verkrachting weg. Het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam is door de wetgever dermate ruim geformuleerd, waardoor er de nodige jurisprudentie nodig is geweest om tot de huidige invulling van dit bestanddeel te komen.¹⁷¹ Zelfs vandaag de dag bestaat er nog geen consensus over de invulling van dit bestanddeel. Zo is onlangs de gedwongen tongzoen uitgesloten van het delict verkrachting.¹⁷² Het seksueel binnendringen van het lichaam kan, sinds de wijziging van de zedelijkheidswetgeving in 1991, plaatsvinden bij zowel mannen als vrouwen en het hoeft niet meer om per se om geslachtsgemeenschap te gaan. De uitvoerder kan evenwel een man als vrouw betreffen, aangezien penetratie met de penis geen vereiste is.¹⁷³ De vraag of het seksueel binnendringen van het lichaam door de verdachte in persoon moet hebben plaatsgevonden is op 11 oktober 2005 door de Hoge Raad bevestigend beantwoord. De verdachte in casu had een tweetal mannen gedwongen om voorwerpen bij zichzelf in de anus naar binnen te brengen. Dit werd door het hof gekwalificeerd als verkrachting. De Hoge Raad vernietigde de uitspraak van het hof en concludeerde dat het uit de wetshistorie niet blijkt dat de wetgever het dwingen van een ander om seksuele handelingen (binnendringen) bij zichzelf uit te voeren, onder artikel 242 Sr kan worden geschaard.¹⁷⁴ Volgens de Hoge Raad betekent dit dat: ‘ook (...) dwingen van een ander tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, ook als zij mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, feitelijke aanranding van de eerbaarheid oplevert’ (hierover in de volgende paragraaf meer).¹⁷⁵ De verdachte moet dus zelf de handelingen bij het slachtoffer uitvoeren om als verkrachter de boeien in te gaan.

Daarnaast volgt uit de delictomschrijving van artikel 242 Sr dat het moet gaan om handelingen die ‘bestaan’ of ‘mede bestaan’ uit seksueel binnendringen van het lichaam. Een handeling die bestaat uit het seksueel binnendringen van het lichaam levert bij het kwalificeren in de praktijk nauwelijks problemen op. Indien de dader het lichaam van het slachtoffer is binnengedrongen met een seksuele strekking, ‘bestaat’ de handeling uit seksueel binnendringen van het lichaam. Het begrip ‘mede’ is vager en ruimer, waardoor het meer vragen oplevert. In het arrest van 18 mei 1999 is door de Hoge Raad bepaald dat het bij handelingen die mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, het de

¹⁷¹ Zie paragraaf 3.3 en 3.4 voor een uitgebreide toelichting.

¹⁷² HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 437 m.nt. N. Keijzer; HR 12 maart 2013, *NJ* 438 m.nt. N. Keijzer en HR 26 november 2013, *NJ* 2014, 62 m.nt. N. Keijzer.

¹⁷³ Zie paragraaf 2.3 en 2.4 voor een uitgebreide toelichting.

¹⁷⁴ HR 15 oktober 2005, *NJ* 2006, 614, r.o. 3.4.

¹⁷⁵ HR 15 oktober 2005, *NJ* 2006, 614, r.o. 3.4.

bedoeling van de wetgever is geweest om hieronder te verstaan: handelingen die aan seksueel binnendringen zijn voorafgegaan, dan wel daarop zijn gevolgd of daarmee gepaard zijn gegaan.¹⁷⁶ Volgens Machielse is hier echter wel een temporeel verband en een normatieve samenhang vereist.¹⁷⁷ Het zal om handelingen moeten gaan die dicht bij het seksueel binnendringen van het lichaam zijn gelegen. Hieronder vallen volgens de Hoge Raad niet het sturen van seksueel getinte berichten, het meenemen van het slachtoffer naar de woning van de verdachte, kennisgeving van de verdachte seks te willen met het slachtoffer en het neerleggen van een slachtoffer op bed.¹⁷⁸ Het zal dus moeten gaan om handelingen waarbij veelal het lichaam van het slachtoffer wordt aangeraakt of waarbij het slachtoffer het lichaam van de dader aanraakt. Door middel van deze constructie hoeven handelingen die op zichzelf geen seksueel binnendringen van het lichaam vormen in de tenlastelegging niet ieder als afzonderlijk misdrijf te worden omschreven. Zij kunnen daarmee als het ware door het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam worden ‘geabsorbeerd’. Volgens Machielse kunnen deze handelingen bij de niet bewezenverklaring van seksueel binnendringen van het lichaam in de tenlastelegging los gezien worden en leiden tot een zelfstandig delict zoals feitelijke aanranding van de eerbaarheid uit artikel 246 Sr.¹⁷⁹

Om als verdachte schuldig te zijn aan verkrachting moet er, naast een seksuele handeling waarmee het lichaam van het slachtoffer is binnengedrongen, opzet bij de dader zijn op het tegen de wil van het slachtoffer in binnendringen van het lichaam. Opzet is in de delictsomschrijving af te leiden uit het bestanddeel ‘dwingen’. Er is sprake van dwang in de zin van artikel 242 Sr als: ‘de dader opzettelijk (voorwaardelijk opzet is voldoende) veroorzaakt dat het slachtoffer de handelingen tegen haar (of zijn) wil ondergaat.’¹⁸⁰ Bij het opzettelijk handelen kunnen zich problemen voordoen in situaties waarin de verdachte ontkent dat er sprake was van opzet. Machielse noemt als voorbeeld een vrouw die na een avondje uit door een man wordt meegenomen om een ‘bakje koffie’ te drinken. De vrouw neemt hierbij echter een risico, maar dat neemt niet weg dat de vrouw over haar vrijheid moet blijven beschikken.¹⁸¹ Dit geldt tevens voor de gevallen waarin door het slachtoffer geen weerstand wordt geboden om op deze manier kans op letsel te verminderen. Een beroep op dwaling kan hier echter een probleem vormen. Machielse noemt als goed voorbeeld een geval

¹⁷⁶ HR 18 mei 1999, *LJN* ZD1456, r.o. 4.3.

¹⁷⁷ Machielse 2013, artikel 242 van het Wetboek van Strafrecht, aant. 6.

¹⁷⁸ HR 15 november 2011, *LJN* BQ6709.

¹⁷⁹ HR 15 november 2011, *LJN* BQ6709, conclusie A-G Machielse onder 5.3.

¹⁸⁰ Machielse 2013, artikel 242 van het Wetboek van Strafrecht, aant. 5.

¹⁸¹ Machielse 2013, artikel 242 van het Wetboek van Strafrecht, aant. 5.

waarin de verdachte zegt dat de vrouw eerst tegenstand bood, maar zij daarna zich naar zijn weten ‘vrijwillig’ aan hem overgaf. Wanneer de rechter een dergelijk verweer aanvaardt, leidt dit tot vrijspraak van het ten laste gelegde ‘dwingen’.¹⁸² Volgens Machielse zal een dergelijk verweer echter snel afstuiten, omdat de verdachte uit de signalen van het slachtoffer had moeten weten dat hij zich ‘welbewust heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat het slachtoffer de handelingen tegen zijn wil onderging.’¹⁸³ Een ander uitzonderlijk grensgeval bevindt zich in situaties waarbij het slachtoffer ‘sliep’ tijdens het seksueel binnendringen van het lichaam. In dergelijke gevallen kan niet gezegd worden dat er sprake is geweest van dwang uitgeoefend door de verdachte, waardoor de causaliteit tussen het dwingen en het seksueel binnendringen van het lichaam ontbreekt. Als de dader na het ontwaken echter doorgaat met de handeling, dan is er wel sprake van verkrachting.¹⁸⁴ Hieruit blijkt volgens Machielse dat er sprake moet zijn van psychische dwang. Het slachtoffer moet daadwerkelijk dwang hebben ervaren.¹⁸⁵ Indien het slachtoffer aanvankelijk heeft ingestemd met de gedraging, dan hoeft dit bij een veranderde gedachte niet aan de bewezenverklaring van het bestanddeel dwingen in de weg te staan.¹⁸⁶

Ten slotte moet de uitgeoefende dwang op het slachtoffer plaats hebben gevonden onder geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid. Van geweld en bedreiging met geweld is sprake wanneer dit van voldoende kaliber is om de weerstand van het slachtoffer te breken.¹⁸⁷ Uit het arrest van de Hoge Raad van 9 april 2002 volgt dat het met kracht in de vagina brengen van het mannelijke geslachtsdeel onvoldoende grond is om tot strafbare dwang te komen.¹⁸⁸ Dit kan namelijk ook zonder geweld plaatsvinden. In artikel 81 Sr wordt met plegen van geweld gelijkgesteld: het brengen in een staat van bewusteloosheid of onmacht. Bedreiging met geweld kan ook in indirecte vorm plaatsvinden. Zo kan een verdachte het slachtoffer bedreigen om naasten iets aan te doen, of het slachtoffer vrees aanjagen dat hem/haar iets zal overkomen.¹⁸⁹ Bij een andere feitelijkheid of bedreiging met een andere feitelijkheid kan er, volgens Machielse, gedacht worden aan het ‘uitoefenen van druk en het opwerpen van belemmeringen die zowel van fysieke als van

¹⁸² Machielse 2013, artikel 242 van het Wetboek van Strafrecht, aant. 5.

¹⁸³ Machielse 2013, artikel 242 van het Wetboek van Strafrecht, aant. 5.

¹⁸⁴ Machielse 2013, artikel 242 van het Wetboek van Strafrecht, aant. 5; HR 3 november 1998, *NJ* 1999, 125.

¹⁸⁵ Machielse 2013, artikel 242 van het Wetboek van Strafrecht, aant. 5.

¹⁸⁶ HR 16 november 2004, *LJN* AR3040.

¹⁸⁷ Machielse 2013, artikel 242 van het Wetboek van Strafrecht, aant. 1.

¹⁸⁸ Kool 2013, artikel 242 van het Wetboek van Strafrecht, commentaar 9; HR 9 april 2002, *NJ* 2002, 441.

¹⁸⁹ Machielse 2013, artikel 242 van het Wetboek van Strafrecht, aant. 1.

psychische aard kunnen zijn.¹⁹⁰ Voorbeelden zijn het op een slachtoffer gaan liggen, waardoor deze niet kan ontsnappen, het afsnijden van een vluchtroute of, zoals door de Hoge Raad is bepaald op 27 augustus 2013, misbruik maken van devotie.¹⁹¹ Daarnaast kan er sprake zijn van een andere feitelijkheid als er misbruik wordt gemaakt van een bepaald overwicht. Hierbij valt te denken aan een ouder iemand die een lichamelijk overwicht heeft op een jong slachtoffer en bijvoorbeeld overwicht op afhankelijke en kwetsbare personen.¹⁹² Het slachtoffer kan als het ware door het overwicht van de verdachte geen weerstand bieden.

In uitzonderlijke gevallen kan er geoordeeld worden dat er geen sprake is geweest van dwang door geweld. Dit wordt geïllustreerd aan de hand van de uitspraak van het hof te Leeuwarden van 2 mei 2011.¹⁹³ In casu was er tussen verdachte en slachtoffer een relatie waarbinnen regelmatig ruwe seks plaatsvond. Verdachte werd kort gezegd ten laste gelegd dat hij middels bedreiging of andere feitelijkheden het slachtoffer zou hebben gedwongen tot het ondergaan van seksuele handelingen. Onder deze handelingen vielen het hardhandig meetrekken van het slachtoffer aan de arm en het vastbinden van de polsen met tie-wraps. Het hof bepaalde dat:

‘gezien de gebruikelijke gedragingen binnen de relatie zoals dit uit het dossier naar voren komt was geen sprake van bedreiging of andere feitelijkheden waardoor aangeefster zou zijn gedwongen tot het ondergaan van de seksuele handelingen of om te kunnen spreken van een begin van uitvoering van een verkrachting.’¹⁹⁴

Hieruit komt naar voren dat in uitzonderlijke gevallen waarin sprake is van geweld of andere feitelijkheden, of bedreiging met geweld of andere feitelijkheden, dit niet per definitie leidt tot de bewezenverklaring van het delict verkrachting uit artikel 242 Sr.

In gevallen waarin er sprake is van een bewezenverklaarde verkrachting, kan er aan de dader een maximale gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren worden opgelegd. Onder strafverzwarende omstandigheden waarbij verkrachting de dood ten gevolge heeft, kan er een maximale gevangenisstraf van ten hoogste achttien jaren worden opgelegd. Daarnaast zijn geldboetes van de vijfde categorie een optie. Het door het Openbaar Ministerie (hierna: OM) doen uitvaardigen van een strafbeschikking (artikel 257a Sr) of transactie (artikel 74 Sr)

¹⁹⁰ Machielse 2013, artikel 242 van het Wetboek van Strafrecht, aant. 2.

¹⁹¹ HR 27 augustus 2013, *NJ* 2013, 427.

¹⁹² Machielse 2013, artikel 242 van het Wetboek van Strafrecht, aant. 2.

¹⁹³ Hof Leeuwarden 2 mei 2011, *LJN* BQ3502.

¹⁹⁴ Hof Leeuwarden 2 mei 2011, *LJN* BQ3502.

behoort niet tot de mogelijkheden. Daarnaast is het opleggen van een taakstraf op grond van artikel 22b lid 1 sub a Sr uitgesloten. Het opleggen van een taakstraf is, op grond van artikel 22b lid 3 Sr, slechts toegestaan als dit in samenhang is met een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf of vrijheidsbenemende maatregel.

4.2.2. Feitelijke aanranding van de eerbaarheid

Afhankelijk van de wijze waarop de tenlastelegging is vormgegeven, kan hetzelfde feitencomplex zowel verkrachting als feitelijke aanranding van de eerbaarheid opleveren.¹⁹⁵ Daardoor is het van groot belang dat de verdachte niet ‘ten onrechte’ wordt veroordeeld voor het delict verkrachting indien er sprake is van ‘slechts’ feitelijke aanranding van de eerbaarheid. Bij het delict feitelijke aanranding van de eerbaarheid gaat het om seksuele handelingen die – in vergelijking tot het delict verkrachting – een ‘minder ernstig’ karakter dragen. Het huidige artikel 246 Sr is tot stand gekomen door de ingrijpende wijziging van de zedelijkheidswetgeving in 1991. De enige wijziging in dit artikel had betrekking op de uitbreiding ervan door middel van het toevoegen van de term ‘een andere feitelijke’. De huidige delictsomschrijving van artikel 246 Sr luidt als volgt:

Artikel 246

Hij die door geweld of een andere feitelijke of bedreiging met geweld of een andere feitelijke iemand dwingt tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, wordt, als schuldig aan feitelijke aanranding van de eerbaarheid, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

In tegenstelling tot verkrachting uit artikel 242 Sr, maakt binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking geen deel uit van artikel 246 Sr. De overige bestanddelen zijn echter gelijk aan de bestanddelen uit artikel 242 Sr. Door De Hullu werd in zijn annotatie bij het eerste tongzoenarrest al betoogd dat feitelijke aanranding van de eerbaarheid eveneens als ratio de bescherming van de seksuele integriteit heeft.¹⁹⁶ Hiermee heeft artikel 246 Sr dezelfde strekking als artikel 242 Sr, maar beschermt het meerdere ‘onzedelijke’ handelingen. Het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam ontbreekt, maar daarvoor geldt het ruimere bestanddeel ‘ontuchtige handelingen’. Daarnaast maakt de term ‘begaan’ geen deel uit van artikel 246 Sr, maar gelden de ruimere begrippen ‘plegen of dulden’.

¹⁹⁵ HR 23 maart 2004, *NJ* 2004, 313.

¹⁹⁶ HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 m.nt. J. de Hullu, annotatie J. de Hullu onder 2.

Dwingen tot plegen of dulden van ontuchtige handelingen

Het begrip ontucht is een vage norm, hierdoor zal de rechter dit begrip moeten interpreteren in het licht van de huidige maatschappelijke opvatting.¹⁹⁷ Tijdens de totstandkoming van het huidige artikel 246 Sr in 1991, merkte minister Hirsch Ballin op dat: ‘ontucht maatschappelijk onwenselijk gedrag is.’¹⁹⁸ Door minister van Justitie Korthals Altes werd bij de memorie van toelichting bijhorende bij de wijziging van de zedelijkheidswetgeving, de uitleg gegeven dat ontuchtige handelingen uitgelegd moet worden als: ‘handelingen gericht op seksueel contact althans contact van seksuele aard in strijd met de sociaal-ethische norm zonder dat het hier om buitengewone afschuwwekkende daden zou gaan.’¹⁹⁹ Uit deze overwegingen komt naar voren dat de invulling van ontuchtige handelingen als het ware onderhevig is aan de periode waarin het geplaatst wordt. De maatschappelijke opvatting omtrent ontucht zal bijvoorbeeld in de jaren '30 van de vorige eeuw veel meer handelingen omvat hebben dan vandaag de dag. Het gevolg hiervan is dat er geen eenduidige opsomming gegeven kan worden van handelingen die voldoen aan het begrip ontucht. Handelingen waarbij er sprake is van seksueel binnendringen van het lichaam (zoals vermeld in de artikelen 242, 243 en 244 Sr) zijn vanwege de betrekkelijke weerloosheid van de wederpartij reeds op zichzelf als ontuchtig aan te merken, aldus minister van Justitie Hirsch Ballin bij de vierde nota van wijziging bijhorende de wijziging van de zedelijkheidswetgeving.²⁰⁰

De omstandigheden van het geval spelen een belangrijke rol bij de invulling het delict feitelijke aanranding van de eerbaarheid. Volgens Machielse is daarom niet iedere seksuele handeling oneerbaar te noemen, maar hangt het af van omstandigheden zoals de verhouding tussen de betrokkenen en de omgeving waarin het voorvalt.²⁰¹ Ter illustratie kan worden gewezen op het arrest van de Hoge Raad van 25 mei 2010.²⁰² Tijdens een barbecue had de verdachte het slachtoffer betast aan de billen. Het verweer van de verdachte was dat hij geen seksuele bedoelingen had en dat het ‘slechts’ een lolletje was. Volgens de verdachte kwamen dergelijke handelingen in de bouwsector (zijn werkomgeving) vaak voor als lolletje, waarmee hij de afwezigheid van de seksuele strekking van de handeling onderbouwde. In dit geval leverde het geen ontuchtige handeling op wegens de goed gemotiveerde niet seksuele bedoeling van de verdachte. In een andere context zou de handeling mogelijk wel als

¹⁹⁷ Noyon, Langemeijer & Remmelink 2002, opmerking 7 op titel XIV van het Wetboek van Strafrecht.

¹⁹⁸ *Handelingen II* 18 oktober 1990, p. 583.

¹⁹⁹ *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 3, p. 2.

²⁰⁰ *Kamerstukken II* 1990/91, 20 930, nr. 13, p. 4.

²⁰¹ Machielse 2012, artikel 246 Wetboek van Strafrecht, aant. 5.

²⁰² HR 25 mei 2010, *LJN* BL5563.

ontuchtig aangemerkt kunnen worden. De bedoeling van de dader speelt daarmee een belangrijke rol bij twijfelgevallen. In een andere zaak die bij de Hoge Raad werd voorgelegd werd een handeling – door de begeleidende woorden – als ontuchtig aangemerkt.²⁰³ Verdachte had in casu de borst van zijn dochter betast, met daarbij de begeleidende woorden ‘lekkere tietjes’. Volgens de verdachte zou hij ‘per ongeluk’ de borst van zijn dochter hebben aangeraakt. De raadsman van de verdachte voerde als verweer dat de verdachte de woorden uitgesproken zou hebben om de aanraking te ‘ontseksualiseren’. Volgens de Hoge Raad, gelet op de context en het uiten van de begeleidende woorden, heeft de aanraking door de begeleidende woorden een ontuchtig karakter gekregen waarop opzet gericht was.²⁰⁴ In dit geval leverde het wel een ontuchtige handeling op. In veel twijfelgevallen zijn het derhalve de begeleidende omstandigheden en niet de handeling zelf, die leiden tot het ontuchtige karakter van de handeling.

Er hoeft geen sprake te zijn van lichamelijk contact tussen dader en slachtoffer. In het arrest van de Hoge Raad van 20 januari 1998 is bepaald dat: ‘het begrip “ontucht” ruim moet worden uitgelegd en dat in het kader daarvan ook handelingen die niet rechtstreeks op aanraking van geslachtsdelen of geslachtskenmerken zijn gericht als ontuchtig kunnen worden aangemerkt.’²⁰⁵ In casu was er sprake van een dader die zijn minderjarige stiefkind seksuele handelingen liet uitvoeren om deze vervolgens vast te leggen op foto- en video opnames. De dader had het slachtoffer niet fysiek aangeraakt, maar vanwege de interactie die plaatsvond tussen dader en slachtoffer werden de handelingen aangemerkt als ontuchtig. Het is niet vereist dat de ontuchtige handeling is begaan door de ‘dwinger’ zelf. Door Machielse wordt opgemerkt dat het begrip ‘dulden’ wel wijst op het ondergaan door een gedraging van een ander, maar dat ‘plegen’ ook door het slachtoffer zelf – onder dwang van de verdachte – kan geschieden.²⁰⁶ Indien de interactie tussen de dader en het slachtoffer ontbreekt, is er echter geen sprake van het dwingen tot het plegen of dulden van een ontuchtige handeling. Hierbij moet gedacht worden aan gevallen waarin iemand onopgemerkt wordt begluurd, zoals blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 15 mei 2012.²⁰⁷ In casu had de verdachte foto- en filmopnames gemaakt van het slachtoffer dat naakt achter een gordijn lag te slapen. Dit leverde volgens de Hoge Raad wel ontuchtige handelingen op, maar door de afwezige

²⁰³ HR 13 december 2005, *LJN* AU4825.

²⁰⁴ HR 13 december 2005, *LJN* AU4825, r.o. 3.6.

²⁰⁵ HR 20 januari 1998, *NJ* 1998, 336.

²⁰⁶ Machielse 2013, artikel 246 Wetboek van Strafrecht, aant. 3.

²⁰⁷ HR 15 mei 2012, *LJN* BW5528; zie tevens HR 14 februari 2012, *LJN* BU5254 en HR 8 mei 2012, *LJN* BW5000.

interactie tussen verdachte en slachtoffer kon er niet gesproken worden van het dwingen tot plegen of dulden van deze handelingen. Hierdoor was er geen sprake van feitelijke aanranding van de eerbaarheid.²⁰⁸ Ten slotte is het begrip ontuchtige handeling volgens de Hoge Raad onvoldoende feitelijk. Dit in tegenstelling tot de woorden seksueel binnendringen die volgens de Hoge Raad voldoende feitelijk zijn, waardoor deze niet nader gespecificeerd hoeven te worden.²⁰⁹ Het is daardoor van belang dat de ontuchtige handeling in de tenlastelegging door de officier van justitie nader uiteengezet wordt.

Indien een delict wordt gekwalificeerd als feitelijke aanranding van de eerbaarheid, dan is de maximum gevangenisstraf ten hoogste acht jaren of een geldboete van de vijfde categorie. Het door het OM doen uitvaardigen van een transactie of strafbeschikking behoort, evenals bij een gekwalificeerde verkrachting, niet tot de mogelijkheden. Daarnaast wordt ook bij een veroordeling wegens feitelijke aanranding van de eerbaarheid, de oplegging van een taakstraf uitgesloten op grond van artikel 22b lid 1 sub b Sr. Het opleggen van een taakstraf is, op grond van artikel 22b lid 3 Sr, slechts toegestaan als dit in samenhang is met een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf of vrijheidsbenemende maatregel.

4.3. Afgrenzing

De commissie Melai schreef in haar eindrapport uit 1980 al dat: ‘het onderscheid tussen verkrachting en aanranding niet meer uitsluitend te baseren is op de vraag of er al dan niet geslachtsgemeenschap tussen de man als dader en de vrouw als slachtoffer heeft plaatsgevonden.’²¹⁰ De delicten verkrachting en aanranding liggen erg dicht bij elkaar. De gevolgen van beide delicten, in het geval van een veroordeling, zijn echter beduidend groter. Niet alleen is er op verkrachting een zwaardere maximum gevangenisstraf gesteld, maar ook heeft het voor de dader verderstrekkende gevolgen in de justitiële documentatie. Daardoor is het van belang om een duidelijke afgrenzing voor ogen te krijgen tussen beide delicten.

Beide delicten hebben als ratio de bescherming van de seksuele integriteit. Daarnaast is voor beide delicten vereist dat er sprake is van opzet door middel van het uitoefenen van dwang dat kan bestaan uit geweld of een andere feitelijke of bedreiging met geweld of een andere feitelijke. Bij verkrachting gaat het erom dat het slachtoffer is gedwongen tot het

²⁰⁸ HR 15 mei 2012, *LJN* BW5528, r.o. 2.4.

²⁰⁹ Zie HR 21 februari 1989, *NJ* 1989, 688; resp. HR 28 juni 2005, *LJN* AT7301.

²¹⁰ Melai 1980, p.19.

ondergaan van seksuele handelingen waarmee het lichaam is binnengedrongen. Er moet voldaan worden aan het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam. Uit de wetshistorie komt naar voren dat slechts de persoon die zelf het lichaam van een ander op seksuele wijze is binnengedrongen zich strafbaar maakt aan verkrachting uit artikel 242 Sr. Daarnaast kan het om handelingen gaan die mede bestaan uit seksueel binnendringen van het lichaam. Dit zijn handelingen die aan het seksueel binnendringen zijn voorafgegaan, gevolgd of ermee gepaard gaan. Het moeten handelingen zijn die dicht bij het seksueel binnendringen zijn gelegen. Door de Hoge Raad is in het arrest van 2 mei 1995 bepaald dat de subjectieve beleving van de dader of het slachtoffer van belang kan zijn bij het bepalen of er sprake is van binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking.²¹¹ Het is echter niet bepalend of de verdachte of het slachtoffer seksuele gevoelens had bij de handeling. Dit in tegenstelling tot het vereiste van de ontuchtige handeling uit artikel 246 Sr. Hierbij speelt de beleving van de dader respectievelijk het slachtoffer wel een belangrijke rol (hierover verder meer).

De afgrenzing tussen verkrachting enerzijds en feitelijke aanranding anderzijds, bevindt zich daardoor op het gebied van de uitgevoerde handeling. Voor de kwalificatie van het delict verkrachting geldt het hierboven genoemde criterium van seksueel binnendringen van het lichaam. Bij de kwalificatie van feitelijke aanranding van de eerbaarheid is het vereist dat de handeling een ontuchtig karakter draagt. Om te kunnen spreken van een ontuchtig karakter dienen alle omstandigheden van het geval, de bedoeling van de uitvoerder en de maatschappelijke opvatting omtrent de handeling in acht worden genomen. Hierdoor kan een handeling die in sommige contexten als ‘lollig’ wordt bestempeld, in een andere context leiden tot een ontuchtige handeling. Tevens worden handelingen waarbij het lichaam seksueel is binnengedrongen automatisch aangemerkt als ontuchtige handeling. Hierdoor heeft artikel 246 Sr een ruimer bereik dan artikel 242 Sr. In tegenstelling tot het seksueel binnendringen van het lichaam uit artikel 242 Sr, hoeft er bij een ontuchtige handeling geen sprake te zijn van lichamelijk contact tussen dader en slachtoffer. Wel is het van belang dat er sprake is van interactie tussen de dader en het slachtoffer. Indien er geen interactie heeft plaatsgevonden, dan kan er niet gesproken worden van het dwingen tot plegen of dulden van ontuchtige handelingen.

²¹¹ HR 2 mei 1995, *NJ* 1995, 583.

Dit terugkoppelend aan de gedwongen tongzoen problematiek, verduidelijkt deze afgrenzing mijns inziens de denkwijze van de Hoge Raad bij het tweede en derde tongzoen-arrest.²¹² De Hoge Raad moest wel de strekking van seksueel binnendringen van het lichaam door een gedwongen tongzoen behouden. Volgens de Hoge Raad levert een gedwongen tongzoen wel seksueel binnendringen van het lichaam op, maar is dit niet te ‘kwalificeren’ als verkrachting.²¹³ Door een gedwongen tongzoen aan te blijven merken als seksueel binnendringen van het lichaam, levert dit automatisch een ‘ontuchtige handeling’ in de zin van artikel 246 Sr op. Handelingen die leiden tot het seksueel binnendringen van het lichaam (in de zin van de artikelen 242, 243 en 244 Sr) zijn, volgens toenmalig minister van Justitie Hirsch Ballin, door de dwang en daarmee de weerloosheid van de wederpartij reeds op zichzelf al als ontuchtig aan te merken.

Hiermee wijk ik af van de opvatting van Keijzer die in zijn annotatie bij het arrest van 12 maart 2013 stelt dat het beter geweest zou zijn dat de gedwongen tongzoen niet als seksueel binnendringen was aangemerkt.²¹⁴ Indien de Hoge Raad namelijk in het tweede tongzoenarrest bepaald zou hebben dat een gedwongen tongzoen niet meer aangemerkt zou worden als seksueel binnendringen van het lichaam, dan zou het niet meer automatisch een ontuchtige handeling vormen. In dat geval zou het ontuchtige karakter van een gedwongen tongzoen in de omstandigheden van het geval en de intentie erachter als ontuchtig bewezen moeten worden. In het licht van de huidige maatschappelijke opvatting kan, in de gevallen waarin de gedraging uitzonderlijk goed gemotiveerd wordt, een gedwongen tongzoen dan waarschijnlijk niet aangemerkt worden als een ontuchtige handeling hoewel hier mijns inziens wel sprake van is. Hierbij valt te denken aan de situatie waarbij twee jeugdigen tijdens een feest onder het genot van een drankje met elkaar flirten en naarmate de avond vordert, dit leidt tot de veelbesproken ‘gedwongen’ tongzoen waarmee een van de twee personen niet instemt. In deze context zou een dergelijke ‘gedwongen’ tongzoen waarschijnlijk geen ontuchtige handeling volgens het algemene spraakgebruik opleveren, maar mijns inziens vormt het wel een inbreuk op de (seksuele) lichamelijke integriteit. Een vervolging voor artikel 246 Sr zou op zijn plaats zijn. Indien de gedwongen tongzoen door de Hoge Raad niet meer als seksueel binnendringen gezien zou worden, zou zelfs een tenlastelegging wegens feitelijke aanranding van de eerbaarheid in dit genoemde voorbeeld stranden. Immers, de gedraging zal gezien de

²¹² HR 12 maart 2013, *NJ* 2013,437 m.nt. N. Keijzer; HR 26 november 2013, *NJ* 2014, 62 m.nt. N. Keijzer.

²¹³ HR 12 maart 2013, *NJ* 2013,437 m.nt. N. Keijzer.

²¹⁴ HR 12 maart 2013, *LJN* BZ3627 m.nt. N. Keijzer, annotatie onder 4.

feiten en omstandigheden niet snel leiden tot een ontuchtige handeling. Hierdoor zou slechts een tenlastelegging van schennis van de eerbaarheid uit artikel 239 Sr of artikel 284 Sr (iemand wederrechtelijk dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden) tot de vervolgingsmogelijkheden behoren. Nu de Hoge Raad ervoor heeft gekozen de gedwongen tongzoen wel aan te blijven merken als seksueel binnendringen van het lichaam, wordt deze bewijsproblematiek uit het eerder geschetste voorbeeld voorkomen.

4.4. Uitleiding

Dit hoofdstuk stond in het teken van de afgrenzing tussen de delicten verkrachting uit artikel 242 Sr en feitelijke aanranding van de eerbaarheid uit artikel 246 Sr. De afgrenzing tussen deze twee delicten bevindt zich grofweg bij de gedraging van de dader. Waar er in het geval van verkrachting seksueel binnendringen van het lichaam door de dader zelf is vereist, geldt voor aanranding het ruimere bestanddeel ontuchtige handelingen. Hieronder kan ook automatisch seksueel binnendringen van het lichaam worden verstaan, waaronder een gedwongen tongzoen. Door mij is betoogd dat de Hoge Raad er goed aan heeft gedaan de gedwongen tongzoen niet te onttrekken aan het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam, dat echter wel door Keijzer is betoogd in zijn annotatie bij HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 438.

Hoofdstuk 5. Verkrachting en aanranding naar Belgisch en Engels recht

5.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk is uitvoerig stilgestaan bij de Nederlandse strafbaarstellingen van verkrachting (artikel 242 Sr) en feitelijke aanranding van de eerbaarheid (artikel 246 Sr). Om een beeld te schetsen van de manier waarop andere Europese rechtsordes de strafbaarstellingen van verkrachting en aanranding hebben ingedeeld, is kort rechtsvergelijkend onderzoek op zijn plaats. Door Keijzer is in zijn annotatie bij het arrest van 12 maart 2013 stilgestaan bij de gedwongen tongzoen in het Belgische, Duitse, Engelse en Franse strafrechtssysteem.²¹⁵ Door Keijzer worden echter alleen de hoofdlijnen van de strafbaarstellingen in deze landen behandeld. Dit hoofdstuk geeft een uitgebreide uiteenzetting van de delicten verkrachting en feitelijke aanranding van de eerbaarheid in het Belgische en Engelse strafrecht. Het Belgische en Nederlandse rechtssysteem behoren allebei tot het continentale rechtssysteem. Het rechtssysteem van Engeland en Wales (hierna: het Engelse) wordt gerekend tot het common law-rechtssysteem. De beide rechtssystemen verschillen met name van elkaar doordat in common law de praktische rechtsbeoefening een grotere betekenis heeft in verhouding tot de wet en wetenschappelijke rechtsbeoefening.²¹⁶ Dit betekent dat het merendeel van het continentale strafrecht gecodificeerd is door strafbaarstellingen die afkomstig zijn van de wetgevende macht in tegenstelling tot het common law, waar rechterlijke uitspraken een grote rol vervullen in het strafbaarstellen van gedragingen. Dit onderscheid is vandaag de dag steeds kleiner aan het worden, omdat er in het Engelse common law-systeem steeds meer strafbaarstellingen worden gecodificeerd door de wetgevende macht (Parliament) in zogenoemde ‘statutory offences’.²¹⁷ In paragraaf 5.2 worden de Belgische strafbaarstellingen van verkrachting en aanranding behandeld. Paragraaf 5.3 behandelt de relevante Engelse strafbaarstellingen. In paragraaf 5.4 worden de overeenkomsten, verschillen en mogelijkheden ten opzichte van de Nederlandse strafbaarstellingen van verkrachting en feitelijke aanranding van de eerbaarheid uiteengezet. Het hoofdstuk sluit af met een uitleiding in paragraaf 5.5.

5.2. België

Het Belgische rechtssysteem behoort, evenals het Nederlandse rechtssysteem, tot de continentale rechtssysteem. Onder het huidige Belgische strafrecht zijn zedendelicten

²¹⁵ HR 12 maart 2013, NJ 438 m.nt. N. Keijzer.

²¹⁶ Uniken Venema 1971, p. 27.

²¹⁷ Ormerod 2008, p. 20.

strafbaar gesteld in boek 2 onder titel VIII van het Strafwetboek welke de naam draagt: Misdaden en wanbedrijven tegen de orde der familie en tegen de openbare zedelijkheid.

5.2.1. Verkrachting

Bij de strafbaarstelling van het delict verkrachting was bij de invoering van het Strafwetboek (hierna: Swb) in 1867 het uitgangspunt van deze bepaling de bescherming van de huwelijkse voortplanting. Met de invoering moest volgens de wetgever onvrijwillige bevruchting worden tegengegaan en moest de orde van de familie beschermd worden door te voorkomen dat er onwettige kinderen te wereld kwamen.²¹⁸ Destijds werd in Artikel 375 Swb alleen de term verkrachting vermeld, dit was strafbaar als het plaats had gevonden onder ‘gewelddaden, erge bedreigingen, een list of misbruik maken van personen met een geestelijke of ziekelijke stoornis.’²¹⁹ Van verkrachting was slechts sprake als er geslachtsgemeenschap tussen een man en vrouw buiten echt had plaatsgevonden. Tot 1928 was hierbij tevens vereist dat de man inter-vaginaal geëjaculeerd moest hebben.²²⁰ In 1928 werd in de rechtspraak betoogd dat ejaculatie niet vereist was om aan verkrachting te voldoen.²²¹ In 1979 werd door het Hof van Beroep te Brussel het huwelijks voortplantingsdenken aan banden gelegd.²²² In deze zaak bepaalde het Hof van Beroep dat het met geweld afdwingen van geslachtsgemeenschap onaanvaardbaar was en daarmee niet onder de huwelijksplicht valt. Dit vertoonde volgens het hof een ‘onwettig’ karakter. Vervolgens werd door de correctionele rechtbank te Brussel in 1988 geoordeeld dat penetratie van de anus met de penis door een slachtoffer als even ernstige inbreuk op de seksuele integriteit ervaren kon worden als penetratie van de vagina met de penis en dat ook in dit geval er sprake was van verkrachting.²²³ In de jaren ’70 en ’80 van de vorige eeuw, was het voor het Parlement duidelijk geworden dat wijziging van artikel 375 Swb noodzakelijk was.²²⁴ Verkrachting werd namelijk niet meer als inbreuk op de orde der familie geacht, maar opgevat als ernstige aantasting van de fysieke integriteit.²²⁵ Al in 1981 werd een eerste wetsvoorstel tot wijziging ingediend. Vanwege grote meningsverschillen duurde het echter acht jaar voordat er tot een wijziging van de wet werd gekomen.²²⁶ Uiteindelijk werd op 18 juli 1989 middels de Wet op de verkrachting het verkrachtingsartikel

²¹⁸ Stevens 2002, p. 443.

²¹⁹ Stevens 2002, p. 49.

²²⁰ Stevens 2002, p. 50-51.

²²¹ Hof van Cassatie 7 mei 1928, *Pas* 1928, I, 155.

²²² Hof van Beroep Brussel 21 juni 1979, *Rev. dr. pén.* 1980, 272.

²²³ Correctionele rechtbank Brussel 23 februari 1988, *J.L.M.B.* 1988, 507.

²²⁴ Stevens 2002, p. 440.

²²⁵ Stevens 2002, p. 444.

²²⁶ Stevens 2002, p. 440.

verruimd.²²⁷ Met de wijziging werd beoogd de rechtszekerheid te herstellen, betere bescherming aan een groter aantal personen (waaronder homoseksuelen) te bieden, het afschrikken van potentiële daders en betere bestraffing van effectieve daders. Door de wijziging van artikel 375 Swb kwam er voor het eerst een definitie van het misdrijf verkrachting in het Belgische wetboek.²²⁸ Waar artikel 375 Swb voorheen slechts sprak over ‘verkrachting’, was dit nu nader gespecificeerd als: ‘elke daad van seksuele penetratie van welke aard en met welk middel ook, gepleegd op een persoon die daar niet in toestemt.’

Het doel van het huidige artikel 375 Swb is de bescherming van de ‘fysieke’ (lichamelijke) integriteit van personen.²²⁹ Het huidige artikel 375 Swb luidt als volgt:

Artikel 375

Verkrachting is elke daad van seksuele penetratie van welke aard en met welk middel ook, gepleegd op een persoon die daar niet in toestemt.

Toestemming is er met name niet wanneer de daad is opgedrongen door middel van geweld, dwang of list of mogelijk is gemaakt door een onvolwaardigheid of een lichamelijk of een geestelijk gebrek van het slachtoffer.)

Met opsluiting van vijf jaar tot tien jaar wordt gestraft ieder die de misdaad van verkrachting pleegt. Wordt de misdaad gepleegd op de persoon van een minderjarige boven de volle leeftijd van zestien jaar, dan wordt de schuldige gestraft met opsluiting van tien jaar tot vijftien jaar. Wordt de misdaad gepleegd op de persoon van een kind boven de volle leeftijd van veertien jaar en beneden die van zestien jaar, dan wordt de schuldige gestraft met opsluiting van vijftien jaar tot twintig jaar.

Als verkrachting met behulp van geweld wordt beschouwd elke daad van seksuele penetratie, van welke aard en met welk middel ook, die gepleegd wordt op de persoon van een kind dat de volle leeftijd van veertien jaar niet heeft bereikt. In dat geval is de straf opsluiting van vijftien tot twintig jaar. De straf is opsluiting van twintig jaar tot dertig jaar, indien het kind geen volle tien jaar oud is.

Om aan de delictomschrijving te voldoen, moet er op de eerste plaats sprake zijn van ‘penetratie’. Het bestanddeel penetratie moet in zijn algemene betekenis uitgelegd worden als:

²²⁷ Stevens 2002, p. 440.

²²⁸ Stevens 2002, p. 441.

²²⁹ Stevens 2002, p. 448.

‘het binnendringen in het lichaam van het slachtoffer door de dader’. Binnendringen in vrijwel elke lichaamsholte door de dader kan hieronder geschaard worden. Binnendringen – de ‘aard’ van de gedraging – kan in theorie plaatsvinden in de vagina, de anus, de mond, het oor, de neus en zelfs in een oogkas.²³⁰ Met betrekking tot penetratie van de vagina of anus, is het voldoende als de penis, het andere voorwerp of lichaamsdeel tussen de vulva of sluitspier van het slachtoffer wordt gebracht.²³¹ Het ‘middel’ waarmee de penetratie plaats moet vinden is erg uitgebreid en wordt niet beperkt. Het bevat zowel lichaamsdelen zoals het geslachtsorgaan, vingers, de tong en daarnaast voorwerpen. Om het binnendringen van het lichaam te kunnen kwalificeren als verkrachting, dient er sprake te zijn van binnendringen met een ‘seksuele’ strekking. Of er sprake is van een seksuele strekking moet beoordeeld worden aan de hand van ‘wat men vandaag in het algemeen verstaat onder seksuele activiteit, rekening houdend met gangbare zeden en gewoonten in onze hedendaagse cultuur.’²³² Bij de totstandkoming van de huidige strafbaarstelling werd door het Belgische Parlement het ‘seksuele’ karakter van een tongzoen of orale penetratie ontkend, om te voorkomen dat deze gedragingen zouden leiden tot de kwalificatie van het delict verkrachting. Volgens Stevens is dit een ongelukkige ontkenning, omdat ‘wanneer zij niet seksueel zouden zijn, ook niet (langer) als een aanranding van de eerbaarheid gekwalificeerd zouden kunnen worden.’²³³ Het Hof van Beroep te Brussel bevestigde deze beredenering door te bepalen dat: ‘een “tongkus” bij wijze van penetratie in de mond van het slachtoffer (...) noch het misdrijf verkrachting, noch het misdrijf aanranding van de eerbaarheid uitmaakt.’²³⁴ Het Hof van Beroep beredeneerde dat er wel voldoende bewijs aanwezig was, waardoor er sprake was van penetratie middels de tong, maar dat het seksuele aspect van deze penetratie niet voorhanden was. Volgens Stevens moet het begrip ‘seksuele penetratie’ in het kader van verkrachting geïnterpreteerd worden als ‘elke peniale penetratie ongeacht de lokalisatie en elke vaginale of anale penetratie ongeacht het middel.’²³⁵ Dit strookt ook met het uitsluiten van een tongzoen door het Belgische Hof van beroep als verkrachting.

Ten slotte moet er sprake zijn van het opzettelijk tegen de wil van het slachtoffer in handelen door de dader. Om de achterliggende gedachte van het verkrachtingsartikel – bescherming van de fysieke seksuele integriteit – niet te beperken, is niet vereist dat er sprake is van opzet

²³⁰ Stevens 2002, p. 452.

²³¹ Stevens 2002, p. 450.

²³² *Parl. St.* Kamer 1988-89, nr. 702/4, p. 9.

²³³ Stevens 2002, p. 453.

²³⁴ Hof van Beroep Brussel 8 april 1998, *R.W.* 1998-99, p. 505 m.nt. Armand Vandeplas.

²³⁵ Stevens 2002, p. 454.

met een seksuele strekking, maar is opzet in zijn algemeen voldoende. Immers, zou de eis van opzet met een seksuele strekking ertoe leiden dat in gevallen waarin de dader door zijn handeling geen lust beleeft, er geen sprake is van opzet met een seksuele strekking. Er is sprake van opzet als de dader willens en wetens handelt tegen de vrije wil van het slachtoffer in. Om te achterhalen of de wil bij het slachtoffer aanwezig was, geldt de eis van het handelen door een ‘redelijk en voorzichtig persoon’.²³⁶ Zoals Stevens het omschrijft: ‘een redelijke en voorzichtige persoon probeert bij tekenen van het ontbreken van een geldige toestemming minstens te achterhalen of de betrokkene al dan niet toestemt met de seksuele handeling.’²³⁷ Het begrip ‘toestemming’ uit artikel 375 Swb is onder te verdelen in een tweetal categorieën. Op de eerste plaats zijn er de handelingen waarbij er geen toestemming door het slachtoffer is gegeven voor het binnendringen met een seksuele strekking, maar waarbij er geen sprake is van de factoren die verderop in artikel 375 Swb worden genoemd. Op de tweede plaats zijn er handelingen die automatisch leiden tot de afwezigheid van toestemming. Hiervan is volgens artikel 375 Swb sprake als er geweld, dwang, een list (bedrog) is toegepast of dat het slachtoffer door een lichamelijk of geestelijk gebrek niet heeft ingestemd. Een lichamelijk of geestelijk gebrek ziet niet alleen op permanente situaties, maar ook op een tijdelijk situaties die ontstaan zijn door het gebruik van alcohol, medicijnen of drugs. Deze gegeven opsomming is niet-limitatief, maar geeft een goede houvast voor de rechter om tot een bewezenverklaring te komen.²³⁸

De straffen die op het delict verkrachting zijn gesteld, zijn in het Belgische strafrecht afhankelijk van de leeftijd van het slachtoffer. Indien het slachtoffer volwassen is, is er de mogelijkheid tot het opleggen van een gevangenisstraf van vijf tot tien jaar. Onder verzwarende omstandigheden – waaronder de dood ten gevolge – kan op grond van de artikel 376 Swb een gevangenisstraf tussen de twintig en dertig jaar worden opgelegd.

5.2.2. Feitelijke aanranding van de eerbaarheid

Het Belgische Strafwetboek kent, sinds de invoering van het delict feitelijke aanranding van de eerbaarheid in 1867, een tweedeling tussen enerzijds aanranding met geweld en bedreiging in artikel 373 Swb en anderzijds aanranding zonder geweld en bedreiging in het geval er sprake is van een jeugdige leeftijd bij het slachtoffer in artikel 372 Swb. Bij de invoering van deze strafbaarstelling bedroeg de leeftijd voor aanranding zonder geweld en bedreiging

²³⁶ Stevens 2002, p. 466-467.

²³⁷ Stevens 2002, p. 467.

²³⁸ Stevens 2002, p. 457-463.

veertien jaar.²³⁹ De bepaling uit artikel 373 Swb geldt sinds 1867 als het basismisdrijf. Welke handelingen onder feitelijke aanranding geschaard kunnen worden werd zowel tijdens de parlementaire behandeling als door de wet niet nader gespecificeerd. Wel werd door de wetgever tijdens de parlementaire behandeling opgemerkt dat het moest gaan om een handeling die tegen de eerbaarheid indruist en dat een handeling die op de psychische gesteldheid van het slachtoffer inging, geen aanranding van de eerbaarheid was.²⁴⁰ In 1893 werd door Alphonse de Busschere betoogd dat aanranding van de eerbaarheid betrekking diende te hebben op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer. Tevens betoogde hij dat enkel handelingen met betrekking tot het lichaam van het slachtoffer in aanmerking kwamen en dat kleren of voorwerpen die diende om het lichaam te bedekken hiermee gelijk gesteld werden. Aanraking was derhalve niet vereist, iemand ertoe brengen zich te ontbloten leidde ook tot aanranding.²⁴¹ Deze opvatting heeft een grote invloed gehad op de hedendaagse strafrechtspraktijk. Voor de veroordeling wegens feitelijke aanranding van de eerbaarheid, blijven de feiten en de ernst van het gedrag een grote rol spelen.²⁴²

Aanranding van de eerbaarheid is in het huidige Belgische strafrecht nog steeds opgenomen voor het verkrachtingartikel 375 Swb. De strafbaarstelling van aanranding van de eerbaarheid is opgedeeld in drie delen in de artikelen 372 en 373 Swb, waarvan de bepaling uit artikel 373 Swb geldt met betrekking tot volwassenen. Artikel 372 Swb heeft namelijk betrekking op aanranding van de eerbaarheid zonder geweld of bedreiging op personen beneden de zestien jaar. Daarnaast voorziet artikel 372 Swb in aanranding van de eerbaarheid zonder geweld of bedreiging in familiale context. Hier geldt de leeftijdsgrens van zestien jaar niet, maar het moment waarop iemand is ‘ontvoogd’ door middel van een huwelijk.

De strafbaarstelling van aanranding van de eerbaarheid uit artikel 373 Swb luidt als volgt:

Artikel 373

De aanranding van de eerbaarheid, met geweld of bedreiging gepleegd op personen van het mannelijke of vrouwelijke geslacht, wordt gestraft met gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar. Wordt de aanranding gepleegd op de persoon van een minderjarige boven de volle leeftijd van zestien jaar, dan wordt de schuldige gestraft met opsluiting (van vijf jaar tot tien

²³⁹ Stevens 2002, p. 27.

²⁴⁰ Stevens 2002, p. 28-29.

²⁴¹ Stevens 2002, p. 167.

²⁴² Stevens 2002, p. 168.

jaar). Is de minderjarige geen volle zestien jaar oud, dan is de straf (opsluiting) van tien jaar tot vijftien jaar.

Het Belgische strafrecht specificeert nergens de betekenis van het begrip ‘aanranding’. Voor de kwalificatie van het delict aanranding van de eerbaarheid is het niet van belang dat het slachtoffer de gedraging als inbreuk op de seksuele integriteit ervaart, maar dat de gedraging in de maatschappelijke opvatting als een inbreuk op de seksuele integriteit wordt ervaren.²⁴³ De gedraging dient een ‘onzedelijk’ karakter te hebben en daarmee seksueel van aard te zijn.²⁴⁴ In de eerder genoemde uitspraak van het Hof van Beroep te Brussel van 8 april 1998, lijkt het volgens Stevens dat: ‘de gemiddelde Belg op de drempel van de eenentwintigste eeuw “tongzoenen” geen activiteit vindt die tot de menselijke seksualiteit behoort.’²⁴⁵ Met het wegnemen door het Hof van Beroep van het seksuele karakter van de gedwongen tongzoen, kon het geven van een gedwongen tongzoen ook geen aanranding van de eerbaarheid meer opleveren.²⁴⁶

Volgens Stevens kan een gedwongen tongzoen aan de hand van de feiten en omstandigheden echter wel worden opgevat als inbreuk op de seksuele integriteit, waardoor het alsnog onder het misdrijf aanranding van de eerbaarheid is te scharen.²⁴⁷ Zoals eerder gebleken, vindt dit in de Belgische rechtspraak geen steun. In een zaak uit 1997 van het Hof van Cassatie waarin een man een vrouw had vastgegrepen, tegen zich aan had getrokken en haar op het gezicht had gekust, vernietigde het Hof van Cassatie de veroordeling door het Hof van Beroep omtrent het misdrijf aanranding van de eerbaarheid.²⁴⁸ Het Hof van Cassatie overwoog dat voor aanranding van de eerbaarheid is vereist dat: ‘het gaat om handelingen met een zekere graad van zwaarwichtigheid, waardoor de seksuele integriteit van een persoon wordt aangetast, zoals deze door het collectief bewustzijn van een bepaalde maatschappij en op een bepaald tijdstip wordt ervaren.’²⁴⁹ Zoenen zonder penetreren van de mond was volgens het Hof van Cassatie niet voldoende ernstig en seksueel van aard om aanranding van de eerbaarheid ten gevolge te hebben. De feiten en omstandigheden van het geval en de ernst van

²⁴³ Stevens 2002, p. 467.

²⁴⁴ Stevens 2002, p. 468.

²⁴⁵ Stevens 2002, p. 468.

²⁴⁶ Stevens 2002, p. 468-469.

²⁴⁷ Stevens 2002, p. 469.

²⁴⁸ Hof van Cassatie 7 januari 1997, *A.J.T* 1998-99, 172 m.nt. Liesbet Stevens.

²⁴⁹ Hof van Cassatie 7 januari 1997, *A.J.T* 1998-99, 172 m.nt. Liesbet Stevens.

de gedragingen zijn verbonden met het delict, waardoor zij een grote rol spelen bij de kwalificatie van aanranding van de eerbaarheid.

Aanranding van de eerbaarheid moet plaats vinden onder geweld of bedreiging. Onder bedreiging wordt in het Belgische strafrecht morele dwang genoemd, welke een nadelige toestand voor het slachtoffer met zich meebrengt. Dit geldt tevens voor nadelige economische toestand van het slachtoffer.²⁵⁰ Tevens kan voyeurisme – het bespieden van een ontblote persoon of personen die seksuele handelingen plegen – leiden tot dwang. Dit komt voort uit het onverhoeds handelen van de dader, waardoor het slachtoffer geen mogelijkheid heeft zich ertegen te verzetten. Het feit dat het slachtoffer niet weet dat hij bespied wordt, heeft als gevolg dat deze zich niet tegen de gedraging kan verzetten. Het zonder medeweten filmen of door een two-way spiegel gluren kunnen daardoor ook leiden tot aanranding van de eerbaarheid.²⁵¹ Dit in tegenstelling tot het Nederlandse strafrecht waar er sprake moet zijn van een ‘interactie’. De voorgenoemde handelingen zijn onder het Nederlandse strafrecht wel als ontuchtig aan te merken, maar omdat er geen sprake is van ‘interactie’ ontbreekt de dwang. Hierdoor kunnen zij niet leiden tot feitelijke aanranding van de eerbaarheid in het Nederlandse strafrecht.²⁵² Daarnaast geldt het ontbreken van de wil bij het slachtoffer als grond om een handeling te kwalificeren als aanranding van de eerbaarheid. Opzet op het delict wordt aanwezig geacht als de dader handelt met de bedoeling om de eerbaarheid aan te tasten.²⁵³ Bewezen moet worden dat de dader ‘het gekwalificeerde gedrag wetens en willens zonder geldige toestemming op of met behulp van het slachtoffer pleegde.’²⁵⁴

Ten slotte geeft artikel 374 Swb de eis dat er van aanranding pas sprake is op het moment er een beging van uitvoering is. Als vast is komen te staan dat de dader opzettelijk de vrije wil van het slachtoffer heeft uitgeschakeld, ondanks dat er nog niet is toegekomen aan de uiteindelijke gedraging, dan is er volgens het Belgische recht sprake van een begin van uitvoering van aanranding. Het is dus al voldoende dat de dader middels geweld of bedreiging het slachtoffer vraagt/dwingt tot het begaan van een handeling. Indien de dader bijvoorbeeld onder bedreiging aan het slachtoffer vraagt zich te ontdoen van de kleding en het slachtoffer weigert, dan is

²⁵⁰ Stevens 2002, p. 474.

²⁵¹ Stevens 2002, p. 475.

²⁵² Zie paragraaf 4.2.2 voor een uitgebreide beschrijving van dit delict in het Nederlandse recht.

²⁵³ Stevens 2002, p. 479.

²⁵⁴ Stevens 2002, p. 481.

er al sprake van aanranding van de eerbaarheid. Er is namelijk een uitvoeringshandeling die een begin van uitvoering vormt voor het misdrijf aanranding van de eerbaarheid.²⁵⁵

De straffen die op het delict aanranding van de eerbaarheid zijn gesteld zijn, evenals bij verkrachting, gebonden aan de leeftijd van het slachtoffer. De straffen variëren van zes maanden tot vijf jaar gevangenisstraf indien het slachtoffer meerderjarig is. In het geval het slachtoffer minderjarig is varieert de straf van vijf jaar tot vijftien jaar gevangenisstraf.

5.3. Engeland en Wales

Het Engelse rechtssysteem vormt een uitzondering met betrekking tot de hiervoor behandelde rechtssystemen van Nederland en België. Het Engelse rechtssysteem is niet onder te brengen onder het continentale rechtssysteem zoals wij dat in Nederland kennen, maar behoort tot de groep van common law-systemen. Een gedraging in het Engelse strafrecht is strafbaar als er bij de dader zowel sprake is geweest van *actus reus* alsmede *mens rea*. Actus reus ziet op de objectieve zijde van het delict, de gedraging. Mens rea ziet op de subjectieve zijde van het delict, de wil van de dader. Onder mens rea vallen de subjectieve elementen van het misdrijf. Voor zedendelicten is slechts de vorm van *intention* ('bewust opzet') van belang (hierover later meer).²⁵⁶

De zedendelicten zijn in het huidige Engelse strafrecht terug te vinden in 'The Sexual Offences Act 2003' (hierna: SOA 2003) welke in werking trad op 1 mei 2004.²⁵⁷ Voor deze tijd was The Sexual Offences Act 1956 (hierna: SOA 1956) in werking. Deze wet was slechts een samenstelling van verschillende wetten welke teruggingen tot het einde van de negentiende eeuw. Hieronder vielen de Offences Against the Person Act 1861 en de Criminal Law Amendment Act 1885. Het voornaamste probleem was dat de strafbaarstellingen afkomstig uit common law en de gecodificeerd strafbaarstellingen een onsamenhangend geheel vormden. Onder SOA 1956 vielen tweehonderd strafbaarstellingen, welke waren verdeeld over ruim vijftig clausules.²⁵⁸ Daarnaast slaagde SOA 1956 er niet in om te voldoen aan de bescherming van de seksuele integriteit in de eenentwintigste eeuw.²⁵⁹ Een ander probleem van SOA 1956 vormde het taalgebruik en de inadequate bescherming van

²⁵⁵ Stevens 2002, p. 471.

²⁵⁶ Naast intention kent het Engelse recht de aansprakelijkheidsfiguren van *recklessness* (een combinatie tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld) en *negligiance* (een combinatie tussen onbewuste schuld en nalaten).

²⁵⁷ Ormerod 2008, p. 671.

²⁵⁸ Stevenson, Davies & Gunn 2004, p. 2.

²⁵⁹ Ormerod 2008, p. 671-672.

individueën. Op sommige plaatsen werd er gebruik gemaakt van ongepast taalgebruik. Een voorbeeld is dat mensen met een achterstand, geestelijke of ziekelijke stoornis werden aangeduid als ‘defectives’ (kapot, gebroken, defect).²⁶⁰ Tevens stonden er (naar huidige maatstaven) onredelijke strafbaarstellingen in SOA 1956, waaronder de strafbaarstelling van seksueel contact tussen homoseksuelen.²⁶¹ SOA 1956 bood niet voldoende bescherming in het kader van de positieve verplichting van een lidstaat tot bescherming van de seksuele integriteit op grond van het EVRM. Uit de positieve verplichting van artikel 3 EVRM blijkt dat een lidstaat effectief op moet treden tegen verkrachting middels toereikende strafbaarstellingen, en bij een beroep hierop ook een effectief onderzoek moet instellen naar de vervolging.²⁶² Het Engelse systeem kon hier niet aan voldoen. Niet alleen in theorie, maar ook in de praktijk bleken de strafbaarstellingen ontoereikend; de vervolgingspercentages in het kader van zedendelicten werden alsmaar lager.²⁶³ Het was dus zowel in Europese context, alsmede ter bescherming van seksuele integriteit in eigen land van belang dat er een wijziging kwam in de huidige situatie. De invoering van SOA 2003 was de meest ingrijpende wijziging in de zedelijkheidswetgeving die het Engelse strafrecht heeft gekend.

SOA 2003 maakt onderscheid tussen enerzijds *rape* (section 1) en anderzijds *assault* welke op zijn beurt wordt onderverdeeld in *assault by penetration* (section 2) en *sexual assault* (section 3). De Engelse zedelijkheidswetgeving, betreffende *rape* en *assault*, kent slechts een tweetal maximumstraffen welke in de wet omschreven zijn. Voor *rape* en *assault by penetration* geldt levenslang als maximum gevangenisstraf. Op *sexual assault* is een maximum van tien jaar gevangenisstraf gesteld. Deze wettelijke strafmaxima geven maar een beperkte houvast aan de rechter om tot een passende straf te komen. Daardoor zijn er aanvullende middelen om tot proportionele en gelijkwaardige straffen te komen. Op de eerste plaats kan de rechter tot een passende straf komen middels het toepassen van case law (jurisprudentie). Daarnaast worden er door the Sentencing Guidelines Council (hierna: SGC) richtlijnen opgesteld en gepubliceerd waar rechters middels een puntensysteem tot een passende straf komen.²⁶⁴ De maximumstraf moet, aldus Ormerod, gereserveerd blijven voor de ergste gedragingen die onder de strafbaarstelling vallen.²⁶⁵ Door zowel alle feiten en omstandigheden van het geval, de richtlijnen en jurisprudentie te bestuderen dienen Engelse rechters uiteindelijk tot een juiste

²⁶⁰ Ormerod 2008, p. 672.

²⁶¹ EHRM 31 juli 2000, nr. 35765/97 (A.D.T. t. Verenigd Koninkrijk).

²⁶² EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98 (M.C. t. Bulgarije).

²⁶³ Ormerod 2008, p. 672.

²⁶⁴ Ormerod 2008, p. 7-8; deze richtlijnen kunnen geraadpleegd worden via www.sentencing-guidelines.gov.uk.

²⁶⁵ Ormerod 2008, p. 7.

strafmaat te komen. Straffen die opgelegd kunnen worden bestaan uit *custodial sentences* (gevangenisstraffen), *community punishments* (vergelijkbaar met de taakstraf uit het Nederlandse strafrecht) en *fines* (geldboetes).

5.3.1. Rape

De grote daling in veroordeling van verdachten wegens verkrachting lag mede ten grondslag aan de invoering van SOA 2003. Waar de veroordeling in 1985 nog op 25% lag, daalde dit naar 7% in 2000. Volgens een schatting werd in het jaar 1999 slechts van één op de zeven verkrachtingen – van de geschatte 61.000 in dat jaar – aangifte gedaan. Slechts één op de dertien aangiftes – van de 9.008 aangiftes in dat jaar – resulteerde in een veroordeling. Deze zorgwekkende cijfers illustreerden de moeilijkheden betreffende de vervolging op grond van SOA 1956 en de lage mate van vertrouwen van de bevolking in de opsporing en vervolging van verkrachting.²⁶⁶ Het delict verkrachting werd in 1861 opgenomen als ‘statutory crime’ in de Offences Against the Person Act 1861. In deze wet werd alleen de strafbaarstelling van het delict verkrachting genoemd, zonder daarbij nader te specificeren met de volgende bewoording: ‘it’s a felony for a man to rape a woman.’ Bij de invoering van SOA 1956 bleef de delictomschrijving van verkrachting ongewijzigd in section 1, waardoor de invulling alsnog door de jury per geval moest worden bepaald. In 1976 werd echter door the Parliament aan section 1 toegevoegd dat er sprake moest zijn van handelen tegen de wil van het slachtoffer.²⁶⁷ Vervolgens werd naar aanleiding van de zaak *R v R* in 1993, verkrachting binnen het huwelijk door The House of Lords strafbaar gesteld.²⁶⁸ In 1994 werd section 1 SOA 1956 uitgebreid door penetratie van de anus met de penis onder verkrachting te scharen en ook mannen aan te merken als slachtoffers van verkrachting. Uiteindelijk werd de volledige SOA 1956 op de schop genomen, wat resulteerde in de huidige SOA 2003.²⁶⁹

De huidige strafbaarstelling van het delict *rape* is te vinden in section 1 SOA 2003 en luidt als volgt:

Section 1. Rape

- (1) A person (A) commits an offence if—
(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B)

²⁶⁶ Stevenson, Davies & Gunn 2004, p. 31.

²⁶⁷ Stevenson, Davies & Gunn 2004, p. 32.

²⁶⁸ *R v R* [1993] 1 ALL ER 747.

²⁶⁹ Stevenson, Davies & Gunn 2004, p. 32-33.

with his penis,

(b) B does not consent to the penetration, and

(c) A does not reasonably believe that B consents.

- (2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.
- (3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.
- (4) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

Uit section 1(1) komt naar voren dat er sprake moet zijn van opzet ‘intention’ bij de dader gericht op het binnendringen van de vagina, anus of mond met de penis. Section 79 (9) SOA 2003 stelt de vulva gelijk met de vagina, waardoor ‘volledig’ binnendringen niet vereist is. Bij het binnendringen van de vagina gaat het er niet om dat het slachtoffer als vrouw is geboren. Section 79 (3) SOA 2003 stelt namelijk alle lichaamsdelen die tot stand zijn gekomen middels chirurgische ingrepen gelijk met aangeboren lichaamsdelen. Deze bepaling ziet met name op transgenders die een chirurgische ingreep hebben ondergaan, waardoor zij ook dader of slachtoffer kunnen zijn van verkrachting. Het binnendringen kan alleen geschieden middels de penis. Verkrachting onder het Engelse recht is daarmee alleen strafbaar voor het binnendringen van het lichaam (vagina, anus of mond) met de penis. De achterliggende gedachte van deze ‘discriminerende’ bepaling is dat het binnendringen met de penis een ernstigere handeling is, omdat het kan leiden tot zwangerschap en seksueel overdraagbare aandoeningen.²⁷⁰ Alleen intention op het binnendringen kan leiden tot verkrachting. De mogelijkheid om de aansprakelijkheidsfiguur van recklessness toe te passen wordt daardoor uitgesloten.²⁷¹ Intention kan afgeleid worden uit de omstandigheden ten tijde van de gedraging. Wanneer de dader het slachtoffer op de grond duwt, haar kleren verwijdert en probeert het lichaam binnen te dringen – ook al is hij hier niet toe in staat – dan leidt dit tot het aanwezig achten van intention. Intention kan echter al bewezen worden als er bij de dader sprake is van een erectie, deze zijn wil kenbaar heeft gemaakt tegen derden, avances richting het slachtoffer heeft gemaakt of een verklaring af heeft gelegd waarin gezegd is dat hij uit was op geslachtsgemeenschap.²⁷²

²⁷⁰ Ormerod 2008, p. 695.

²⁷¹ Ormerod 2008, p. 698.

²⁷² Stevenson, Davies & Gunn 2004, p. 34.

Naast intention, moet de gedraging tegen de wil van het slachtoffer in hebben plaatsgevonden ‘not consent’. Problematisch is het echter wanneer drank en drugs aan de orde komen. In de zaak *R v Bree* is door the Court of Appeal bepaald dat het hebben van geslachtsgemeenschap in het geval er sprake is van alcohol, niet automatisch leidt tot strafbaarheid van de verdachte. Dit verandert echter wanneer er sprake is van alcohol intoxicatie, waarbij de wilsvrijheid van het slachtoffer problematisch wordt.²⁷³ Volgens section 74 SOA 2003 is er sprake van ‘consent’ als iemand akkoord gaat met de handeling en dit vanuit wilsvrijheid is ontstaan. In zijn algemeenheid is er geen sprake van consent als het slachtoffer niet bij bewustzijn, gedrogeerd of ontvoerd is. Tevens wordt de wilsvrijheid geacht te zijn ontbroken als de dader geweld heeft uitgeoefend op het slachtoffer.²⁷⁴ Section 75 en 76 SOA 2003 geeft nadere invulling over wel of geen consent. Naast de eis dat de gedraging tegen de wil van het slachtoffer in moet zijn, dient de dader ook op de hoogte te zijn van deze ‘ontbrekende’ wil. Wanneer de jury moet beslissing of de dader op de hoogte was van het ontbreken van de wil bij het slachtoffer dient zij, blijkens section 1 (1) (c) SOA 2003, alle omstandigheden van het geval erbij te betrekken. De verdachte zal in zijn verweer aan moeten tonen dat hij, in alle redelijkheid, niet op de hoogte was van het ontbreken van de wil.

Verkrachting wordt onder het Engelse recht als het meest ernstige misdrijf tegen de zeden bestempeld. Dit blijkt niet alleen uit de plaatsing van het delict *rape* als section 1 in the Sexual Offences Act 2003, maar tevens uit de strafmaat die door rechters kan worden toegepast. Vanwege de ernst van het delict verkrachting, bedraagt de maximumgevangenisstraf levenslang. Door SGC is een richtlijn opgesteld welke onlangs op 1 april 2014 in werking is getreden.²⁷⁵ In de richtlijn wordt door SGC een gevangenisstraf, afhankelijk van de omstandigheden waaronder het delict is gepleegd, tussen de vier en negentien jaar gesteld.²⁷⁶ Wanneer een dader recidiveert, zonder aanwezigheid van bijzondere factoren zoals een geestelijke stoornis ten tijde van het plegen, dient er vanuit het risico dat deze persoon voor de staat brengt een levenslange gevangenisstraf te volgen.²⁷⁷

5.3.2. Assault by penetration

Voor de invoering van het delict *assault by penetration* bevatte SOA 1956 het delict indecent assault. De strafbaarstelling van dit delict dekte gedragingen uit de eenentwintigste eeuw niet.

²⁷³ *R v Bree* [2007] EWCA Crim 256, Court of Appeal.

²⁷⁴ Stevenson, Davies & Gunn 2004, p. 35.

²⁷⁵ Sentencing Counsel 2014.

²⁷⁶ Sentencing Counsel 2014, p. 9-12.

²⁷⁷ Stevenson, Davies & Gunn 2004, p. 39.

Zo werd er bijvoorbeeld geen rekening gehouden met het binnendringen van het lichaam middels objecten.²⁷⁸ Naast het binnendringen van het lichaam met de penis, kent het huidige Engelse strafrecht een strafbaarstelling voor het binnendringen van het lichaam op andere wijzen welke uiteengezet zijn in section 2 (1) (a) SOA 2003. Deze strafbare gedraging komt na het delict ‘rape’ en is gezien de ernst van de gedraging tweede in rang. Ondanks dat het tweede in rang is, is de strafbedreiging van dezelfde hoogte. De strafbaarstelling van het delict ‘assault by penetration’ uit section 2 SOA 2003 luidt als volgt:

Section 2. Assault by penetration

- (1) A person (A) commits an offence if—
 - (a) he intentionally penetrates the vagina or anus of another person (B) with a part of his body or anything else,
 - (b) the penetration is sexual,
 - (c) B does not consent to the penetration, and
 - (d) A does not reasonably believe that B consents.
- (2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.
- (3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.
- (4) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

In tegenstelling tot het delict *rape*, is *sexual assault* strafbaar indien het binnendringen plaatsvindt in de vagina of anus van het slachtoffer. Voor het delict *sexual assault* is tevens intention – zoals eerder bij het delict *rape* besproken – vereist. Het binnendringen moet plaatsvinden met een deel van het lichaam van de dader zelf (‘part of his body’) – welke evenals bij het delict *rape* kan bestaan uit chirurgisch geconstrueerde lichaamsdelen of protheses – of enig ander object (‘anything else’). The Sexual Offences Act 2003 specificeert niet wat moet worden verstaan onder het begrip ‘anything else’. In Stevenson, Davies en Gunn wordt betoogd dat alle fysieke objecten en in het uiterste geval zelfs kleine dieren zoals hamsters onder de bepaling zijn te scharen.²⁷⁹ Vanwege de vage term anything else, hoeft het niet nader gespecificeerd te worden waarmee er binnen is gedrongen. Dit zou namelijk problemen op kunnen leveren in gevallen waarin het slachtoffer aan geheugenverlies leidt, geblijnddoekt of gedrogeerd is. Naast de eis dat er sprake moet zijn van binnendringen, moet

²⁷⁸ Stevenson, Davies & Gunn 2004, p. 39.

²⁷⁹ Stevenson, Davies & Gunn 2004, p. 40.

het binnendringen een seksuele strekking hebben ('sexual'). Section 78 SOA 2003 geeft een definitie van het bestanddeel 'sexual'. Het binnendringen heeft een seksuele strekking als het voor de gemiddelde persoon uit de aard van de gedraging blijkt 'it is because of its nature sexual',²⁸⁰ dan wel uit de omstandigheden van het geval of de bedoeling van de dader naar voren komt 'circumstances or the purpose (...) it is sexual' en het een seksuele strekking *kan* hebben 'may be sexual'.²⁸¹ Dit is een erg ruime definitie waar veel gedragingen onder geschaard kunnen worden. Penetratie middels de penis leidt echter tot *rape*. De aard van het object waarmee is binnengedrongen maakt geen verschil omtrent de kwalificatie van het bestanddeel sexual. Een object dat vanuit de aard een niet-seksuele strekking heeft, kan evengoed leiden tot binnendringen met een seksuele strekking.²⁸² Het gevolg hiervan is dat vrijwel alle vormen van binnendringen onder de noemer van 'sexual' *kunnen* vallen, afgezien van de gedragingen die in het kader van medisch onderzoek, behandeling of lichamelijk onderzoek door de politie of douane plaatsvinden.²⁸³ Problemen die kunnen ontstaan hebben betrekking op verweren van verdachten waarin wordt gesteld dat het binnendringen gericht was op het toebrengen van letsel, waardoor het dus geen seksuele strekking zou hebben. Het is uiteindelijk de jury die aan de hand van de omstandigheden van het geval moet beslissen of er sprake is van binnendringen met een seksuele strekking.²⁸⁴ Daarnaast dient, evenals bij het delict *rape*, er geen wilsovereenstemming te zijn bij het slachtoffer en moet de dader hiervan op de hoogte te zijn. De eerder besproken section 75 en 76 SOA 2003 zijn ook hier van toepassing.

Vanwege het feit dat het geforceerd binnendringen met enig object evenveel, al dan niet meer, fysieke en mentale schade bij het slachtoffer veroorzaakt dan verkrachting, is de maximaal op te leggen straf gelijkgetrokken met dat van het delict *rape*.²⁸⁵ In de richtlijn worden door SGC verschillende straffen voorgesteld die uiteenlopen van een 'community order' tot een gevangenisstraf van ten hoogste negentien jaar en onder verzwarende omstandigheden zelfs levenslang.²⁸⁶ Dit in tegenstelling tot het delict *rape* waar een 'community order' niet tot de mogelijkheden behoort. De omstandigheden van het geval spelen een belangrijke rol bij de op te leggen straf door de rechter.

²⁸⁰ Section 78 (a) Sexual Offences Act 2003.

²⁸¹ Section 78 (b) Sexual Offences Act 2003.

²⁸² Stevenson, Davies & Gunn 2004, p. 41.

²⁸³ Stevenson, Davies & Gunn 2004, p. 41.

²⁸⁴ Stevenson, Davies & Gunn 2004, p. 41-42.

²⁸⁵ Stevenson, Davies & Gunn 2004, p. 39.

²⁸⁶ Sentencing Counsel 2014, p. 13-16.

5.3.3. Sexual assault

Sexual assault is een delict dat werd ingevoerd door SOA 2003. Voor deze tijd werden gedragingen waarbij het lichaam niet werd binnengedrongen, maar er wel sprake was van een inbreuk op de lichamelijke integriteit, onder het delict indecent assault uit SOA 1956 geschaard. Het probleem onder SOA 1956 was echter dat er op de eerste plaats bewezen moest worden dat er sprake was van een onzedelijke gedraging, en dat de dader ook opzet had op deze gedraging. Dit leverde geen problemen op in de gevallen waarin geslachtsdelen werden betast, maar het wierp vragen op bij bijvoorbeeld aanraking van billen en borsten en het kussen van een persoon. Het was daardoor noodzakelijk om ook op dit gebied nader te specificeren, wat uiteindelijk leidde tot het invoeren van een nieuwe strafbaarstelling in SOA 2003 genaamd ‘*sexual assault*’. Het begrip assault in de huidige strafbaarstelling van *sexual assault* wijst op aanranding (‘battery’).²⁸⁷

De ‘lichtste’ vorm van seksueel geweld bevindt zich in section 3 SOA 2003 en luidt als volgt:

Section 3. Sexual assault

- (1) A person (A) commits an offence if—
 - (a) he intentionally touches another person (B),
 - (b) the touching is sexual,
 - (c) B does not consent to the touching, and
 - (d) A does not reasonably believe that B consents.
- (2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.
- (3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.
- (4) A person guilty of an offence under this section is liable—
 - (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;
 - (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years.

In de gevallen waarin ‘*sexual assault*’ ten laste wordt gelegd is er geen sprake meer van binnendringen van het lichaam, maar wordt ‘slechts’ het aanraken met een seksuele strekking strafbaar gesteld. Uit section 3 (1) (a) SOA 2003 komt naar voren dat voor een strafbare aanraking (‘touching’), evenals bij *rape* en *sexual assault*, ‘intention’ is vereist. Recklessness wordt daardoor uitgesloten, maar volgens Simester en Sullivan levert dit geen problemen op

²⁸⁷ Stevenson, Davies & Gunn 2004, p. 42-43.

met de bewezenverklaring aangezien *sexual assault* vrijwel altijd opzettelijk plaatsvindt. Problemen omtrent intoxicatie daargelaten.²⁸⁸ Section 79 (8) SOA 2003 specificeert het begrip ‘touching’ (aanraking). Aanraking kan plaatsvinden met elk deel van het lichaam ‘with any part of the body’, met al het overige ‘with anything’ en door al het overige ‘through anything’. Daarnaast moet de aanraking ‘sexual’ van aard zijn. Indien de onzedelijke aard niet kenbaar is voor buitenstaanders (‘secret’) – dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een fetisj – dient er aan een aantal vragen getoetst te worden, welke door the House of Lords in de zaak *Court* tot stand zijn gebracht. Of de omstandigheden van het geval als onzedelijk geacht kunnen worden, kan bepaald worden aan de hand van de volgende criteria. (I) ‘would the reasonable observer think the assault was inherently descent?’ hiervan is bijvoorbeeld sprake bij het aanraken van iemand zijn voeten of haren, dit leidt niet tot een onzedelijke gedraging. (II) ‘are the circumstances surrounding the assault sufficiently unambiguous as to make it clear that the assault was in fact inherently descent?’ Dit stemt overeen met de criteria uit section 78 (a) SOA 2003. Het aanraken van het geslachtsorgaan zou leiden tot een onzedelijke aanraking. (III) ‘if the circumstances are not sufficiently unambiguous does the position become clear once’s D’s (verdachte) proper intent is known?’ Het gaat erom dat de bedoeling van de dader onzedelijk was, zoals ook naar voren komt in section 78 (b) SOA 2003. Indien dit zo is, dan heeft de gedraging een onzedelijk karakter.²⁸⁹ Dit betekent dat, wanneer de verdachte bekend maakt dat hij een fetisj heeft, een ogenschijnlijk ‘neutrale’ gedraging ineens seksueel van aard kan worden.

Een ander goed voorbeeld geeft de zaak *R v Naveed Tabassum*.²⁹⁰ In deze zaak had de verdachte een aantal vrouwen gevraagd om mee te werken aan een borstkankeronderzoek. De deelnemers hadden een verkeerde inschatting gemaakt omtrent de medische kwalificatie van de verdachte, waardoor zij het zelfonderzoek overlieten aan de verdachte. Er was in casu geen sprake van een seksueel motief bij de verdachte, maar volgens the Court of Appeal heeft het aanraken van de borsten een seksueel karakter waardoor het seksueel motief niet bewezen hoefde te worden. Opzet op de seksuele strekking van de gedraging hoeft dus niet bewezen te worden, maar alleen opzet op de gedraging ‘touching’.²⁹¹

²⁸⁸ Simester e.a. 2013, p. 481-482.

²⁸⁹ Stevenson, Davies & Gunn 2004, p. 44.

²⁹⁰ *R v Naveed Tabassum* [2000] 2 Cr App R 328.

²⁹¹ Stevenson, Davies & Gunn 2004, p. 45.

Het is niet van belang dat de handeling een vijandig karakter draagt. Zowel Ormerod als mede Stevenson, Davies & Gunn merken op dat het geven van een kus en het strelen van iemands lichaam door de kleding aan te raken, kunnen leiden tot *sexual assault*.²⁹² Indien de aanraking niet seksueel van aard is, Ormerod geeft hierbij de voorbeelden van het aanraken van het lichaam tijdens het fouilleren of een rugbyspeler die tijdens een wedstrijd tussen de benen van een rivaal grijpt, dan is er geen sprake van een ‘touching’ in strafrechtelijke zin.²⁹³ Ten slotte dient evenals bij de delicten *rape* en *assault by penetration*, het slachtoffer niet in te stemmen met de handeling en moet de dader hier weet van hebben.

Section 3 (4) geeft, als uitzondering op section 1 en 2, een strafmaat weer. De straffen die opgelegd kunnen worden bestaan, in het geval van ‘summary conviction’ (een rechterlijke uitspraak zonder jury, welke plaatsvindt in de *Magistrates Court*) uit maximaal zes maanden gevangenisstraf of een geldboete. Indien de verdachte veroordeeld wordt bij ‘indictment’ (schuldig bevonden door een jury, welke plaatsvindt in de *Crown Court*) kan er een maximale gevangenisstraf van tien jaar worden opgelegd. In de richtlijn wordt door SGC ook nog de mogelijkheid tot het uitvoeren van een community order naar voren gebracht.²⁹⁴

5.4. Overeenkomsten, verschillen en mogelijkheden

Nu er in de voorgaande paragrafen uitgebreid stil is gestaan bij de delicten verkrachting en aanranding in Nederland, België en Engeland, wordt er op dit punt op de eerste plaats gekeken naar de overeenkomsten en verschillen. Vervolgens worden aan de hand van dit kort rechtsvergelijkend onderzoek de mogelijkheden voor het Nederlandse systeem besproken.

5.4.1. Overeenkomsten en verschillen: België

In zowel België als Nederland wordt er een tweedeling gemaakt tussen verkrachting enerzijds en aanranding anderzijds. In beide landen wordt verkrachting als de ernstigste inbreuk op de lichamelijke integriteit beschouwd. De ratio in zowel het Nederlandse als Belgische strafrecht achter het delict verkrachting is bescherming van de seksuele zelfbeschikking. Dit werd in België door het parlement bij de voorbereiding van de huidige wetgeving genoemd, evenals in Nederland door de Commissie Melai in het eindrapport uit 1980 en door toenmalig minister van Justitie Korthals Altes bij de memorie van toelichting bijhorende de wijziging van de zedelijkheidswetgeving.

²⁹² Ormerod 2008, p. 704; Stevenson, Davies & Gunn 2004, p. 43.

²⁹³ Ormerod 2008, p. 704.

²⁹⁴ Sentencing Counsel 2014, p. 17-20.

De Nederlandse delictsomschrijving van verkrachting bevat het ‘vage’ bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam. De Belgische delictsomschrijving van verkrachting omvat een soortgelijk vaag bestanddeel namelijk ‘daad van seksuele penetratie’. De delictsomschrijving van artikel 375 Swb concretiseert dit bestanddeel door hieraan de woorden ‘van welke aard en met welk middel ook’ toe te voegen. In de Nederlandse delictsomschrijving ontbreekt een dergelijke concretisering, waardoor dit tot veel jurisprudentie betreffende de invulling van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam heeft geleid. In beide delictsomschrijvingen is dwang – waaruit opzet is af te leiden – als bestanddeel opgenomen. De delictsomschrijving in beide landen is erg conceptueel van aard. De Belgische delictsomschrijving geeft wat meer houvast, maar geeft verder geen specifieke vormen of manieren van binnendringen met een seksuele strekking aan. Het is uiteindelijk de rechtspraak die invulling moet geven aan de bestanddelen in beide rechtsordes.

Om te bepalen of een gedraging ook daadwerkelijk een seksuele strekking heeft, moet er zowel in het Nederlandse alsmede het Belgische strafrecht gekeken worden naar de maatschappelijke opvatting omtrent de uitgevoerde handeling. In het Nederlandse strafrecht is door de Hoge Raad bepaald dat de bedoeling van de uitvoerder bij de gedraging en het ondervinden van de gedraging niet doorslaggevend is om te bepalen of er sprake is van een seksuele strekking, maar speelt de maatschappelijke opvatting een grotere rol.²⁹⁵ Het Belgische parlement noemde bij de totstandkoming van de huidige delictsomschrijving een vergelijkbare opvatting.²⁹⁶

Waar het Nederlandse strafrecht tot vandaag de dag een gedwongen tongzoen aanmerkt als seksueel binnendringen van het lichaam, werd door het Belgische parlement bij de totstandkoming van het huidige artikel 375 Swb de seksuele strekking van penetratie middels een tongzoen al voorzichtig ontkend. Dit werd in 1998 door het Hof van Beroep te Brussel bevestigd.²⁹⁷ Het hof bepaalde dat indien het seksuele karakter van de tongzoen niet bewezen kan worden, deze vorm van penetratie in de mond noch verkrachting noch aanranding oplevert. Dit vormt een groot verschil tussen beide rechtsordes. Dit verschil is te verklaren door de (parlementaire)opvatting omtrent het karakter van de tongzoen. Waar er in België al tijdens de voorbereiding van het huidige verkrachtingsartikel werd gesproken over het niet

²⁹⁵ HR 2 mei 1995, *NJ* 1995, 583.

²⁹⁶ Zie hiervoor paragraaf 4.2.1.

²⁹⁷ Hof van Beroep Brussel 8 april 1998, *R.W.* 1998-99, p. 505 m.nt. Armand Vandeplas.

gelijkstellen van een tongzoen met seksuele penetratie, werd er in Nederland bij de voorbereiding van het huidige verkrachtingsartikel gesproken over het gelijkstellen van alle vormen van het binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking met verkrachting. De Hoge Raad sluit vandaag de dag wel de kwalificatie van een gedwongen tongzoen als verkrachting uit, maar blijft deze gedraging wel aanmerken als seksueel binnendringen van het lichaam. Mijns inziens is hiermee – zoals eerder betoogd in paragraaf 4.3 – voorkomen dat het seksuele karakter aan de tongzoen wordt ontnomen, waardoor het moeilijker zou worden om een gedwongen tongzoen automatisch onder het delict feitelijke aanranding van de eerbaarheid te brengen. Het moet hier immers gaan om een handeling met een seksueel karakter.

In zowel het Nederlandse alsmede het Belgische strafrecht wordt het delict verkrachting als ‘zeer ernstige’ inbreuk op de lichamelijke integriteit beschouwd. Toch verschilt de strafmaat in beide landen erg van elkaar. Waar de maximale gevangenisstraf in het Nederlandse strafrecht voor het delict verkrachting – inclusief het plegen onder verzwarende omstandigheden – waarbij het slachtoffer meerderjarig is varieert van ten hoogste twaalf jaar tot achttien jaar, is dit in het Belgische strafrecht tussen de vijf en tien jaar. Een groot verschil in strafmaat bevindt zich bij de leeftijd van het slachtoffer. In het Belgische strafrecht is de maximale gevangenisstraf, in gevallen het een volwassen slachtoffer betreft, vijf tot tien jaar. Indien het een minderjarige betreft variëren de maximale gevangenisstraffen van tien jaar bij minderjarige slachtoffers boven de zestien jaar tot maximaal dertig jaar indien er sprake is geweest van verkrachting met behulp van geweld op een kind jonger dan tien jaar. Verkrachting van minderjarigen wordt hierdoor onder het Belgische strafrecht, gezien de strafmaat, als ernstiger beschouwd. Onder het Nederlandse strafrecht blijven de maximum straffen gelijk, ongeacht de leeftijd van het slachtoffer. Waar het Nederlandse strafrecht spreekt van een maximum gevangenisstraf en er geen wettelijk minimum wordt vermeld, geeft het Belgische strafrecht wel een wettelijke minimumgevangenisstraf aan.

5.4.2. Overeenkomsten en verschillen: Engeland en Wales

De zedelijkheidswetgeving is in het Engelse strafrecht geregeld in SOA 2003. De strafbaarstellingen van *rape*, *assault by penetration* en *sexual assault* zijn meer mechanisch van aard. In de delictsomschrijvingen zijn namelijk omschrijvingen en opsommingen opgenomen van voorwerpen en lichaamsdelen. Verder geeft SOA 2003 in section 74 aan wanneer er sprake is van consent. Daarnaast wordt het bestanddeel ‘sexual’ uiteengezet in

section 78 SOA 2003 en wordt er niet met vage bestanddelen zoals ‘seksueel binnendringen van het lichaam’ of ‘ontuchtige handeling’ uit het Nederlandse strafrecht gewerkt. Deze meer mechanische definities uit het Engelse Strafrecht zijn te verklaren door het feit dat wanneer er sprake is van ‘statutory offences’ (zoals de delicten uit SOA 2003) deze zo restrictief mogelijk geïnterpreteerd moeten worden.²⁹⁸ Dit in tegenstelling tot het Nederlandse strafrecht waar een extensieve uitleg tot de mogelijkheden behoort zoals naar voren is gekomen in paragraaf 3.2.

Een verschil tussen beide rechtsordes is dat in Nederland opzet bij de zedendelicten is vereist, waaronder ook voorwaardelijk opzet wordt verstaan. In Engeland is echter intention (bewust opzet) noodzakelijk. De strafrechtelijke aansprakelijkheidsfiguur van recklessness is niet van toepassing op zedendelicten uit SOA 2003. Dit levert onder het Engelse strafrecht echter geen problemen op, omdat er al vrij snel sprake is van intention. Intention kan bijvoorbeeld al afgeleid worden uit het feit dat de dader een erectie heeft of deze zijn wil kenbaar heeft gemaakt.

Er is van verkrachting slechts sprake als er penetratie van de vagina, anus of mond middels de penis heeft plaatsgevonden. Dit in tegenstelling tot het Nederlandse artikel 242 Sr waarin alle vormen van binnendringen in het lichaam met een seksuele strekking (uitgezonderd de gedwongen tongzoen) onder het delict verkrachting zijn onder te brengen. Dit verschil wordt verklaard door het feit dat penetratie met de penis in het Engels strafrecht als ernstiger wordt bestempeld. De achterliggende gedachte is namelijk dat het kan leiden tot zwangerschap en seksueel overdraagbare aandoeningen. Dit in tegenstelling tot het Nederlandse strafrecht waar door zowel de Commissie-Melai in het eindrapport uit 1980 als toenmalig minister van Justitie Hirsch Ballin deze handelingen – waarbij het lichaam binnen is gedrongen met een seksuele strekking – worden bestempeld als even ernstig of al dan niet ernstiger dan de vorm waarin slechts penetratie middels de penis plaatsvindt. Andere handelingen waarmee de vagina of anus worden binnengedrongen zijn in het Engelse strafrecht ondergebracht onder de strafbaarstelling van *assault by penetration*. Hierbij dient bewezen te worden dat de handeling een seksueel karakter draagt. Evenals onder het Nederlandse strafrecht speelt de maatschappelijke opvatting een belangrijke rol bij de invulling van het bestanddeel sexual. Indien er bij de dader de seksuele bedoeling achter de gedraging ontbrak, dan kan dit – in

²⁹⁸ Ormerod 2008, p. 20.

tegenstelling tot het Nederlandse strafrecht waar dit niet per definitie doorslaggevend is –²⁹⁹ leiden tot vrijspraak, maar dit hoeft niet. Dit verschil is te wijten aan het feit dat in het Engelse strafrecht het namelijk de jury is die aan de hand van de omstandigheden van het geval moet beslissen of er sprake was van een seksuele strekking.

Een gedwongen tongzoen is onder het Engelse strafrecht noch onder *rape* noch onder *assault by penetration* te brengen. Dit is te verklaren aan de hand van de ernst van deze twee delicten. In beide strafbaarstellingen gaat het om zware inbreuken op de lichamelijke integriteit. Daardoor is de maximumstraf op beide delicten ook gelijkgetrokken. De lichtere inbreuken – waaronder de gedwongen tongzoen – kunnen ondergebracht worden onder het delict *sexual assault* (vergelijkbaar met de Nederlandse strafbaarstelling van aanranding). Seksueel binnendringen is niet vereist, maar slechts een aanraking is voldoende. Een groot verschil vormt het feit dat er slechts sprake is van *sexual assault* als er een aanraking heeft plaatsgevonden. In Nederland is dit geen vereiste, interactie tussen verdachte en slachtoffer is voldoende (bijvoorbeeld iemand dwingen zichzelf uit te kleden).³⁰⁰

Op het gebied van bestraffing vertonen het Engelse en Nederlandse rechtssysteem gelijkenissen betreffende de zwaarte van de op te leggen straf. De hoogte van de maximum op te leggen gevangenisstraf wijkt echter af. Op de delicten *rape* en *assault by penetration* is een maximum gevangenisstraf gesteld van levenslang. In de praktijk wordt in de richtlijn – uitgevaardigd door SGC – een gevangenisstraf van maximaal negentien jaar gesteld indien er geen sprake is van recidive. Deze straffen zijn hoger dan het maximum van twaalf jaar gevangenisstraf (bij verzwaarde omstandigheden ten hoogste achttien jaar) welke in Nederland op het delict verkrachting is gesteld, maar de straffen behoren in beide rechtssystemen wel tot de bovenste categorie wat betreft de zwaarte van de straf.

5.4.3. Mogelijkheden voor het Nederlandse systeem

De Nederlandse delictsomschrijvingen van verkrachting uit artikel 242 Sr en feitelijke aanranding uit artikel 246 Sr zijn allebei conceptueel van aard. Hierdoor vertonen zij vage bestanddelen zoals ‘seksueel binnendringen van het lichaam’ en ‘ontuchtige handelingen’. De wetgever dwingt daarmee de rechter om invulling te geven aan deze bestanddelen. In hoofdstuk 3 is duidelijk geworden dat de invulling van het bestanddeel seksueel

²⁹⁹ HR 2 mei 1995, *NJ* 1995, 583.

³⁰⁰ HR 20 januari 1998, *NJ* 1998, 336.

binnendringen van het lichaam een lange geschiedenis kent. In de literatuur is er dan ook veel kritiek geuit op de manier waarop de delictsomschrijving van artikel 242 Sr tot stand is gekomen en de manier waarop deze door de rechtspraak is ingevuld. Hierbij verwijs ik voornamelijk naar de gedwongen tongzoenproblematiek. Al sinds de wijziging van de zedelijkheidswetgeving in 1991 wordt er door de Hoge Raad getracht invulling te geven aan het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam. Op dit moment zijn we zelfs op het punt aangekomen dat de Hoge Raad handelingen wel als seksueel binnendringen van het lichaam aanmerkt, maar dit niet kwalificeert als verkrachting omdat het onder andere niet gelijk valt te trekken met hetgeen er in de maatschappij wordt verstaan onder verkrachting (zie paragraaf 3.4). Mijns inziens laat dit zien dat zelf de rechtspraak het probleem niet in voldoende mate kan oplossen.

Een mogelijkheid zou een wijziging of zelf herziening van de delicten waarin het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam is opgenomen inhouden. Uit het korte rechtsvergelijkend onderzoek in paragraaf 5.4.1 en 5.4.2 zijn mogelijkheden naar voren gekomen voor de verduidelijking van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam. De indeling van de Engelse zedenmisdrijven biedt hier mogelijkheden voor het Nederlandse systeem. Waar de Nederlandse delictsomschrijvingen van de zedenmisdrijven conceptueel van aard zijn, zijn de delictsomschrijvingen van de zedendelicten in het Engelse strafrecht meer mechanisch van aard. Waar het Nederlandse strafrecht slechts een tweedeling kent tussen verkrachting enerzijds en aanranding anderzijds, biedt het Engelse strafrecht een driedeling. In deze driedeling worden *rape* (binnendringen van het lichaam met de penis) en *assault by penetration* (seksueel binnendringen in de vagina of anus met welke middelen dan ook) als zwaarste inbreuken op de lichamelijke integriteit beschouwd. Het delict *sexual assault* biedt de mogelijkheid om lichtere inbreuken op de lichamelijke integriteit – waaronder een gedwongen tongzoen – te vervolgen. Een soortgelijke driedeling zou mijns inziens een goede mogelijkheid voor het Nederlandse systeem zijn. Hierdoor wordt de ernst van het seksueel binnendringen van het lichaam behouden, maar worden andere handelingen dan binnendringen van het lichaam met de penis onder een andere term dan verkrachting geschaard. Het is echter de vraag of het wenselijk is om alleen penetratie met de penis aan te merken als verkrachting. De maatschappij zal mijns inziens een ruimer opvattingen hebben omtrent het delict verkrachting, dan alleen penetratie met de penis. De strafmaat is echter voor beide delicten hetzelfde, waardoor het seksueel binnendringen van het lichaam zijn ‘ernstig’ karakter behoudt. De vraag rijst of het voor het slachtoffer verschil maakt of de dader die het

lichaam van het slachtoffer op een andere wijze dan met de penis is binnengedrongen niet wordt veroordeeld voor verkrachting, maar voor *assault by penetration*. De strafmaat is immers hetzelfde. Het probleem dat hierbij kan rijzen bevindt zich in de beleving door het slachtoffer. Het slachtoffer kan zich door de gedraging van de dader ‘verkracht’ voelen. De dader wordt niet veroordeeld voor verkrachting, maar voor *assault by penetration* (vrij vertaald als aanranding door penetratie). Dit kan een gevoel van onrecht bij het slachtoffer oproepen. Deze ‘voelt’ zich namelijk verkracht, maar de kwalificatie van de gedraging van de dader stelt iets anders.

Anderzijds, heeft een minder zware kwalificatie dan verkrachting – in gevallen waarbij er wel sprake is van seksueel binnendringen van het lichaam, maar dit niet het gevolg is van binnendringen met de penis – minder verstekkende gevolgen voor de toekomst van de dader. In de justitiële documentatie wordt namelijk geen melding gemaakt van verkrachting, maar van een benaming in de trant van *assault by penetration*. Wanneer er door mij persoonlijk aan het begrip verkrachting wordt gedacht, denk ik aan ‘klassieke’ situaties waarbij iemand – in een donkere steeg of op een afgelegen pad – door een ander is belaagd en vervolgens is gedwongen tot het hebben van geslachtsgemeenschap. Door deze driedeling wordt mijns inziens ook een betere invulling aan de problematiek van de gedwongen tongzoen gegeven. Deze zou namelijk automatisch onder de strekking van het Engelse delict *sexual assault* te brengen zijn. Problemen hierbij zijn echter wel dat bewezen zal moeten worden dat de gedwongen tongzoen een ‘seksuele’ lading had. Dit probleem zou ook ontstaan wanneer de Hoge Raad de gedwongen tongzoen niet meer als seksueel binnendringen van het lichaam zou aanmerken, zoals voorgesteld is door Keijzer in zijn annotatie bij HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 438 (zie hiervoor paragraaf 4.3).

Ten slotte benadruk ik dat mijn hiervoor genoemde gedachtegang overeenstemt met de gedachtegang van de Commissie-Melai, toenmalig minister van Justitie Korthals Altes alsmede toenmalig minister van Justitie Hirsch Ballin die allen stelden dat andere vormen van seksueel contact die voor het slachtoffer als even kwetsend kunnen zijn als geslachtsgemeenschap waaronder oraal of anaal binnendringen van het lichaam gelijk gesteld zouden moeten worden met verkrachting. De tweedeling tussen *rape* enerzijds en *assault by penetration* anderzijds, doet geen afbreuk aan de ernst van beide gedragingen. Het verschil bevindt zich slechts in de kwalificatie van de gedraging. De strafmaat op beide delicten zal namelijk gelijk moeten zijn, waardoor de ernst van de gedragingen wordt gelijkgetrokken.

5.5. Uitleiding

In dit hoofdstuk is uiteengezet hoe de afgrenzing en indeling van de delicten verkrachting en feitelijke aanranding van de eerbaarheid is geregeld in het Belgische en Engelse strafrechtssysteem. Door het verouderen van de zedelijkheidswetgeving in het Nederlandse, Belgische en Engelse strafrechtssysteem, was het noodzakelijk om de zedelijkheidswetgeving in deze rechtsordes ingrijpend te wijzigen. Noch in het Belgische noch in het Engelse strafrecht wordt een gedwongen tongzoen aangemerkt als verkrachting. Het Belgische strafrecht gaat echter zo ver dat zelfs de seksuele strekking van een gedwongen tongzoen betwist wordt, waardoor deze handeling niet kan leiden tot verkrachting of aanranding. Het Belgische en Nederlandse recht hebben allebei erg ruime strafbaarstellingen betreffende verkrachting en feitelijke aanranding van de eerbaarheid. In Nederland wordt er gesproken over ‘seksueel binnendringen van het lichaam’ en in België over ‘elke daad van seksuele penetratie van welke aard en met welk middel ook’. Het Engelse strafrecht daarentegen kent een beperktere delictsomschrijving en rekt alleen penetratie van de vagina, anus en mond onder het delict *rape*. Het Engelse recht kent daarnaast het delict *assault by penetration* dat nauw verband houdt met het delict *rape*. *Assault by penetration* heeft een ruimere reikwijdte (het ziet namelijk op binnendringen met een seksuele strekking van de vagina en anus), maar seksueel binnendringen van de mond wordt hier uitgesloten. Op het gebied van bestraffing, worden er in het Engelse strafrecht (de iure) de hoogste straffen gesteld. Het Belgische strafrecht kent daarentegen (de iure) lagere straffen toe, maar hier wordt een ‘minimum’ en ‘maximum’ straf gesteld waartussen gestraft moet worden. Ten slotte is door mij betoogd dat het systeem van de Engelse zedendelicten mogelijkheden biedt voor het Nederlandse strafrecht en dat deze gedachtegang overeenstemt met zowel de gedachtegang van de Commissie-Melai uit het eindrapport van 1980 en dat van toenmalig ministers van Justitie Korthals Altes en Hirsch Ballin.

Hoofdstuk 6. Ernst van de gedraging

6.1. Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is de problematiek rondom de onduidelijke bestanddelen ‘seksueel binnendringen van het lichaam’ en ‘ontuchtige handelingen’ uitvoerig aan bod gekomen. Hoofdstuk 2 heeft laten zien dat zelfs de wetshistorie het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam niet nader specificceert, waardoor er na de wijziging van de zedelijkheidswetgeving in 1991 kritiek in de literatuur alsmede de rechtspraak op de invulling van dit bestanddeel werd geuit. Hoofdstuk 3 heeft laten zien dat het betreffende bestanddeel sinds 1991 op verschillende manieren door rechters is geïnterpreteerd. Waar het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam door het Bossche hof in 1992 nog restrictief werd geïnterpreteerd, is de Hoge Raad dit bestanddeel de daaropvolgende jaren op een extensieve wijze gaan interpreteren. Vervolgens is in hoofdstuk 4 de afgrenzing tussen de delicten verkrachting en feitelijke aanranding van de eerbaarheid besproken. Aan de hand van een rechtsvergelijkend onderzoek zijn er mogelijkheden voor het Nederlandse strafrechtssysteem naar voren gekomen. Dit zesde en tevens laatste inhoudelijke hoofdstuk gaat in op de gedwongen tongzoen als kwalificatieuitsluitingsgrond en de mogelijkheden van het fair labelling principe in het kader van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam.

6.2. Gevolgen van een ‘te’ zware kwalificatie

Op 12 maart 2013 bepaalde de Hoge Raad dat een gedwongen tongzoen wel seksueel binnendringen van het lichaam oplevert, maar dat kwalificatie van deze gedraging als verkrachting niet gelijkgesteld kan worden met hetgeen in het algemene spraakgebruik wordt verstaan onder verkrachting.³⁰¹ Tevens wordt door de Hoge Raad gewezen op het feit dat de straffen gesteld in artikel 242 Sr aanzienlijk hoger zijn dan de straffen gesteld in artikel 246 Sr. Ten slotte geeft de Hoge Raad aan dat: ‘de vermelding van “verkrachting” op het strafblad van een veroordeelde ernstiger maatschappelijke repercussies heeft dan de vermelding van een minder zwaar beladen benaming.’³⁰² Mijns inziens is dit dan ook het ‘zwaarste’ gevolg voor de veroordeelde, namelijk het opplakken van het label verkrachting bij minder ernstige vormen van seksueel binnendringen van het lichaam.

³⁰¹ HR 12 maart 2013, NJ 2013, 437 m.nt. N. Keijzer, r.o. 2.7.

³⁰² HR 12 maart 2013, NJ 2013, 437 m.nt. N. Keijzer, r.o. 2.6.

Een gedwongen tongzoen of een andere seksueel getinte gedraging bestaande uit het binnendringen van het lichaam kan even kwetsend – al dan niet erger – zijn voor het slachtoffer als geslachtsgemeenschap, zoals is betoogd door de Commissie-Melai en voormalig ministers van Justitie Korthals Altes en Hirsch Ballin.³⁰³ Wanneer een handeling die door het slachtoffer ervaren wordt als ‘verkrachting’ wordt gekwalificeerd als feitelijke aanranding van de eerbaarheid, kan dit een gevoel van onrecht geven bij het slachtoffer. Zoals eerder door mij is betoogd in paragraaf 5.4.3, zou het mijns inziens geen verschil hoeven te maken of aan de gedraging van de dader – in de gevallen waarin er sprake is van seksueel binnendringen van het lichaam, maar er geen gemeenschap heeft plaatsgevonden – het label feitelijke aanranding van de eerbaarheid in plaats van het zwaardere label verkrachting wordt geplakt. Doordat de dader gestraft wordt, krijgt het slachtoffer erkenning van de inbreuk die door de dader is gemaakt op de lichamelijke integriteit. Daarnaast drukt de hoogte van de straf mijns inziens de mate van onrecht uit die het slachtoffer is aangedaan en niet het label dat op de handeling van de dader wordt geplakt. Het is namelijk niet de straf of veroordeling van een seksuele getinte gedraging als verkrachting, maar het label ‘verkrachting’ dat kleeft aan de kwalificatie van artikel 242 Sr welke de meeste gevolgen voor de dader met zich meebrengt.

Een kwalificatie van een gedraging als verkrachting blijft de dader nog jaren – misschien wel levenslang – achtervolgen. Het grootste probleem bevindt zich op het gebied van de justitiële documentatie van een veroordeelde en het verkrijgen van een verklaring omtrent gedrag (hierna: VOG). Ex-gedetineerde Rein Gerritse omschrijft dit probleem als volgt:

‘wanneer je de deuren van de gevangenis achter je hoort dichtslaan, aan de goede kant deze keer, begint de tenuitvoerlegging van deze secundaire straf pas goed (...) gedetineerden zullen moeten gaan solliciteren, maar hoe je werk vindt met een strafblad op je naam, dat wordt er niet bij verteld.’³⁰⁴

Volgens Boone worden ex-delinquenten op twee manieren belemmerd bij toegang tot de arbeidsmarkt en andere maatschappelijke posities.³⁰⁵ Enkele werkgevers kunnen namelijk direct informatie opvragen uit de justitiële documentatie, het gaat hierbij om een grote hoeveelheid overheidsfuncties. Daarnaast is voor een grote hoeveelheid aan functies een VOG

³⁰³ Zie hiervoor paragraaf 2.3.

³⁰⁴ Gerritsen 2009, p. 285-286.

³⁰⁵ Boone 2012, p. 108.

verplicht. Dit is volgens Boone de afgelopen jaren sterk toegenomen.³⁰⁶ Enerzijds maakt het voor de justitiële documentatie geen verschil of de dader veroordeeld is voor verkrachting of feitelijke aanranding van de eerbaarheid. Beide delicten worden immers opgenomen. Anderzijds maakt dit voor de interpretatie door een werkgever van een ‘opgeplakt label’ wel verschil. Bij het opvragen van gegevens uit de justitiële documentatie zijn juridische professionals ervan op de hoogte dat minder ernstige gedragingen waarbij het lichaam op een seksuele wijze is binnengedrongen – zoals de gedwongen tongzoen in het verleden – gekwalificeerd kunnen worden als verkrachting. Een niet juridische professional is hier (hoogst waarschijnlijk) niet van op de hoogte en zal daardoor bij verkrachting naar alle waarschijnlijkheid denken aan gedwongen geslachtsgemeenschap. Nu er in de justitiële documentatie slechts de kwalificatie, straf en overtreden wettelijke bepaling wordt genoemd, wordt de veroordeelde van een minder ernstige vorm van seksueel binnendringen van het lichaam (hierbij is te denken aan het opzettelijk geven van een tongzoen) over één kam geschoren met veroordeelden die wel gedwongen geslachtsgemeenschap met het slachtoffer hebben gehad. De ernst van de gedraging staat daarmee niet in verhouding met de kwalificatie. Met het arrest van 12 maart 2013 waarin de Hoge Raad de gedwongen tongzoen uitsluit voor de kwalificatie van verkrachting, is dit probleem enigszins ingeperkt. Naast de gevolgen voor het arbeidsperspectief van de veroordeelde, wordt door zowel Kelk alsmede Chalmers en Leverick erop gewezen dat te zware kwalificaties een negatieve naam voor de veroordeelde oplevert.³⁰⁷ Daardoor is het van belang dat er, vanwege de ernst van de gedraging, een passend label op de handeling van de verdachte wordt geplakt.

In het verleden veroordeelde personen die voor een gedwongen tongzoen de vermelding van ‘verkrachting’ in de justitiële documentatie hebben staan, hebben geen mogelijkheid om tegen deze veroordeling herziening ten voordele in te stellen. Dit wordt door de Hoge Raad uitdrukkelijk genoemd in het arrest van 12 maart 2013. Er is namelijk geen sprake van een vereist ‘novum’ zoals gesteld wordt onder c in het eerste lid van artikel 457 Sv.

Nu het in de gevallen van een gedwongen tongzoen niet meer leidt tot de kwalificatie verkrachting, geldt dit echter nog wel voor andere ‘lichtere’ gedragingen waarbij het lichaam met een seksuele strekking is binnengedrongen. Om te zware kwalificaties te voorkomen zou

³⁰⁶ Boone 2012, p. 108-109.

³⁰⁷ Kelk 2013, p. 336-337; Chalmers & Leverick 2008, p. 226.

het fair labelling principe uitkomst kunnen bieden. Dit principe sluit tevens aan bij de gedachtegang van de Hoge Raad uit zijn arrest van 12 maart 2013.

6.3. *Fair labelling en seksueel binnendringen van het lichaam*

In de Engelse literatuur wordt fair labelling beschouwd als een beginsel van het strafrecht. Het Nederlandse strafrecht daarentegen, kent geen status toe aan het fair labelling principe.³⁰⁸ Het fair labelling principe werd voor het eerst in 1981 door Andrew Ashworth in de Engelse literatuur genoemd onder de naam ‘representative labelling’. De term ‘fair labelling’ werd vervolgens door Glanville Williams in 1983 geïntroduceerd. Deze benaming wordt sindsdien ook door Ashworth zelf gebruikt.³⁰⁹

Het fair labelling principe heeft als uitgangspunt dat: een strafbare gedraging op de juiste manier wordt gekwalificeerd, zodat dit in overeenstemming is met de ernst van de gedraging van de dader. Proportionaliteit speelt daarbij volgens Ashworth een grote rol: ‘Fairness demands that offenders be labeled en punished in proportion to their wrongdoing.’³¹⁰ Daarnaast eist een redelijke kwalificatie volgens Duker ‘immers dat de wet voorziet in een delict dat de strafwaardigheid van het gedrag goed uitdrukt.’³¹¹ Het is dus van belang dat de verdachte op de juiste manier ‘gelabeld’ wordt voor zijn strafbare gedrag. Het fair labelling principe kan in het Nederlandse strafrecht in verband worden gebracht met de benaming welke volgt uit de kwalificatie van een strafbare gedraging. Voldoen aan de delictsomschrijving van artikel 242 Sr leidt bijvoorbeeld tot de kwalificatie verkrachting. Door de kwalificatie van een gedraging wordt veelal de kern van het strafbare feit uitgedrukt en heeft het volgens Duker een ‘specifieke betekenis in het algemeen spraakgebruik.’³¹² Zo is het voor iedereen duidelijk dat verkrachting een ernstig misdrijf tegen de zeden is. Als deze kwalificatie echter niet bestond, zou alleen de delictsomschrijving en het artikel resteren. Uit de strafmaat zou dan de ernst van het delict afgeleid kunnen worden. Het is daardoor van belang dat de gegeven benaming overeenstemt met de ernst van het delict en de gedraging. Uit de vorige paragraaf is echter gebleken dat de kwalificatie niet altijd overeenstemt met de kern van het delict en de ernst van de benaming.

³⁰⁸ Duker 2013, p. 828.

³⁰⁹ Chalmers & Leverick, p. 219.

³¹⁰ Ashworth 2009, p. 78.

³¹¹ Duker 2013, p. 828.

³¹² Duker 2013, p. 829.

Door Chalmers en Leverick worden, in navolging van Ashworth en Williams, een aantal ernstige gevolgen genoemd wanneer de gedraging van de dader een ‘te’ zwaar label opgeplakt krijgt. Op de eerste plaats worden de gevolgen voor het te zwaar labelen van een gedraging in verband gebracht met hetgeen naar de buitenwereld toe bekend wordt gemaakt.³¹³ In het kader van het kwalificeren van een gedraging als verkrachting, kan het gevolg zijn dat een dader die in het verleden een fout heeft begaan – hierbij is te denken aan een gedwongen tongzoen uit het verleden – in de toekomst bestempeld blijft als verkrachter en door de maatschappij als gelijke wordt gezien met de eerder door mij genoemde ‘klassieke’ verkrachter. Doordat er geen onderscheid is op het gebied van seksueel binnendringen van het lichaam, worden door de kwalificatie van verkrachting alle daders als gelijke bestempeld. De kwalificatie van een gedraging mag volgens Chalmers en Leverick niet leiden tot een misleidende benaming van de aard van deze gedraging of aanzetten tot speculatie.³¹⁴

Daarnaast worden door Chalmers en Leverick de ernstige gevolgen voor de justitiële documentatie van de veroordeelde genoemd.³¹⁵ In de justitiële documentatie moet de vermelding van een veroordeling voldoende inzicht geven in de aard en ernst van het misdrijf. In het geval een gedraging wordt gekwalificeerd als verkrachting en er sprake is van een handeling die de niet gelijk te trekken is met gedwongen geslachtsgemeenschap, dan wordt de veroordeelde hiermee in zijn belangen geschaad. In de justitiële documentatie wordt slechts de toepasbare wettelijke bepaling, kwalificatie van de gedraging en de eventuele opgelegde straf genoemd. In het geval de justitiële documentatie door een juridische professional wordt geraadpleegd, zal dit in de praktijk echter weinig problemen opleveren aangezien zij de ernst van de gedraging – met name de hoogte van de opgelegde straf – aan de kwalificatie kunnen toetsen.³¹⁶ Het probleem ontstaat echter wanneer een niet-juridische professional, op grond van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens (hierna: WJG), gegevens opvraagt omtrent het ‘criminele verleden’ van een veroordeelde. Een werkgever is (veelal) geen juridische professional, waardoor een veroordeelde van een minder ernstige seksuele handeling die gekwalificeerd is als verkrachting, automatisch het label van ‘verkrachter’ uit het algemene spraakgebruik opgeplakt krijgt. Hierbij valt te denken aan iemand die in het verleden is veroordeeld wegens verkrachting, omdat er sprake was van een gedwongen tongzoen. De

³¹³ Chalmers & Leverick 2008, p. 226-228.

³¹⁴ Chalmers & Leverick 2008, p. 227-228.

³¹⁵ Chalmers & Leverick 2008, p. 231.

³¹⁶ Chalmers & Leverick 2008, p. 232.

kans is dan erg groot dat deze persoon in de toekomst moeilijk aan een baan komt, omdat door de kwalificatie het label van verkrachter bij hem is opgeplakt.

Naast de problemen van een te zware kwalificatie wijzen Chalmers en Leverick op de erkenning van de gekwalificeerde gedraging voor het slachtoffer.³¹⁷ Indien door de dader een ernstige inbreuk op de seksuele en lichamelijke integriteit van het slachtoffer is gemaakt (en het lichaam is binnengedrongen), kan dit voor het slachtoffer een gevoel van onrecht teweegbrengen als de dader gestraft wordt voor ‘slechts’ feitelijke aanranding van de eerbaarheid in plaats van verkrachting. Voor het slachtoffer is het daardoor juist belangrijk dat een ernstige inbreuk zwaarder wordt gekwalificeerd dan een minder ernstige inbreuk. Het is dus zowel voor het slachtoffer alsmede de veroordeelde van belang dat de ernst van de benaming van de kwalificatie in overeenstemming is met de ernst van de gedraging.

Maatschappelijke opvattingen omtrent de strafwaardigheid van een gedraging kunnen volgens Duker sterk verschillen van hetgeen in de strafwet is vertaald.³¹⁸ In het kader van de zedelijkheidswetgeving zijn deze maatschappelijke opvattingen – gezien vanuit de periode waarin de gedraging plaatsvindt – ook nog eens erg aan verandering onderhevig. Het is daardoor voor de wetgever van belang dat er bij de vormgeving van een strafbepaling een goede afweging plaatsvindt tussen de ernst van de benaming en de ernst van de gedraging. Het is echter pas in de praktijk waar fair labelling een belangrijke rol speelt. Het OM is namelijk de instantie die verantwoordelijk is voor de vervolging van strafbare feiten. Wanneer een strafbaar feit wordt vervolgd, wordt er middels de kwalificatie een ‘label’ op de gedraging geplakt.³¹⁹ In het geval een gedraging voldoet aan seksueel binnendringen van het lichaam, dan kan de tenlastelegging evenwel leiden tot verkrachting of feitelijke aanranding van de eerbaarheid. Daardoor is het van belang dat het OM een gedraging in overeenstemming met de ernst van de benaming die aan de kwalificatie kleeft ten laste legt. Hierbij speelt de keuze voor een primair/subsidiaire tenlastelegging een belangrijke rol. Wanneer het OM kiest om alleen – in het geval een handeling seksueel binnendringen van het lichaam oplevert – verkrachting ten laste te leggen, dan is er voor de rechter – indien het strafbare gedrag bewezen wordt verklaard – geen ruimte meer om hiervan af te wijken. Volgens Duker bestaat

³¹⁷ Chalmers & Leverick 2008, p. 235-236.

³¹⁸ Duker 2013, p. 831.

³¹⁹ Duker 2013, p. 832.

op dat moment het risico dat de rechter het gedrag te makkelijk onder de ‘te’ zware kwalificatie brengt.³²⁰

6.4. *Eigen visie*

Een gedwongen tongzoen kon tot voor kort gezien gekwalificeerd worden als verkrachting of feitelijke aanranding van de eerbaarheid. Verkrachting kan vanuit de wetshistorische en maatschappelijke perspectief bestempeld worden als het meest ernstige zedenmisdrijf. Feitelijke aanranding als minder ernstig. Bepalend voor de kwalificatie van verkrachting is de gedraging met een seksueel karakter waarmee het lichaam is binnengedrongen. Seksueel binnendringen van het lichaam speelt een rol bij zowel verkrachting als feitelijke aanranding van de eerbaarheid. Handelingen waarbij het lichaam met een seksuele intentie wordt binnengedrongen, vormen automatisch ontuchtige handelingen als bedoeld in artikel 246 Sr.

In het Engelse strafrecht – onder de in paragraaf 5.3 besproken SOA 2003 – wordt er geen expliciete benaming toegekend aan de kwalificatie van een strafbare gedraging waarbij het lichaam is binnengedrongen. Het is slechts de kop boven de strafbaarstelling die melding maakt van de naam van het delict. Bij een veroordeling voor verkrachting volgt er niet de kwalificatie ‘verkrachting’, maar ‘an offence under section 1’. Hierdoor is het voor de buitenwereld op het eerste gezicht, afgezien het feit dat veel besproken ‘sections’ bekend kunnen zijn voor de maatschappij, weinig zeggend aan wat voor delict de dader zich heeft schuldig gemaakt.³²¹ De Nederlandse strafbaarstelling van verkrachting is veel minder discreet. Een bewezenverklaring van artikel 242 Sr leidt namelijk tot de kwalificatie ‘verkrachting’. De veroordeelde wordt daarmee direct hard gestraft.

De toepassing van het eerste tongzoenarrest door de Hoge Raad heeft sinds 1998 geleid tot een in de literatuur bekritiseerde onwenselijke verruiming van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam. In zijn arrest van 12 maart 2013 merkt de Hoge Raad op dat hij zich bewust is van deze kritiek uit de literatuur en het ruime bereik van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam. De Hoge Raad komt tot de conclusie dat (mede) vanwege het algemeen spraakgebruik een gedwongen tongzoen niet op een lijn gesteld kan worden met gedwongen geslachtsgemeenschap en derhalve niet gekwalificeerd kan worden als verkrachting. Daarbij wegen de ernstige maatschappelijke repercussies die de kwalificatie

³²⁰ Duker 2013, p. 832.

³²¹ Chalmers & Leverick 2008, p. 229.

met zich meebrengt en de aanzienlijk hoger gestelde gevangenisstraf zwaar mee. De nuancering van artikel 242 Sr door de Hoge Raad, blijft echter erg onduidelijk omtrent de vraag of er meerdere handelingen volgens het algemene spraakgebruik niet gelijk gesteld kunnen worden met de kwalificatie van verkrachting. Het gevolg van deze kwalificatieuitsluitingsgrond is dat de Hoge Raad de weg vrij heeft gemaakt voor andere ‘seksueel’ getinte gedragingen die voldoen aan het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam, maar die volgens het algemene spraakgebruik niet met verkrachting gelijk gesteld kunnen worden. Hierdoor kan mijns inziens de eerder genoemde vraag bevestigend worden beantwoord. De Hoge Raad laat namelijk het karakter van seksueel binnendringen van het lichaam door een gedwongen tongzoen in stand. Hierdoor kunnen andere vormen die op zichzelf seksueel binnendringen van het lichaam opleveren in een ruime context in de toekomst vanwege de maatschappelijke opvatting betreffende het delict verkrachting, hiermee niet meer gelijk worden gesteld. Een andere minder ernstige vorm van seksueel binnendringen, namelijk penetratie van de vagina met de vinger, wordt door de Hoge Raad echter nog steeds gelijkgesteld met gedwongen geslachtsgemeenschap.³²² Door Duker werd betoogd dat bij deze handeling ‘men zou kunnen stellen dat zelfs dat niet overeenstemt met hetgeen in het algemeen als verkrachting wordt gezien.’³²³ Bij deze gedachtegang sluit ik mijzelf aan, hierover later meer. Daarnaast is het tweede tongzoenarrest van 12 maart 2013 voor het OM een signaal geweest om gedragingen die volgens het algemene spraakgebruik niet met gedwongen geslachtsgemeenschap op een lijn getrokken kunnen worden niet meer alleen als verkrachting ten laste te leggen, maar bijvoorbeeld primair als verkrachting en subsidiair als feitelijke aanranding van de eerbaarheid of zelfs enkel als feitelijke aanranding van de eerbaarheid. Door de tenlastelegging op deze manier vorm te geven komt de opvatting van de Hoge Raad, uit zijn arrest van 12 maart 2013, het best tot zijn recht.

Mijns inziens is het van belang dat hetgeen onder de kwalificatie van verkrachting wordt verstaan in overeenstemming is met de aard en ernst en alle omstandigheden van het geval om tot deze zware kwalificatie te komen. Binnendringen van het lichaam vormt wel een inbreuk op de lichamelijke integriteit, maar voor minder verstrekkende handelingen zoals met een vinger in de vagina gaan zou de Hoge Raad nog eens kritisch per geval alle belangen af moeten wegen. De constructie in het Engelse recht, waarbij slechts penetratie van de anus, mond of vagina middels de penis leidt tot verkrachting kan een basis vormen voor het

³²² HR 12 maart 2013, NJ 2013, 437 m.nt. N. Keijzer.

³²³ Duker 2013, p. 828.

Nederlandse strafrecht. Dit dient dan wel uitgebreid te worden door ook ‘goederen’ erbij te betrekken. Het lichaam opzettelijke binnendringen met ‘goederen’ heeft een verdergaande strekking dan bijvoorbeeld binnendringen met andere lichaamsdelen – uitgezonderd de penis – zoals een vinger of tong. Handelingen waarbij het lichaam met een goed wordt binnengedrongen zullen minder snel ontstaan uit een impuls. Dit in tegenstelling tot het binnendringen van het lichaam met een vinger, deze handeling kan impulsief zijn en ontstaan vanuit opwindings. In het geval van een goed zal er bij de uitvoerder nog enigszins een overweging plaatsvinden om dit wel of niet in het lichaam te brengen. Het Engelse strafrecht brengt penetratie middels goederen onder in het delict *assault by penetration*. Gezien de ernstige inbreuk door penetratie met een goed, dient een dergelijke handeling wel het label van ‘verkrachting’ opgeplakt te krijgen. Omdat het wijzigen van de wet voor de wetgever vergaande gevolgen zal hebben, is het mijns inziens beter om te werken met het fair labelling principe. De Hoge Raad heeft immers in het arrest van 12 maart 2013 de weg vrij gemaakt om een kwalificatieuitsluitingsgrond toe te passen bij delicten waar het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam deel van uitmaakt. Hiermee sluit de Hoge Raad impliciet aan bij het fair labelling principe, waarbij de ernst van de benaming – welke de kwalificatie met zich meebrengt – in verhouding moet staan tot de ernst van de gedraging. Door de kwalificatieuitsluitingsgrond is de weg vrij gemaakt om in de toekomst meerdere gedragingen die seksueel binnendringen van het lichaam tot gevolg hebben uit te sluiten van de ‘zware’ kwalificatie die het begrip verkrachting met zich meebrengt.

Door het fair labelling principe toe te passen kan er, gezien de ernst van de feiten en omstandigheden waaronder de handeling plaatsvindt, een weloverwogen beslissing plaatsvinden. Hierdoor zou het geven van een gedwongen tongzoen in het geval er sprake is van personen beneden de twaalf jaar (artikel 244 Sr) of personen die een geestelijke beperking hebben (artikel 243 Sr) mijns inziens wel een gekwalificeerd misdrijf tot gevolg moeten hebben. Het gaat hier namelijk om personen die vanwege hun zeer jonge leeftijd of geestelijke beperking extra bescherming van de (seksuele) lichamelijke integriteit behoeven. Ik kan me daarom niet vinden in het standpunt van de Hoge Raad om de kwalificatieuitsluitingsgrond voor de gedwongen tongzoen ook toe te passen op deze delicten zoals is bepaald in het arrest van 26 november 2013.³²⁴

³²⁴ HR 26 november 2013, NJ 2014, 62 m.nt. N. Keijzer.

6.5. Uitleiding

Het was De Hullu die al in 1998 in zijn annotatie bij het eerste tongzoenarrest kritisch was op de wijze waarop de Hoge Raad een gedwongen tongzoen aanmerkte als het seksueel binnendringen van het lichaam. De Hullu stelde in 1998 al voor dat er geen sprake zou moeten zijn van seksueel binnendringen van het lichaam bij handelingen ‘die redelijkerwijs niet met gedwongen geslachtsgemeenschap vergeleken kunnen worden.’³²⁵ Deze maatstaf uit 1998 wordt sinds 12 maart 2013 door de Hoge Raad, onder toeziend oog van De Hullu zelf, gehanteerd. De belangen die de Hoge Raad noemt in zijn arrest van 12 maart 2013 komen overeen met de belangen die in de literatuur – met name door Chalmers en Leverick – aan het fair labelling principe worden gebonden. Hiermee wordt door de Hoge Raad benadrukt dat de ernst van de gedraging, waarmee het lichaam op een seksuele wijze binnen is gedrongen, een rol speelt bij de wijze waarop artikel 242 Sr geïnterpreteerd en gekwalificeerd moet worden. Door een gedraging die op zichzelf seksueel binnendringen van het lichaam tot gevolg heeft uit te sluiten van de kwalificatie van verkrachting, heeft de Hoge Raad de weg vrij gemaakt om in de toekomst meerdere minder ernstige vormen, waarmee het lichaam op een seksuele wijze is binnengedrongen, onder deze kwalificatieuitsluitingsgrond te brengen. Om te voorkomen dat een verdachte bij soortgelijke handelingen vrijuit gaat, is het van belang dat het OM bij de vervolgingsbeslissing niet slechts verkrachting ten laste legt, maar subsidiair feitelijke aanranding van de eerbaarheid. Op deze manier wordt de rechter namelijk niet gedwongen om een gedraging onder een te zware benaming te brengen.

³²⁵ HR 21 april 1998, *LJN* ZD1026 m.nt. J. de Hullu.

Hoofdstuk 7. Conclusies en aanbevelingen

7.1. Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is de problematiek bij het kwalificeren van een seksueel getinte gedraging als seksueel binnendringen van het lichaam uitvoerig behandeld. Het delict verkrachting uit artikel 242 Sr en de tongzoenarresten hebben hierbij een leidende rol gehad. Daarnaast is de afgrenzing tussen de delicten verkrachting en feitelijke aanranding van de eerbaarheid uiteengezet en zijn er mogelijkheden voor deze problematiek in het Nederlandse strafrecht besproken. In hoofdstuk 2 is het theoretisch kader van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam uiteengezet. De totstandkoming van het huidige bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam uit de artikelen 242, 243, 244 en 245 Sr is besproken en er is vanuit wetshistorisch perspectief gekeken naar de bedoeling van de wetgever bij de totstandkoming van dit bestanddeel. Vervolgens is er in hoofdstuk 3 ingegaan op de aspecten en factoren die van belang zijn bij de interpretatie van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam door de strafrechter. De belangrijkste uitspraken en arresten van 1992 tot en met het derde tongzoenarrest in 2014 zijn uiteengezet. In hoofdstuk 4 is de afgrenzing tussen de delicten verkrachting (artikel 242 Sr) en feitelijke aanranding van de eerbaarheid (artikel 246 Sr) uiteengezet. Dit is van belang om erachter te komen of een seksueel getinte gedraging naar de ernst en aard gekwalificeerd moet worden als verkrachting of als het minder zwaar beladen feitelijke aanranding van de eerbaarheid. In Hoofdstuk 5 is de tweedeling uit het Nederlandse strafrecht tussen verkrachting enerzijds en feitelijke aanranding van de eerbaarheid anderzijds vergeleken met de strafbaarstellingen in het Belgische en Engelse strafrecht. Aan de hand van dit rechtsvergelijkend onderzoek zijn er mogelijkheden voor het Nederlandse strafrecht naar voren gekomen. Ten slotte is er in hoofdstuk 6 ingegaan op de aard en de ernst van een seksueel getinte gedraging. De mogelijkheid van het fair labelling principe bij het kwalificeren van een gedraging als ‘verkrachting’ of ‘feitelijke aanranding van de eerbaarheid’ zijn in dit hoofdstuk besproken. In dit zevende en tevens laatste hoofdstuk worden er, naar aanleiding van de hoofdstukken 2 tot en met 6, conclusies gegeven waarmee de centrale vraag uit deze masterthesis behandeld wordt. De centrale vraag welke terug te vinden is in paragraaf 1.4 luidt als volgt:

Welke aspecten en factoren zijn van belang bij de interpretatie van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam door de strafrechter en waar bevindt zich de afgrenzing tussen de kwalificatie van het delict verkrachting en feitelijke aanranding?

7.2. *Het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam*

Sinds de grote wijziging van de zedelijkheidswetgeving uit 1991, is er in de literatuur veel kritiek geuit op het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam zoals dat vandaag de dag vermeld wordt in de artikelen 242, 243, 244 en 245 Sr. Al in 1970 werd de Commissie-Melai in het leven geroepen om de zedendelicten door te lichten. In 1980 verscheen het eindrapport van de commissie dat vervolgens, door zowel de wetgever alsmede rechters, veelvuldig is aangehaald. Waar de strafbaarstelling van verkrachting uit artikel 242 Sr voor 1991 een duidelijk bestanddeel ‘vleselijke gemeenschap’ bevatte, werd dit na de wijziging in 1991 het ruime, vage en veelomvattende bestanddeel ‘seksueel binnendringen van het lichaam’. Bij de invulling van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam staat de bescherming van de seksuele integriteit voorop. Gezien het feit dat de wetshistorie het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam niet verduidelijkt, maar slechts een kader schept, is de strafrechter genoodzaakt om invulling te geven aan dit bestanddeel. Zowel de Commissie-Melai alsmede voormalig minister van Justitie Hirsch Ballin onderstrepen dat alle vormen van seksueel contact waaronder het oraal of anaal binnendringen van het lichaam voor het slachtoffer even kwetsend kunnen zijn als geslachtsgemeenschap en derhalve gelijk gesteld moeten worden met geslachtsgemeenschap.³²⁶ Hieruit kan geconcludeerd worden dat het juist de bedoeling van de wetgever was om geen beperkingen aan te brengen aan de wijze waarop het lichaam met een seksuele strekking is binnengedrongen.

De extensieve interpretatie van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam, vindt zijn oorsprong in het arrest van 22 februari 1994.³²⁷ In dit arrest werd door de Hoge Raad bepaald dat ieder binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking onder het bestanddeel seksueel binnendringen is te brengen. Op de eerste plaats kan hieruit geconcludeerd worden dat het om een gedraging moet gaan waarmee het lichaam op een ‘seksuele’ wijze is binnengedrongen. Voor het begrip ‘seksueel’ speelt de subjectieve beleving van de uitvoerder of ontvanger slechts een beperkte rol. De Hoge Raad illustreert dit in het arrest van 2 mei 1995 aan de hand van het feit dat noch de verdachte noch het slachtoffer het binnendringen van de anus met een stuk gereedschap als seksueel ervoer, maar louter als mishandeling.³²⁸ Het is de aard en verschijningsvorm van de handeling die als seksueel moet worden beschouwd en daarmee doorslaggevend is. In het kader van de

³²⁶ Melai 1980, p. 19; *Kamerstukken II* 1990/91, 20 930, nr. 13, p. 3.

³²⁷ HR 22 februari 1994, *NJ* 1994, 379.

³²⁸ HR 2 mei 1995, *NJ* 1995, 583.

bescherming van de seksuele integriteit is dit mijns inziens erg begrijpelijk. In de daaropvolgende jaren heeft de Hoge Raad deze extensieve interpretatie voortgezet en in het arrest van 21 april 1998 zelfs een gedwongen tongzoen aangemerkt als seksueel binnendringen van het lichaam.³²⁹ Dit werd door de Hoge Raad onderbouwd aan de hand van de eerder genoemde conclusie dat de wetshistorie niet dwingt tot enige beperking van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam. De Hoge Raad wees erop dat ogenschijnlijk minder ernstige vormen van seksueel binnendringen van het lichaam een even ernstige inbreuk op de (seksuele) lichamelijke integriteit vormden. In het daaropvolgende tweede tongzoenarrest van 12 maart 2013 werd door de Hoge Raad het seksuele karakter van een gedwongen tongzoen niet afgenomen.³³⁰ De Hoge Raad bleef bij het standpunt dat er in het geval van een gedwongen tongzoen voldaan wordt aan het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam. Mijns inziens is dit ook de juiste beslissing geweest, er is immers sprake van een inbreuk op de seksuele integriteit van het slachtoffer, waardoor het uitsluiten van een gedwongen tongzoen als ‘seksueel’ binnendringen van het lichaam niet op zijn plaats is. De inbreuk op de seksuele integriteit blijft bestaan ondanks dat een gedwongen tongzoen misschien niet naar zijn ‘aard en verschijningsvorm’ in alle gevallen als seksueel wordt beschouwd. Hieruit wordt geconcludeerd dat het niet de invulling van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam is die door de Hoge Raad wordt beperkt, maar de kwalificatie van deze gedraging als bijvoorbeeld verkrachting. De Hoge Raad verduidelijkt dit nogmaals in het derde tongzoenarrest door uit te sluiten dat een gedwongen tongzoen kan leiden tot een kwalificatie van de artikelen 242, 243, 244 en 245 Sr.³³¹

Concluderend betekent dit voor de invulling van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam dat: ieder binnendringen van het lichaam – ongeacht het geslacht van het slachtoffer – anaal, oraal of vaginaal met een seksuele strekking middels voorwerpen – ongeacht of deze op zichzelf een seksuele strekking hebben, het maakt geen verschil of het om een kunstpenis of stuk gereedschap gaat –, lichaamsdelen (waaronder de tong, vingers en penis) en gedwongen seks met dieren onder te brengen zijn onder dit bestanddeel.³³² Het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam leent zich – vanuit wetshistorisch perspectief – niet om beperkt te worden.

³²⁹ HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 m.nt. J. de Hullu.

³³⁰ HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 437 m.nt. N. Keijzer.

³³¹ HR 26 november 2013, *NJ* 2014, 62 m.nt. N. Keijzer.

³³² HR 22 februari 1994, *NJ* 1994, 379; HR 2 mei 1995, *NJ* 1995, 583; HR 20 januari 1998, *NJ* 1998, 337; HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 m.nt. J. de Hullu; HR 18 mei 2010, *NJ* 2010, 287; HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 438 m.nt. N. Keijzer; HR 26 november 2013, *NJ* 2014, 62 m.nt. N. Keijzer.

7.3. *De afgrenzing tussen verkrachting en feitelijke aanranding van de eerbaarheid*

Tot voor de wijziging van de zedelijkheidswetgeving in 1991 werd het onderscheid tussen verkrachting uit artikel 242 Sr en feitelijke aanranding van de eerbaarheid uit artikel 246 Sr louter gebaseerd op de vraag of er geslachtsgemeenschap had plaatsgevonden. Dit was een duidelijk onderscheid, maar de strekking van het delict verkrachting was te beperkt: het ging immers alleen om geslachtsgemeenschap. Door de invoering van het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam, bij de wijziging van de zedelijkheidswetgeving in 1991, werd met name de strekking van artikel 242 Sr aanzienlijk verruimd. Uit paragraaf 4.3 is naar voren gekomen dat de delicten verkrachting en feitelijke aanranding van de eerbaarheid erg dicht bij elkaar liggen. Geconcludeerd wordt dat de afgrenzing tussen deze twee delicten zich bevindt op het gebied van de uitgevoerde handeling. Uit de delictsomschrijvingen van de artikelen 242 en 246 Sr blijkt namelijk dat de afgrenzing tussen deze twee delicten zich bevindt op het gebied van een gedraging die ‘seksueel binnendringen van het lichaam’ oplevert. Wanneer een gedraging aangemerkt wordt als seksueel binnendringen van het lichaam, levert dit automatisch een ontuchtige handeling in de zin van artikel 246 Sr op. Daarnaast is het voor verkrachting vereist dat de dader ‘zelf’ de handelingen heeft uitgevoerd. Iemand dwingen om seksueel binnen te dringen bij zichzelf leidt derhalve niet tot verkrachting in de zin van artikel 242 Sr, maar kan wel leiden tot feitelijke aanranding van de eerbaarheid.³³³ Bij feitelijke aanranding van de eerbaarheid moet er wel altijd sprake zijn van enige vorm van ‘interactie’ tussen dader en uitvoerder. Indien deze interactie ontbreekt, bijvoorbeeld door iemand onopgemerkt te begluren, dan leidt dit niet tot feitelijke aanranding van de eerbaarheid.³³⁴

In het arrest van 12 maart 2013 heeft de Hoge Raad het seksuele karakter van een gedwongen tongzoen behouden, waardoor het nog steeds seksueel binnendringen van het lichaam vormt. Uit de analyse die plaats heeft gevonden in paragraaf 4.3 kan geconcludeerd worden dat door het behouden van de strekking van een gedwongen tongzoen – het seksueel binnendringen van het lichaam – automatisch een ontuchtige handeling vormt in de zin van artikel 246 Sr. Hierdoor dient de seksuele intentie achter een gedwongen tongzoen niet bewezen te worden om te kunnen spreken van een ontuchtige handeling. Wanneer de Hoge Raad de strekking van seksueel binnendringen van het lichaam van de gedwongen tongzoen had weggenomen, dan zou een gedwongen tongzoen moeilijker onder te brengen zijn onder een ontuchtige handeling. Seksueel binnendringen van het lichaam is in tegenstelling tot het begrip ontuchtig

³³³ HR 15 oktober 2005, *NJ* 2006, 614, r.o. 3.4.

³³⁴ HR 15 mei 2012, *LJN* BW5528.

voldoende feitelijke en hoeft volgens de Hoge Raad dan ook niet nader gespecificeerd te worden.³³⁵ Bij ontuchtige handelingen moeten alle omstandigheden van het geval en de seksuele intentie bij de dader bewezen te worden. Daarnaast moet de handeling in het maatschappelijke verkeer als ontuchtig beschouwd worden, wil het voldoen aan het bestanddeel. Nu er vanuit het Belgische strafrecht geconcludeerd kan worden dat een gedwongen tongzoen in België volgens de gemiddelde Belg niet als inbreuk op de (seksuele) lichamelijke integriteit wordt ervaren, is de kans groot dat wanneer de Hoge Raad de strekking van het seksueel binnendringen van het lichaam van een gedwongen tongzoen had weggenomen, deze in de toekomst erg moeilijk onder te brengen zou zijn onder het bestanddeel ‘ontuchtig’ uit artikel 246 Sr. Hierdoor zou ‘slechts’ een veroordeling – in het geval van een gedwongen tongzoen – voor artikel 239 Sr of artikel 284 Sr kunnen volgen.

7.4. Toekomstperspectief

Door het invoeren van de kwalificatieuitsluitingsgrond in het arrest van 12 maart 2013, voor minder ernstige gedragingen die seksueel binnendringen van het lichaam opleveren zoals een gedwongen tongzoen, laat de Hoge Raad zien dat hij met zijn tijd meegaat en oor heeft gehad voor de kritiek vanuit de literatuur betreffende de kwalificatie van het delict verkrachting. Uit de rechtspraak na het tweede tongzoenarrest laat de Hoge Raad blijken (nog) niet open te staan voor het toepassen van de kwalificatieuitsluitingsgrond voor meerdere gedragingen die seksueel binnendringen van het lichaam opleveren. Zo wordt penetratie van de vagina middels een vinger door de Hoge Raad nog steeds gelijkgetrokken met gedwongen geslachtsgemeenschap.³³⁶ Mijns inziens gaat het te ver om een dergelijke gedraging te kwalificeren als verkrachting. Deze vorm van binnendringen vormt wel een inbreuk op de (seksuele) lichamelijke integriteit, maar staat gezien de ernstige maatschappelijke repercussies die de kwalificatie van verkrachting met zich meebrengt niet in verhouding tot de ernst van de gedraging. Een gelijkstelling met geslachtsgemeenschap gaat daardoor te ver. In mijn optiek zouden penetratie van de anus, mond of vagina middels de penis of penetratie van de anus of vagina middels een ‘goed’ slechts de kwalificatie ‘verkrachting’ opgeplakt moeten krijgen. Binnendringen van het lichaam middels een goed zal namelijk minder snel ontstaan vanuit een impuls (zie hiervoor paragraaf 6.4). Er zal min of meer een overweging bij de uitvoerder plaats hebben gevonden. Dit in tegenstelling tot het op een seksuele wijze binnendringen van het lichaam middels de tong of vingers welke eerder impulsief vanuit opwindings kunnen

³³⁵ HR 21 februari 1989, *NJ* 1989, 688; HR 25 juni 2005, *LJN* AT7301.

³³⁶ HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 438 m.nt. N. Keijzer.

ontstaan. Zoals door mij is betoogd in paragraaf 6.4, dienen wel alle omstandigheden van het geval meegewogen te worden. Zo zou het binnendringen met de tong of een vinger, ongeacht of deze handeling impulsief heeft plaatsgevonden, bij minderjarigen en personen met een geestelijke beperking te allen tijde met gedwongen geslachtsgemeenschap gelijk getrokken moeten worden en daarmee te worden uitgesloten van de door de Hoge Raad geformuleerde ‘kwalificatieuitsluitingsgrond’.

Het probleem van een ‘te’ zware kwalificatie kan op een tweetal manieren worden opgelost. Op de eerste plaats vermeld ik nogmaals dat de driedeling uit het Engelse strafrechtssysteem betreffende de delicten *rape*, *assault by penetration* en *sexual assault* een erg goede mogelijkheid is voor het Nederlandse strafrecht. In het Engelse strafrecht leidt alleen penetratie van de anus, mond of vagina middels de penis tot verkrachting. Om toch aan de term verkrachting vast te houden, zou penetratie middels een ‘goed’ hier aan toegevoegd moeten worden. Gezien de ernstige inbreuk op de (seksuele) lichamelijke integriteit is dit beter op zijn plaats dan bijvoorbeeld de benaming van *assault by penetration*. Op de tweede plaats kan uit het arrest van de Hoge Raad van 12 maart 2013 geconcludeerd worden dat de Hoge Raad aansluit bij de gedachte achter het fair labelling principe (zie paragraaf 6.3 en 6.4). Hiermee wordt de weg vrijgemaakt om in de toekomst meerdere minder verstrekkende vormen van seksueel binnendringen van het lichaam onder de kwalificatieuitsluitingsgrond te brengen. Wanneer het fair labelling principe wordt toegepast, moet de rechter de ernst van de benaming welke de kwalificatie met zich meebrengt afwegen met de ernst van de uitgevoerde gedraging. Wanneer de strafrechter het fair labelling principe zou toepassen, kunnen gedwongen tongzoenen bij personen die extra bescherming tegen de (seksuele) lichamelijke integriteit behoeven – waaronder personen van een zeer jonge leeftijd (beneden de twaalf jaar) en personen met een geestelijke beperking – mijns inziens alsnog leiden tot kwalificatie van de delicten uit de artikelen 243 en 244 Sr. Door een weloverwogen beslissing te nemen en daarbij alle omstandigheden van het geval te betrekken, kunnen ogenschijnlijk ‘minder ernstige’ vormen van seksueel binnendringen van het lichaam bij deze eerder genoemde personen wel gelijk worden getrokken met gedwongen geslachtsgemeenschap. Ik benadruk daarmee nogmaals dat ik mijzelf niet kan vinden in het derde tongzoenarrest van de Hoge Raad, waarbij de kwalificatieuitsluitingsgrond door de Hoge Raad aan alle artikelen waarin het bestanddeel seksueel binnendringen van het lichaam is opgenomen wordt toegekend (zie paragraaf 6.4).

Ten slotte kan uit de kwalificatieuitsluitingsgrond geconcludeerd worden dat het OM en dan specifiek de officier van justitie, bij het invullen van de tenlastelegging er rekening mee moet houden dat minder ernstige gedragingen mogelijkwijs door de strafrechter niet gekwalificeerd worden als verkrachting. Middels een tenlastelegging (primair/subsidiair) met daarop primair een tenlastelegging voor het delict verkrachting uit artikel 242 Sr en subsidiair een tenlastelegging voor het delict feitelijke aanranding van de eerbaarheid uit artikel 246 Sr, wordt voorkomen dat verdachten in de toekomst vrijuit zullen gaan in het geval de Hoge Raad de kwalificatieuitsluitingsgrond toepast. Het blijft echter onduidelijk waar de Hoge Raad de grens in de toekomst zal trekken. Door het invoeren van een kwalificatieuitsluitingsgrond in het tweede tongzoenarrest is de weg (gelukkig) vrijgemaakt om minder ernstige vormen van seksueel binnendringen van het lichaam in de toekomst uit te sluiten van de zware kwalificatie ‘verkrachting’.

Bibliografie

Literatuur

Ashworth 2009

A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2009.

Boone 2012

M. Boone, ‘‘Gestraft’ na de straf’, *PROCES* (91) 2012-2, p. 103-114.

Borgers 2008

M. Borgers, ‘Legaliteit en rechtsvinding in het materiële strafrecht’, in: A.A. Franken, M. de Langen, M. Moerings (red.), *Constate waarden: liber amicorum Constantijn Kelk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 193-202.

Broers 2012

E.J.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht. Een inleiding*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2012.

Broers 2006

E.J.M.F.C. Broers, *Van plakkaat tot praktijk*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006.

Chalmers & Leverick 2008

J. Chalmers & F. Leverick, ‘Fair Labelling in Criminal Law’, *The Modern Law Review* (71) 2008-2, p. 217-246.

Van Dijk & Van Hoof 1998

P.J. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human rights*, The Hague: Kluwer Law International 1998.

Duker 2013

M. Duker, ‘Het Tongzoen-arrest en het labelen van strafbaar gedrag’, *Ars Aequi* 2013, p. 827-832.

Gerritsen 2009

R. Gerritsen, *Knock Out*, Rotterdam: Lemniscat 2009.

Groenhuijsen 2003

M.S. Groenhuijsen, 'Enkele aspecten van rechterlijk overgangsrecht en 'prospective overruling' in het straf(proces)recht', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen: liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 185-202.

Groenhuijsen & Wiemans 1989

M.S. Groenhuijsen & F.P.E. Wiemans, *Van electriciteit naar computercriminaliteit*, Arnhem: Gouda Quint 1989.

Herring 2010

J. Herring, *Criminal Law: The Basics*, London: Routledge 2010.

De Hullu 2012

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012.

De Hullu & van der Neut 1991

J. de Hullu & J.L. van der Neut, 'Zedelijkheidswetgeving, Partiële herziening slechts ten dele geslaagd', *Nederlands Juristen Blad* 1991, afl. 10, p. 389-397.

De Jong & Knigge 2003

D.H. de Jong & G. Knigge, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Kool 2013

R.B.S. Kool, 'Inleidende opmerkingen bij Titel XIV van het Wetboek van Strafrecht', in: C.P.M. Cleiren & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst en Commentaar Strafrecht*, geraadpleegd via databank Kluwer Navigator, bijgewerkt tot 01-07-2013.

Kool 2013

R.B.S. Kool, 'Feitelijke aanranding van de eerbaarheid bij: Wetboek van Strafrecht, artikel 246', in: C.P.M. Cleiren & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst en Commentaar Strafrecht*, geraadpleegd via databank Kluwer Navigator, bijgewerkt tot 01-07-2013.

Kool 2004

R.B.S. Kool, 'Veranderde zeden?', *Delict en Delinkwent* 2004, afl. 9/70, p. 912-931.

Lokin & Zwolve 1986

J.H.A. Lokin & W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Groningen: Wolters-Noordhoff/Forsten 1986.

Machielse 2012

A.J. Machielse, 'Artikel 245 [met iemand beneden 16 jaar]', in: T.J. Noyon, G.E. Langemeijer & J. Remmelink (red.), *Het Wetboek van Strafrecht*, geraadpleegd via databank Kluwer Navigator, bijgewerkt tot 16-07-2012.

Machielse 2012

A.J. Machielse, 'Artikel 246 [Feitelijke aanranding van de eerbaarheid]', in: T.J. Noyon, G.E. Langemeijer & J. Remmelink (red.), *Het Wetboek van Strafrecht*, geraadpleegd via databank Kluwer Navigator, bijgewerkt tot 16-07-2012.

Machielse 2013

A.J. Machielse, 'Artikel 242 [verkrachting]', in: T.J. Noyon, G.E. Langemeijer & J. Remmelink (red.), *Het Wetboek van Strafrecht*, geraadpleegd via databank Kluwer Navigator, bijgewerkt tot 02-04-2013.

Melai 1980

A.L. Melai, *Eindrapport van de Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1980.

Nan 2013

J.S. Nan, 'Annotatie bij NJ 2013,437', *NbSr Geannoteerd* 2013, afl. 4, p. 83-85.

Van der Neut & Wedzinga 1994

J.L. van der Neut & W. Wedzinga, 'Seksueel binnendringen', *Nederlands Juristen Blad* 1994, afl. 5, p. 149-153.

Noyon, Langemeijer & Remmelink 2002

T.J. Noyon, G.E. Langemeijer & J. Remmelink, 'Titel XIV Misdrijven tegen de zeden', in: T.J. Noyon, G.E. Langemeijer & J. Remmelink (red.), *Het Wetboek van Strafrecht*, geraadpleegd via databank Kluwer Navigator, bijgewerkt tot 01-11-2002.

Ormerod 2008

D. Ormerod, *Smith and Hogan criminal law*, Oxford: Oxford University Press 2008.

Rozemond 2013

N. Rozemond, 'Annotatie: Tongzoen' *Ars Aequi* 2013, p. 839-845.

Rozemond 1999

K. Rozemond, 'Legaliteit in het materiële strafrecht', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1999, nr.4, p. 117-130.

Sentencing Counsel 2014

Sentencing Counsel, *Sexual Offences Definitive Guideline*, London: Sentencing Counsel 2014.

Schimmel-Bonder 1992

W.G. Schimmel-Bonder, 'Zedelijkheidswetgeving', *Ars Aequi* 1992, p. 156-163.

Simester e.a. 2013

A.P. Simester e.a., *Simester and Sullivan's Criminal Law: theory and doctrine*, Oxford: Hart 2013.

Stevens 2002

L. Stevens, *Strafrecht en seksualiteit. De misdrijven inzake aanranding van de eerbaarheid, verkrachting, ontucht, prostitutie, seksreclame, zedenschennis en overspel*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 2002.

Stevenson, Davies & Gunn 2004

K. Stevenson, A. Davies & M. Gunn, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Uniken Venema 1971

C. AE. Uniken Venema, *Van Common Law en Civil Law: inleiding tot Anglo-Amerikaanse recht, in vergelijking met het Nederlandse*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1971.

Verrijn Stuart 1993

H.M. Verrijn Stuart, 'De jacht op het onzegbare', *Nemesis* 1993, nr. 5, p. 141-148.

Williams 1983

G. Williams, 'Convictions and Fair Labelling', *Cambridge Law Journal* (42) 1983-1, p. 85-95.

JurisprudentieEuropees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98 (M.C. t. Bulgarije).

EHRM 31 juli 2000, nr. 35765/97 (A.D.T. t. Verenigd Koninkrijk).

EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997, 1 m.nt. G. Knigge.

EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146.

Jurisprudentie België

Hof van Cassatie 7 januari 1997, *A.J.T* 1998-99, 172 m.nt. Liesbet Stevens.

Hof van Cassatie 7 mei 1928, *Pas* 1928, I, 155.

Hof van Beroep Brussel 8 april 1998, *R.W.* 1998-99, p. 505 m.nt. Armand Vandeplas.

Hof van Beroep Brussel 21 juni 1979, *Rev. dr. pén.* 1980, 272.

Correctionele rechtbank Brussel 23 februari 1988, *J.L.M.B.* 1988, 507.

Jurisprudentie Engeland

R v Bree [2007] EWCA Crim 256, Court of Appeal.

R v Naveed Tabassum [2000] 2 Cr App R 328.

R v R [1993] 1 ALL ER 747.

Jurisprudentie Nederland

Hoge Raad der Nederlanden

HR 26 november 2013, *NJ* 2014, 62 m.nt. N. Keijzer.

HR 27 augustus 2013, *NJ* 2013, 427 m.nt. N. Keijzer.

HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 438 m.nt. N. Keijzer.

HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 437.

HR 15 mei 2012, *LJN* BW5528.

HR 14 februari 2012, *LJN* BU5254.

HR 8 mei 2012, *LJN* BW5000.

HR 15 november 2011, *LJN* BQ6709.

HR 22 februari 2011, *NJ* 2012, 62 m.nt. N. Keijzer.

HR 25 mei 2010, *LJN* BL5563.

HR 18 mei 2010, *NJ* 2010, 287.

HR 13 december 2005, *LJN* AU4825.

HR 15 oktober 2005, *NJ* 2006, 614.

HR 28 juni 2005, *LJN* AT7301.

HR 16 november 2004, *LJN* AR3040.

HR 23 maart 2004, *NJ* 2004, 313.

HR 5 december 2000, *NJ* 2001, 98.

HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001, 14.

HR 18 mei 1999, *LJN* ZD1456.

HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 m.nt. J. de Hullu.

HR 20 januari 1998, *NJ* 1998, 337.

HR 2 december 1997, *NJ* 1998, 306.

HR 7 januari 1997, *NJ* 1997, 361 m.nt. A.C. 't Hart.

HR 2 mei 1995, *NJ* 1995, 583.

HR 22 november 1994, *NJ* 1995, 157.

HR 22 februari 1994, *NJ* 1994, 379 m.nt. A.C. 't Hart.

HR 28 februari 1989, *NJ* 1989, 658 m.nt. A.C. 't Hart.

HR 21 februari 1989, *NJ* 1989, 688.

HR 9 februari 1988, *NJ* 1988,613 m.nt. G.E. Mulder.

HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, 564.

Gerechtshof

Hof Leeuwarden 2 mei 2011, *LJN* BQ3502.

Hof 's-Hertogenbosch 30 december 1992, *NJ* 1993, 147.

Parlementaire stukken Nederland

Kamerstukken II 1988/89, 20 930, nr. 2.

Kamerstukken II 1988/89, 20 930, nr. 3.

Kamerstukken II 1988/89, 20 930, nr. 4.

Kamerstukken II 1988/89, 20 930, nr. 5.

Kamerstukken II 1989/90, 20 930, nr. 8.

Kamerstukken II 1990/91, 20 930, nr. 13.

Handelingen II 18 oktober 1990.

Stb. 1991, 519.

Stb. 1995, 575.

Stb. 2002, 529.

Stb. 2002, 388.

Stb. 2009, 544.

Stb. 2008, 543.

Stb. 2012, 72.

Stb. 2012, 74.

Stb. 2014, 74.

Parlementaire stukken België

Parl. St. Kamer 1988-89, nr. 702/4.

Bijlagen

Bijlage A. Artikelen 242-249 Sr tot 1 december 1991

Bron: A.L. Melai, *Eindrapport van de Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1980, p. 6-8.

Artikel 242

Hij die door geweld of bedreiging met geweld een vrouw dwingt met hem buiten echt vleeschelijke gemeenschap te hebben, wordt, als schuldig aan verkrachting, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren.

Artikel 243

Hij die buiten echt vleeschelijke gemeenschap heeft met eene vrouw van wie hij weet dat zij in staat van bewusteloosheid of onmacht verkeert, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren.

Artikel 244

Hij die vleeschelijke gemeenschap heeft beneden den leeftijd van twaalf jaren, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren.

Artikel 245

1. Hij die buiten echt vleeschelijke gemeenschap heeft met eene vrouw die den leeftijd van twaalf, maar nog niet dien van zestien jaren heeft bereikt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren.
2. Vervolging heeft, buiten de gevallen van de artikelen 248 en 249, niet plaats dan op klachte.

Artikel 246

Hij die door geweld of bedreiging met geweld iemand dwingt tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, wordt, als schuldig aan feitelijke aanranding van de eerbaarheid, met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren gestraft.

Artikel 247

Hij die met iemand van wien hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid of onmacht verkeert of met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren

ontuchtige handelingen pleegt of laatstgenoemde tot het plegen of dulden van zoodanige handelingen of, buiten echt, van vleeschelijke gemeenschap met een derde verleidt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren.

Artikel 248

1. Indien een der artikelen 243 en 245-247 omschreven misdrijven zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft, wordt gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren opgelegd.
2. Indien een der in de artikelen 242-247 omschreven misdrijven den dood ten gevolge heeft, wordt gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaar opgelegd.

Artikel 248ter

1. Hij die door giften of beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijk verhouding voortvloeiend overwicht of misleiding een minderjarige van onbesproken gedrag, wiens minderjarigheid hij kent of redelijkerwijs moet vermoeden, opzettelijk beweegt ontuchtige handelingen met hem te plegen of zoodanige handelingen van hem te dulden, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren.
2. Vervolging heeft niet plaats dan op klachte van hem tegen wie het misdrijf is gepleegd.
3. De termijnen bedoeld in artikel 66 belopen voor deze klachten onderscheidenlijk zes en twaalf maanden.

Artikel 249

1. Hij die ontucht pleegt met zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft:
 1. de ambtenaar die ontucht pleegt met een persoon aan zijn gezag onderworpen of aan zijne waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen;
 2. de bestuurder, geneeskundige, onderwijzer, beambte, opzichter of bediende in een gevangenis, rijkswerkinrichting, rijksinrichting voor de

kinderbescherming, weeshuis, ziekenhuis, krankzinningengesticht of instelling van weldadigheid, die ontucht pleegt met een persoon daarin opgenomen.

Bijlage B. Voorgestelde artikelen door de Commissie-Melai

Bron: A.L. Melai, *Eindrapport van de Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1980, p. 44.

Artikel 242

1. Hij die door geweld, of een andere feitelijkheid, of door bedreiging met geweld, of een andere feitelijkheid, iemand dwingt tot het dulden of plegen van seksuele handelingen, wordt als schuldig aan aanranding gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of met geldboete van de vijfde categorie.
2. Met aanranding wordt gelijk gesteld het plegen van seksuele handelingen ten aanzien van iemand van wie de dader weet dat deze door bewusteloosheid, lichamelijke onmacht of door een ernstige psychische stoornis niet in staat is zijn wil kenbaar te maken of weerstand te bieden.
3. Met gevangenis straf van ten hoogste twaalf jaren of met geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft:
 - a. aanranding door twee of meer verenigde personen;
 - b. aanranding die zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft.
4. Met gevangenis straf van ten hoogste vijftien jaren of met geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft: aanranding die de dood van het slachtoffer ten gevolge heeft.

Artikel 243

1. Hij die door geweld, of een andere feitelijkheid, of door bedreiging met geweld, of een andere feitelijkheid, een ander dwingt tot het dulden of plegen van geslachtsgemeenschap, of een daarmee gelijk te stellen seksuele handeling, wordt als schuldig aan verkrachting gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of met geldboete van de vijfde categorie.
2. Met gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft: verkrachting die de dood ten gevolge heeft.

