

Vergaderjaar 2022–2023

36 222

Wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 8 juni 2022 en het nader rapport d.d. 5 oktober 2022, aangeboden aan de Koning door de Minister van Justitie en Veiligheid. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 14 december 2021, nr. 2021002453, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 8 juni 2022, nr. W16.21.0369/II, bied ik U hierbij aan.

De tekst van het advies treft u hieronder aan, voorzien van mijn reactie.

Bij Kabinetsmissive van 14 december 2021, no.2021002453, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie en Veiligheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), met memorie van toelichting.

Het voorstel beoogt de huidige Titel XIV Misdrijven tegen de zeden in het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht te vervangen door een nieuwe Titel XIV Seksuele misdrijven. Daarin wordt de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag opnieuw vastgesteld en begrensd. De strafrechtelijke bescherming tegen aanranding en verkrachting, online seksueel misbruik en seksuele intimidatie wordt verruimd. Voorts worden de strafmaxima voor bepaalde gedragingen, zoals seksuele misdrijven gepleegd tegen kinderen, verhoogd.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft het belang van de modernisering van de strafbaarstellingen van seksuele misdrijven gelet op de veranderde maatschappelijke opvattingen en inzichten, technologische ontwikkelingen en internationaalrechtelijke verplichtingen. Zij wijst er evenwel op dat gewaakt moet worden voor te hoge verwachtingen. Het voorstel verandert niet dat seksuele delicten vaak moeilijk te bewijzen zijn. Daarnaast moet gewaarborgd zijn dat de politie en het openbaar ministerie tijdig over voldoende capaciteit beschikken om deze delicten op te sporen en te vervolgen.

De Afdeling maakt verder onder meer opmerkingen over de voorgestelde wijzigingen van de strafbaarstellingen van aanranding en verkrachting. Zo behoeven de afbakening van de opzettelijke variant van deze delicten en (mede in verband daarmee) de toegevoegde waarde en de strafwaardigheid van de schuldvariant een nadere toelichting. Ook de voorgestelde verhogingen van de strafmaxima dienen beter te worden gemotiveerd. De Afdeling vraagt daarnaast aandacht voor de handhaafbaarheid van de voorgestelde strafbaarstelling van seksuele intimidatie in de openbare ruimte. In verband met deze opmerkingen is aanpassing van het voorstel en de toelichting wenselijk.

Het voorstel heeft de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling of de Afdeling advisering) aanleiding gegeven tot het maken van opmerkingen ten aanzien van de verwachtingen van het wetsvoorstel en de implementatie, de afbakening van de herziene strafbaarstellingen van aanranding en verkrachting, de voorgestelde verhogingen van de strafmaxima, de handhaafbaarheid van de voorgestelde strafbaarstelling van seksuele intimidatie in de openbare ruimte, de strafuitsluitingsgrond voor consensuele «sexting» door minderjarigen, de verschillen tussen de fysieke en de digitale wereld en de gevolgen daarvan voor toepassing van het strafrecht, de niet-seksuele zedendelicten en de (gender)neutrale formulering van het de normadressaat in de delictsomschrijvingen. De Afdeling is van oordeel dat het voorstel aanpassing behoeft en dat de toelichting op bepaalde punten dient te worden aangevuld.

1. Algemeen

a. Aanleiding en doel voorstel

Seksuele misdrijven zijn thans strafbaar gesteld in Titel XIV Misdrijven tegen de zeden in het Tweede Boek (Misdrijven) van het Wetboek van Strafrecht. Als gevolg van verschillende maatschappelijke, technologische en juridische ontwikkelingen is de huidige zedenwetgeving evenwel verouderd geraakt.

De afgelopen jaren zijn de opvattingen binnen onze samenleving over seksuele grensoverschrijding strikter geworden en zijn de grenzen van strafwaardig gedrag verschoven.² Ook is de maatschappelijke aandacht voor en het bewustzijn van het leed dat slachtoffers van seksueel grensoverschrijdend gedrag wordt aangedaan toegenomen.³

Als gevolg van technologische ontwikkelingen zijn andere en (deels) nieuwe online verschijningsvormen van seksuele grensoverschrijding ontstaan.⁴ Dit betreft onder meer seksuele gedragingen waarbij betrokkenen niet in elkaars fysieke aanwezigheid verkeren, maar virtueel contact

² Toelichting, Algemeen deel, paragrafen 2.1.

³ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.1.

⁴ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.4.

hebben. In het bijzonder kinderen lopen het risico slachtoffer te worden van die nieuwe online vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag.⁵

De huidige strafwet schiet als gevolg van voornoemde ontwikkelingen tekort in de strafrechtelijke bescherming tegen (online) seksueel geweld,⁶ seksueel kindermisbruik en seksueel getint overlastgevend gedrag. Het gaat dan onder meer om de strafbaarstelling van aanranding en verkrachting, van seksuele benadering van kinderen en van seksuele intimidatie.⁷ Zo bestaat er in de samenleving een steeds sterkere afkeuring van seksuele intimidatie en een toenemende roep om strafrechtelijke normering en handhaving daarvan. In de huidige zedenwetgeving is seksuele intimidatie als zodanig niet strafbaar gesteld.⁸

Voorts is de huidige wetgeving op het terrein van seksueel grensoverschrijdend gedrag de afgelopen jaren vaak gewijzigd onder invloed van internationale wet- en regelgeving. Dit heeft geleid tot kritische opmerkingen van de Afdeling over de overlap tussen verschillende strafbepalingen en het ontbreken van evenwicht tussen de strafmaxima.⁹ Naar aanleiding daarvan is een WODC-onderzoek verricht naar de vraag of er in termen van samenhang, complexiteit en normstelling aanleiding is de zedenwetgeving te herzien. Het onderzoeksrapport beantwoordde deze vraag bevestigend.¹⁰ In de beleidsreactie op het onderzoek is deze aanbeveling overgenomen.¹¹

Tegen de achtergrond van deze ontwikkelingen acht de regering het wenselijk de zedenwetgeving te moderniseren teneinde een adequate en herkenbare strafrechtelijke reactie mogelijk te maken op seksueel grensoverschrijdend gedrag dat in de hedendaagse en digitaliserende samenleving als strafwaardig wordt ervaren.¹² Met een actueel wettelijk kader dat aansluit bij de maatschappelijke realiteit worden slachtoffers bovendien beter beschermd. Zij kunnen in meer situaties aangifte doen. Politie en openbaar ministerie (OM) hebben volgens de toelichting meer mogelijkheden om op te treden tegen strafbaar gedrag. Bij constatering van een strafbaar feit kan opsporing en vervolging plaatsvinden en bij bewezenverklaring kan een passende straf of maatregel worden opgelegd.

Daarnaast geeft het wetsvoorstel volgens de regering een duidelijk signaal af aan (potentiële) daders dat seksueel grensoverschrijdend gedrag niet acceptabel is en streng wordt bestraft. Daarmee gaat van dit voorstel een normerende en preventieve werking uit.¹³ Met het voorstel wordt de strafrechtelijke normstelling ook meer in lijn gebracht met de toepasselijke internationale verplichtingen.¹⁴

⁵ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 1.

⁶ In de toelichting wordt de term «seksueel geweld» gebruikt om de strafbaarstellingen van aanranding en verkrachting aan te duiden.

⁷ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 1.

⁸ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.3.

⁹ Zie het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 8 februari 2013 over het wetsvoorstel tot implementatie van de richtlijn 2011/93/EU van het Europees Parlement en de Raad ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, en ter vervanging van Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad (PbEU L 335) (W03.12.0474/II), Kamerstukken II 2012/13, 33 580, nr. 4, onder punt 4.

¹⁰ K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten?*, WODC 2016.

¹¹ Kamerstukken II 2015/16, 29 279, nr. 300. Zie de toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.5.

¹² Toelichting, Algemeen deel, paragrafen 1, 2.5 en 5.

¹³ Toelichting, Algemeen deel, paragrafen 1 en 5.

¹⁴ Toelichting, Algemeen deel, paragrafen 1, 4.2 en 4.3.

b. Inhoud wetsvoorstel

In de kern houdt het wetsvoorstel het volgende in. Het voorstel beoogt de huidige Titel XIV Misdrijven tegen de zeden te vervangen door een nieuwe Titel XIV Seksuele misdrijven. Daarin wordt de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag opnieuw vastgesteld en begrensd. Ook worden de inhoud van de strafbepalingen en de wettelijke structuur gemoderniseerd.¹⁵ Drie misdrijven die thans zijn opgenomen in Titel XIV worden in verband met het niet-seksuele karakter daarvan overgeheveld naar Titel V Misdrijven tegen de openbare orde (zie punt 8).¹⁶

Op onderdelen wordt de omvang van de strafrechtelijke bescherming uitgebreid en gemoderniseerd. Dit geldt voor de strafrechtelijke bescherming tegen aanranding en verkrachting (zie punt 3).¹⁷ In het voorstel wordt ook uitdrukkelijk aandacht besteed aan moderne (online) delictsvormen.¹⁸ Te denken valt aan «sexchatting»¹⁹, maar ook aan «sextortion»²⁰ en «live distant child abuse».²¹ Daarnaast wordt in het voorstel rekening gehouden met normaal seksueel experimenteelgedrag tussen jongeren door voorzieningen te treffen voor strafuitsluiting (zie punt 6).²²

Ook verruimt het voorstel de mogelijkheden om strafrechtelijk op te treden tegen seksueel getint overlast veroorzakend gedrag. Daartoe wordt seksuele intimidatie zelfstandig strafbaar gesteld in Titel II Overtredingen betreffende de openbare orde van het Derde Boek (Overtredingen) van het Wetboek van Strafrecht. Tot slot worden de strafmaxima voor bepaalde gedragingen, zoals seksuele misdrijven gepleegd tegen kinderen, feitelijk verhoogd (zie punt 4).

2. Algemene beoordeling

De Afdeling onderschrijft het belang van een wijziging van het Wetboek van Strafrecht die ertoe strekt de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag te moderniseren. Met deze modernisering van de strafbaarstellingen worden de gewijzigde maatschappelijke opvattingen over grensoverschrijdend seksueel gedrag wettelijk verankerd. Daarmee brengt de wetgever expliciet de strafwaardigheid van dat grensoverschrijdende gedrag tot uitdrukking. Van het voorstel kan aldus een normerende werking uitgaan. Daarnaast wordt rekening gehouden met technologische en internationale ontwikkelingen.

¹⁵ Hiermee wordt gevolg gegeven aan het hiervoor aangehaalde onderzoek van het WODC.

¹⁶ Het gaat om pornografie, het toedienen van een bedwelmende drank en het tonen van een schadelijke visuele weergave aan kinderen. Volgens de toelichting houden deze misdrijven minder of geen verband met de bescherming van de lichamelijke en seksuele integriteit, maar meer met het bestrijden van publieke wanordelijkheden; Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.1.

¹⁷ Toelichting, Algemeen deel, paragrafen 2.2 en 3.2.

¹⁸ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.4.

¹⁹ Dit betreft een nieuwe delictsvorm van seksuele benadering van kinderen. Andere thans reeds bestaande vormen betreffen het seksueel corrumperen van kinderen (artikel 251, eerste lid onder b) en «grooming» (artikel 251, eerste lid onder c).

²⁰ Het afdwingen van online seksuele interactie onder dreiging van openbaarmaking van seksueel beeldmateriaal. «Sextortion» wordt niet zelfstandig strafbaar gesteld, omdat (online) seksuele afpersing valt onder de reikwijdte van (de delictsvormen van) aanranding en verkrachting; Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 8.3.

²¹ Het op bestelling streamen van seksueel kindermisbruik elders in de wereld. De formulering van de delictsommschrijving van kinderpornografie (artikel 252, thans artikel 240b Sr) is aangepast, zodat de strafbaarstelling beter is toegesneden op dit soort moderne verschijningsvormen; Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.3.

²² Zie de voorgestelde artikelen 247, derde lid, 248, derde lid, 251, tweede lid, en 252, tweede en derde lid.

De Afdeling heeft bij de beoordeling van het voorstel zowel de belangen van slachtoffers als de rechten en positie van verdachten betrokken. Uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) volgt dat staten een positieve verplichting hebben om strafrechtelijke maatregelen te nemen tegen seksueel geweld.²³ Seksueel grensoverschrijdend gedrag kan de geestelijke en lichamelijke integriteit van slachtoffers ernstig aantasten. Doortastend strafrechtelijk optreden draagt bij aan het herstel van het slachtoffer en kan voorkomen dat een dader meer slachtoffers maakt. Anderzijds kan een beschuldiging van seksueel grensoverschrijdend gedrag de vermeende pleger al grote schade berokkenen, ook als een veroordeling uitblijft. Seksueel contact gaat bovendien meestal gepaard met subtiële communicatie, die op meerdere manieren kan worden uitgelegd. Daardoor kan de verdachte niet altijd een (strafrechtelijk) verwijt gemaakt worden voor wat volgens het slachtoffer ongewenst seksueel contact was. Het is daarom voor zowel slachtoffers als verdachten belangrijk dat de wet duidelijk bepaalt welke gedragingen strafbaar zijn (zie verder punt 3a).

De Afdeling kan zich vinden in de uitbreiding van de strafrechtelijke bescherming tegen seksueel grensoverschrijdend gedrag, maar zij wijst erop dat gewaakt moet worden voor te hoge verwachtingen van het strafrecht.²⁴ Het voorstel verandert niet dat het bewijs in een concrete zaak soms toch lastig te leveren zal zijn.²⁵ Er is vaak sprake van een één-op-één-situatie zonder aanwezigheid van getuigen.²⁶ In het bijzonder bij een ontkennende verdachte en ontbrekende getuigen zal steunbewijs noodzakelijk zijn, zoals sporen op het lichaam, camerabeelden of tekstberichten.²⁷ Dit leidt ertoe dat het strafrecht lang niet altijd de genoegdoening, bescherming of normstelling zal bieden waar slachtoffers en samenleving op hopen.

De Afdeling acht het daarom essentieel en ook te waarderen dat in de toelichting aandacht wordt besteed aan de niet-strafrechtelijke aanpak van seksueel grensoverschrijdend gedrag. Hieruit blijkt dat gewerkt wordt aan een preventieagenda en een regionale aanpak van seksueel geweld. Daarmee moet onder meer de ondersteuning van slachtoffers verbeterd worden. Verder wordt geïnvesteerd in de bestuursrechtelijke aanpak van online seksuele misdrijven. Daarnaast worden voorlichtingscampagnes gehouden met als doel slachtoffer- en daderschap te voorkomen en een veilige omgeving voor slachtoffers te creëren.²⁸ Ten overvloede merkt de Afdeling op dat tevens via het arbeidsrecht en het tuchtrecht consequenties kunnen worden verbonden aan grensoverschrijdend seksueel gedrag.

²³ Op grond van de artikelen 3 en 8 EVRM. Zie EHRM 4 december 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:1204JUD003027298 (M.C. Bulgarije), EHRM 26 maart 1985, ECLI:CE:ECHR:1985:0326JUD000897880 (X en Y/Nederland), EHRM 31 maart 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0331JUD003080811 (A, B en C/Letland), EHRM 24 mei 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0524JUD003693408 (I.C./Roemenië), EHRM 2 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0202JUD002245716 (X e.a./Bulgarije).

²⁴ Zo ook de toelichting in verband met de verruiming van de strafbaarstellingen van aanranding en verkrachting; Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 5.

²⁵ Zie ook de consultatieadviezen van het OM van 11 juni 2021 (p. 3–4), van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) van 3 juni 2021 (p. 9–10), van de Nationale Politie van 3 juni 2021 (p. 2–3), van de Raad voor de rechtspraak (Rvdr) van 2 juni 2021 (p. 3) en van Slachtofferhulp Nederland van 11 juni 2021.

²⁶ Zie de toelichting, paragrafen 3.2 en 5, in verband met de verruiming van de strafbaarstellingen aanranding en verkrachting.

²⁷ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.2.

²⁸ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 6.8.

Wanneer eenmaal een verdenking van een seksueel misdrijf bestaat, is echter een strafrechtelijke aanpak veelal aangewezen. Het is belangrijk dat de politie en het OM dan spoedig tot opsporing en eventueel vervolging over kunnen gaan. Gelet op de met het voorstel beoogde uitbreiding van de mogelijkheden om seksueel grensoverschrijdend gedrag aan te pakken, zal vergroting van de capaciteit nodig zijn.²⁹

In de toelichting wordt benadrukt dat inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving pas plaatsvindt op het moment dat uitvoeringsorganisaties daarvoor klaar zijn. Erkend wordt dat de omvang van de werkvoorraden, de doorlooptijden³⁰ en de capaciteit,³¹ in het bijzonder de werving en opleiding van nieuw personeel, op dit moment problematisch zijn. Verwacht wordt dat de bezetting en formatie van de politie in 2024–2025 weer in balans zijn.³² Daarom wordt uitgegaan van inwerkingtreding op zijn vroegst in 2024.³³

Gelet op de omvang van de bestaande problemen en de krapte op de arbeidsmarkt rijst evenwel de vraag of het zal lukken de personele bezetting over twee jaar op orde te krijgen.³⁴ Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat de behandeling van seksuele delicten veel vergt van professionals en dat aanvullende (opleidings)eisen aan het personeel worden gesteld om de kwaliteit te waarborgen. Uit de toelichting blijkt niet welke concrete maatregelen worden getroffen om tijdig voldoende capaciteit te realiseren. Het is evenmin duidelijk hoe wordt omgegaan met het scenario waarin onvoldoende personeel kan worden geworven en/of opgeleid voorafgaand aan het beoogde moment van inwerkingtreding. In dat scenario acht de Afdeling het des te belangrijker dat de eerder beschreven niet-strafrechtelijke instrumenten voor de aanpak van seksueel grensoverschrijdend gedrag voortvarend ter hand worden genomen.

De Afdeling adviseert de toelichting op deze punten aan te vullen. Zij adviseert daarbij in het bijzonder in te gaan op de concrete maatregelen die worden getroffen om tijdig voldoende capaciteit te realiseren. Gelet op het belang van het onderwerp adviseert de Afdeling duidelijkheid te bieden over het moment waarop inwerkingtreding van de voorgestelde regeling zo spoedig en verantwoord mogelijk kan plaatsvinden.

2. Algemene beoordeling

Aan het advies van de Afdeling om in de toelichting in te gaan op de concrete maatregelen die worden getroffen om tijdig voldoende capaciteit bij uitvoeringsdiensten te realiseren is gevolg gegeven. In de toelichting (paragraaf 6.6) is verduidelijkt welke maatregelen zowel de politie als het OM hiertoe nemen, zoals het werven van personeel en het opleiden van

²⁹ De Rvdr verwacht als gevolg van het voorstel als geheel ongeveer 180 extra zaken in eerste aanleg en 20 in hoger beroep. Ook wordt verwacht dat de gemiddelde behandelduur zal toenemen met een half uur. Zie het advies van de Rvdr van 2 juni 2021 (p. 12–13) en de Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 6.2. De politie heeft de structurele impact van de nieuwe wet berekend op 30–40 fte extra. Zie de impactanalyse van de politie van 25 mei 2021 (p. 19).

³⁰ De doorlooptijden bij zedenzaken zijn (zeer) lang. Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2020/21, Aanhangsel van de Handelingen, 2113.

³¹ Zie ook veel van de adviezen, onder meer van de Nationale Politie van 3 juni 2021 (p. 2–3), van het OM van 11 juni 2021 (p. 3) en het Centrum Seksueel Geweld van 3 juni 2021.

³² Kamerstukken II 2020/21, 29 628, nr. 1015.

³³ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 6.6.

³⁴ Zie daarover in meer algemene zin ook het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 6 april 2022 over het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (W16.21.0105/II), deeladvies A onder punt 3. Het volledige advies is te vinden op de website www.raadvanstate.nl.

huidig en nieuw personeel. Toegelicht wordt onder andere dat naar aanleiding van de motie Hermans extra middelen aan de politie en het OM zijn toegekend die onder meer bestemd zijn om tijdig te kunnen starten met de werving van extra capaciteit in het kader van dit wetsvoorstel (Kamerstukken II 2021/22, 29 628, nr. 1051).

Uiteraard is de invulling van de extra capaciteit afhankelijk van de beschikbaarheid van geschikte kandidaten. Daarbij kunnen ook eventuele aanpassingen van het wetsvoorstel consequenties hebben voor het implementatieproces, waaronder de invulling van de benodigde functionaliteiten en het opleidingstraject van de zittende medewerkers. Dat geldt ook voor het geval de nieuwe wetgeving en de publieke aandacht voor seksueel grensoverschrijdend gedrag tot een grotere toename van het aantal aangiftes leidt dan verwacht. In dit verband wordt opgemerkt dat bij het berekenen van de financiële gevolgen en het toekennen van aanvullende middelen voor de uitvoering van het wetsvoorstel rekening is gehouden met een scenario waarin het aantal meldingen fors stijgt (zie ook paragraaf 7 van de toelichting).

In de toelichting (paragrafen 5, 6.6 en 6.8) is, zoals de Afdeling heeft geadviseerd, nader toegelicht welke stappen het kabinet zet om het niet-strafrechtelijke instrumentarium voor de aanpak van seksueel grensoverschrijdend gedrag voortvarend ter hand te nemen.

De Afdeling adviseert om duidelijkheid te geven over het moment waarop inwerkingtreding van de voorgestelde regeling zo spoedig en verantwoord mogelijk kan plaatsvinden. Zoals ook per brief aan de Tweede Kamer is gemeld, is inwerkingtreding van dit wetsvoorstel voorzien in 2024 (Kamerstukken II 2021/22, 34 843, nr. 60). In de toelichting (paragraaf 6.6 en artikel XX) is dit verduidelijkt. Voor een verantwoorde inwerkingtreding van het wetsvoorstel is het essentieel dat de meest betrokken organisaties, zoals de politie, daarvoor gereed zijn. In het kader van het implementatietraject van dit wetsvoorstel zullen, indien dit op enig moment nodig is, alternatieve scenario's worden uitgewerkt om het wetsvoorstel tijdig en op een verantwoorde manier in werking te laten treden.

3. Aanranding en verkrachting

a. Verruiming van strafrechtelijke aansprakelijkheid

De eerder genoemde maatschappelijke, juridische en technologische ontwikkelingen (zie punt 1) noodzaken volgens de toelichting tot verlaging van de drempel voor strafbaarheid wegens aanranding en verkrachting. De huidige delicten aanranding en verkrachting worden daarom vervangen door vier nieuwe delicten met zes verschillende kwalificaties: schuldaanranding, opzetaanranding, gekwalificeerde opzetaanranding, schuldverkrachting, opzetverkrachting en gekwalificeerde opzetverkrachting. Volgens de tekst van de nieuwe schulddelicten ontstaat strafbaarheid als seksuele handelingen worden verricht, terwijl iemand «ernstige reden heeft om te vermoeden» dat bij de ander de wil hiertoe ontbreekt. Bij de opzetdelicten is degene strafbaar die seksuele handelingen verricht in de wetenschap dat de wil van de ander daartoe ontbreekt. Het gebruik van dwang, geweld of bedreiging is geen voorwaarde meer voor strafbaarheid, maar een gekwalificeerde (strafverzwarende) vorm van de opzetdelicten.³⁵

³⁵ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.2.

Volgens het voorstel is niet langer vereist dat het slachtoffer zich heeft verzet tegen of zich niet kon onttrekken aan de seksuele handelingen.³⁶ Voor toepasselijkheid van de strafverzwaring wegens «dwang» is bovendien niet (meer) vereist dat deze zodanig was dat de wil van de ander daardoor werd doorbroken. Gekwalificeerde opzetaanranding en -verkrachting zijn daarmee bewijstechnisch eenvoudiger van opzet dan de huidige delicten aanranding en verkrachting.³⁷ Verder wordt ook het verrichten van seksuele handelingen met een persoon in het voorstel ruimer gedefinieerd.³⁸ Dit omvat ook vormen van seksuele interactie waarbij geen sprake is van lichamelijk contact tussen dader en slachtoffer.³⁹ De kwalificatie van verkrachting strekt zich voortaan bijvoorbeeld mede uit tot onvrijwillige seksuele penetratie van het eigen lichaam of van het lichaam van een ander, al dan niet op afstand (bijvoorbeeld via een webcam).⁴⁰

De Afdeling onderschrijft het belang van een verruiming van de strafbaarstellingen van verkrachting en aanranding, waarin het ontbreken van de wil van het slachtoffer – en niet het dwingen van het slachtoffer – het centrale element is. Dit past binnen de veranderde maatschappelijke opvattingen over seksueel grensoverschrijdend gedrag. Seksueel contact behoort vrijwillig en gelijkwaardig te zijn en dient te berusten op wederzijds goedvinden.⁴¹ Ook andere Europese landen hebben de laatste jaren de stap gezet van een «dwangmodel» naar een «consentmodel», waarbij tussen de nationale stelsels overigens belangrijke verschillen bestaan wat betreft de reikwijdte en vormgeving van de betreffende strafbaarstellingen.⁴²

De Afdeling merkt op dat het onvermijdelijk is dat de grenzen van de nieuwe strafbepalingen in de rechtspraak nader moeten worden vastgesteld. Dat neemt echter niet weg dat de wetgever moet streven naar het formuleren van scherp omlijnde delictsomschrijvingen, zodat het voor een individu zoveel mogelijk voorzienbaar is welk gedrag onder welke omstandigheden tot strafbaarheid wegens een seksueel misdrijf zal leiden (lex certa, het uit het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel voortvloeiende bepaaldheidsgebod).⁴³ Dat is niet alleen van belang voor de rechtszekerheid, maar ook voor de normerende en preventieve werking die met de

³⁶ Artikelsgewijze toelichting bij artikel 241, eerste lid. Zie over de reikwijdte van de huidige strafbaarstellingen van aanranding en verkrachting K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten?*, WODC 2016, p. 205 e.v.; K. Lindenberg, «Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een «Nein heisst Nein»?», in: E. Gritter (red.), *Modern Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 10–13. Voor het bewijs van dwang is overigens niet vereist dat het slachtoffer zich tegen de handelingen van de dader heeft verzet; zie L.E.M. Schreurs e.a., «Dwang bij misdrijven tegen de zeden in het afgelopen decennium», *DD* 2019, p. 765 e.v. en HR 27 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2194.

³⁷ Artikelsgewijze toelichting bij artikel 241, tweede lid.

³⁸ Zie het voorgestelde artikel 239.

³⁹ Daarmee wordt het zogenoemde «interactiecriterium» uit de huidige jurisprudentie gecodificeerd, zie bijvoorbeeld HR 30 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ0950 (Masturberen I).

⁴⁰ Volgens de huidige jurisprudentie kunnen seksuele handelingen die zijn verricht door een ander dan degene die de dwang heeft uitgeoefend geen verkrachting opleveren; zie HR 11 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2972 (Pollepel). Voor een bespreking van de in deze en de vorige voetnoot bedoelde jurisprudentie zij verwezen naar K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten?*, WODC 2016, p. 58 e.v. Zie ook de artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onder K (Nieuwe Titel XIV van het Tweede Boek Seksuele misdrijven), onder «Delictsgedrag(en)».

⁴¹ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.2.

⁴² Zie hierover K. Lindenberg, «Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een «Nein heisst Nein»?», in: E. Gritter (red.), *Modern Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 1 e.v.

⁴³ Artikel 1 Sr. Kritisch over de voorzienbaarheid van het strafbare gedrag onder de nieuwe wetgeving is het advies van de NOV van 3 juni 2021, p. 3.

nieuwe strafbepalingen wordt beoogd. Daarnaast moet voorkomen worden dat de strafbaarstellingen te ruim worden geredigeerd, zodat deze ook gevallen bestrijken waarin strafrechtelijke aansprakelijkheid achterwege kan of dient te blijven.⁴⁴ In dit licht gaat de Afdeling hieronder nader in op de afbakening, de toegevoegde waarde en de strafwaardigheid van de verschillende delictsvarianten.

b. Afbakening van de opzetdelicten

Van opzetverkrachting of opzetaanranding is volgens de toelichting sprake als de ander met duidelijke verbale of non-verbale signalen te kennen geeft het seksuele contact niet op prijs te stellen en de initiator het contact toch voortzet. Dergelijke signalen zijn bijvoorbeeld nee zeggen, huilen, schreeuwen, wegduwen of wegdraaien. In dergelijke gevallen is sprake van een overduidelijke negatieve opstelling, zodat het niet anders kan dan dat de dader weet dat bij de ander een positieve wilsuiting afwezig is. Volgens de toelichting kan wetenschap van een ontbrekende wil er ook zijn bij een «passieve opstelling» van de ander in reactie op de seksuele toenadering, bijvoorbeeld als die ander niet beweegt, zich stil houdt, lichamelijk bevriest of verstijft en/of geen teken van fysieke interactie vertoont.⁴⁵

Van belang is dat wetenschap van een ontbrekende wil in het kader van deze delicten ook voorwaardelijk opzet omvat: het bewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans dat de seksuele handelingen plaatsvinden, terwijl de wil hiertoe bij de ander ontbreekt. Hiervan zal volgens de toelichting sprake kunnen zijn bij het negeren of voor lief nemen van verbale of fysieke signalen die blijf geven van een negatieve, een non-responsieve of een passieve opstelling van de ander.⁴⁶

De Afdeling merkt op dat in het licht van het voorgaande onduidelijkheid kan ontstaan over de afgrenzing tussen de opzet- en de schuldvariant. Dit terwijl aan het onderscheid belangrijke praktische consequenties zijn verbonden, mede gelet op het aanzienlijke verschil in strafmaximum. Bewustzijn van de mogelijkheid (aanmerkelijke kans) van een ontbrekende wil bij de ander kan, afhankelijk van de omstandigheden, zowel duiden op (voorwaardelijk) opzet als op (bewuste) schuld.⁴⁷ Bij de vaststelling van voorwaardelijk opzet speelt de uiterlijke verschijningsvorm van de gedragingen in het algemeen een belangrijke rol.⁴⁸

Hoewel de toelichting een groot aantal voorbeelden noemt van signalen die wijzen op de aanwezigheid van wetenschap dan wel schuld, valt te verwachten dat zich in de praktijk situaties zullen voordoen waarin niet duidelijk is hoe een bepaalde non-responsieve of passieve opstelling moet worden geïnterpreteerd. Zo wordt in enkele consultatiereacties de vraag

⁴⁴ Zoals de Hoge Raad ten aanzien van kinderpornografie heeft overwogen, zie HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:213. Zie hierover ook P.H.P.H.M.C. van Kempen, «Van overcriminalisering naar een strafwaardigheidsbeginsel», *DD* 2022, p. 381 e.v.

⁴⁵ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.2. Zie ook de artikelsgewijze toelichting bij de artikelen 240 en 241.

⁴⁶ Artikelsgewijze toelichting bij artikelen 240–244 en bij artikel 240.

⁴⁷ Advies van de Rvdr van 2 juni 2021, p. 4.

⁴⁸ Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard (HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049; HR 30 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5396).

opgeworpen of bij een bevrozingsreactie inderdaad altijd de opzetvariant van toepassing is.⁴⁹

Bij bevrozing hoeft immers niet altijd naar uiterlijke verschijningsvorm duidelijk te zijn dat de wil bij het slachtoffer ontbreekt.⁵⁰ Gelet op de ruime reikwijdte die de opzetvariant blijkens de in de toelichting gegeven voorbeelden heeft, rijst bovendien de vraag welke zelfstandige betekenis resteert voor de schuldvariant. Naarmate in meer situaties voorwaardelijk opzet wordt aangenomen, bestaat er immers minder behoefte aan vervolging voor de schuldvariant (zie verder punt 3c).⁵¹

De Afdeling adviseert het onderscheid tussen de opzet- en de schuldvariant van aanranding en verkrachting in de toelichting te verduidelijken. In het bijzonder adviseert zij daarbij nader in te gaan op de wijze waarop in dit verband kan worden vastgesteld of sprake is van voorwaardelijk opzet dan wel (bewuste) schuld ten aanzien van de ontbrekende wil bij de ander.

c. Toegevoegde waarde en strafwaardigheid van de schulddelicten

Schuldaanranding en schuldverkrachting zijn volgens het voorstel strafbaar als degene die de seksuele handelingen verricht «ernstige reden heeft om te vermoeden» dat bij de ander de wil daartoe ontbreekt.⁵² Deze schulddelicten bieden slachtoffers volgens de toelichting bescherming tegen uiterst onoplettend en daardoor laakbaar seksueel gedrag. De dader is onvoldoende alert geweest op de mogelijkheid van een ontbrekende wil bij de ander en heeft op dit punt een verkeerde inschatting gemaakt. «Van een ernstig vermoeden van een ontbrekende wil is sprake als voor ieder weldenkend mens op basis van niet te missen uiterlijk waarneembare indicaties het vermoeden zou zijn gerezen dat de wil tot het seksueel contact bij de ander ontbreekt».⁵³

Van dergelijke indicaties kan volgens de toelichting al sprake zijn bij een «onzekere, wisselende of weifelende opstelling», maar ook bij een «ongelijkwaardige uitgangspositie». Dat geldt eveneens voor het nauwelijks fysiek reageren door de ander of het op enig moment stoppen met meedoen. Bij aanwezigheid van dergelijke contra-indicaties voor een vrije positieve wilsuiting moet worden afgezien van seksueel contact of moet op zijn minst nader onderzoek worden gedaan naar de positie van de ander voordat het seksueel contact wordt doorgezet.⁵⁴

Volgens de toelichting ligt de ondergrens van de strafrechtelijke aansprakelijkheid in de delictsvormen schuldaanranding en schuldverkrachting bij bewuste schuld. De betrokkene was zich bewust van de (over)duidelijke feiten en omstandigheden die zouden kunnen wijzen op het ontbreken van de wil, maar ging ervan uit dat het wel goed zat.⁵⁵ Tegelijkertijd worden in de toelichting ook formuleringen gebezigd die juist lijken te

⁴⁹ Advies Amnesty International van 28 mei 2021, p. 4; Advies Rutgers van 4 juni 2021; Advies Schadefonds Geweldsmisdrijven van 3 juni 2021, p. 2–3. Vergelijk ook K. Lindenberg, «Onvrijwillige seksuele interactie», *Ars Aequi* 2020, p. 1017.

⁵⁰ Vergelijk K. Lindenberg, «Onvrijwillige seksuele interactie», *Ars Aequi* 2020, p. 1016; K. Lindenberg, «Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een «Nein heisst Nein»?», in: E. Gritter (red.), *Modern Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 8–9 en p. 19.

⁵¹ Advies van de Rvdv van 2 juni 2021, p. 4. Zie ook het advies van de NOvA van 3 juni 2021, p. 3.

⁵² De voorgestelde artikelen 240 en 242.

⁵³ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.2.

⁵⁴ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.2; artikelsgewijze toelichting bij artikel 240.

⁵⁵ Artikelsgewijze toelichting bij de artikelen 240–244.

duiden op onbewuste schuld.⁵⁶ In de literatuur wordt aangenomen dat met de wettelijke formulering «ernstige reden om te vermoeden» in het algemeen een betrekkelijk zware schuldvariant wordt bedoeld, waarbij sprake dient te zijn van omstandigheden die zich als het ware opdringen aan de betrokkene.⁵⁷

De Afdeling merkt op dat bij aanwezigheid van overduidelijke contra-indicaties de opzetvariant al snel in beeld lijkt te komen (zie punt 3b). Naarmate de signalen duidelijker zijn kan een vermoeden van een mogelijkheid overgaan in wetenschap van een waarschijnlijk afwezige vrijwilligheid. In het licht daarvan rijst de vraag of introductie van de nieuwe schulddelicten toegevoegde waarde heeft naast de al substantieel verruimde opzetdelicten. Met die laatste delicten kan via de toepassing van het voorwaardelijk opzet in veel gevallen al worden voorzien in de behoefte om strafrechtelijk op te treden tegen gedrag dat volgens de huidige maatschappelijke normen strafwaardig is. Uitgaande van de toelichting gaat het dan bijvoorbeeld om situaties waarin sprake is van een zogenoemde «bevroezingsreactie» (zie echter punt 3b).⁵⁸

Anderzijds kan bij minder sterke aanwijzingen – bijvoorbeeld een weifelende opstelling – de vraag rijzen of strafbaarheid op grond van de schuldvariant wel gerechtvaardigd is. In het kader van de consultatie is terecht naar voren gebracht dat situaties waarin geen expliciete verbale instemming voor seks is gegeven notoir lastig zijn te beoordelen. Bij seksuele handelingen gaat het vaak om subtiele communicatie, die niet altijd eenduidig te interpreteren is en waarbij signalen wisselend kunnen zijn. Hoe een zekere passiviteit moet worden uitgelegd, zal dan ook afhangen van de situatie en de persoon.⁵⁹ Welke signalen precies met welke mate van duidelijkheid zijn afgegeven zal bovendien lastig bewijsbaar zijn, met name als de betrokkenen daar verschillend (of niet) over verklaren.⁶⁰ Daarbij moet bedacht worden dat van aanranding bijvoorbeeld al sprake kan zijn bij het aanraken van de billen over de kleding.⁶¹

Voorts brengt de ruime reikwijdte van de nieuwe schulddelicten mee dat deze ook van toepassing kunnen zijn op het verrichten van seksuele handelingen met personen in een toestand van onmacht (bijvoorbeeld bij

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld de artikelsgewijze toelichting bij artikelen 240–244: «Betrokkene (...) trok (...) uit die feiten en omstandigheden niet de conclusie dat bij die ander de wil tot seksueel contact zou kunnen ontbreken (...)». Zie ook paragraaf 3.2 van het Algemeen deel van de toelichting («had moeten weten»).

⁵⁷ Vergelijk in verband met artikel 11a Opiumwet M.J. Borgers & E.M. van Poecke, «Op weg naar het einde: de strafbaarstelling van voorbereiding en vergemakkelijking van professionele hennepcultuur», *Ars Aequi* 2012, p. 178–179, met verwijzingen naar de wetsgeschiedenis van en literatuur over een aantal andere delicten. Zie ook de wetsgeschiedenis van artikel 273g Sr, Kamerstukken I 2018–2019, 34 091, E, p. 9 («signalen die voor ieder weldenkend mens duiden op slachtofferschap van mensenhandel»).

⁵⁸ Vergelijk K. Lindenberg, «Onvrijwillige seksuele interactie», *Ars Aequi* 2020, p. 1017, die meent dat er goede argumenten bestaan voor het strafbaar stellen van schuld in het seksueel verkeer; vooral slachtoffers van bevrozing zouden daar baat bij hebben. Volgens de toelichting valt bevrozing echter onder de opzetvariant.

⁵⁹ Zie respectievelijk het advies van de NVvR van 8 juni 2021 (p. 1–2) en dat van de NOvA van 3 juni 2021 (p. 4 en p. 7 e.v.). Zie echter ook het advies van het OM van 11 juni 2021, p. 5: met de voorgestelde formulering («ernstige reden heeft om te vermoeden») is een voldoende hoge drempel opgeworpen tegen het al te snel ontstaan van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

⁶⁰ Zie het advies van de Rvdr van 2 juni 2021, p. 3.

⁶¹ Als dat «onverhoeds» gebeurt is de opzetvariant daarop van toepassing; zie de artikelsgewijze toelichting bij de artikelen 240 en 241.

een verstandelijke beperking, dronkenschap, bewusteloosheid of slaap).⁶² Op die laatste verruiming ten opzichte van de bestaande opzettelijke delicten gaat de toelichting in het geheel niet in (zie verder punt 3d). Daardoor blijft onduidelijk in hoeverre sprake is van strafwaardig en strafbaar gedrag in geval van een «ernstige reden om te vermoeden» dat de ander zich in een toestand van lichamelijke of geestelijke onmacht bevindt.

De Afdeling merkt op dat de relevante internationale verplichtingen alleen betrekking hebben op opzettelijke gedragingen en dat ons omringende landen geen schuldvariant van verkrachting kennen.⁶³ Uit het eerder genoemde WODC-onderzoek blijkt dat de opvattingen van de in de strafrechtspraktijk werkzame respondenten over de wenselijkheid van invoering van een schuldvariant van verkrachting uiteenlopen.⁶⁴ Ook in de literatuur zijn zorgen geuit over de ruime reikwijdte van een dergelijke strafbaarstelling.⁶⁵

De Afdeling adviseert de toegevoegde waarde en de strafwaardigheid van de voorgestelde schulddelicten in de toelichting nader te motiveren. Zij wijst daarbij enerzijds op de ruime reikwijdte van de opzettelijke delicten en anderzijds op de betrekkelijk hoge drempel van een «ernstige reden om te vermoeden» dat bij de ander de wil ontbreekt. Bij minder sterke indicaties voor een ontbrekende wil bestaat het risico dat de strafbaarstelling gevallen gaat omvatten die niet strafwaardig zijn te achten. Voor zover op deze punten niet in een dragende motivering kan worden voorzien, adviseert de Afdeling deze delicten uit het voorstel te schrappen.

d. Ongelijkwaardige verhoudingen

Als gevolg van de ruime reikwijdte van de nieuwe delicten opzetaanranding en opzetverkrachting zijn de bestaande specifieke strafbaarstellingen van seksuele handelingen met personen die in een staat van geestelijke en lichamelijke onmacht verkeren overbodig geworden en geschrapt.⁶⁶ Om dezelfde reden keert de huidige strafbaarstelling van seksuele handelingen jegens functioneel afhankelijken met misbruik van gezag of van een vertrouwenspositie niet terug in de nieuwe regeling.⁶⁷ Wel wordt vanwege de extra strafwaardigheid van dat misbruik voorzien in een aanvullende strafverzwarringsgrond.⁶⁸

⁶² Dat volgt uit het voorgestelde artikel 244. Kennelijk is van een ontbrekende wil volgens het voorstel dus ook sprake als er geen «geldige toestemming» («valid consent») is; vergelijk K. Lindenberg, «Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een «Nein heisst Nein»?», in: E. Gritter (red.), *Modern Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 10.

⁶³ Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (Trb. 2012, 233), artikel 36; K. Lindenberg, «Onvrijwillige seksuele interactie», *Ars Aequi* 2020, p. 1016. Zie over de strafbaarstellingen van verkrachting in Engeland, België en Duitsland K. Lindenberg, «Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een «Nein heisst Nein»?», in: E. Gritter (red.), *Modern Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 4–5 en p. 15 e.v. De Belgische en Duitse bepalingen eisen dat het opzet van de verdachte gericht is op het niet-toestemmen, Engeland heeft gekozen voor een lagere drempel («reasonable belief»).

⁶⁴ K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten?*, WODC 2016, p. 463–467.

⁶⁵ Zie onder meer J. van Wijngaarden e.a., «Het is de kunst van het opschrijven. Een blik op de nieuwe sekswet van Minister Grapperhaus», *NJB* 2020, p. 1410–1411.

⁶⁶ De huidige artikelen 243 en 247 Sr. Het voorgestelde artikel 244 bepaalt dat in deze gevallen bij een persoon in ieder geval de vrije wil tot seksuele handelingen ontbreekt.

⁶⁷ Het huidige artikel 249 Sr.

⁶⁸ Het voorgestelde artikel 254, tweede lid.

Naar huidig recht zijn seksuele handelingen binnen een functionele afhankelijkheidsrelatie niet strafbaar, als die relatie bij die handelingen geen enkele rol heeft gespeeld.⁶⁹ In dit verband is van belang dat de huidige zedentitel in verschillende bepalingen spreekt over «ontuchtige handelingen» of «ontucht».⁷⁰ Met die termen wordt tot uitdrukking gebracht dat de betreffende seksuele handelingen in strijd zijn met de sociaal-ethische norm en daarmee een wederrechtelijk karakter hebben.⁷¹

In de nieuwe regeling wordt het ontuchtbestanddeel overal geschrapt en vervangen door de neutrale term «seksuele handelingen». Dit omdat de seksuele handelingen onder de in die bepalingen omschreven omstandigheden volgens de toelichting in zichzelf reeds in strijd zijn met de sociaal-ethische norm. In een enkel geval is van strijdigheid met die norm volgens de toelichting geen sprake. Dat betreft normaal, gelijkwaardig seksueel verkeer tussen jongeren van twaalf tot zestien jaar.⁷² De desbetreffende strafbepalingen voorzien daarom in een strafuitsluitingsgrond voor die specifieke situatie.⁷³ De Afdeling merkt op dat een dergelijke strafuitsluitingsgrond ontbreekt in gevallen waarin sprake is van consensueel seksueel verkeer tussen personen die in een hiërarchische relatie tot elkaar staan.

In de voorgestelde regeling kan wetenschap van een ontbrekende wil ook aan de orde zijn bij seksueel contact in een ongelijkwaardige verhouding tussen betrokkenen. Dan moet volgens de toelichting worden aangenomen dat de initiator zich bewust is van het feit dat geen sprake is van een wilsuiting die in vrijheid tot stand is gekomen.⁷⁴ Van een dergelijke ongelijkwaardige situatie kan onder meer sprake zijn als de initiator van het seksuele contact een hiërarchische of vertrouwenspositie heeft ten opzichte van de ander. «Als binnen een dergelijke functionele afhankelijkheidsrelatie dan toch seksuele toenadering wordt gezocht dan vindt dit plaats in de laakbare wetenschap dat bij die ander de wilsbepaling onder (sterke) invloed staat van (de wil van) de initiator en kan aldus van een vrije wilsuiting geen sprake zijn», aldus de toelichting.⁷⁵ Elders in de toelichting wordt gesteld dat bij het bestaan van een dergelijke relatie de ontbrekende wil bij de ander in beginsel gegeven is, zodat slechts bij wijze van uitzondering sprake zou kunnen zijn van straffeloosheid.⁷⁶

Als het gaat om een consensuele verhouding op de werkvloer, waarbij één van de betrokkenen hoger in rang is, kan de vraag worden gesteld in hoeverre (altijd) sprake is van strafwaardigheid. In de toelichting wordt deze vraag niet duidelijk beantwoord. Bovendien beperkt het voorstel de strafbaarheid in dit verband niet (meer) expliciet tot ontuchtige hande-

⁶⁹ K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten?*, WODC 2016, p. 200–204, p. 448–455, onder verwijzing naar HR 18 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0645.

⁷⁰ Zie in dit verband vooral de huidige artikelen 247 en 249 Sr.

⁷¹ In het bestanddeel «ontucht» ligt ook de wederrechtelijkheid van de seksuele handelingen besloten. De ontuchtigheid kan bijvoorbeeld ontbreken bij consensuele seksuele handelingen tussen jeugdigen die slechts in geringe mate in leeftijd verschillen en bij consensuele handelingen tussen een arts en een patiënt indien blijkt dat de functionele relatie en de afhankelijkheid daarbij geen enkele rol hebben gespeeld; zie K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten?*, WODC 2016, p. 37 e.v. en p. 46.

⁷² Artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onder K (Nieuwe Titel XIV van het Tweede Boek Seksuele misdrijven), onder «Seksuele handelingen».

⁷³ Zie het voorgestelde derde lid van de artikelen 247 en 248: «Niet strafbaar is degene die als leeftijdsgenoot de in het eerste lid bedoelde gedragingen begaat in het kader van een gelijkwaardige situatie tussen diegene en dat kind».

⁷⁴ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.2. Als gevolg van de introductie van de schulddelicten van de artikel 240 en 242 zou bij een ongelijkwaardige verhouding onder omstandigheden overigens ook sprake kunnen zijn van strafbaarheid bij een «ernstige reden om te vermoeden» dat bij de ander geen sprake is van een vrije wilsuiting (zie punt 3c).

⁷⁵ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.2.

⁷⁶ Artikelsgewijze toelichting bij artikel 241.

lingen en ontbreekt daarin een op deze situatie toegespitste strafuitsluitingsgrond.⁷⁷ Daar komt bij dat de toelichting geen duidelijk onderscheid maakt tussen functionele afhankelijkheidsrelaties in bredere zin enerzijds en specifieke situaties waarbij de ander zich in een bijzonder kwetsbare positie bevindt (bijvoorbeeld in de gezondheidszorg) anderzijds.⁷⁸ Het voorstel voorziet weliswaar in een strafverzwaring wanneer de ander aan het (ambtelijk) gezag van de schuldige is onderworpen of aan diens zorg is toevertrouwd (enzovoort), maar de reikwijdte van de algemene strafbaarstellingen van aanranding en verkrachting is geenszins tot dergelijke afhankelijkheidsrelaties beperkt.⁷⁹

Voor zover het voorstel beoogt (vrijwel) ieder seksueel contact binnen een hiërarchische relatie strafbaar te stellen, ongeacht de aard van die relatie en de bijzonderheden van het concrete geval, betwijfelt de Afdeling of dit gerechtvaardigd is. Zij wijst daarbij op de mogelijkheid om op andere dan strafrechtelijke wijze op te treden tegen ongewenste relaties, bijvoorbeeld op de werkvloer.

De Afdeling adviseert in de toelichting te verduidelijken in hoeverre consensueel seksueel contact binnen een hiërarchische relatie strafwaardig is. Voor zover met een dergelijke verduidelijking niet zou kunnen worden volstaan, adviseert zij het wetsvoorstel aan te passen.

e. Seksuele misleiding

De voorgestelde regeling noemt een aantal situaties waarin bij een persoon de wil tot de seksuele handelingen ontbreekt, maar geeft daarvan geen limitatieve opsomming.⁸⁰ De overige situaties van een ontbrekende wil moeten volgens de toelichting hun invulling krijgen aan de hand van de feiten en omstandigheden van het concrete geval.⁸¹ Dat roept de vraag op of sprake kan zijn van strafbaarheid als de wilsvorming bij de ander is beïnvloed door misleiding of bedrog door degene die het seksueel contact initieert. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan gevallen waarin iemand wordt misleid omtrent de identiteit van de sekspartner of omtrent het niet gebruiken van een voorbehoedsmiddel.⁸² Dergelijke seksuele misleiding valt buiten de sfeer van de huidige zedendelicten, omdat van «dwingen» geen sprake is.⁸³ In sommige andere landen – waaronder België – is dit gedrag wel expliciet strafbaar gesteld.⁸⁴ De toelichting gaat

⁷⁷ Zie ook het advies van de NOvA van 3 juni 2021, p. 15–16; advies van de Rvdr van 2 juni 2021, p. 8. Volgens het advies van het OM van 11 juni 2021 (p. 5–6) is geenszins uitgesloten dat zich casusposities kunnen voordoen waarbij sprake is van consensualiteit en die buiten het strafrecht moeten blijven. Zie ten aanzien van het ontbreken van een ontuchtbestanddeel in het voorgestelde artikel 246, eerste lid, onder a ook P.H.P.H.M.C. van Kempen, «Van overcriminalisering naar een strafwaardigheidsbeginsel», *DD* 2022, p. 387.

⁷⁸ Zie ook het voorgestelde artikel 254, tweede lid, dat onder meer voorziet in een strafverzwaring als de schuldige werkzaam is in de gezondheidszorg en het feit wordt begaan jegens een persoon die zich voor hulp of zorg tot de schuldige heeft gewend.

⁷⁹ Zie voor de bedoelde strafverzwarringsgrond het voorgestelde artikel 254, tweede lid.

⁸⁰ Zie het voorgestelde artikel 244 («in ieder geval»).

⁸¹ Artikelsgewijze toelichting bij artikel 244.

⁸² Zie bijvoorbeeld HR 9 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9177. De aanleiding tot dit arrest was een zaak waarin een geblinddoekte vrouw niet had bemerkt dat zij niet alleen met haar partner, maar ook met een ander geslachtsgemeenschap had gehad.

⁸³ K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten?*, WODC 2016, p. 199–200 en p. 221–222. Bij de partiële herziening van de zedelijkheidswetgeving van 2002 was in het conceptwetsvoorstel een nieuwe bepaling over seksuele misleiding opgenomen, maar deze werd uit het voorstel verwijderd na kritiek van de geraadpleegde adviesorganen (die vreesden voor een te ruime toepassing).

⁸⁴ Zie artikel 417/5 van het Belgische Strafwetboek, zoals dat luidt vanaf 1 juni 2022: «Toestemming is er in ieder geval niet indien de seksuele handeling het gevolg is van een bedreiging, fysiek of psychisch geweld, dwang, verrassing, list of van enige andere strafbare gedraging».

*niet in op de vraag of seksuele misleiding op grond van de voorgestelde bepalingen over aanranding en verkrachting strafbaar wordt.*⁸⁵

De Afdeling adviseert in de toelichting te verduidelijken in hoeverre seksuele misleiding op grond van de voorgestelde regeling kan leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid.

3. Aanranding en verkrachting

De Afdeling adviseert het onderscheid tussen de opzet- en de zware schuldvariant van aanranding en verkrachting in de toelichting te verduidelijken, en de toegevoegde waarde van die schuldvariant nader te onderbouwen. Daarnaast adviseert hij in de toelichting te verhelderen in hoeverre consensueel seksueel contact binnen een hiërarchische afhankelijkheidsrelatie onderscheidenlijk na seksuele misleiding onder het bereik van die seksuele misdrijven valt.

Dit advies heeft geleid tot aanpassing van de memorie van toelichting (zie paragraaf 3.2 en de toelichting op de artikelen 240 tot en met 244). Het onderscheid tussen de opzet- en zware schuldvariant is nader geduid door nadrukkelijker aandacht te besteden aan het grensvlak van en de verschillen tussen die schuldvariant en het voorwaardelijk opzet dat de ondergrens vormt van de opzetvariant. Nader is toegelicht dat de toegevoegde waarde van die zware schuldvariant erin is gelegen te voorzien in adequate strafrechtelijke bescherming wanneer in een concreet geval de rechter weliswaar vaststelt dat er duidelijk waarneembare signalen zijn geweest van een mogelijk ontbrekende wil bij de ander, maar de rechter van oordeel is dat niet is bewezen dat de verdachte ten aanzien van die mogelijkheid een minst genomen wezenlijk onverschillige houding heeft aangenomen (voorwaardelijk opzet). De schuldvariant doet zich namelijk voor indien iemand die dergelijke signalen helemaal verkeerd heeft ingeschat door – in plaats van af te zien van (het voortzetten van) seksueel contact met die ander of eerst op toereikende wijze te verifiëren of het seksuele contact (nog steeds) op vrijwillige basis plaatsvindt – er ten onrechte van uit te gaan dat de wil tot seksueel contact bij die ander aanwezig is. Daarmee strekt het beschermingsbereik van schuldaanranding en -verkrachting zich uit tot vormen van zeer laakbaar seksueel grensoverschrijdend gedrag dat buiten het bereik van de opzetvariant valt. Met betrekking tot functionele afhankelijkheidsrelaties is onderstreept dat binnen een dergelijke verhouding – die zich kenmerkt door de ongelijkwaardige positie van de betrokkenen – op de bovengeschatte persoon de verantwoordelijkheid rust om voor ogen te houden dat zo’n relatie de keuzevrijheid van de ondergeschikte in meer of mindere mate kan beperken. Daarbinnen is er alleen ruimte voor seksueel contact indien die functionele afhankelijkheid niet van wezenlijke invloed is op bedoelde vrije wilsbepaling van de ondergeschikte. Dit geeft uitdrukking aan de sociale norm dat seks vrijwillig en gelijkwaardig behoort te zijn. Tot slot wordt in de toelichting op artikel 244 ingegaan op de kwestie in hoeverre bij seksuele misleiding sprake kan zijn van aanranding of verkrachting.

⁸⁵ Wel wordt in de voorgestelde artikelen 245 en 246 (eerste lid, onder c) bepaald dat aanranding en verkrachting in de leeftijdscategorie van zestien tot achttien jaren strafbaar zijn, indien het feit wordt begaan met (onder meer) misleiding.

4. Strafmaxima en strafverzwarringsgronden

a. De strafmaxima van seksuele misdrijven met kinderen

i. Kinderaanranding en kinderverkrachting

In de toelichting wordt als uitgangspunt geformuleerd dat de strafsoort en -hoogte evenredig zijn aan de aard en ernst van de gedraging. De meest ernstige delicten bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam. Dit komt tot uitdrukking in de maximumstraffen voor verkrachting, die telkens de helft hoger zijn dan voor aanranding. Als bij het plegen van verkrachting of aanranding sprake is van dwang, geweld of bedreiging, is dit een gekwalificeerde delictsvorm. De straf ligt dan een derde hoger dan bij het gronddelict.⁸⁶ De strafmaxima voor de gekwalificeerde delictsvormen bij seksueel meerderjarigen komen overeen met de huidige strafmaxima voor aanranding (acht jaar) en verkrachting (twaalf jaar).

Bij kinderaanranding en kinderverkrachting zijn de straffen echter hoger dan de straffen voor vergelijkbare delicten in de huidige regeling (zie Tabel 1). De maximale straf op het seksueel binnendringen oftewel de verkrachting van een twaalf- tot zestienjarige gaat van acht naar twaalf jaar.⁸⁷ Als dit delict wordt gepleegd bij een kind jonger dan twaalf jaar, wordt de straf verhoogd van twaalf naar vijftien jaar.⁸⁸ Deze verhogingen werken door in de strafmaxima van de gekwalificeerde delictsvormen. De straf voor een gekwalificeerde verkrachting van een slachtoffer jonger dan twaalf jaar gaat bijvoorbeeld van zestien naar twintig jaar.⁸⁹

Tabel 1 Voorgestelde strafmaxima

	Volwassenen	16 tot 18 jaar	12 tot 16 jaar	12-minner
Aanranding	6 jaar	6 jaar	8 jaar	10 jaar
Gekwalificeerde aanranding	8 jaar	8 jaar	10 jaar en 8 maanden	13 jaar en 4 maanden
Verkrachting	9 jaar	9 jaar	12 jaar	15 jaar
Gekwalificeerde verkrachting	12 jaar	12 jaar	16 jaar	20 jaar

Ter motivering van deze verhogingen wordt in de toelichting gewezen op de toegenomen risico's en schade door de opkomst van het internet en sociale media. Met het oog op de afschrikking en generale en speciale preventie wordt een strafverhoging passend en wenselijk geacht.⁹⁰

De Afdeling begrijpt de keuze om een vaste systematiek te hanteren bij het bepalen van de strafmaxima voor (kinder)aanranding en (kinder)verkrachting. Dit komt de interne consistentie van de strafmaxima ten goede. Voor zover dit echter leidt tot hogere strafmaxima, dient daarvoor een zelfstandig dragende motivering te worden gegeven. Het argument over de opkomst van het internet en sociale media acht de Afdeling niet overtuigend om de forse verhogingen te motiveren. De plegers van kindermisbruik zijn immers meestal bekenden van het kind, die zonder

⁸⁶ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 1. Zie ook de artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onder K (Nieuwe Titel XIV van het Tweede Boek Seksuele misdrijven), onder «Algemeen».

⁸⁷ Huidig artikel 245 Sr; voorgesteld artikel 248, eerste lid. In de huidige wet wordt dit seksueel binnendringen genoemd; in het voorstel wordt hiervoor de term verkrachting gehanteerd.

⁸⁸ Huidig artikel 244 Sr; voorgesteld artikel 250, eerste lid.

⁸⁹ Huidig artikel 244 jo. 248, vijfde lid, Sr; voorgesteld artikel 250, tweede lid.

⁹⁰ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.3.

tussenkomsst van het internet of sociale media contact met het kind kunnen hebben.⁹¹

Uit de toelichting blijkt niet dat de huidige strafmaxima ontoereikend zijn. Er zijn geen signalen dat de beroepspraktijk de huidige strafmaxima als knellend ervaart. Onderzoek laat zien dat geëiste en opgelegde straffen inzake seksueel misbruik van minderjarigen vaak lager zijn dan wat op basis van de richtlijnen voor strafvordering en straftoemeting mag worden verwacht.⁹² Deze richtlijnen schrijven al aanzienlijk lagere straffen voor dan de wettelijke strafmaxima. De voorgestelde verhogingen vloeien evenmin voort uit internationale verplichtingen. De huidige strafmaxima zijn al hoger dan het Verdrag van Lanzarote en de richtlijn 2011/93/EU vereisen.⁹³

Verder is het van belang dat de voorgestelde strafmaxima passen bij de strafmaxima van delicten in de andere Titels van het Wetboek van Strafrecht. Dit wetsvoorstel loopt vooruit op een reeds ingediend voorstel om de maximale tijdelijke straf te verhogen van achttien naar vijftientwintig jaar.⁹⁴ Op de gekwalificeerde verkrachting van een kind jonger dan twaalf jaar wordt in het voorstel namelijk een maximumstraf van twintig jaar gesteld.⁹⁵ In het huidige wetboek zijn straffen van meer dan achttien jaar voorbehouden aan misdrijven waarbij de veiligheid van de staat in het geding is, misdrijven gepleegd met een terroristisch oogmerk of misdrijven waarbij een slachtoffer komt te overlijden. De verkrachting van een kind jonger dan twaalf, hoe verwerpelijk ook, is van een andere aard en ernst dan voorgenoemde delicten. Het delict vertoont meer overeenkomsten met bijvoorbeeld de zware mishandeling, waarop een maximale straf van twaalf jaren staat.⁹⁶ Deze vergelijkingen roepen de vraag op of bij het bepalen van de voorgestelde strafmaxima voldoende oog is geweest voor de interne consistentie binnen het Wetboek van Strafrecht.

De Afdeling adviseert in de toelichting de voorgestelde strafmaxima voor kinderaanranding en kinderverkrachting beter te motiveren. Daarbij geeft zij in overweging van de voorgestelde verhogingen af te zien voor zover deze niet dragend kunnen worden gemotiveerd.

ii. Kinderpornografie en kinderpornografische voorstellingen

In het voorstel wordt het strafmaximum voor kinderpornografie en het bijwonen van een kinderpornografische voorstelling verhoogd van vier naar zes jaar. Ten aanzien van kinderporno wordt hiervoor evenals bij kinderaanranding en kinderverkrachting verwezen naar de opkomst van het internet en de sociale media.⁹⁷ Op de verhoging voor het bijwonen van een kinderpornografische voorstelling wordt geen toelichting

⁹¹ Nationaal Rapporteur Mensenhandel, Kerncijfers en inzichten mensenhandel en seksueel geweld tegen kinderen, mei 2022.

⁹² V. van Koppen, M. Wijkman, B. de Wilde, *Straffen seksueel misbruik minderjarigen*, WODC 2021. Naar aanleiding van dit rapport is een motie aangenomen in de Tweede Kamer, waarin het kabinet wordt opgeroepen bij het OM opheldering te vragen over de lage strafeisen bij seksueel misbruik van kinderen (Kamerstukken II 2021–2022, 31 015, nr. 253).

⁹³ Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (Trb. 2008, 58); Richtlijn 2011/93/EU van het Europees Parlement en de Raad ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, en ter vervanging van Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad (PbEU L 335).

⁹⁴ Kamerstukken II 2020–2021, 35 871, nr. 2.

⁹⁵ Voorgesteld artikel 250, tweede lid.

⁹⁶ Huidig artikel 303, eerste lid, Sr. Deze straf geldt voor zware mishandeling met voorbedachten rade, de zwaarste variant van mishandeling.

⁹⁷ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.3.

gegeven.⁹⁸ In beide gevallen ontbreekt het aan onderzoek waaruit blijkt de huidige strafmaxima in de praktijk niet voldoen. Deze verhogingen zijn evenmin noodzakelijk in het licht van internationale verdragen.

De Afdeling adviseert in de toelichting de voorgestelde verhoging van de strafmaxima voor kinderpornografie en het bijwonen van een kinderpornografische voorstelling beter te motiveren. Daarbij geeft zij in overweging van de voorgestelde verhogingen af te zien voor zover deze niet dragend kunnen worden gemotiveerd.

b. Strafverzwaringsgronden

i. Algemeen

De maximale straf wordt niet alleen bepaald door de straf die op het gronddelict staat, maar ook door de toepassing van strafverzwaringsgronden. De huidige zedentitel kent enkele wetsartikelen met strafverzwaringsgronden die specifiek op dat artikel van toepassing zijn.⁹⁹ Daarnaast somt artikel 248 Sr strafverzwaringsgronden op die op meerdere bepalingen in de zedentitel van toepassing zijn. De afgelopen jaren heeft artikel 248 Sr een groot aantal wijzigingen ondergaan. Dit is de overzichtelijkheid en duidelijkheid van het artikel niet ten goede gekomen.¹⁰⁰ In de toelichting wordt opgemerkt dat de vormgeving van de strafverzwarende omstandigheden wordt vereenvoudigd in de nieuwe regeling.¹⁰¹

De Afdeling constateert dat het voorstel een aanmerkelijke verbetering vormt ten opzichte van de huidige regeling. Hierna maakt zij enkele opmerkingen over de strafverzwaringsgronden die betrekking hebben op delicten waarbij geweld is toegepast of die tot zwaar lichamelijk letsel, levensgevaar of de dood van het slachtoffer hebben geleid.

Als bij het plegen van een seksueel misdrijf geweld wordt gebruikt, kan dat op verschillende manieren zijn weerslag hebben op het strafmaximum. Bij punt 4a onder i werd al besproken dat de verdachte kan worden veroordeeld voor een gekwalificeerde delictsvorm van (kinder)aanranding of (kinder)verkrachting als het delict wordt voorafgegaan door, vergezeld van of gevolgd door geweld. De straf wordt dan met een derde verhoogd ten opzichte van het gronddelict. Daarnaast kunnen strafverzwaringsgronden uit artikel 254, de rechtsopvolger van artikel 248, worden toegepast. De volgende strafverzwaringsgronden in dit artikel kunnen van toepassing zijn:

- De strafmaxima voor seksueel misbruik van kinderen kunnen met een derde worden verhoogd indien het feit gepaard gaat met ernstige geweldpleging of het betrokken kind ernstige schade oploopt (derde lid).¹⁰²

⁹⁸ Toelichting bij artikel 253.

⁹⁹ Zie bijvoorbeeld huidig artikel 240b, tweede lid, Sr.

¹⁰⁰ K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten?*, WODC 2016, p. 634–647.

¹⁰¹ Artikelsgewijze toelichting bij artikel I onder K (Nieuwe Titel XIV van het Tweede Boek Seksuele misdrijven), onder «Strafverzwaringsgronden».

¹⁰² Voorgesteld artikel 254, derde lid onder a. Ten aanzien van het derde lid van artikel 254 wordt in de toelichting opgemerkt dat bij de keuze van de terminologie aansluiting is gezocht bij artikel 9, onderdeel g, van richtlijn 2011/93/EU. Hierbij geldt dat «ernstige geweldpleging» niet in alle gevallen hoeft te leiden tot «zwaar lichamelijk letsel». De term «ernstige schade» is ook ruimer dan «zwaar lichamelijk letsel». Dit kan ook aantoonbaar psychische schade omvatten.

- De strafmaxima voor opzetaanranding, opzetverkrachting, kinderaanranding en kinderverkrachting kunnen verhoogd worden tot 18 jaar als er sprake is van ernstig lichamelijk letsel of levensgevaar (zesde lid).¹⁰³
- De strafmaxima voor opzetaanranding, opzetverkrachting, kinderaanranding en kinderverkrachting kunnen verhoogd worden tot 30 jaar of levenslang als het kind ten gevolge van het feit komt te overlijden (zevende lid).¹⁰⁴

ii. De strafverzwaringsgronden bij geweld en zwaar lichamelijk letsel

Bij kinderaanranding en kinderverkrachting kan het gebruik van geweld leiden tot een veroordeling voor de gekwalificeerde delictsvorm en de toepassing van de strafverzwaringsgronden uit het derde en het zesde lid van artikel 254. Het onderscheid tussen «geweld» bij de gekwalificeerde delicten, «ernstige geweldpleging» en «ernstige schade» (derde lid, onder a), «zwaar lichamelijk letsel» en «levensgevaar» (zesde lid) zal in de praktijk niet altijd eenvoudig zijn. Als meerdere strafverzwaringsgronden van toepassing zijn, blijkt bovendien niet uit de toelichting hoe hiermee moet worden omgegaan.

Daarnaast zijn de strafmaxima van de delicten en de strafverzwaringsgronden niet goed op elkaar afgestemd.

Het is bijvoorbeeld afhankelijk van het strafmaximum van het gronddelict of de toepassing van het derde lid of het zesde lid tot het hoogste strafmaximum leidt.¹⁰⁵ Verder ligt het strafmaximum van de gekwalificeerde verkrachting van een kind onder de twaalf jaar (twintig jaar) al hoger dan het strafmaximum van de strafverzwaringsgrond voor zwaar lichamelijk letsel of levensgevaar (achtien jaar).

Gelet op de samenhang binnen en de toegankelijkheid van het wetboek heeft het de voorkeur dat gronddelicten, gekwalificeerde delicten en strafverzwaringsgronden zo min mogelijk met elkaar overlappen en goed op elkaar aansluiten. De Afdeling vraagt in dit verband aandacht voor de meerwaarde van de strafverzwaringsgrond die is opgenomen in het derde lid, onder a, van artikel 254. Deze strafverzwaringsgrond vloeit volgens de toelichting voort uit richtlijn 2011/93/EU.¹⁰⁶ Deze richtlijn vergt dat lidstaten de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat een aantal omstandigheden als strafverzwarend kunnen worden beschouwd, waaronder de omstandigheid dat het strafbare feit gepaard ging met ernstige geweldspleging of dat het het kind ernstige schade heeft berokkend. Het is voldoende dat de rechter bij de straftoemeting hiermee rekening kan houden.¹⁰⁷ Het voorstel laat hiervoor voldoende ruimte gelet op de ruime strafmaxima voor gekwalificeerde delicten en de strafverzwa-

¹⁰³ Voorgesteld artikel 254, zesde lid. In de toelichting op het zesde lid van artikel 254 wordt opgemerkt dat het bij «zwaar lichamelijk letsel» gaat om letsel in de zin van artikel 82 Sr en de daarop gegronde jurisprudentie. Volgens artikel 82 Sr wordt onder zwaar lichamelijk letsel begrepen: ziekte die geen uitzicht op volkomen genezing overlaat, voortdurende ongeschiktheid tot uitoefening van zijn ambts- of beroepsbezigheden, en afdrijving of dood van de vrucht van een vrouw. Onder zwaar lichamelijk letsel wordt mede begrepen storing van de verstandelijke vermogens die langer dan vier weken geduurd heeft. In de jurisprudentie wordt een wat ruimere uitleg gegeven aan «zwaar lichamelijk letsel» dan de tekst van artikel 82 Sr doet voorkomen (HR 3 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1051).

¹⁰⁴ Voorgesteld artikel 254, zevende lid.

¹⁰⁵ Bij de gekwalificeerde kinderaanranding en verkrachting van zestien tot achttienjarigen leidt de toepassing van het zesde lid van artikel 254 tot de hoogste straf. Bij de gekwalificeerde verkrachting van kinderen onder de twaalf of tussen de twaalf en zestien jaar leidt de toepassing van het derde lid van artikel 254 tot de hoogste straf.

¹⁰⁶ Toelichting bij artikel 254, derde lid, onder a. Zie artikel 9, onderdeel g, van de richtlijn.

¹⁰⁷ K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten?*, WODC 2016, p. 238–239.

ringsgronden voor de feiten die zwaar lichamelijk letsel en overlijden tot gevolg hebben gehad.

In het licht van het voorgaande adviseert de Afdeling de strafverzwarringsgronden uit het derde en het zesde lid van artikel 254 opnieuw te bezien.

iii. De strafmaxima bij zwaar lichamelijk letsel en overlijden

De strafmaxima bij de strafverzwarringsgronden voor delicten die zwaar lichamelijk letsel of de dood tot gevolg hebben gehad, worden in het voorstel verhoogd. Het huidige strafmaximum bij zwaar lichamelijk letsel of levensgevaar gaat van vijftien jaar naar achttien jaar.¹⁰⁸ Het strafmaximum als het delict de dood ten gevolge heeft gehad, wordt verhoogd van achttien jaar tot dertig jaar of een levenslange gevangenisstraf.¹⁰⁹

In de toelichting staat dat de voorgestelde strafmaxima aansluiten bij de strafmaxima van andere delicten met dezelfde gevolgen.¹¹⁰ Ten aanzien van de strafverzwarringsgrond voor zwaar lichamelijk letsel wordt het delict mensenhandel genoemd.¹¹¹ Anders dan de toelichting suggereert, is dit het enige delict waarvoor een strafverzwarringsgrond bestaat waarmee zwaar lichamelijk letsel of levensgevaar kan worden bestraft met achttien jaar gevangenisstraf. Bij delicten die de dood tot gevolg hebben, zijn er meer voorbeelden waarbij de toepassing van de strafverzwarringsgrond kan leiden tot een tijdelijke gevangenisstraf van ten hoogste dertig jaar of een levenslange gevangenisstraf.¹¹² In de meeste gevallen staat hierop een lagere straf.¹¹³

De noodzaak en wenselijkheid van de voorgestelde verhogingen moet goed gemotiveerd worden. Evenals bij de gronddelicten is er geen onderzoek waaruit blijkt dat de huidige strafmaxima in de praktijk onvoldoende ruimte aan rechters bieden om een passende straf op te leggen. Verdragen dwingen evenmin tot de voorgestelde verhogingen.

De Afdeling adviseert de verhoging van de strafmaxima van de strafverzwarringsgronden die zien op zware mishandeling of de dood beter toe te lichten en, indien de noodzaak of wenselijkheid hiervan niet is gebleken, van de verhoging af te zien.

4. Strafmaxima en strafverzwarringsgronden

De Afdeling adviseert de voorgestelde verhoging van de strafmaxima voor enkele seksuele misdrijven beter te motiveren. Het gaat allereerst om (gekwalficeerde vormen van) aanranding en verkrachting van slachtoffers in twee te onderscheiden leeftijdscategorieën: kinderen van twaalf tot zestien jaar en kinderen beneden de leeftijd van twaalf jaar (zie de voorgestelde artikelen 247 tot en met 250). Daarnaast heeft de Afdeling het oog op de strafmaxima voor kinderpornografie (voorgesteld artikel

¹⁰⁸ Huidig artikel 248, zevende lid, Sr; voorgesteld artikel 254, zesde lid.

¹⁰⁹ Huidig artikel 248, achtste lid, Sr; voorgesteld artikel 254, zevende lid.

¹¹⁰ Toelichting bij artikel 254, zesde en zevende lid.

¹¹¹ Huidig artikel 273f, vierde lid, Sr.

¹¹² Deze strafverzwarringsgrond is van toepassing op aanslagen op de echtgenoot van de Koning, de troonopvolger of diens echtgenoot (artikel 108 Sr), bevriende staatshoofden (artikel 115 Sr) of internationaal beschermde personen (artikel 117 Sr). Verder kan deze straf worden gegeven voor misdrijven waardoor de algemene veiligheid van personen of goederen in gevaar wordt gebracht (Titel VII). De overige delicten zijn mensenhandel (artikel 273f Sr) en gijzeling (artikel 282a Sr).

¹¹³ Zie bijvoorbeeld openbare geweldpleging (artikel 141 Sr/twaalf jaar), mensensmokkel (artikel 197a Sr/achttien jaar), wederrechtelijke vrijheidsberoving (artikel 282 Sr/achttien jaar), onvrijwillige abortus (artikel 296 Sr/vijftien jaar), zware mishandeling met voorbedachten rade (artikel 303 Sr/vijftien jaar), diefstal met geweld (artikel 312 Sr/vijftien jaar).

252) onderscheidenlijk het bijwonen van een kinderpornografische voorstelling (voorgesteld artikel 253).

Naar aanleiding van het advies om de voorgestelde strafmaxima voor aanranding en verkrachting van kinderen in de genoemde leeftijds-groepen nader te onderbouwen, zijn het wetsvoorstel (zie de voorgestelde artikelen 248, tweede lid, en 250, tweede lid) en de memorie van toelichting aangepast (zie de paragrafen 2.1, 3.2 en 3.3). Hier wordt het volgende opgemerkt.

Het wetsvoorstel beoogt de wettelijke strafbedreigingen van de verschillende vormen van aanranding en verkrachting (de voorgestelde artikelen 240 tot en met 250) te voorzien van op elkaar afgestemde wettelijke strafbedreigingen. De Afdeling geeft aan de keuze om een vaste systematiek te hanteren bij het bepalen van de strafmaxima voor (kinder)aanranding en (kinder)verkrachting te begrijpen. Daarnaast strekt het wetsvoorstel ertoe voor elk van deze seksuele misdrijven een strafbedreiging te bepalen die evenredig is aan de aard en ernst van het strafbare gedrag. In die strafbedreiging dient de strafwaardigheid van seksuele misdrijven tegen slachtoffers die behoren tot groepen die in het bijzonder kwetsbaar zijn, waaronder kinderen, voldoende tot uitdrukking te worden gebracht. De – in vergelijking met andere misdrijven – hoge wettelijke strafmaxima in het wetsvoorstel geven uitdrukking aan de ernstige schade die (zeer) jonge slachtoffers van seksuele misdrijven wordt aangedaan door de aantasting van in het bijzonder hun seksuele integriteit.

Bij dit beoogde evenwichtige stelsel van passende strafbedreigingen fungeren de huidige maximale vrijheidsstraffen voor aanranding (acht jaar gevangenisstraf) en verkrachting (twaalf jaar gevangenisstraf) als vertrekpunt. In de voorgestelde regeling is bij de delictsvormen van gekwalificeerde aanranding onderscheidenlijk gekwalificeerde verkrachting gekozen voor dezelfde strafhoogte (de voorgestelde artikelen 241, tweede lid, en 243, tweede lid). Deze strafmaxima gelden voor alle delictsvarianten die betrekking hebben op seksueel meerderjarige slachtoffers, dus ook slachtoffers van zestien tot achttien jaar. Het stelsel kent drie systematische uitgangspunten. Bij verkrachting is – in lijn met de huidige regeling – een verhoging met de helft doorgevoerd ten opzichte van het strafmaximum voor aanranding (vgl. de voorgestelde artikelen 241, eerste lid, en 243, eerste lid). Het tweede uitgangspunt houdt in dat de gekwalificeerde delictsvormen zijn voorzien van een strafmaximum dat een derde hoger is dan het basisdelict. Verder is de hoogte van de strafmaxima voor aanranding en verkrachting in de leeftijdscategorie twaalf tot zestien jaar (de voorgestelde artikelen 247 en 248) en in de leeftijdscategorie beneden twaalf jaar (de voorgestelde artikelen 249–250) terug te voeren op een trapsgewijze verhoging met een derde, waarbij de strafmaxima ten aanzien van seksueel meerderjarige slachtoffers bij de desbetreffende basisdelicten als uitgangspunt is genomen. Dit vanwege de opvatting dat de ernst van de inbreuk op de lichamelijke en seksuele integriteit en daarmee de strafwaardigheid van het seksuele misdrijf dan steeds verder toeneemt.

In het advies van de Afdeling wordt aanleiding gevonden om het laatste uitgangspunt – te weten de trapsgewijze verhoging bij de kinderdelicten – bij te stellen, in die zin dat de verhoging met een derde telkens wordt gemaximeerd tot drie jaar gevangenisstraf. Dat brengt mee dat het strafmaximum voor gekwalificeerde verkrachting van een kind in de leeftijdscategorie twaalf tot zestien jaar wordt gesteld op vijftien jaar gevangenisstraf (voorgesteld artikel 248, tweede lid). De gekwalificeerde verkrachting van een kind beneden twaalf jaar wordt bijgesteld tot achttien jaar gevangenisstraf (voorgesteld artikel 250, tweede lid).

Naar het oordeel van het kabinet vormen de bijgestelde strafmaxima een adequate uitdrukking van de zeer ernstige aard van seksueel misbruik van jonge kinderen, die tot uitdrukking komt in de langdurige en verwoestende (psychische) gevolgen die dat misbruik voor jonge kinderen (op latere leeftijd) kan hebben. Tegelijk wordt de balans bewaakt met de strafmaxima van delicten in de andere Titels van het Wetboek van Strafrecht, waarbij een maximale gevangenisstraf van meer dan achttien jaar alleen in zeer uitzonderlijke gevallen in beeld komt. Daarbij zij opgemerkt dat een eenduidige maat waartegen een bepaald strafmaximum kan worden afgezet niet bestaat (vgl. J. Hoevenaars, J. de Hullu e.a., *Onderzoek naar strafmaxima in het Wetboek van Strafrecht* (WODC 1999), blz. 3), maar dat voor de ontwerpers van het Wetboek van Strafrecht het oordeel over de ernst van het strafbaar gestelde gedrag het belangrijkste ijkpunt was voor het bepalen van het strafmaximum (Kamerstukken II 2001/02, 28 484, nr. 3, p. 3–4). Voor het bepalen van de ernst van het feit is onder andere van belang welk rechtsbelang door de betreffende gedraging wordt geschonden. In dat licht onderschrijft het kabinet niet de gestelde overeenkomst tussen de verkrachting van een kind beneden de leeftijd van twaalf jaar enerzijds en het delict zware mishandeling anderzijds, waarop de Afdeling in haar advies wijst. De strafbaarstelling van (gekwalficeerde) kinderverkrachting strekt immers specifiek tot bescherming van kinderen in deze leeftijdsgroep en die bescherming omvat niet alleen hun lichamelijke maar ook – primair – hun seksuele integriteit. Het kabinet wijst erop dat uit WODC-onderzoek blijkt dat in Duitsland een strafmaximum van vijftien jaar gevangenisstraf is gesteld op het seksueel binnendringen bij een kind beneden de leeftijd van zestien jaren, terwijl in dit onderzoek tevens wordt geconcludeerd dat het algemene niveau van de wettelijke strafbedreigingen in Duitsland vergelijkbaar is met het niveau daarvan in Nederland (V. van Koppen, M. Wijkman, B. de Wilde, *Straffen seksueel misbruik minderjarigen*, WODC 2021, p. 107–114). De voorgestelde strafmaxima van de basisdelicten verkrachting van een kind in de leeftijd van twaalf tot zestien jaar (twaalf jaar gevangenisstraf) onderscheidenlijk een kind beneden de leeftijd van twaalf jaar (vijftien jaar gevangenisstraf) lopen met de Duitse strafmaxima in de pas.

Naar aanleiding van het advies om de verhoging van de strafmaxima voor kinderpornografie onderscheidenlijk het bijwonen van een kinderpornografische voorstelling nader te onderbouwen, zijn paragraaf 3.3 van het algemeen deel en de toelichting op artikel 253 in de memorie van toelichting aangevuld. Daarin is beter tot uitdrukking gebracht dat bij kinderpornografie de online omgeving een leedverzwarend effect heeft, gelet op de mogelijkheden die deze omgeving biedt voor snelle en brede verspreiding van kinderpornografisch beeldmateriaal. Het (online) bijwonen van een kinderpornografische voorstelling levert een bijdrage aan de instandhouding van de kinderpornografische markt. Daarin vinden de strafverhogingen hun grond.

Ook maakt de Afdeling enkele opmerkingen over de strafverzwarringsgronden die betrekking hebben op seksuele misdrijven waarbij geweld is toegepast of die tot zwaar lichamelijk letsel, levensgevaar of de dood van het slachtoffer hebben geleid. Allereerst wijst zij erop dat de strafmaxima van die seksuele misdrijven en de mate waarin dat maximum wordt verhoogd door die strafverzwarringsgronden, niet goed op elkaar zijn afgestemd. Verder vraagt de Afdeling aandacht voor de onderlinge verhouding van de strafverzwarringsgronden. Daarnaast adviseert hij de in artikel 254, derde lid, onderdeel a neergelegde strafverzwarringsgrond opnieuw te bezien. Tot slot adviseert de Afdeling om – ten opzichte van de huidige regeling – de verhoging van de strafmaxima bij intreding van zwaar lichamelijk letsel of de dood van het slachtoffer nader toe te lichten.

Dit advies over de regeling van de strafverzwarringsgronden heeft geleid tot heroverweging van het voorgestelde artikel 254 en tot bijstelling van de toelichting op deze bepaling.

In lijn met de bevindingen van de Afdeling wordt bij nader inzien geoordeeld dat de in voorgesteld artikel 254, eerste tot en met vijfde lid, voorziene verhoging met een derde van de voor de seksuele misdrijven bepaalde gevangenisstraffen – vanwege de uiteenlopende strafmaxima die op deze misdrijven zijn gesteld – uiteindelijk leidt tot een onevenwichtig totaalbeeld. Om die reden is in plaats van die relatieve verhoging gekozen voor een gefixeerde verhoging van de op het misdrijf gestelde gevangenisstraf met drie jaren, indien een of meer van de bedoelde strafverzwarringsgronden zich voordoen. Deze benadering sluit aan bij de regeling van de strafverzwarringsgronden in het kader van mensenhandel (in artikel 273f, derde lid, Sr). De in het eerste tot en met vijfde lid opgenomen strafverzwarringsgronden zijn – op één uitzondering na (zie hierna) – telkens met ongewijzigd toepassingsbereik overgeheveld naar het herziene eerste lid van voorgesteld artikel 254. Ook de strafverzwarende gevolgen die in het zesde lid zijn neergelegd – kort gezegd: zwaar lichamelijk letsel bij of te duchten levensgevaar voor een ander – zijn gekoppeld aan een gefixeerde verhoging van de op het misdrijf gestelde gevangenisstraf met drie jaren. Deze strafverzwarringsgronden zijn met ongewijzigd toepassingsbereik overgeheveld naar het herziene tweede lid. In de tekst van het herziene eerste en tweede lid is verduidelijkt hoe moet worden omgegaan met gevallen waarin meerdere strafverzwarringsgronden van toepassing zijn. Het in het zevende lid opgenomen strafverzwarende gevolg, dat van toepassing is indien een vorm van aanranding of verkrachting leidt tot de dood van het slachtoffer, is ongewijzigd overgeheveld naar het herziene derde lid. Naar het oordeel van het kabinet vormt de strafbedreiging van levenslange gevangenisstraf of tijdelijke gevangenisstraf van ten hoogste dertig jaren een passende uitdrukking van de buitengewone ernst van seksueel geweld met een dodelijke afloop. Dit strafverzwarende gevolg heeft bij enkele andere delicten hetzelfde strafverzwarende effect. Daarbij wordt aangesloten. Bij elkaar genomen leiden de aanpassingen van voorgesteld artikel 254 naar het oordeel van het kabinet tot een evenwichtiger stelsel van strafmaxima en strafverzwarringsgronden.

Artikel 254, derde lid, onderdeel a, van het wetsvoorstel dat aan de Afdeling is voorgelegd, bevat een strafverzwarringsgrond die betrekking heeft op gevallen waarin het misdrijf gepaard gaat met «ernstige geweldpleging» of het betrokken kind «ernstige schade» berokkent. Die strafverzwarringsgrond beoogde uitvoering te geven aan artikel 9, onderdeel g, van de richtlijn 2011/93/EU. Het toepassingsbereik van deze strafverzwarringsgrond strekte zich uit tot respectievelijk aanranding, verkrachting en seksuele benadering van kinderen alsook de misdrijven kinderpornografie en het bijwonen van een kinderpornografische voorstelling. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is de aanvankelijke keuze om deze gevallen als strafverzwarringsgrond in de wet vast te leggen opnieuw bezien. Gesignaleerd wordt dat deze strafverzwarringsgrond bij aanranding en verkrachting van kinderen – bij welke misdrijven bedoelde ernstige geweldpleging of ernstige schade zich in het bijzonder zal kunnen voordoen – grotendeels overlapt met de gekwalificeerde delictsvorm van deze delicten, waarvan sprake is bij «dwang, geweld of bedreiging» (vgl. telkens het tweede lid van de voorgestelde artikelen 245 tot en met 250). Tegelijk is het kabinet met de Afdeling van oordeel dat, mede gelet op het bepaalde in overweging 21 van de bijbehorende preambule, de genoemde richtlijnverplichting correct en volledig is omgezet indien de rechter de genoemde strafverzwarringsgrond kan laten meewegen bij de straftoemeting. In het Nederlandse strafrecht

geldt dat de rechter beschikt over een ruime straftoemingsvrijheid. Dat wil zeggen dat de rechter binnen de grenzen die de wet stelt, vrij is in de keuze van de op te leggen straf – waaronder ook is te verstaan de strafsoort – en in de keuze en de weging van de factoren die hij daarvoor in de concrete zaak van belang acht. De rechterlijke straftoemingsvrijheid biedt dus alle ruimte om bij de strafoplegging rekening te houden met alle omstandigheden van het concrete geval en dus ook met de omvang van de (psychische) gevolgen voor het slachtoffer. Bij de bepalen van de hoogte van de strafmaxima van de seksuele misdrijven is nadrukkelijk rekening gehouden met de ernstige (psychische) gevolgen die deze delicten kunnen hebben voor het slachtoffer. Gelet op het voorgaande is het bij nader inzien noodzakelijk noch wenselijk om de genoemde strafverzwarringsgrond wettelijk vast te leggen. Het wetsvoorstel is in lijn hiermee aangepast.

5. Seksuele intimidatie in de openbare ruimte

a. Achtergrond en inhoud van de strafbaarstelling

Naar aanleiding van de sterkere maatschappelijke afkeuring van ook lichte vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag¹¹⁴ en de leemte in de thans bestaande strafrechtelijke mogelijkheden om hiertegen te kunnen optreden, wordt voorgesteld seksuele intimidatie in de openbare ruimte, ook in online verschijningsvorm, als overtreding strafbaar te stellen.¹¹⁵ Bovendien verplicht het Verdrag van Istanbul ertoe dergelijk gedrag te onderwerpen aan strafrechtelijke of andere juridische sancties.¹¹⁶

De toelichting stelt dat de kern van het strafrechtelijk verwijt is dat iemand een ander in het openbaar op intimiderende wijze als seksueel object benadert. Het gevolg daarvan is dat mensen zich onveilig voelen of worden gehinderd om zichzelf te zijn als zij zich in het openbaar begeven. Niet zelden leidt dit soort gedrag tot aanpassingsgedrag bij degene die geïntimideerd wordt.¹¹⁷ Met de strafbaarstelling wordt beoogd de norm in te scherpen dat seksueel intimiderend gedrag in het openbaar, ook als daar niet of in mindere mate een fysieke component aan is verbonden, niet door de beugel kan. Bij normoverschrijding kan volgens de toelichting op effectieve wijze strafrechtelijk worden opgetreden tegen dit veelvoorkomende overlast veroorzakende gedrag.¹¹⁸

Bij seksuele intimidatie moet er volgens de toelichting sprake zijn van een seksuele benadering met een bepaalde intensiteit waarvan een intimiderend effect uitgaat. Voldoende is dat de seksuele benadering naar algemene maatstaven als intimiderend wordt beschouwd. De seksuele benadering dient plaats te vinden door middel van opmerkingen, gebaren, geluiden of aanrakingen en kan bestaan uit één van deze handelingen of uit een samenstel hiervan. Het totaalbeeld is doorslaggevend.¹¹⁹ Voor de

¹¹⁴ Toelichting, paragrafen 2.1 en 2.3.

¹¹⁵ Zie het voorgestelde artikel 429ter: «Degene die in het openbaar een ander indringend seksueel benadert door middel van opmerkingen, gebaren, geluiden of aanrakingen op een wijze die vreesaanjagend, vernederend, kwetsend of ontterend is te achten, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste drie maanden of geldboete van de derde categorie.»

¹¹⁶ Op grond van artikel 40 van dit verdrag dient elke vorm van ongewenst verbaal, non-verbaal of fysiek seksueel getint gedrag met het doel of gevolg de waardigheid van een persoon te schenden, in het bijzonder door het creëren van een intimiderende, vijandige, ontterende, vernederende of beledigende omgeving, onderworpen te zijn aan strafrechtelijke of andere juridische sancties.

¹¹⁷ Artikelsgewijze toelichting bij artikel 429ter.

¹¹⁸ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.4.

¹¹⁹ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 8.3 en de artikelsgewijze toelichting bij artikel 429ter.

*beoordeling van de strafbaarheid komt betekenis toe aan de inhoud en aard van de uiting en de context waarin de uiting plaatsvindt.*¹²⁰

Al eerder zijn pogingen gedaan om seksuele (straat)intimidatie zelfstandig strafbaar te stellen. Zo werd straatintimidatie in de Algemene Plaatselijke Verordeningen van Rotterdam en Amsterdam strafbaar gesteld. Over beide bepalingen is evenwel in rechte geoordeeld dat zij onverbindend zijn, omdat zij een inbreuk maken op het recht op vrijheid van meningsuiting.¹²¹ Dit grondrecht kan alleen bij wet in formele zin worden beperkt.¹²²

In maart 2018 hebben Tweede Kamerleden Van Toorenburg en Asscher een initiatiefwetsvoorstel ingediend, waarmee beoogd wordt om seksuele intimidatie in de openbare ruimte als overtreding strafbaar te stellen in het Wetboek van Strafrecht.¹²³ Daarmee werd een formeel-wettelijke strafbaarstelling gecreëerd. In datzelfde jaar heeft de Afdeling over dit initiatiefvoorstel geadviseerd.¹²⁴

b. Handhaafbaarheid

De Afdeling onderschrijft dat seksuele intimidatie niet door de beugel kan en dat daartegen moet worden opgetreden. Daarbij komt mede betekenis toe aan de veranderde opvattingen in de samenleving over de strafwaardigheid van seksueel grensoverschrijdend gedrag en aan de internationale verplichting dergelijk gedrag te onderwerpen aan strafrechtelijke of andere juridische sancties.

Wel verwijst de Afdeling naar haar hiervoor genoemde advies over het initiatiefvoorstel om seksuele intimidatie in de openbare ruimte strafbaar te stellen. Daarin heeft zij onder meer een opmerking gemaakt over de handhaafbaarheid van de voorgestelde strafbaarstelling in het initiatiefvoorstel.¹²⁵ Zij heeft de verwachting uitgesproken dat de strafbaarstelling moeilijk te handhaven zal zijn en heeft daartoe gewezen op een aantal problemen. Door deze handhavingsproblemen kan de bepaling in de praktijk haar normerende werking verliezen. De Afdeling heeft aangegeven dat de toelichting onvoldoende aandacht besteedt aan de handhavingsproblemen en de gevolgen daarvan, waarmee het voorstel tot het opnemen van deze strafbepaling een toereikende motivering ontbeert.¹²⁶

¹²⁰ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.4 en de artikelsgewijze toelichting bij artikel 429ter.

¹²¹ Artikel 7, derde lid, Gw.

¹²² Rechtbank Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3514; Gerechtshof Den Haag 19 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3293, AB 2020/179 m.nt. Brouwer en Schilder.

¹²³ Kamerstukken II 2017/18, 34 904, nr. 2 en 5 (W16.18.0047/II). Het initiatiefvoorstel is inmiddels overgenomen door de leden Mutluer en Knops in verband met het vertrek van de initiatiefnemers Asscher en Van Toorenburg uit de Tweede Kamer; Kamerstukken II 2021/22, 34 904, nr. 8.

¹²⁴ Zie het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 20 april 2018 over het voorstel van wet van de leden Asscher en Van Toorenburg tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het strafbaar stellen van seksuele intimidatie (W16.18.0047/II), Kamerstukken II 2018/19, 34 904, nr. 4.

¹²⁵ Ook heeft zij zich kritisch uitgelaten over de voorzienbaarheid van de voorgestelde bepaling in het initiatiefvoorstel, hetgeen problematisch is in het licht van artikel 10, tweede lid, EVRM. De delictomschrijving zoals neergelegd in het voorliggende wetsvoorstel lijkt de toets van voorzienbaarheid wél te kunnen doorstaan. In de delictomschrijving is, anders dan in het initiële initiatiefvoorstel, geen sprake van een niet nader gedefinieerd vereist subjectief gevolg. In de toelichting bij het voorliggende wetsvoorstel wordt benadrukt dat de seksuele benadering naar algemene maatstaven als intimiderend kan worden beschouwd; het betreft een geobjectiveerd criterium. Zie de artikelsgewijze toelichting bij artikel 429ter. Zie voor meer argumenten R.W. Timmers, «Een zelfstandige strafbaarstelling van (non-)verbale seksuele intimidatie in de openbare ruimte in het licht van het recht op vrijheid van meningsuiting», *DD* 2021, p. 289 e.v.

¹²⁶ Kamerstukken II 2018/19, 34 904, nr. 4, onder 2.

De Afdeling wijst erop dat zich bij de strafbaarstelling van seksuele intimidatie in het voorliggende voorstel naar verwachting soortgelijke problemen zullen voordoen. Deze hangen mede samen met de omstandigheid dat de strafbaarstelling als overtreding is opgenomen. Dat brengt een beperking mee voor de opsporingsmogelijkheden. Als het feit op heterdaad wordt geconstateerd door een opsporingsambtenaar is strafvervolgning mogelijk. In andere gevallen is het bewijs lastig te leveren, tenzij er meerdere getuigen zijn die eensluidend verklaren. De dader zal voor het slachtoffer veelal onbekend zijn en daarmee voor de politie moeilijk te identificeren. Beeldmateriaal kan een relevante bijdrage leveren in geval van gebaren of aanrakingen en bij de herkenning van de dader. Het vorderen van camerabeelden van een derde is in een dergelijk geval evenwel niet toegelaten.¹²⁷

Deze bevoegdheid kan dan ook niet worden ingezet voor de opsporing van seksuele intimidatie. Dat geldt eveneens voor het vorderen van identificerende gegevens, waarvoor vereist is dat er sprake is van verdenking van een misdrijf.¹²⁸ Die bevoegdheid is relevant bij online-uitingen die veelal onder pseudoniemen worden gedaan.¹²⁹

In het licht van het voorgaande rijst dan ook de vraag in hoeverre er bij normoverschrijding daadwerkelijk sprake zal zijn van een effectieve handhaving, zoals in de toelichting wordt gesteld.¹³⁰ De twijfels die de Afdeling daarover heeft, worden alleen maar versterkt doordat in de toelichting wordt erkend dat in de fysieke wereld strafrechtelijk optreden naar verwachting vooral aan de orde zal zijn bij heterdaadsituaties.¹³¹

In het licht van het risico dat de strafbaarstelling als gevolg van handhavingsproblemen haar normerende werking verliest, adviseert de Afdeling nader toe te lichten op welke wijze een effectieve handhaving kan worden bevorderd.

5. Seksuele intimidatie in de openbare ruimte

De sociale norm is dat mensen zich ongehinderd en vrij in het openbaar moeten kunnen begeven, zonder angst voor ongewenste seksuele toenadering van anderen. Seksuele intimidatie tast de sociale veiligheid aan. Het toegenomen maatschappelijke besef van de schadelijkheid en onwenselijkheid van seksueel intimiderend gedrag vertaalt zich in een sterkere afkeuring en een toenemende roep om strafrechtelijke normering en handhaving. De strafbaarstelling van seksuele intimidatie geeft een duidelijk signaal af aan (potentiële) daders dat seksuele intimidatie niet acceptabel is en wordt bestraft. Hiervan gaat niet alleen een afschrikwekkende, maar ook een normerende en preventieve werking uit. Door bijvoorbeeld voorlichting en publiekscampagnes zal bewustwording worden bevorderd. Meer bewustwording over welk gedrag onacceptabel en strafbaar is kan op termijn bijdragen aan positieve gedragsverandering en daarmee aan het terugdringen van seksuele intimidatie. Seksuele intimidatie wordt strafbaar gesteld als overtreding tegen de openbare orde. Dit is passend gelet op de aard en ernst van deze gedraging en het verwijt dat de dader wordt gemaakt.

¹²⁷ Artikel 126nda Sv. Dat is alleen toegelaten in geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67 Sv. Dat zijn misdrijven waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. Het gaat om strafbare feiten waarop een gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld en enkele uitdrukkelijk genoemde misdrijven waarop een gevangenisstraf van minder dan vier jaar is gesteld.

¹²⁸ Artikel 126nc Sv.

¹²⁹ Zie bijlage 2 bij het advies van de politie van 3 juni 2021, p. 3–4.

¹³⁰ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.4.

¹³¹ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 8.3.

Ook effectieve handhaving is van groot belang voor de preventieve en normerende werking van de strafbaarstelling van seksuele intimidatie. In algemene zin wordt onderkend dat, net als bij andere delicten, niet elke verschijningsvorm van dit delict zich even gemakkelijk laat opsporen en bewijzen. Naar het oordeel van het kabinet verliest de strafbaarstelling haar preventieve en normerende werking niet vanwege de enkele omstandigheid dat in de praktijk niet in alle gevallen strafrechtelijk zal kunnen worden opgetreden.

Zoals de Afdeling opmerkt heeft de kwalificatie van de strafbaarstelling als overtreding tot gevolg dat opsporingsbevoegdheden die alleen bij misdrijven kunnen worden toegepast, niet kunnen worden ingezet. In de praktijk zal strafrechtelijk optreden naar verwachting vooral aan de orde zijn bij seksuele intimidatie op straat. Te denken valt aan heterdaadsituaties waarin het feit door een (buitengewoon) opsporingsambtenaar wordt geconstateerd dan wel een of meer getuigen aanwezig zijn geweest die de aangifte van het slachtoffer kunnen ondersteunen. In andere gevallen kan het verzamelen van voldoende bewijs lastiger zijn. De Afdeling geeft aan dat beeldmateriaal een relevante bijdrage kan leveren in geval van gebaren of aanrakingen en bij de herkenning van de dader, die veelal voor het slachtoffer onbekend zal zijn, maar dat het vorderen van camerabeelden van een derde – nu seksuele intimidatie als overtreding is strafbaar gesteld – niet is toegelaten. Opmerking verdient evenwel dat op grond van artikel 151c van de Gemeentewet voor gemeenten de mogelijkheid bestaat om door middel van camera's toezicht te houden op openbare plaatsen en andere bij verordening aangewezen plaatsen die voor eenieder toegankelijk zijn als dit noodzakelijk is in het belang van de handhaving van de openbare orde. De burgemeester bedient zich bij de uitvoering van dit cameratoezicht van de onder zijn gezag staande politie. De korpschef van de politie is verantwoordelijk voor de verwerking van deze (politie)gegevens. Indien er concrete aanleiding bestaat te vermoeden dat de gegevens (camera-beelden) noodzakelijk zijn voor de opsporing van een strafbaar feit, kunnen deze ten behoeve van de opsporing van het strafbare feit worden verwerkt. Zodoende is ook in de gevallen waarin het feit niet op heterdaad wordt geconstateerd of door getuigen wordt waargenomen, handhaving – bijvoorbeeld met behulp van camerabeelden – mogelijk, indien het feit heeft plaatsgevonden op een plaats waar cameratoezicht plaatsvindt.

Wat de online wereld betreft zal strafrechtelijk optreden bijvoorbeeld aan de orde zijn als de pleger bij het begaan van het strafbare gedrag zijn eigen naam heeft gebruikt en het slachtoffer bewijsmateriaal overlegt (zoals berichten die op social media zijn geplaatst). Ook in het geval dat de identiteit van de pleger niet bekend is, is het de verwachting, zoals in de toelichting is beschreven, dat de strafrechtelijke normering zal bijdragen aan het tegengaan van seksuele intimidatie in de online wereld. De nieuwe strafbaarstelling kan het slachtoffer helpen bij zogenaamde Notice and Take Down-procedures (online meld- en verwijderverzoeken bij tussenpersonen zoals providers), omdat de strafbaarstelling de onrechtmatigheid van de content tot uitdrukking brengt. Tussenpersonen als providers en online platformen hebben de verantwoordelijkheid om, indien zij ervan op de hoogte zijn dat op hun servers of platformen dergelijke strafbare content staat, deze te verwijderen.

Naast bovengenoemde is van belang dat het Centrum voor Criminaliteitspreventie en Veiligheid (hierna: CCV) onder andere gemeenten kan ondersteunen met het opstellen van een aanpak en werkwijze om seksuele intimidatie te bestrijden. In dit kader is een werkgroep opgezet onder leiding van het CCV en met vertegenwoordiging van onder andere gemeenten, politie en OM. Daarbij zal ook aandacht worden besteed aan

de ervaring die gemeenten in het verleden hebben opgedaan met preventieve maatregelen als ook met de handhaving op artikelen over seksuele intimidatie in de openbare ruimte in de Algemene plaatselijke verordening (APV).

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling om nader toe te lichten op welke wijze een effectieve handhaving kan worden bevorderd is de toelichting (paragrafen 3.4 en 6.4) zoals bovenbeschreven aangevuld.

6. Strafuitsluiting bij consensueel seksueel contact tussen jongeren

Nieuw in het voorstel is dat expliciet rekening wordt gehouden met normaal seksueel experimenteel gedrag tussen jongeren. Er wordt een wettelijke strafuitsluitingsgrond geïntroduceerd voor seksueel contact in een gelijkwaardige situatie tussen leeftijdsgenoten vanaf twaalf jaar.¹³² De Afdeling onderschrijft het uitgangspunt dat jongeren in dergelijke situaties van strafrechtelijke vervolging gevrijwaard moeten blijven. Niettemin merkt zij op dat de voorgestelde strafuitsluitingsgronden op gespannen voet lijken te staan met internationaalrechtelijke verplichtingen. In het bijzonder lijken deze verplichtingen geen uitzonderingen toe te laten voor het delen van kinderpornografisch materiaal met anderen, als het afgebeelde kind nog geen zestien jaar is.¹³³ De Afdeling adviseert in de toelichting hierop in te gaan en, zo nodig, het voorstel aan te passen.

6. Strafuitsluiting bij consensueel seksueel contact tussen jongeren

Sexting door jongeren – kort gezegd: het vervaardigen van beeldmateriaal van het eigen lichaam door jongeren en het met wederzijdse instemming uitwisselen van seksueel beeldmateriaal tussen jongeren onderling – kan, voor zover het plaatsvindt in een gelijkwaardige situatie tussen leeftijdsgenoten en uitsluitend voor kennisneming door de betrokkenen is bestemd, worden aangemerkt als niet schadelijk experimenteel gedrag dat past bij de seksuele ontwikkeling van jongeren. Tegelijkertijd verkeren jongeren in een ontwikkelingsfase waarin zij nog niet altijd de gevolgen van hun handelen op de lange termijn kunnen overzien. Inherent aan digitaal beeldmateriaal is bovendien dat dit niet zomaar verdwijnt. Deze risico's moeten ook voor ogen worden gehouden. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de gelijkwaardigheid tijdens de uitwisseling bestaat, maar dat het materiaal zodra het in bezit van de ander is gekomen wordt gebruikt om dwang uit te oefenen, te pesten of te chanteren. Dergelijke misbruiksituaties behoren onder de reikwijdte van het strafrecht te vallen.

De Hoge Raad heeft in 2016 geoordeeld dat de huidige strafbaarstelling van kinderpornografie te ruim is geredigeerd in de zin dat deze bepaling ook gevallen bestrijkt waarin volgens de wetsgeschiedenis strafrechtelijke aansprakelijkstelling achterwege kan of dient te blijven (HR 9 februari

¹³² Zie het derde lid van de voorgestelde artikelen 247 en 248, het tweede lid van het voorgestelde artikel 251 en het tweede en derde lid van het voorgestelde artikel 252.

¹³³ Zie bijvoorbeeld artikel 20 van het Verdrag van Lanzarote en de «Opinion on child sexually suggestive or explicit images and/or videos generated, shared and received by children» van de Lanzarote Commissie (6 juni 2019); artikel 9 van het Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken (Trb. 2002, 18); artikel 3 van het Facultatief Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie bij het Verdrag inzake de rechten van het kind (Trb. 2001, 63) en «Guidelines regarding the implementation of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography» van de Commissie voor de Rechten van het Kind van 19 september 2019 (CRC/C/156). Zie ook R.F. Aksay & M.W. Kouwenberg, «Consensuele sexting tussen minderjarigen: een bespreking van de exceptie», *Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht* 2021/77, p. 302.

2016, ECLI:NL:HR:2016:213). Relevante factoren daarbij zijn de concrete gedraging van de verdachte, de leeftijd van de betrokkenen, de instemming van de betrokkenen en het ontbreken van enige aanwijzing voor een risico van verspreiding van de afbeelding(en) onder anderen dan de betrokkenen. Nadien heeft het openbaar ministerie in de Aanwijzing kinderpornografie (*Strcrt.* 2016, 19415) vervolgingsbeleid vastgesteld voor de afdoening van sextingzaken waarin rekening wordt gehouden met de mate van consensus bij de totstandkoming van het beeldmateriaal. Volgens die aanwijzing is er in de praktijk in veel gevallen sprake van consensus tussen de betrokkenen, zijn de belangen van de betrokken minderjarigen door deze vorm van seksualiteit niet geschaad en kan het gedrag gezien worden als leeftijdsadequaat. Strikt genomen is dan weliswaar sprake van het vervaardigen of bezitten van kinderpornografie, maar het openbaar ministerie acht strafrechtelijk optreden in dergelijke gevallen niet opportuun.

Om dit vervolgingsbeleid naar de strafwet te vertalen, waren in het wetsvoorstel dat voor advies aan de Afdeling is aangeboden twee wettelijke strafuitsluitingsgronden opgenomen voor vormen van sexting die kunnen worden aangemerkt als normaal experimenteergedrag van jongeren, zoals de vervaardiging en het bezit van beeldmateriaal van het eigen lichaam of het lichaam van een leeftijdsgenoot en het vrijwillig onderling delen hiervan (het voorgestelde artikel 252, tweede en derde lid). Deze gedragingen werden buiten het bereik van de strafbaarstelling van kinderpornografie gebracht omdat deze naar hun aard niet onder deze strafbaarstelling behoren te vallen. Voorwaarden voor straffeloosheid bij de uitwisseling van beeldmateriaal waren dat de jongeren tussen wie de uitwisseling plaatsvindt leeftijdsgenoten zijn, dat de uitwisseling plaatsvindt in het kader van een gelijkwaardige situatie en dat het beeldmateriaal uitsluitend voor kennisneming door de betrokkenen is bestemd. Als ondergrens hierbij gold de leeftijdsgrens van twaalf jaar. Aldus beperkte het wetsvoorstel de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het vervaardigen en bezitten van zelfgemaakt beeldmateriaal door jongeren en het uitwisselen hiervan onderling tot situaties waarin de betrokkene schade kan worden toegebracht.

De Afdeling wijst erop dat internationaalrechtelijke verplichtingen geen uitzonderingen lijken toe te laten voor het delen van kinderpornografisch materiaal met anderen, als het afgebeelde kind nog geen zestien jaar is. Nederland heeft zich gecommitteerd aan verschillende verdragen die verplichten tot strafbaarstelling van gedragingen met kinderpornografisch materiaal, waaronder het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (Verdrag van Lanzarote) (*Trb.* 2008, 58) en het Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken (*Trb.* 2002, 18). Daarnaast is Nederland op grond van de richtlijn 2011/93/EU van het Europees Parlement en de Raad ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, en ter vervanging van Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad (PbEU L 335) (richtlijn 2011/93/EU) verplicht tot strafbaarstelling van kinderpornografie. Hoewel deze instrumenten erkennen dat het door minderjarigen consensueel vervaardigen en het voor eigen gebruik in bezit hebben van afbeeldingen van seksuele gedragingen onder omstandigheden niet strafbaar hoeft te zijn en niet hoeft te worden vervolgd, laten deze, zoals door de Afdeling is geconstateerd, onvoldoende ruimte voor de voorgestelde strafuitsluitingsgronden. Zo staat artikel 5, achtste lid, van richtlijn 2011/93/EU eraan in de weg om te voorzien in een voldoende dekkende strafuitsluitingsgrond voor het door kinderen vervaardigen en in bezit houden van beeldmateriaal van het eigen lichaam. De ruimte die artikel 8, derde lid, van die richtlijn laat voor een strafuitsluitingsgrond, beperkt zich

tot gevallen van sexting door kinderen tussen zestien – dat is in Nederland de leeftijd van seksuele meerderjarigheid – en achttien jaar. Daarmee is een strafuitsluitingsgrond voor sexting door kinderen tussen twaalf en achttien jaar, zoals opgenomen in het wetsvoorstel dat voor advies aan de Afdeling is aangeboden, niet verenigbaar met de verplichtingen die voortvloeien uit deze richtlijn.

Het advies van de Afdeling heeft dan ook aanleiding gegeven tot aanpassing van het voorgestelde artikel 252 en van de paragrafen 2.4 en 3.3 en het artikelsgewijs deel van de toelichting. De wettelijke strafuitsluitingsgronden voor sexting zijn geschrapt. Van de mogelijkheid die de genoemde richtlijn biedt om voor kinderen tussen de zestien en achttien jaar in strafuitsluiting te voorzien, wordt geen gebruik gemaakt. In plaats daarvan wordt gekozen voor een eenduidig beleidskader voor sexting door kinderen tussen de twaalf en achttien jaar, zodat situaties waarin bijvoorbeeld een vijftienjarige en een zeventienjarige zijn betrokken op dezelfde wijze kunnen worden beoordeeld. Dit betekent dus niet dat – in afwijking van het huidige vervolgingsbeleid – het wenselijk wordt geacht dat bij sexting altijd vervolging wordt ingesteld. Integendeel: sextingzaken vergen een beoordeling per geval, waarbij rekening wordt gehouden met de mate van consensus bij de totstandkoming van het beeldmateriaal. Het ligt in de rede dat het eerdergenoemde vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie voor de afdoening van dit type zaken waarin relevante factoren voor deze afweging zijn benoemd wordt voortgezet (*Strcrt.* 2016, 19415).

7. Digitaal seksueel misbruik

De afgelopen jaren zijn als gevolg van technologische ontwikkelingen nieuwe online verschijningsvormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag en kindermisbruik ontstaan. In de toelichting wordt uitgebreid ingegaan op online delicten die kinderen betreffen, zoals nieuwe vormen van kinderpornografie, «sexchatting» en «sexting». Een andere vorm van online seksueel geweld die zowel kinderen als volwassenen kan schaden, zijn handelingen in of aan het lichaam van het slachtoffer waarbij geen fysiek contact tussen slachtoffer en dader plaatsvindt.¹³⁴ Deze delicten hebben gemeen dat de lichamelijke of seksuele integriteit in de offline wereld in het geding is of kan raken.

In de toelichting wordt als uitgangspunt geformuleerd dat gedragingen in de offline en online wereld even strafwaardig zijn.¹³⁵ De vraag is in hoeverre dit uitgangspunt ook geldt als de lichamelijke of seksuele integriteit van het slachtoffer in de offline wereld niet wordt geschonden, maar deze wel de psychische gevolgen van ongewenst online gedrag ervaart. Het stiekem filmen van de buurvrouw die zich uitkleedt, is strafbaar; het fabriceren van een «deepfake» waarin zij zich uitkleedt niet.¹³⁶ Als iemand wordt vastgepakt terwijl seksueel getinte opmerkingen worden gemaakt, kan dit onder omstandigheden gekwalificeerd worden als aanranding (maximaal zes jaar gevangenisstraf).

¹³⁴ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.4.

¹³⁵ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.1.

¹³⁶ «Deepfakes» zijn kunstmatige beelden of geluiden die met artificiële intelligentie en «machine learning» worden gemaakt van bestaande video's, afbeeldingen of geluidsfragmenten. Zie B. van der Sloot, Y. Wagenveld & B. Kooops, *Deepfakes: de juridische uitdagingen van een synthetische samenleving*, WODC 2021.

Als een «avatar» dit in een «online multiplayer game» of in het «metaverse» overkomt, zou dit onder de voorgestelde regeling wellicht als seksuele intimidatie kunnen worden gekwalificeerd (maximaal drie maanden hechtenis).¹³⁷

Deze voorbeelden illustreren dat de technologische ontwikkelingen leiden tot nieuwe vormen van digitaal seksueel misbruik. De digitale wereld wordt bovendien steeds realistischer en raakt meer vervlochten met de fysieke wereld. De (psychische) gevolgen voor het slachtoffer van ongewenst seksueel gedrag zullen daardoor ernstiger worden.

Niettemin acht de Afdeling de verschillen tussen de fysieke en digitale wereld (nog) van dien aard dat het begrijpelijk is dat bij de vormgeving en de toepassing van het strafrecht hierin een onderscheid wordt gemaakt. Het in de toelichting genoemde uitgangspunt dat gedragingen in de offline en online wereld even strafwaardig zijn, behoeft daarom in haar ogen een nuancering. De Afdeling adviseert daarom in de toelichting meer te reflecteren op dit uitgangspunt, daarbij in te gaan op de verschillen tussen deze werelden en te beschrijven hoe deze verschillen dienen te worden meegewogen in de bestraffing van online en offline seksueel misbruik, nu en in de toekomst.

7. Digitaal seksueel misbruik

Doel van dit wetsvoorstel is een adequate en herkenbare strafrechtelijke reactie mogelijk te maken op seksueel grensoverschrijdend gedrag dat in de hedendaagse samenleving als strafwaardig wordt ervaren. Daarbij is, rekening houdend met een steeds verder digitaliserende samenleving, beoogd de wettelijke regeling toekomstbestendig te maken door waar nodig te voorzien in strafbaarstelling van gedragingen die zowel online als offline kunnen worden begaan (zoals seksuele intimidatie of het seksueel benaderen van een kind onder de zestien jaren). De mate van strafwaardigheid van seksueel grensoverschrijdend gedrag richt zich naar de aard en ernst van de inbreuk op de lichamelijke en seksuele integriteit van slachtoffers, ongeacht of die inbreuk online of offline plaatsvindt. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling om in de toelichting meer te reflecteren op het uitgangspunt dat gedragingen in de offline en de online wereld even strafwaardig zijn, is in paragraaf 3.1 van de toelichting verduidelijkt dat dit uitgangspunt geldt voor gedragingen die op soortgelijke wijze een aantasting vormen van de lichamelijke en seksuele integriteit van een slachtoffer.

Bij grensoverschrijdende gedragingen die in de digitale wereld plaatsvinden zijn niet altijd dezelfde rechtsbelangen in het geding als bij grensoverschrijdende gedragingen in de fysieke wereld. Zo leveren verkrachting en aanranding van een persoon in de fysieke wereld een schending op van de lichamelijke integriteit, hetgeen bij verkrachting en aanranding van een avatar (in een Virtual Reality-omgeving) niet snel het geval zal zijn. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan echter ook virtuele aanranding of virtuele verkrachting een strafbaar feit opleveren, bijvoorbeeld wanneer dit kan worden gekwalificeerd als het vervaardigen van kinderpornografie. In de beleidsreactie op het onderzoek

¹³⁷ Een «avatar» is een weergave van een speler in online game. In een «online multiplayer game» bevinden avatars zich in een virtuele wereld en kunnen zij onderling interacties aangaan, die (afhankelijk van de game) seksueel van aard kunnen zijn. Zie L. Strikwerda, *Virtual Acts, Real Crimes? A Legal-Philosophical Analysis of Virtual Cybercrime* (diss. Universiteit Twente), 2014. Het «metaverse» is het gehele netwerk van aan elkaar gekoppelde virtuele ruimtes, waarbinnen de gebruikers, vaak door middel van avatars, interactief kunnen rondkijken en interageren.

dat Considerati in opdracht van het WODC heeft verricht naar de regulering van immersieve technologieën (Bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 26 643, nr. 778), die naar verwachting dit najaar aan de Tweede Kamer wordt aangeboden, wordt onder andere ingegaan op de fenomenen «aanranding» en «verkrachting» in de virtuele wereld.

8. Niet-seksuele zedendelicten

De nieuwe Titel XIV Seksuele misdrijven wordt specifiek gericht op gedragingen die zich kenmerken door onvrijwillig, ongelijkwaardig of ongewenst seksueel contact. Wegens deze nieuwe insteek wordt een aantal strafbaarstellingen uit de huidige Titel Misdrijven tegen de zeden verplaatst naar Titel V Misdrijven tegen de openbare orde.¹³⁸ Deze bepalingen houden minder of geen verband met de bescherming van de lichamelijke en seksuele integriteit, maar zien meer op het bestrijden van publieke wanordelijkheden.

a. Overtredingen betreffende de zeden

De Afdeling heeft begrip voor de keuze om Titel XIV te richten op seksuele misdrijven en de delicten die daarmee geen (direct) verband hebben te verplaatsen naar Titel V Misdrijven tegen de openbare orde. De argumentatie die aan deze verplaatsingen ten grondslag ligt, kan ook worden toegepast op Titel VI Overtredingen betreffende de zeden in het Derde Boek van het Wetboek van Strafrecht. In deze Titel is de strafbaarstelling van openbare dronkenschap opgenomen.¹³⁹

Gelet op de wetssystematiek adviseert de Afdeling deze overtreding te verplaatsen naar Titel II Overtredingen betreffende de openbare orde van het Derde Boek. Titel VI Overtredingen betreffende de zeden kan dan komen te vervallen.

b. Het toedienen van bedwelmende dranken

De strafbepaling met betrekking tot het toedienen van bedwelmende dranken wordt overgeheveld naar Titel V Misdrijven tegen de openbare orde. In deze bepaling is het strafbaar gesteld om bedwelmende drank te verkopen of toe te dienen aan iemand die kennelijk dronken is, om iemand van nog geen achttien jaar dronken te voeren en om iemand te dwingen tot het gebruik van bedwelmende drank. Wanneer het feit zwaar lichamelijk letsel of de dood ten gevolg heeft, kan een hogere straf worden opgelegd.¹⁴⁰ Onder bedwelmende drank worden alcoholhoudende dranken verstaan. Of andersoortige bedwelmende dranken, zoals GHB, hieronder kunnen worden geschaard, is niet duidelijk.¹⁴¹

Het OM stelt in het consultatieadvies voor een pendant voor drugs in het wetboek op te nemen.¹⁴² Uit de toelichting blijkt dat dit niet overwogen wordt. Het huidige strafrechtelijke instrumentarium, bijvoorbeeld op grond van mishandeling en opzettelijke benadeling van de gezondheid,¹⁴³ is volgens de toelichting voldoende om tegen het toedienen van drugs op te treden.¹⁴⁴ Deze reactie op het consultatieadvies roept de vraag op

¹³⁸ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.1 en bij artikel I, onder J.

¹³⁹ Huidig artikel 453 Sr.

¹⁴⁰ Huidig artikel 252 Sr; voorgesteld artikel 151f.

¹⁴¹ A.J. Machielse, aantekening 2 bij artikel 252 Sr, in: J.W. Fokkens, E.J. Hofstee & A.J.M. Machielse (red.), *Wetboek van Strafrecht – Noyon, Langemeijer, Rammelink*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

¹⁴² Advies van het OM van 11 juni 2021, p. 11.

¹⁴³ Zie artikel 300 Sr e.v.

¹⁴⁴ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 8.3.

waarom dit instrumentarium dan niet volstaat voor het toedienen van alcohol en hiervoor een aparte strafbepaling nodig wordt geacht. Deze bepaling beoogt immers niet de productie, handel of het bezit van middelen te reguleren, maar de gebruiker en de samenleving te beschermen tegen het toedienen daarvan.¹⁴⁵ Het maken van een onderscheid tussen alcohol en drugs in dit verband past niet in de huidige tijd, waarin het gebruik van zowel alcohol als drugs regelmatig voorkomt, onder andere in het uitgaansleven.¹⁴⁶ Het onvrijwillig of overmatig gebruik van deze middelen leidt tot vergelijkbare problemen voor de gezondheid van de gebruiker en voor de openbare orde.

De Afdeling adviseert hetzelfde strafrechtelijk instrumentarium te hanteren voor het toedienen van alcohol en drugs. Dit kan worden bewerkstelligd door de aparte strafbepaling voor het toedienen van bedwelmende dranken te laten vervallen of door de reikwijdte van deze strafbepaling te verruimen tot het toedienen van drugs.

8. Niet-seksuele zedendelicten

Het advies van de Afdeling om de strafbaarstelling van openbare dronkenschap (huidig artikel 453 Sr; voorgesteld artikel 430b) te verplaatsen naar het Derde Boek, Titel II Overtredingen betreffende de openbare orde en Titel VI van dit boek te laten vervallen, is opgevolgd. Voor deze overtreding geldt, evenals voor de misdrijven tegen de zeden die worden overgeheveld naar het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht Titel V Misdrijven tegen de openbare orde, dat deze minder, in dit geval: geen, verband houdt met de bescherming van de lichamelijke en seksuele integriteit, maar meer met het bestrijden van publieke wanordelijkheden.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling om hetzelfde strafrechtelijk instrumentarium te hanteren voor het toedienen van alcohol en drugs wordt opgemerkt dat er een belangrijk verschil is tussen alcohol en drugs: het verkopen en verstrekken van alcohol is onder voorwaarden toegestaan, terwijl reeds het enkele verkopen en het enkele verstrekken van drugs strafbaar is en daarop vrijheidsstraf is gesteld (zie de Opiumwet).

Als aan de voorwaarden voor de verkoop van alcohol niet wordt voldaan, bijvoorbeeld wanneer alcoholhoudende dranken worden verkocht aan een persoon terwijl niet is vastgesteld dat diegene de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt (artikel 44a in samenhang met artikel 20, eerste lid, Alcoholwet), kan op grond van de Alcoholwet een bestuurlijke boete worden opgelegd als de overtreding geen direct gevaar voor de gezondheid of veiligheid van de mens tot gevolg geeft (artikel 44a, vierde lid, onder a, Alcoholwet). Daarnaast kan op grond van de Alcoholwet voor sommige overtredingen een geldboete worden opgelegd, bijvoorbeeld vanwege het op een publieke plaats anders dan bedrijfsmatig verstrekken van alcoholhoudende drank aan een persoon die de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt (artikel 45a, tweede lid, Alcoholwet). Strafrechtelijk optreden kan aangewezen zijn als de overtreding van de Alcoholwet een direct gevaar voor de gezondheid of veiligheid van de mens tot gevolg heeft. Daarom is een aantal overtredingen van de Alcoholwet in de Wet op de economische delicten strafbaar gesteld als overtreding waarvoor naast een geldboete ook hechtenis van maximaal zes maanden kan worden opgelegd. Het gaat bijvoorbeeld om het toelaten van de aanwezigheid van een persoon in kennelijke staat van dronkenschap in

¹⁴⁵ Kool/Lestrade, commentaar op art. 252, *T&C Strafrecht*.

¹⁴⁶ Trimbos Instituut/WODC, Nationale Drug Monitor, 2021.

een horecagelegenheid (artikel 20, vierde lid, Alcoholwet in samenhang met de artikelen 1, onder 4°, en artikel 2, vierde lid, WED). Ten slotte wordt in het voorgestelde artikel 151f – de rechtsopvolger van het huidige artikel 252 Sr – als misdrijf strafbaar gesteld het verkopen of toedienen van bedwelmende drank aan iemand die in kennelijke staat van dronkenschap verkeert, iemand beneden de leeftijd van achttien jaar dronken maken en iemand door geweld of bedreiging met geweld dwingen tot het gebruik van bedwelmende drank. Aan degene die zich hieraan schuldig maakt kan een gevangenisstraf van maximaal negen maanden of een geldboete worden opgelegd.

Artikel 300 Sr, waarin opzettelijke benadeling van de gezondheid strafbaar is gesteld, volstaat niet voor de specifieke gedragingen die verband houden met de verkoop en verstrekking van alcohol en strafbaar zijn op grond van het voorgestelde artikel 151f. Hoewel niet is uitgesloten dat deze gedragingen in sommige gevallen ook opzettelijke benadeling van de gezondheid kunnen opleveren, bijvoorbeeld als een minderjarige zou worden gedwongen een hoeveelheid sterke drank te drinken, zal daarvan zeker niet in alle gevallen die onder het bereik van het voorgestelde artikel 151f vallen sprake zijn. Laatstgenoemde strafbaarstelling is aldus nodig om – in aanvulling op de mogelijkheden tot het opleggen van een geldboete via bestuurlijke of strafrechtelijke handhaving op grond van de Alcoholwet – nader omschreven excessen bij de verkoop en verstrekking van alcohol zwaarder te kunnen bestraffen. In het consultatieadvies van het openbaar ministerie is erop gewezen dat deze strafbaarstelling in haar huidige vorm (artikel 252 Sr) in 2018 nog is toegepast en daarmee haar bestaansrecht heeft bewezen (Rb. Limburg, 25 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9005).

Zoals opgemerkt is het verstrekken van drugs reeds strafbaar op grond van de Opiumwet en kan daarvoor op grond van de Opiumwet ook een vrijheidsstraf worden opgelegd. In voorkomende gevallen kan het dwingen van een ander tot het gebruik van drugs onder andere ook opzettelijke benadeling van de gezondheid opleveren (artikel 300 Sr) (zie bijvoorbeeld: ECLI:NL:RBMNE:2019:4502; ECLI:NL:RBDHA:2013:13470; en ECLI:NL:RBHAA:2006:AY4028). Er is dan ook geen noodzaak om de reikwijdte van het voorgestelde artikel 151f te verruimen tot het toedienen van drugs.

9. Normadressaat

In het voorstel is gekozen voor een (gender)neutrale formulering van de normadressaat in de delictsomschrijvingen: «degene die». Deze keuze wordt in de toelichting niet gemotiveerd.¹⁴⁷

De Afdeling onderschrijft het gebruik van sekseneutrale persoonsaanduidingen in regelgeving. Ook in de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt daarop aangedrongen.¹⁴⁸ Wel merkt zij op dat de gekozen formulering uitsluitend wordt voorgesteld voor de delictsomschrijvingen die deel uitmaken van het voorliggende voorstel. In een dergelijke wijziging voor het overige deel van het Wetboek van Strafrecht is niet voorzien.¹⁴⁹ De

¹⁴⁷ De toelichting (Algemeen deel, paragraaf 8.3) vermeldt slechts dat deze wijziging mede verband houdt met de ontvangen adviezen.

¹⁴⁸ Aanwijzing 3.8, eerste lid: «Indien mogelijk worden persoonsaanduidingen gebruikt die sekseneutraal zijn.»

¹⁴⁹ In het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering wordt ook geen gebruik gemaakt van genderneutrale formuleringen. Zie A. Das & M. Kooijman, «Dat mag wel wat moderner», *NJB* 2022, p. 977–978.

*Afdeling hecht evenwel aan uniformiteit van formuleringen binnen één regeling.*¹⁵⁰

De Afdeling adviseert daarom het voorstel aan te passen zodat de aanduiding van de normadressaat aansluit bij de formuleringen in de rest van het Wetboek van Strafrecht.

9. Normadressaat

Aanwijzing 3.8 van de Aanwijzingen voor de regelgeving schrijft voor dat indien mogelijk persoonsaanduidingen worden gebruikt die sekseneutraal zijn. In de toelichting bij deze aanwijzing wordt als voorbeeld genoemd dat «degene die» wordt gebruikt in plaats van «hij die». Hoewel het overgrote deel van de delictsomschrijvingen in het Wetboek van Strafrecht (nog) geen sekseneutrale formulering van de normadressaat bevat, is er ook een aantal bepalingen waarin dit (al) wel het geval is. Zie bijvoorbeeld de artikelen 139f, 139g, 151b, 151c, 240b, 254a en 273f Sr. Het valt buiten het bestek van dit wetsvoorstel om de aanduiding van de normadressaat in de rest van het Wetboek van Strafrecht zodanig aan te passen dat het gehele wetboek waar mogelijk sekseneutraal wordt geformuleerd. Voor nieuwe strafbaarstellingen en wijzigingen van het Wetboek van Strafrecht hanteer ik als uitgangspunt dat deze voor zover dit geen afbreuk doet aan de leesbaarheid en begrijpelijkheid van de bepaling, in lijn met aanwijzing 3.8, sekseneutraal worden geformuleerd. Dat geldt ook voor dit wetsvoorstel dat de huidige Titel XIV Misdrijven tegen de zeden vervangt door een nieuwe, gemoderniseerde Titel XIV Seksuele misdrijven. Daarom is het advies van de Afdeling om het voorstel aan te passen zodat de aanduiding van de normadressaat aansluit bij de formuleringen in de rest van het Wetboek van Strafrecht, wat tot gevolg zou hebben dat de formulering van Titel XIV Seksuele Misdrijven niet sekseneutraal zou zijn, niet opgevolgd.

10. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

Aan de redactionele opmerking van de Afdeling is gevolg gegeven. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting nog enkele redactionele en inhoudelijke verbeteringen aan te brengen. Zo is de vertoning van virtueel kinderpornografisch materiaal onder de reikwijdte van het voorgestelde artikel 253 gebracht. Verder is het op een niet-openbare plaats verrichten van handelingen die aanstootelijk zijn voor de eerbaarheid, wanneer een ander daarbij zijns ondanks tegenwoordig is, in lijn met het huidige recht (huidig artikel 239, aanhef en onder 3°, Sr) weer onder het bereik van de strafbaarstelling van aanstootgevend gedrag gebracht (voorgestelde artikel 254b). Deze inhoudelijke wijzigingen worden in de memorie van toelichting bij elk van de verschillende artikelen nader toegelicht.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

*De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf*

¹⁵⁰ Zie ook de Aanwijzingen voor de regelgeving, waarin is aangegeven dat hetzelfde begrip niet met verschillende termen wordt aangeduid. Vooral binnen één regeling dient deze aanwijzing in acht te worden genomen; Aanwijzing 3.7, eerste lid, en de toelichting daarbij.

Ik moge U hierbij verzoeken het gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Justitie en Veiligheid,
D. Yeşilgöz-Zegerius

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W16.21.0369/II

- In artikel 245, eerste lid, onder a, «geestelijke» vervangen door «verstandelijke» en «lichamelijk of geestelijk onvermogen» door «lichamelijke of geestelijke onmacht».