

University of Groningen

Zedendelicten en positieve verplichtingen

Lindenberg, K.K.

Published in:

De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2013

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Lindenberg, K. K. (2013). Zedendelicten en positieve verplichtingen. In J. H. Gerards, & C. H. Sieburgh (editors), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht* (blz. 501-530). Kluwer.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Zedendelicten en positieve verplichtingen

Kai Lindenberg*

1. INLEIDING: FUNDAMENTELE RECHTEN EN MATERIEEL STRAFRECHT

De aandacht voor doorwerking van fundamentele rechten in het strafprocesrecht is groot en dat is terecht. Fundamentele rechten zijn in de strafvordering standaard aan de orde. Zo grijpt de toepassing van dwangmiddelen in op de persoonlijke vrijheid en op het privéleven, en dient elke berechting te voldoen aan de eisen van een eerlijk proces. Daarbij komt dat tegenover deze fundamentele rechten van de verdachte vaak ook fundamentele rechten van andere betrokkenen staan, zoals de processuele rechten van het slachtoffer of die van een verschooningsgerechtigde. In het strafproces heeft de doorwerking van fundamentele rechten dus doorgaans directe relevantie. Deze omstandigheden nodigen uit tot analyses in breed verband, die uitmonden in werken als 'Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht' en 'Human Rights in Criminal Proceedings'.¹

Veel minder aandacht is er voor de algemene relatie tussen fundamentele rechten en materieel strafrecht.² Een verklaring hiervoor is gelegen in het feit dat die relatie de compacte en prominente samenhang mist die kenmerkend is voor de relatie tussen fundamentele rechten en het strafprocesrecht. In het materiële strafrecht spelen fundamentele rechten ook vaak een rol, maar indirecter en minder prominent. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de bekende opmerking van de strafwetgever uit 1881, dat het bij misdrijven, anders dan bij overtredingen, gaat om gedrag dat 'reeds onregt was vóórdat de wetgever sprak, en waarvan wij het onregtvaardige zouden beseffen, ook al zou de wetgever niet hebben gesproken'.³ Aan deze opmerking ligt de natuurrechtelijke premisse ten

* K. Lindenberg is als universitair straf(proces)recht verbonden aan de vakgroep Strafrecht & Criminologie van de Rijksuniversiteit Groningen.

1 A.E. Harteveld e.a. (red.), *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2004; S. Trechsel, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford: OUP 2005.

2 Vgl. W.J.M. Davids, 'De Europeanisering van het strafrecht (invloed van het EVRM)', in: G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia (red.), *Europeanisering van het Nederlands Recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 295-296, dat zich specifiek op het materiële strafrecht richt. Zie eveneens J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 36-40. Meestal maakt de onderhavige relatie alleen een klein deel uit van een beschouwing, zoals in J. de Hullu, 'Internationale invloeden op het materiële strafrecht', in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuijsen (red.), *Rede en recht (liber amicorum Nico Keijzer)*, Deventer: Gouda Quint 2000.

3 Smidt I, p. 64.

grondslag dat ongeschreven, fundamentele rechten bestaan – zoals *life, liberty* en *property* – en dat schending daarvan in algemene zin ‘onrecht’ oplevert. Het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden gezien als de formele erkenning en bescherming van die rechten door de strafwetgever. In dat opzicht bestaat een duidelijke relatie tussen fundamentele rechten en strafbaarstellingen, zoals de relatie tussen leven, persoonlijke vrijheid en eigendom enerzijds en het strafbaar stellen van doodslag, vrijheidsberoving en diefstal anderzijds. Maar na het wetgevingsproces verdwijnt de directe relevantie van deze fundamentele rechten doorgaans, omdat zij zijn vertaald naar een omliggende strafbaarstelling. Hun relevantie keert alleen incidenteel terug, bijvoorbeeld ingeval een concrete zaak aanleiding geeft de strafbepaling ruimer te interpreteren ten behoeve van een betere bescherming van het achterliggende fundamentele recht. Zo past in deze lijn de ruimere uitleg die de rechter in de vermogensdelicten aan het begrip ‘goed’ heeft gegeven (ook elektriciteit,⁴ giraal geld⁵ en virtuele voorwerpen⁶ vallen daaronder). De relevantie van fundamentele rechten komt eveneens terug wanneer de vraag rijst of de strafwet juist niet beperkt moet worden uitgelegd in verband met de fundamentele rechten van de verdachte. Dit spanningsveld ontstaat geregeld bij beledigingsdelicten. De vrijheid van meningsuiting kan de toepasselijkheid van het beledigingsdelict verdringen, waarmee ook het recht op morele integriteit van de beledigde wordt verdrongen.⁷ Buiten de beledigingsdelicten bestaat dit spanningsveld echter nauwelijks. Dat is ook logisch: gezien de aard van de misdrijven in het Wetboek van Strafrecht – denk aan de zojuist genoemde doodslag, vrijheidsberoving en diefstal – kan de verdachte zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid in de regel niet bestrijden met de stelling dat zijn gedrag de uitoefening van een fundamenteel recht betrof.

Tot zover is duidelijk dat in het materiële strafrecht fundamentele rechten weliswaar een belangrijke plaats innemen, maar dat doorwerking van die rechten niet vaak direct aan de orde is. Dit geldt ook voor andere fundamentele rechten binnen dit rechtsgebied, zoals het legaliteitsbeginsel en het schuldbeginsel. Die spelen in strafrechtelijke ontwikkelingen alleen bij uitzondering een hoofdrol.⁸ Hierdoor wordt dit hoofdstuk gelijk in perspectief gezet: doorwerking van fundamentele rechten in het materiële strafrecht is geen homogeen thema dat zich goed leent voor algemene bespreking. Tevens beïnvloeden deze omstandigheden de

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

5 HR 11 mei 1982, *NJ* 1982, 583.

6 HR 31 januari 2012, *NJ* 2012, 536.

7 Voor diverse analyses van dit spanningsveld, zie A. Ellian, G. Molier & T. Zwart (red.), *Mag ik dit zeggen?*, Den Haag: BJu 2011.

8 Zie voor kwesties met betrekking tot het legaliteitsbeginsel bijvoorbeeld de conclusie van A-G Knigge voor HR 12 juli 2011, *NJ* 2012, 78 (over het *Scoppola*-arrest van het EHRM) en voor kwesties met betrekking tot het schuldbeginsel bijvoorbeeld J.B.H.M. Simmelink, ‘Kentekenaansprakelijkheid: risico of vermoeden van schuld?’, *VR* 2007, p. 65-69.

schaal waarop kan worden ingegaan op de vier ontwikkelingen die in dit boek centraal staan, te weten de socialisering, proliferatie, horizontalisering en internationalisering van fundamentele rechten.⁹ Wat betreft de horizontalisering (de ontwikkeling dat op fundamentele rechten van burgers ook door medeburgers inbreuk kan worden gemaakt), heeft de belangrijkste omslag in deze context plaatsgevonden in 1886, toen de Code Pénal werd vervangen door het Wetboek van Strafrecht. In de Code Pénal waren delicten tegen de staat duidelijk geformuleerd en goed vertegenwoordigd, maar kwamen delicten tegen het individu nauwelijks uit de verf.¹⁰ Het Wetboek van Strafrecht breidde de delicten tegen het individu aanzienlijk uit. Dat brengt mee dat in het huidige tijdsgewricht horizontalisering in het strafrecht kan worden gezien als voldongen feit: bij alle delicten die door burgers tegen medeburgers kunnen worden begaan – en dat zijn er veel – is een horizontale relatie aanwezig, zij het dat de strafrechtelijke gevolgen van de rechtsinbreuk door de overheid worden ingeroepen. De aard van het strafrecht heeft ook tot gevolg dat grondrechtenkwesies anders worden beantwoord dan bijvoorbeeld in het privaatrecht. De vraag in hoeverre de overheid verplichtingen tot bescherming van grondrechten mag opleggen aan individuen¹¹ is complexer in het privaatrecht dan in het strafrecht. In het privaatrecht staat de overheid in beginsel op afstand, in tegenstelling tot het per definitie dwingende strafrecht. De zojuist genoemde vraag speelt in het materiële strafrecht dan ook doorgaans alleen aan de uiterste randen van de delicten. Minder complex zijn ook de regelingen die de overheid in het strafrecht treft bij botsende grondrechten¹² (bijvoorbeeld bij beledigingsdelicten of de strafbaarstelling van zuiver virtuele kinderpornografie; bij dit laatste is geen kind betrokken geweest). De inmenging zal meestal sneller dan in het privaatrecht gerechtvaardigd worden geacht, door de noodzaak om een balans te vinden en door de aard van de geboden bescherming.

Met betrekking tot mogelijke socialisering, proliferatie en internationalisering van fundamentele rechten in het materiële strafrecht, springen twee ontwikkelingen in het oog die het materiële strafrecht als geheel raken.

Een eerste belangrijke ontwikkeling is die van de zogenoemde positieve verplichtingen die voortvloeien uit de rechtspraak van het EHRM. De algemene strekking van deze positieve verplichtingen is in het inleidende hoofdstuk beschreven (par. 4.2). Het leerstuk van de positieve verplichtingen leidt ook in het strafrecht tot de socialisering van fundamentele rechten. Dat wil zeggen: positieve verplichtingen kunnen zachte overheidsplichten (waarbij het vooral gaat om het leveren van inspanning) veranderen in harde overheidsplichten (waarbij het gaat om het leveren van resultaten). Uit de rechtspraak van het EHRM kan bij-

9 Zie daarover het inleidende hoofdstuk van J.H. Gerards, par. 1.

10 Vgl. D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht – eerste deel*, Groningen: Noordhoff 1937, p. 49; Smidt I, p. 8.

11 Zie hierover J.H. Gerards in het inleidende hoofdstuk, par. 1.3.

12 *Idem*.

voorbeeld worden afgeleid dat elke lidstaat van de Raad van Europa verkrachting strafbaar dient te stellen. Doet een lidstaat dat niet, dan schendt hij daarmee het EVRM.¹³ De strekking van deze positieve verplichting komt duidelijk tot uiting wanneer het bestaan van de positieve verplichting wordt weggedacht. Zonder deze positieve verplichting is er slechts een algemeen beginsel ('het recht op lichamelijke en seksuele integriteit') waarbij de mate waarin dat beginsel strafrechtelijk wordt erkend en beschermd, in beginsel ter vrije bepaling staat van de nationale strafwetgever. De burger kan aan het ongeschreven 'recht op seksuele integriteit' geen zelfstandig middel ontnemen waarmee hij de overheid kan dwingen te voorzien in meer strafrechtelijke bescherming. Een dergelijk middel wordt ook niet geboden door de rechten die in de Grondwet zijn opgenomen.¹⁴ Positieve verplichtingen brengen dus een sterke socialisering en ook internationalisering mee in het nationale materiële strafrecht. Dat het recht van een lidstaat al in overeenstemming is met een bepaalde positieve verplichting doet hieraan niet af; dit laat immers de juridische betekenis van de positieve verplichting onverlet. Omdat het EHRM met de positieve verplichtingen nieuwe criteria heeft geïntroduceerd, is er in zoverre ook sprake van proliferatie; de fundamentele rechten raken meer geschakeerd. De proliferatie treedt ook op doordat de EVRM-rechten die vanouds beschermden tegen gedragingen van de overheid, nu ook kunnen worden ingeroepen bij schadelijke gedragingen van medeburgers die niet of onvoldoende door de overheid zijn voorkomen. Zowel Van Kempen als Vellinga-Schootstra & Vellinga hebben de betekenis van positieve verplichtingen voor het straf- en strafprocesrecht in grote lijnen in kaart gebracht. Voor een inventarisatie van de materieelrechtelijke terreinen waarop positieve verplichtingen een rol spelen, verwijs ik naar hun werk.¹⁵ Ik kom op deze positieve verplichtingen dadelijk terug.

Een tweede belangrijke ontwikkeling met betrekking tot socialisering, proliferatie en internationalisering van fundamentele rechten in het materiële strafrecht is de introductie van het Handvest van de grondrechten van de EU, dat rechtskracht kreeg met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009.¹⁶ Het Handvest is vooral interessant omdat zijn invloed op het nationale materiële strafrecht nog niet goed kan worden ingeschat, maar wel verstrekkend kan zijn. Voor lidstaten is de gelding van het Handvest beperkt tot gevallen waarin zij 'het recht van de Unie ten uitvoer brengen' (art. 51). Het is

13 Zie hierna, § 2.2.

14 Zie hierna, § 2.2.

15 Zie hun oraties: P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten*, Nijmegen: WLP 2008, en F. Vellinga-Schootstra & W.H. Vellinga, *'Positive obligations' en het Nederlandse straf(proces)recht*, Deventer: Kluwer 2008.

16 Zie over dit Handvest ook J.H. Gerards in het inleidende hoofdstuk, par. 3.2.2.

nog niet duidelijk wat daarmee precies wordt bedoeld.¹⁷ Als daarvan reeds sprake is in een strafzaak die draait om een delict dat een unierechtelijke basis heeft, dan zal het Handvest regelmatig gelding hebben; er is een betrekkelijk groot en gestaag groeiend aantal delicten dat al dan niet gedeeltelijk een dergelijke basis heeft. Daar komt bij dat de invloed op die delicten mogelijk ook naar andere delicten overspringt door de wens om delictsbestanddelen uniform uit te leggen. Nu al blijkt dat de Hoge Raad ook naar het Handvest kijkt in zaken waar de unierechtelijke component ver te zoeken is.¹⁸ Bij dit alles moet wel worden aangetekend dat de invloed van het Handvest geen nieuwe invloed hoeft te zijn; het kan ook gaan om een invloed die reeds door het EVRM voelbaar was. Veel onderdelen van het Handvest sluiten nauw aan bij het EVRM en zijn niet ruimer bedoeld dan hun evenknie in het EVRM.¹⁹ Toch kent het Handvest formuleringen die het EVRM niet kent. Die formuleringen kunnen mogelijk nieuwe invloeden brengen. Te denken valt aan art. 1 van het Handvest, waarin staat dat de menselijke waardigheid moet worden geëerbiedigd en beschermd. De menselijke waardigheid heeft weliswaar het primaat bij de uitleg van het EVRM,²⁰ maar zij is in het EVRM niet gecodificeerd. Evenmin staat de menselijke waardigheid genoemd in onze Grondwet.²¹ Het is voorstelbaar dat in strafzaken met een unierechtelijke component, art. 1 van het Handvest een beter handvat biedt dan het EVRM voor het bepleiten van en ook voor het aannemen van een ruime uitleg van de eigen strafwet ter bescherming van de achterliggende rechten van slachtoffers. Wat betreft positieve verplichtingen in het EU-recht, kan worden vastgesteld dat deze verplichtingen kunnen voortvloeien uit EU-regelingen,²² maar dat niet aannemelijk is dat het Hof van Justitie dergelijke verplichtingen zelfstandig zal formuleren op basis van het Handvest. Denkbaar is wel dat het Handvest voor het Hof van Justitie aanleiding kan vormen de doelstelling en tekst van een unieregeling ruim te interpreteren (bijvoorbeeld een regeling in het kader van zware grensoverschrijden-

17 Zie daarover Klip in zijn noot onder HR 15 mei 2012, *NJ* 2012, 327. Zie voorts J.H. Gerards & M. Claes, 'Bescherming van fundamentele rechten post-Lissabon', *SEW* 2012, p. 270-279 en J.H. Gerards, *supra*, in het inleidende hoofdstuk, par. 3.2.2.

18 HR 15 mei 2012, *NJ* 2012, 327, m.nt. Klip.

19 Vgl. art. 52 lid 3 van het Handvest.

20 Zie bijvoorbeeld EHRM 22 november 1995, *C.R. t. het Verenigd Koninkrijk*, nr. 20190/92, § 42.

21 Door de Staatscommissie Grondwet is voorgesteld hierin verandering te brengen. Zie Rapport Staatscommissie Grondwet, par. 4.3.8. en 7.4 (beschikbaar op <www.rijksoverheid.nl>; geraadpleegd op 14 december 2012) en voorts de voorstudie voor dat rapport van E. Brems & J. Vrielink, *Menselijke waardigheid in de Nederlandse Grondwet?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2010.

22 Dit kan o.m. via Richtlijnen en kon tot 1 december 2009 via Kaderbesluiten. Een voorbeeld is Kaderbesluit 2008/913/JBZ van 28 november 2008, betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht.

de criminaliteit), met meer nationale verplichtingen tot gevolg. Hoe dan ook: de toekomst moet nog uitwijzen welke invloed het Handvest precies zal hebben.

Al met al bestaan dus wel belangrijke materieelrechtelijke 'hot spots' waarin de doorwerking van fundamentele rechten een centrale rol speelt, maar het zijn er niet veel. Hoewel over een deel van deze onderwerpen ook al het nodige is geschreven,²³ is opvallend dat in de materieelrechtelijke literatuur betrekkelijk weinig aandacht wordt besteed aan positieve verplichtingen zoals geformuleerd door het EHRM. In het bijzonder is er niet veel aandacht voor de vraag of ons materiële strafrecht met de positieve verplichtingen in overeenstemming is. Dat kan te maken hebben met het feit dat de strekking van positieve verplichtingen vaak niet nauwkeurig te duiden is. Uit de rechtspraak over positieve verplichtingen kunnen eenvoudig algemene conclusies worden getrokken, zoals de conclusie dat elke lidstaat moord en verkrachting strafbaar moet stellen.²⁴ Maar het EHRM laat vaak niet goed zien wat de verdere strekking van de verplichtingen precies is en, belangrijker, waar hun grenzen liggen. De Hullu noemt deze positieve verplichtingen als algemeen concept dan ook 'nogal vaag en onvoorspelbaar'.²⁵ Zoals gezegd hebben Van Kempen en Vellinga-Schootstra & Vellinga de positieve verplichtingen voor het straf- en strafprocesrecht geïnventariseerd. Het betreft echter een zodanig groot thema, dat veel fundamentele vragen blijven bestaan over specifieke onderdelen van het materiële strafrecht, bijvoorbeeld de zedendelicten. Met betrekking tot het zedenrecht gaan vaak stemmen op om de strafrechtelijke aansprakelijkheid te verruimen.²⁶ Voor dat rechtsgebied is het dus voor zowel voor- als tegenstanders van die verruiming belangrijk wat in het kader van de positieve verplichtingen strafbaar gesteld *moet* zijn. Een voorzichtige beoordeling van deze vraag neem ik hier, als casestudie, om verschillende redenen graag ter hand. Om te beginnen is het, ondanks de toegenomen kritiek op het EHRM,²⁷ niet de verwachting dat het EHRM de positieve verplichtingen als zodanig terugneemt. Het blijft daardoor een spannend en belangrijk terrein. Voorts laat het materiële strafrecht in Nederland zien dat de doorwerking van het recht op seksuele integriteit als fundamenteel recht in Nederland minder ver gaat dan in andere landen, vooral waar het gaat om de bescherming van de seksuele integriteit van volwassenen. Dat is opmerkelijk en verdient aandacht. Daarnaast

23 Ik volsta hier met het verwijzen naar de literatuurvermeldingen in de betreffende voetnoten. In die literatuur staan verdere verwijzingen.

24 Zie hierna, § 2.2.

25 De Hullu 2012 (noot 2), p. 38.

26 Zie bijvoorbeeld R.S.B. Kool, 'Verantwoorde seks', in: A.A. Franken, M. de Langen & M. Moerings (red.), *Constante waarden: liber amicorum prof. mr. Constantijn Kelk*, Den Haag: BJu 2008, p. 223-232, en C. McGlynn & V. Munro (ed.), *Rethinking rape law: international and comparative perspectives*, Londen: Routledge 2010.

27 Zie daarover J. Gerards, *Het prisma van de grondrechten*, oratie Nijmegen, Nijmegen 2011 en J. Gerards & A. Terlouw (red.), *Amici Curiae. Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Nijmegen: WLP 2012.

is het interessant om na te gaan of de rechtspraak van het EHRM concreet genoeg is om over de houdbaarheid van die nationale beperkingen uitspraken te doen. Dat werpt niet alleen licht op de vraag of ons zedenrecht in overeenstemming is met het EVRM, maar kan ook iets zeggen over doorwerking en bruikbaarheid van positieve verplichtingen in het algemeen.

Ik bespreek eerst het Nederlandse zedenrecht, waarbij zowel wetsgeschiedenis als rechtspraak aan bod komt en waarbij de nadruk wordt gelegd op gedragingen waartegen de strafwet niet of nauwelijks beschermt. Op deze plaats kan reeds worden vermeld dat, wat de relevante delicten betreft, zowel in de wetsgeschiedenis als in de nationale rechtspraak de reikwijdte van de delicten nog nooit uitdrukkelijk is getoetst aan de rechtspraak van het EHRM. Vervolgens ga ik in op de relevante rechtspraak van het EHRM met betrekking tot positieve verplichtingen en seksuele integriteit. Ten slotte wordt de balans opgemaakt.

2. STRAFRECHTELIJKE BESCHERMING VAN DE SEKSUELE INTEGRITEIT EN POSITIEVE VERPLICHTINGEN

2.1 *Strafrechtelijke bescherming van de seksuele integriteit*

Ons Wetboek van Strafrecht beschermt de seksuele integriteit al sinds zijn inwerkingtreding in 1886. Onder de zogenoemde misdrijven tegen de zeden (strafbaar gesteld in Titel XIV van het Tweede boek) vielen van meet af aan bijvoorbeeld verkrachting (art. 242 Sr), aanranding (art. 246 Sr), seks met een afhankelijke persoon (art. 249 Sr) en seks met een bewusteloze of met iemand met een geestelijke stoornis (art. 243 en 247 Sr). De bescherming reikte vroeger echter aanzienlijk minder ver dan thans het geval is. Bekend is vooral de straffeloosheid van verkrachting binnen huwelijk, die tot 1991 heeft gegolden. Tot datzelfde jaar waren bovendien de delicten verkrachting en aanranding beperkt tot gevallen waarin de dader het dwangmiddel geweld of bedreiging met geweld had gebezigd. In 1991 zijn aan de delictomschrijving van verkrachting en aanranding de dwangmiddelen 'feitelijkheid' en 'bedreiging met een feitelijkheid' toegevoegd. Daardoor werden ook andere vormen van afgedwongen seks bestreken.²⁸ De commissie die deze veranderingen voorbereidde, stelde dat de aard van het hier beschermde rechtsgoed – het seksueel zelfbeschikkingsrecht – een te beperkte reikwijdte van 'dwingen' (en dus van verkrachting en aanranding) niet toelaat.²⁹ De wetswijzigingen in 1991 waren het resultaat van een lange nationale herbezinning op de

²⁸ Zie daarover K. Lindenberg, *Strafbare dwang*, Apeldoorn: Maklu 2007, p. 201-218.

²⁹ A.L. Melai, *Eindrapport van de adviescommissie zedelijkheidswetgeving*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1980, p. 15-16.

zedendelicten, die was aangewakkerd door veranderde maatschappelijke opvattingen.³⁰

De zojuist omschreven verruiming van de strafrechtelijke definitie van verkrachting en aanranding heeft effect gesorteerd. Tegenwoordig staat buiten twijfel dat van die delicten ook sprake kan zijn bij seks die wordt afgedwongen door bedreigende handelingen (zoals het afsluiten van een deur of het dreigend toespreken) of door het uiten van niet-gewelddadige bedreigingen (zoals het dreigen naaktfoto's te openbaren). Ook blijkt uit de rechtspraak na 1991 dat aanranding of verkrachting kan bestaan uit het misbruik maken van een al bestaande kwetsbare situatie (zoals het betasten van een onervaren rijlescursiste tijdens het rijden) of uit onverhoeds handelen (zoals het onverwachts betasten van iemand).³¹ Opvallend is dat tegen drie bepaalde typen seksuele gedragingen de strafwet echter niet of nauwelijks beschermt. Het betreft hier ten eerste de zogenoemde seksuele misleiding, ten tweede bepaalde vormen van onbesuisd seksueel handelen en ten derde, kort gezegd, het seksueel handelen terwijl men weet dat instemming van de betrokkene daarvoor ontbreekt. Deze drie typen gedragingen worden nu achtereenvolgens besproken.

Bij seksuele misleiding kan worden gedacht aan seksuele handelingen die onder valse voorwendselen plaatsvinden, zoals het zich heimelijk – bijvoorbeeld in het donker, in bed – voordoen als de partner van de ander, of het zich uitgeven voor arts waardoor de ander wordt bewogen tot het ondergaan van een 'gynaecologisch onderzoek'.

Al bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht werd in dit kader een leemte opgemerkt. Bij de bespreking van het wetsontwerp merkte Kamerlid Van Houten op dat de strafwetgever de vrijheid van het individu niet alleen diende te beschermen tegen geweld en bedreiging met geweld, maar ook tegen listige kunstgrepen en bedrieglijke voorstellingen die aangewend worden om de wil te bewegen. In dat opzicht vond hij de redactie van de zedendelicten onsystematisch in relatie tot de redactie van de vermogensdelicten:

'Het is eene verregaande inconsequentie zwaarder straf te stellen op het ontlokken van eene vrouw door bedriegelijke kunstgrepen of voorspiegelingen van de geringste geldsom, en zulke middelen straffeloos te verklaren wanneer men haar van hare eer berooft.'³²

30 Voor een uitgebreide weergave van deze geschiedenis, zie o.m. J. Soetenhorst-de Savornin Lohman & U. Jansz, *Seksueel geweld zal de wetgever een zorg zijn*, Arnhem: Gouda Quint 1986.

31 Zie voor een inventarisatie: Lindenberg 2007 (noot 28), p. 208-211.

32 Smidt II, p. 310.

In reactie daarop erkende Kamerlid De Savornin Lohman dat dergelijke gedrag 'hoogst onzedelijk' en strafwaardig is. Desondanks wees hij strafbaarstelling af.

'De vraag blijft toch altijd of men in den regel spreken moet van verleiding *van* eene vrouw, dan wel van verleiding *door* eene vrouw. (...) Wanneer de eene mensch tracht het vermogen van een ander door listige kunstgrepen te bemachtigen, dan behoeven wij niet bevreesd te zijn, dat de beroofde eigenlijk degene is, die met de listige kunstgrepen heeft aangevangen. Dat kan echter ten aanzien van het misdrijf dat wij nu behandelen, wel degelijk het geval zijn.'³³

Minister Modderman schaarde zich achter dit standpunt van De Savornin Lohman. Hoewel het ontwerp en de latere wet minderjarige meisjes wel beschermde tegen seksuele misleiding, bleef hiermee een algemene strafbaarstelling uit.³⁴

In 1998 kwam de kwestie van seksuele misleiding weer op de politieke agenda door een arrest van de Hoge Raad dat veel media-aandacht kreeg.³⁵ Het betrof een zaak waarin de dader 's nachts het huis van zijn ex-vriendin was binnengesloopen en met haar, terwijl zij nog half sliep, gemeenschap had gehad door zich voor te doen als haar toenmalige partner. Het hof had de verdachte vrijgesproken van verkrachting en die vrijspraak liet de Hoge Raad in stand. Van het misdrijf verkrachting was geen sprake 'indien het slachtoffer doordat zij (half) in slaap was door misleiding van de kant van de verdachte [omtrent] zijn identiteit diens handelingen heeft toegelaten', aldus de Hoge Raad. Hoewel dit arrest paste in eerdere rechtspraak van de Hoge Raad (dergelijke misleiding is geen 'dwingen' in de zin van de zedendelicten),³⁶ vormde het aanleiding voor een nieuw wetsvoorstel. Volgens de Minister van Justitie bleek uit het arrest dat de zedelijkheids-wetgeving op het punt van seksuele misleiding 'een kleine leemte vertoont'.³⁷ In het conceptwetsvoorstel werd geopteerd voor het strafbaar stellen van het opzettelijk bewegen tot ontuchtige handelingen door misleiding omtrent de identiteit of de aard van de handelingen. In de toelichting werd er niettemin op gewezen dat bij een dergelijke strafbaarstelling grote behoedzaamheid is geboden, omdat er ook gevallen van misleiding zijn die buiten de strafwet moeten blijven. In de toelichting werd op situaties gewezen 'waarbij een persoon heeft ingestemd met

33 Smidt II, p. 311.

34 Smidt II, p. 312. Zie voor latere discussies over de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen tegen verleiding en misleiding: Melai 1980 (noot 29), p. 24-25. Deze adviescommissie was het eens met het hierboven weergegeven standpunt van De Savornin Lohman en Modderman (idem, p. 24) en besteedde aan de misleiding van meerderjarigen geen noemenswaardige aandacht.

35 HR 24 maart 1998, NJ 1998, 534 m.nt. De Hullu. Zie bijvoorbeeld D.H. de Jong, 'Geen verkrachting, maar oplichting', *Het Parool* 26 maart 1997, p. 7.

36 Zie Lindenberg 2007 (noot 28), p. 156-158.

37 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 8.

seks, in de verwachting van een door de dader voorgespiegelde of in het vooruitzicht gestelde gebeurtenis of houding die uitblijft of anders verloopt dan verwacht'. Dergelijke beschaamde verwachtingen verdienen volgens de toelichting geen strafrechtelijke bescherming.³⁸ De geraadpleegde adviesorganen vreesden inderdaad voor te ruime toepassing en wezen een dergelijke strafbaarstelling dan ook af.³⁹ Op grond daarvan werd dit onderdeel van het wetsvoorstel ingetrokken. Wel werd gekozen voor het strafbaar stellen van het verrichten van seksuele handelingen met iemand 'in staat van verminderd bewustzijn' (een uitbreiding van art. 243 en 247 Sr), zoals halfslaap of een roes als gevolg van alcohol-, medicijn- of drugsgebruik.⁴⁰ Omdat het onzeker was of de oude redactie van de strafwet deze gevallen dekde, werd strafbaarheid hiermee buiten twijfel gesteld. Opgemerkt dient te worden dat de wetgever hier alleen gevallen op het oog had waarbij het slachtoffer 'zich bevindt in een toestand tussen waakzaamheid en bewusteloosheid in'.⁴¹ 'Verminderd bewustzijn' kan dus kennelijk niet volgen uit de enkele omstandigheid dat een slachtoffer wordt misleid. Ondanks deze wetswijziging bleef de situatie dus ongewijzigd voor gevallen van seksuele misleiding waarin niet tevens sprake is van daadwerkelijk verminderd bewustzijn bij het slachtoffer.

Zou de nachtelijke insluiper dan straffeloos zijn indien hij zijn ex-vriendin door misleiding zou hebben bewogen met hem gemeenschap te hebben terwijl zij gewoon wakker was? Niet helemaal. In de vorige eeuw zijn enkele zaken waarbij sprake was van seksuele misleiding succesvol vervolgd als schennis van de eerbaarheid. Dit is strafbaar gesteld in art. 239 Sr en wordt bedreigd met een gevangenisstraf van maximaal drie maanden. Het artikel beschermt niet de seksuele integriteit maar de publieke moraal, en is erop gericht mensen te behoeden voor onverwachte onzedelijke waarnemingen.⁴² Het gaat in deze context om schennis van de eerbaarheid op een niet openbare plaats waarbij 'een ander daarbij zijns ondanks tegenwoordig is'. In de zaak die leidde tot HR 4 mei 1953, *NJ* 1953, 488 was de verdachte ten laste gelegd:

38 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 9.

39 Zie het commentaar van het Clara Wichmann Instituut (Commentaar op het conceptwetsvoorstel Partiele wijziging zedelijkheidswetgeving, *Nemesis* 2000, afl. 6, p. 16) en het preadvies van de Orde van Advocaten ('Preadvies van de Adviescommissie Strafrecht inzake wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Gemeentewet (partiele wijziging zedelijkheidswetgeving)', p. 7; gepubliceerd op <www.advocatenorde.nl>, geraadpleegd op 20 februari 2013).

40 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 22 en *Kamerstukken I* 2001/02, 27 755, nr. 299b, p. 11.

41 *Kamerstukken I* 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 11.

42 Zie *Tweede interimrapport van de adviescommissie zedelijkheidswetgeving*, 's-Gravenhage 1973, p. 14, *Kamerstukken II* 1979-1980, 15 836, nr. 3, p. 12 en HR 9 december 2003, *NJ* 2004, 273.

‘dat hij (...) opzettelijk oneerbaar de vrouw (...) heeft betast aan haar blote borsten en dijbenen bij welke schennis der eerbaarheid die vrouw haars ondanks – t.w. als gevolg van het feit dat verd. zich tegenover haar als (...) arts had uitgegeven en zij door deze valse voorstelling was misleid en aldus bewogen om zich aan kunstgrepen zijnerzijds te onderwerpen – tegenwoordig is geweest’.

Het hof sprak de verdachte vrij. Het achtte niet bewezen dat de vrouw haars ondanks tegenwoordig was geweest, ‘kunnende toch aan de woorden “haars ondanks” in art. 239 Sr geen verdere strekking worden toegekend dan het feitelijk ten tijde van het plegen der handelingen niet vrijwillig tegenwoordig zijn’. Het hof eiste met andere woorden dat de onvrijwilligheid ten tijde van het feit door het slachtoffer was besef, iets wat de bestanddelen ook op zichzelf lijken uit te drukken. De Hoge Raad casseerde echter. Het hof zou hebben miskend dat ‘het bepaaldelijk het de eerbaarheid schennende karakter der handeling is, waartegen art. 239 Sr hem, die daarbij zijns ondanks tegenwoordig is, wil beschermen’. Daardoor wordt de betreffende tegenwoordigheid volgens de Hoge Raad ook verwezenlijkt ‘wanneer iemand bij een handeling, haar bedoeld karakter niet beseffende, tegenwoordig is’. Tot slot drukte de Hoge Raad uit dat bij misleiding ook het benodigde opzet is aan te nemen, omdat ‘de omstandigheid, dat de dader door misleiding het besef daarvan bij dien aanwezige aan diens wil onttrokken heeft, zal medebrengen dat ook ‘s daders opzet op voornoemd bestanddeel van “zijns ondanks” niet zal ontbreken’. Bij art. 239 Sr is ‘zijns ondanks’ dus in verband met de bescherming van het rechtsgoed en in relatie tot de normale woordbetekenis, tot construct gemaakt.⁴³ Bij de delicten verkrachting en aanranding blijft de Hoge Raad echter vasthouden aan de eis dat voor ‘dwingen’ in de zin van die bepalingen sprake moet zijn van besepte onvrijwilligheid.⁴⁴ Bij het hiervoor besproken wetsvoorstel inzake seksuele misleiding heeft de minister erkend dat gevallen van seksuele misleiding eventueel onder art. 239 Sr kunnen worden gebracht. Hij meende echter dat ‘gebruik van dit vangnet in deze gevallen niet voor de hand ligt’. Hij vond het strafmaximum te laag in verhouding tot de ernst van de gedraging.⁴⁵

Naast art. 239 Sr bestaan in Nederland geen bepalingen waarop een beroep kan worden gedaan bij ernstige gevallen van seksuele misleiding gepleegd tegen meerderjarigen. Wel is het zo dat sprake kan zijn van ‘dwingen’ en dus van verkrachting en aanranding ingeval de misleiding gepaard gaat met het uitoefenen van grote psychische druk.⁴⁶ Bovendien zullen artsen en andere zorgverleners onder het bereik van art. 249 Sr vallen (seks met afhankelijken) indien zij onder

43 Zie ook HR 17 oktober 1961, NJ 1962, 35, m.nt. Pompe.

44 Zie hierover Lindenberg 2007 (noot 28), p. 156-169.

45 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 8.

46 Lindenberg 2007 (noot 28), p. 239-243.

het mom van medische of therapeutische noodzaak hun patiënt bewegen tot het plegen of ondergaan van seksuele handelingen. Daarvoor is echter nodig dat men daadwerkelijk de in art. 249 Sr genoemde zorgverlener is. Geeft men zich daarvoor slechts uit, dan kan alleen worden teruggevallen op art. 239 Sr. In de praktijk blijkt evenwel dat het openbaar ministerie dat niet als vangnet in de tenlastelegging opneemt, zodat die zaken eindigen in vrijspraak. Dit bleek onlangs weer in een zaak waarin iemand zich had voorgedaan als onderzoeker die in opdracht van een arts experimenten uitvoerde. Door gebruikmaking van vervalste documenten wist hij vrouwen zover te krijgen dat zij meewerkten aan het experiment en zich vaginaal lieten onderzoeken. Het openbaar ministerie probeerde dit bestraft te krijgen als verkrachting en aanranding, maar de rechter sprak vrij omdat geen sprake was van dwingen.⁴⁷ Ook voor andere klassieke gevallen van misleiding beperkt de strafbaarheid zich alleen tot art. 239 Sr, zoals de geblinddoekte vrouw die pas later bemerkt dat zij niet alleen met haar partner gemeenschap heeft gehad.⁴⁸

In de wetsgeschiedenis is met betrekking tot deze thema's geen doorwerking van geschreven fundamentele rechten aan de orde geweest, maar alleen een incidentele verwijzing naar (het ongeschreven belang van) 'seksuele integriteit'. Uit de behandelde wetsgeschiedenis en rechtspraak blijkt dat zowel de wetgever als de nationale rechter van de beperkingen in het zedenrecht op de hoogte is, maar beiden geen aanleiding zien om de strafwet op dit punt te verruimen. Het is op zich begrijpelijk dat de rechter hier de wetgever volgt, maar opvallend is wel dat de rechter zich nooit voor de vraag gesteld heeft gezien deze beperking te toetsen aan het EVRM.

Het tweede type gedraging dat opvalt in het kader van de bescherming van de seksuele integriteit betreft, kort gezegd, onbesuisd seksueel handelen. Het gaat hier om situaties waarin de seks door de één niet gewild wordt, maar door de ander toch wordt doorgezet; die ander is zich van de onvrijwilligheid weliswaar niet bewust, maar had dat wel behoren te zijn, althans had daar nader onderzoek naar moeten doen. Strafrechtelijk uitgedrukt gaat het om iemand die geen opzet

47 Rb. Leeuwarden 6 april 2012, *LJN* BW1785. Wel werd de verdachte veroordeeld voor valsheid in geschrifte.

48 Vgl. HR 9 oktober 2007, *NJ* 2007, 555. A-G Knigge merkte over dit geval op: 'Weliswaar was het slachtoffer niet op de hoogte van het feit dat zij (...) ook met een ander dan verdachte geslachtsgemeenschap had – zodat de geslachtsgemeenschap in zoverre een onvrijwillig karakter lijkt te hebben gehad – maar daarvoor geldt, hoe grof en stuitend het optreden van verdachte ook was, dat misleiding en bedrog iets anders is dan dwang. Men kan het betreuren, maar "seksuele oplichting" valt buiten het bereik van de strafwet.' Voor andere voorbeelden van vrijspraken bij ernstige gevallen van seksuele misleiding, zie o.m. HR 12 december 2006, *NJ* 2007, 422 m.nt. Buruma en Hof Den Haag 24 juni 2011, *LJN* BQ9151.

heeft op het niet-willen van de betrokkene, maar wel culpoos handelt; hij is verwijtbaar aanmerkelijk onvoorzichtig.

Voor strafbaarheid bij seksuele handelingen die tegen de wil van een meerderjarige zijn verricht, is *culpa* (culpoos handelen) niet voldoende. Bij de delicten verkrachting en aanranding staat of valt de strafbaarheid met de aanwezigheid van opzet, dat mede gericht moet zijn op de onvrijwilligheid. In termen van het zogeheten voorwaardelijk opzet, moet de dader bewust de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat de handelingen tegen de wil van de ander plaatsvonden. Deze voorwaarde bleek voor het eerst uitdrukkelijk uit het befaamde Verkrachtingsarrest.⁴⁹ Aanleiding tot die zaak was een uit de hand gelopen knipperlichtrelatie tussen een man en vrouw. De relatie werd jarenlang gekenmerkt door een aantrekken en afstoten, waarbij bovendien sprake was van sadomasochistische seks. Volgens de vrouw had zij de man op een gegeven moment te kennen gegeven geen relatie meer te willen en daarmee ook geen seksueel contact, maar is zij op enig moment toch met geweld naar het bed gesleurd. Naar eigen zeggen probeerde zij herhaaldelijk van het bed af te komen en heeft zij de man gekrabd. De man zou vervolgens hebben gedreigd haar arm te breken, waarop zij haar verzet heeft gestaakt en de man gemeenschap met haar heeft gehad.⁵⁰ Het hof sprak de man vrij van verkrachting. Hoewel het hof als vaststaand had aangenomen dat de vrouw, omdat zij definitief de relatie met de verdachte wilde verbreken, geen gemeenschap meer met de verdachte wilde hebben, was het er niet eenstemmig van overtuigd dat de verdachte dit had doorzien. Het hof achtte opzettelijk handelen daarmee niet bewezen. Dat oordeel vond de Hoge Raad juridisch niet onhoudbaar, mede in aanmerking genomen dat 'dwingen' opzettelijk handelen vereist en dat uit het bezigen van geweld of bedreiging met geweld weliswaar in het algemeen het bestaan van opzet met betrekking tot de onvrijwilligheid al kan voortvloeien, maar dat zich omstandigheden kunnen voordoen waaronder dat niet het geval hoeft te zijn.

Het Verkrachtingsarrest zorgde voor grote beroering in zowel maatschappelijke als juridische kringen.⁵¹ In die tijd was de wetgever nog bezig met een herziening van de zedelijkheidswetgeving (die later, zoals hiervoor is aangestipt, in 1991 in werking zou treden). Het arrest is in het wetgevingsproces uitdrukkelijk aan de orde geweest. Naast de voorgestelde verruiming van de dwangdelicten verkrachting en aanranding – door het schrappen van het bestanddeel 'buiten echt' en door toevoeging van de dwangmiddelen 'feitelijkheid' en 'bedreiging met een feitelijkheid' – achtte de Minister van Justitie nog geen verdergaande verruiming nodig. Hij zag het arrest als resultaat van de zeer bijzondere context van

49 HR 16 juni 1987, *NJ* 1988, 156, m.nt. GEM.

50 Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van de verklaringen en de rechterlijke uitspraken: P.J. Baauw, 'Zuivere verkrachting?', *AA* (1988), afl. 9, p. 575-586.

51 De redactie van de *NJB* viel bijna uiteen door verdeeldheid naar aanleiding van dit arrest. Zie U. d'Oliveira, 'Prof. mr. H.Th.J.F. van Maarseveen (1926-2012)', *NJB* 2012/2418.

dat geval, waarin geweld onderdeel was van de seksuele relatie.⁵² Hoewel uit de wetsgeschiedenis blijkt dat bepaalde Kamerleden aanstoot namen aan het arrest en voor de opzetkwestie een oplossing wilden,⁵³ namen zij genoegen met de voorgestelde wijzigingen. Interessant is wel, dat deze berusting gedeeltelijk te maken lijkt te hebben met verwarring over definities en met de verwachting dat de toegevoegde 'feitelijkheid' voor gevallen als in het Verkrachtingsarrest wellicht soelaas zou bieden.⁵⁴

Na de wijzigingen in 1991 laat de rechtspraak zien dat door de nieuwe dwangmiddelen meer gevallen als verkrachting en aanranding zijn te bestraffen (zie hiervoor), maar ook dat de wijzigingen aan het opzetvereiste niets hebben veranderd. De Hoge Raad blijft daaraan vasthouden.⁵⁵ Dat mag ook niet verbazen, gezien de wetsgeschiedenis. Bijgevolg moet de conclusie zijn dat 'culpoze verkrachting' en 'culpoze aanranding', ook in de vorm van roekeloos seksueel handelen, in Nederland niet strafbaar zijn. In de gepubliceerde rechtspraak verschijnen regelmatig vrijspraken op grond van gebrek aan bewijs voor het opzet, ook bij vermeende groepsverkrachting van minderjarigen. Degene die aangifte deed heeft in die gevallen onvoldoende laten blijken dat de seks onvrijwillig was.⁵⁶ In sommige gevallen bieden de zedendelicten een vangnet, in andere gevallen niet. Art. 239 Sr kan in ernstige gevallen niet snel een adequaat vangnet worden genoemd, al zal dat artikel theoretisch van toepassing kunnen zijn.

Ook ten aanzien van de zojuist besproken kwestie is in de wetsgeschiedenis geen doorwerking van grondrechten aan de orde gekomen. Uit de parlementaire stukken kan in ieder geval worden afgeleid dat de wetgever niet verder wenst te gaan dan de huidige strafbaarstellingen.

Ten derde is in het kader van de strafrechtelijke bescherming van de seksuele integriteit noemenswaardig dat, wat de delicten verkrachting en aanranding betreft, enkel de afwezigheid van instemming nooit doorslaggevend kan zijn voor het misdrijf. Zelfs het duidelijk communiceren van onvrijwilligheid door een niet mis te verstaan en veelvuldig 'nee' zal, indien het komt tot de ongewenste handelingen, niet de enige grondslag kunnen zijn voor het aannemen van verkrachting of aanranding. Dit houdt verband met het centrale begrip 'dwingen' in beide

52 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 8, p. 1-2.

53 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 4, p. 7 en 17; *Handelingen II* 17 oktober 1990, 11, p. 519-520

54 Zie bijvoorbeeld *Handelingen II* 17 oktober 1990, 11, p. 519-520 en Lindenberg 2007 (noot 28), p. 132.

55 Zie o.m. HR 29 november 1994, *NJ* 1995, 201 en HR 24 maart 1998, *NJ* 1998, 534, m.nt. De Hullu.

56 Vgl. bijvoorbeeld Rb. Zwolle 9 februari 2010, *LJN* BL3172, Rb. Rotterdam 8 juni 2011, *LJN* BR0804, Rb. Amsterdam 24 februari 2012, *LJN* BV7126 en Rb. Rotterdam 11 juni 2012, *LJN* BX1302. Zie over dit probleem voorts R.S.B. Kool, 'Vrijage of (groeps)verkrachting?', *NJCM* 2006, p. 1139-1149 en Kool 2008 (noot 26), p. 223-232.

delictsomschrijvingen. In het normale spraakgebruik wordt het begrip 'dwingen' doorgaans toegepast op situaties waarin het slachtoffer 'niet anders kon'. In de rechtspraak wordt dit aspect van 'dwingen' weliswaar niet absoluut gemaakt, in de zin van een volstrekte onmogelijkheid om anders te handelen, maar wordt wel geëist dat het voor het slachtoffer in ieder geval heel moeilijk was om anders te handelen.⁵⁷ Dit past op zichzelf goed bij de insteek van de strafwetgever, die het doel van de zedelijkheidswetgeving gelegen ziet in 'het beschermen van de seksuele integriteit van personen, die daartoe zelf, op een bepaald moment dan wel in het algemeen, niet in staat zijn'.⁵⁸ Het strafrecht legt de verantwoordelijkheid in de onderhavige situaties dus bij de burger zelf. Voor strafrechtelijke bescherming door art. 242 en 246 Sr dient het van tweeën een te zijn: of het slachtoffer moet zich hebben verzet, of er moet sprake zijn van een bij het slachtoffer bestaande handelingsonvrijheid die de afwezigheid van verzet verklaart, zoals de onvrijheid veroorzaakt door geweld of een bedreigende sfeer. Hierbij dient te worden bedacht dat het zojuist besproken opzetvereiste tot gevolg heeft dat de onvrijheid ook aan de dader kenbaar moet zijn. Dat de verdachte wist van de onvrijwilligheid – bijvoorbeeld doordat het slachtoffer die onvrijwilligheid helder heeft uitgesproken – betekent nog niet dat de verdachte wist dat het voor het slachtoffer heel moeilijk was om de ongewenste seksuele handelingen te pareren.

Ook bij deze inbreuken op de seksuele integriteit past overigens een kanttekening. Het verrichten van seksuele handelingen bij personen jonger dan zestien jaar terwijl de verdachte weet dat instemming bij die minderjarige ontbreekt, levert een 'ontuchtige handeling' op. Het is in zoverre strafbaar op grond van art. 245 of 247 Sr. Bij niet-instemmende personen van zestien jaar en ouder ontbreekt een dergelijke strafbaarstelling. Toch zou strafbaarheid ook hier wellicht kunnen worden gegrond op het 'kleine' misdrijf in art. 239 Sr, de eerder besproken schennis van de eerbaarheid. Als gezegd, is dat artikel bedoeld voor het tegengaan van ongewenste onzedelijke waarnemingen, maar wordt het ruim geïnterpreteerd.

Voor zover ik kan overzien, is deze derde kwestie bij de wetgever nooit voorwerp van nader onderzoek geweest. Dat kan worden verklaard door de hierboven genoemde doelstelling van de zedelijkheidswetgeving. Met die beperkte doelstelling stelt de wetgever grenzen aan de doorwerking van het algemeen beginsel van seksuele integriteit; de seksuele integriteit van volwassenen komt kennelijk niet zelfstandig voor strafrechtelijke bescherming in aanmerking.

2.2 *Positieve verplichtingen voor strafrechtelijke bescherming van de seksuele integriteit*

De vraag rijst of de overheid op de hiervoor omschreven terreinen tekortschiet in de strafrechtelijke bescherming van de seksuele integriteit. Juridisch moet het ant-

⁵⁷ Zie o.m. HR 2 juni 2009, NJ 2009, 307 en Lindenberg 2007 (noot 28), p. 139-155.

⁵⁸ *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 4.

woord op deze vraag worden gevonden in het leerstuk van de positieve verplichtingen. In het bijzonder gaat het om indirecte horizontale werking van grondrechten, in de vorm van een overheidsplicht om burgers strafrechtelijk te beschermen tegen inbreuken op grondrechten door medeburgers.⁵⁹

Uit de Grondwet kan een dergelijke plicht niet worden afgeleid. De relevante artikelen zijn hier art. 10 en art. 11, waarin het privéleven respectievelijk de onaanstikbaarheid van het lichaam worden beschermd. Deze bepalingen bieden bescherming tegen bepaalde inbreuken op de lichamelijke integriteit door de overheid (verticale werking) of door particulieren (directe horizontale werking).⁶⁰ Een dergelijke inbreuk kan een onrechtmatige daad en de verplichting tot schadevergoeding tot gevolg hebben, of kan in een strafzaak leiden tot bewijsuitsluiting indien het bewijs lichaamsmateriaal betreft dat zonder wettelijke basis door de overheid is onttrokken aan de verdachte. Ook dwingen deze bepalingen de overheid een bepaalde inspanning te leveren om de genoemde grondrechten gestalte te geven.⁶¹ Dat deze inspanningsplicht ook de plicht tot het voorzien in strafbepalingen behelst, is tot op heden echter nog niet aangenomen. Voor die plicht moet worden gekeken naar het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM, waarin het leerstuk van de positieve verplichtingen als gezegd prominent tot ontwikkeling is gekomen.

Zoals in de inleiding werd gesteld, is in de jurisprudentie van het EHRM al vaker gebleken dat het EVRM een lidstaat kan verplichten strafrechtelijke aansprakelijkheid te creëren voor bepaalde gedragingen. In *Osman t. het Verenigd Koninkrijk* stelde het Hof dat het recht op leven zoals neergelegd in art. 2 EVRM de staat niet alleen verplicht om zich te onthouden van onrechtmatige levensberoving, maar ook verplicht tot het nemen van 'appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction'.⁶² Volgens het Hof kan hierbij het strafrecht niet worden gemist: 'It is common ground that the State's obligation in this respect extends beyond its primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person.'⁶³ In de onderhavige context is belangrijker dat het Hof ook ten aanzien van de seksuele integriteit positieve verplichtingen heeft aangenomen. Dit bleek voor het eerst uit de zaak *X en Y t. Nederland* uit 1985. Aanleiding tot dit arrest was het seksueel misbruik van een zestienjarig meisje met een geestelijke beperking, welk misbruik in Nederland onbestraft bleef vanwege een gat in het klachtrecht dat destijds met de zedendelicten was verweven; er kon geen rechtsgeldige klacht worden gedaan. Het Hof behandelde de zaak in het kader

59 Zie hierover nader J.H. Gerards in de inleiding op dit boek.

60 Zie bijvoorbeeld HR 2 juli 1990, *NJ* 1990, 751, m.nt. Schalken en HR 21 december 2010, *NJ* 2011, 23.

61 Zoals de overheid ook zelf stelde bij de invoering van art. 11 Gw. Zie *Kamerstukken II* 1979/80, 16 086, nr. 3, p. 6.

62 EHRM (GK) 29 oktober 1998, *Osman t. het Verenigd Koninkrijk*, nr. 23452/94, § 115.

63 *Idem*.

van art. 8 EVRM (privéleven). Het stelde voorop dat het in beginsel behoort tot de *margin of appreciation* van de lidstaten welke middelen worden ingezet ter bescherming van het privéleven in de sfeer van burgers onderling en dat strafrecht niet noodzakelijkerwijs het enige antwoord is. Volgens het Hof hangt een en ander af van het bijzondere aspect van het privéleven dat in het geding is. Niettemin achtte het in dit geval 'fundamental values and essential aspects of private life' aan de orde. Daarbij is 'effective deterrence' onmisbaar, die alleen door middel van het strafrecht kan worden gerealiseerd, aldus het Hof.⁶⁴ Opmerkelijk is overigens dat de Nederlandse overheid nog had aangevoerd dat de handelingen wel degelijk door het strafrecht werden gedekt, ook zonder klacht, en wel door art. 239 Sr (de schennis van de eerbaarheid).⁶⁵ Dat argument vond weinig weerklank. Volgens het Hof was art. 239 Sr, zoals hiervoor ook ter sprake is gekomen, 'apparently designed to penalise indecent exposure and not indecent assault' en was het 'not clearly applicable to the present case'. Het Hof concludeerde dan ook dat art. 239 Sr hier geen 'practical and effective protection' bood.⁶⁶

Het standpunt van het Hof in *X en Y t. Nederland* werd bevestigd in de zaak *M.C. t. Bulgarije* uit 2003, maar daarin ging het Hof een belangrijke stap verder in zijn rechtsvinding en uiteenzettingen.⁶⁷

De klagster in *M.C.* zou door twee mannen zijn verkracht. De Bulgaarse overheid zag van vervolging af bij gebrek aan bewijs voor de aanwezigheid van dwang. Volgens de klagster bood de Bulgaarse wetgeving en praktijk te weinig bescherming tegen verkrachting en zouden in Bulgarije alleen vervolgingen worden doorgezet wanneer duidelijk blijkt dat het slachtoffer zich heeft verzet.

Het Hof beoordeelde de zaak binnen het kader van art. 3 EVRM (onmenselijke behandeling) en art. 8 EVRM samen, en kwam tot het standpunt dat beide artikelen verplichten tot de strafbaarstelling van verkrachting. Na deze algemene overweging besteedde het Hof aandacht aan de betekenis die hier aan het verkrachtingsbegrip moet worden gegeven. Het Hof was op zoek naar 'the modern conception of the elements of rape'. Uit diverse rechtsvergelijkende bronnen leidde het Hof af dat het vereiste van verzet uit alle Europese strafbaarstellingen van verkrachting was verdwenen en dat sommige van de onderzochte strafbaarstellingen weliswaar nog melding maakten van geweld of bedreiging met geweld, maar dat in de bijbehorende rechtspraak en doctrine de afwezigheid van instemming – en niet geweld – doorslaggevend was in de duiding van verkrachting.⁶⁸ Het Hof verwees voorts naar de rechtspraak van het Joegoslavië Tribunaal, waaruit bleek dat volgens dat gerecht 'any sexual penetration without the victim's

64 EHRM 26 maart 1985, *X en Y t. Nederland*, nr. 8978/80, § 24-27.

65 *Idem*, § 28.

66 *Idem*, § 29-30.

67 EHRM 4 december 2003, *M.C. t. Bulgarije*, nr. 39272/98.

68 *Idem*, § 88-100. Nederland behoorde niet tot de onderzochte landen; het ging onder meer om België, Finland, Frankrijk, Tsjechië, Denemarken, Duitsland, Hongarije, Ierland, Slovenië en het Verenigd Koninkrijk.

consent constitutes rape and that consent must be given voluntarily, as a result of the person's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances'.⁶⁹ Verder wees het op een aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa uit 2002, waarin de lidstaten werden opgeroepen over te gaan tot het strafbaar stellen van 'any sexual act committed against non-consenting persons, even if they do not show signs of resistance'.⁷⁰ Het Hof memoreerde ook dat, zoals bleek uit weergegeven adviezen, slachtoffers uit angst of door andere psychologische factoren zich vaak niet tegen seksueel misbruik verzetten; de zogenoemde 'frozen fright'.⁷¹ Het Hof kwam tot de conclusie dat het voorgaande 'reflects the evolution of societies towards effective equality and respect for each individual's sexual autonomy' en dat 'any rigid approach to the prosecution of sexual offences (...) risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual's sexual autonomy'. Daar voegde het Hof aan toe:

'In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim.'⁷²

Daarna toetste het Hof de Bulgaarse wetgeving aan deze maatstaf. Uit die toetsing blijkt opnieuw dat het Hof het niet van wezenlijk belang vond wat de strafbaarstelling woordelijk behelst, als de uitleg van de eventueel opgenomen dwangbestanddelen maar ruimte laat voor de bescherming van 'any non-consensual sexual act'.⁷³ Het Hof kon onvoldoende zicht krijgen op de rechtspraak in Bulgarije, waardoor het Hof dit punt liet rusten. Het kwam wel tot een veroordeling van Bulgarije wegens schending van zijn positieve verplichting om de vermeende verkrachtingen effectief te onderzoeken. Daarbij benadrukte het hof dat het opsporingsonderzoek en de daarop gebaseerde beslissingen 'must be centred on the issue of non-consent'.⁷⁴ Hoewel Bulgarije wel degelijk veel onderzoekshandelingen had verricht, had het zich van dit uitgangspunt onvoldoende rekenschap gegeven. Het Hof formuleerde de algemene verplichting ten slotte op-

69 *Idem*, § 163

70 *Idem*, § 162. Het gaat om *Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence*, van 30 april 2002. Daarin staat overigens de aanvullende aanbeveling 'to penalise sexual penetration of any nature whatsoever or by any means whatsoever of a non-consenting person'.

71 EHRM 4 december 2003, *M.C. t. Bulgarije*, nr. 39272/98, § 164.

72 *Idem*, § 166.

73 *Idem*, § 170-171.

74 *Idem*, § 181.

nieuw, namelijk 'to establish and apply effectively a criminal-law system punishing all forms of rape and sexual abuse'.⁷⁵

Uit *M.C. t. Bulgarije* volgen ogenschijnlijk niet mis te verstane verplichtingen voor het zedenrecht. Op die basis is het geen boude stelling dat de straffeloosheid (of uiterst beperkte strafbaarheid) van opzettelijke seksuele misleiding, culpoze verkrachting en het opzettelijk verrichten van seksuele handelingen tegen de wil van de betrokkene, in concrete gevallen een schending van art. 8 EVRM kan opleveren. Voor deze stelling kan aanvullende steun worden gevonden.

Zo formuleerde het Hof in *K.U. t. Finland*, leunend op *M.C. t. Bulgarije*, de algemene positieve verplichting op grond van art. 8 EVRM 'to criminalise offences against the person, including attempted offences'.⁷⁶ Wat opzettelijk handelen betreft (hier gegeven in de voorbeelden van seksuele misleiding en van handelingen tegen de wil van de betrokkene) kan worden gewezen op een standpunt van het EHRM in het kader van art. 2 en art. 3 EVRM. Dat standpunt houdt in dat schendingen van recht op leven en lichamelijke integriteit die opzettelijk zijn gepleegd, in de regel strafrechtelijk gesanctioneerd moeten kunnen worden.⁷⁷ Tevens is duidelijk dat opzettelijk handelen de ernst van het feit vergroot, ook voor het slachtoffer. Daar komt bij dat de 'effective deterrence' van het strafrecht juist het sterkst is bij handelen dat de dader eenvoudig kan vermijden. De vermijdbaarheid van opzettelijk handelen is in de regel groot.⁷⁸ Tulkens – voormalig vice-president van het EHRM en als rechter betrokken bij *M.C. t. Bulgarije* – leidt zelf uit de rechtspraak af dat de inzet van het strafrecht wordt geëist bij 'intentional offences against the right to life, physical integrity or sexual integrity'.⁷⁹

Bij de waardering van seksuele misleiding is interessant dat het EHRM in zaken over medisch handelen, aan de bescherming van de lichamelijke integriteit van de patiënt inhoud geeft door te eisen dat de betrokkene voor dat handelen niet alleen formele instemming, maar ook geïnformeerde instemming heeft gegeven. De aard en strekking van het handelen dient bekend te zijn.⁸⁰ Voorts valt op

75 *Idem*, § 185.

76 EHRM 2 december 2008, *K.U. t. Finland*, nr. 2872/02, § 46.

77 De redenering van het EHRM is spiegelbeeldig teneinde iets te zeggen over niet-opzettelijk handelen: 'if the infringement of the right to life or to personal integrity is not caused intentionally, the positive obligation (...) to set up an effective judicial system does not necessarily require the provision of a criminal-law remedy in every case'. Zie o.m. EHRM 29 september 2009, *Van Melle e.a. t. Nederland*, NJ 2010, 306 m.nt. Lawson en laatstelijk EHRM 3 november 2012, *Bajić t. Kroatië*, nr. 41108/10.

78 Zie daarover A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen*, Apeldoorn: Maklu 2008, p. 151 e.v. en 418-420.

79 F. Tulkens, 'The paradoxical relationship between criminal law and human rights', *Journal of International Criminal Justice* 2011, p. 589. Bij deze opmerkingen past de kanttekening dat 'intentional' een enger begrip is dan ons 'opzettelijk'. Vgl. Van Dijk 2008 (noot 78), p. 239-240.

80 Zie laatstelijk EHRM 13 november 2012, *I.G. e.a. t. Slovaakse Republiek*, nr. 15966/04, § 116 e.v. Dit recht is gecodificeerd in art. 3 lid 2 onder a van het Handvest van de grondrechten van

dat seksuele misleiding in *M.C.* uitdrukkelijk aan bod komt in de weergave van de Europese verkrachtingsdelicten⁸¹ en dat de aangehaalde aanbeveling van de Raad van Europa ook oproept tot het strafbaar stellen van ‘deceit’ in het zedenrecht.⁸²

Voor de stelling dat culpoze (in ieder geval: roekeloze) verkrachting strafbaar dient te zijn, kunnen extra argumenten worden gevonden in de EHRM-rechtspraak over culpoos handelen in het kader van art. 2 EVRM. Uit die rechtspraak komt naar voren dat de rechten in art. 2 EVRM ook bij nalatig handelen van een bepaald niveau (*negligence beyond an error of judgment or carelessness*) voor strafrechtelijke bescherming in aanmerking kunnen komen wanneer andere handhavingsmodaliteiten de dader onvoldoende tot verantwoording kunnen roepen.⁸³ Toereikend kan bijvoorbeeld zijn dat tegen een bepaalde medische fout kan worden opgetreden op grond van burgerlijk recht en medisch tuchtrecht.⁸⁴ In Nederland kan in geval van culpoze verkrachting alleen worden teruggevallen op het civiele recht. De vraag is of de bewijspositie van de betrokkene daarin acceptabel is⁸⁵ en of gebruik van dat rechtsgebied de dader voldoende ter verantwoording roept (wat voor de situatie in *X en Y t. Nederland* volgens het Hof in ieder geval niet zo was). Hetzelfde kan men zich overigens afvragen bij seksuele misleiding en het opzettelijk verrichten van seksuele handelingen zonder instemming.

Ten slotte kan worden opgemerkt dat de voorliggende beperking in het Nederlandse zedenrecht ‘risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual’s sexual autonomy’. Dat risico moet daadkrachtig worden vermeden, zo volgt uit *M.C. t. Bulgarije*. Voor Nederland heeft met name Kool op dit risico gewezen en een lans gebroken voor het verruimen van de strafbaarheid, mede met een beroep op *M.C. t. Bulgarije*.⁸⁶ Dat doet zij vooral, als ik het goed zie, omdat de verruiming ook het gewenste gevolg zou hebben dat opzettelijk seksueel misbruik waarbij het slachtoffer in staat van ‘frozen fright’ is gebleven, minder vaak onbestraft blijft. Daarmee wordt het

de EU. In Nederland komt het belang van geïnformeerde instemming in de medische context tot uiting in een civielrechtelijke omkering van de bewijslast; vgl. Rb. Zutphen 6 juli 2011, *LJN BR0785*, *NJF* 2012, 96.

81 Zie EHRM 4 december 2003, *M.C. t. Bulgarije*, nr. 39272/98, § 90 en § 95 (België en Frankrijk).

82 *Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence*, van 30 april 2002, Appendix, nr. 79. De aanbeveling strekt tot het invoeren van een rechtsvermoeden van het ontbreken van ‘consent’, onder meer bij de aanwezigheid van ‘deceit’.

83 Zie EHRM (GK) 30 november 2004, *Öneriyildiz t. Turkije*, nr. 48939/99, § 93, in samenhang met bijvoorbeeld EHRM (GK) 8 juli 2004, *Vo t. Frankrijk*, nr. 53924/00, § 94. Zie ook Van Kempen 2008 (noot 15), p. 28-33.

84 EHRM (GK) 17 januari 2002, *Calvelli en Ciglio t. Italië*, nr. 32967/96, § 51.

85 Zie over de betekenis van de bewijspositie onder meer EHRM 2 oktober 2012, *Mitkus t. Litouwen*, nr. 7259/03, § 76.

86 Zie o.m. Kool 2008 (noot 26), p. 223-232.

zojuist genoemde risico verlaagd. In die situaties is nu immers dikwijls moeilijk te bewijzen dat sprake is geweest van 'dwingen' omdat naar de uiterlijke verschijningsvorm twijfel rijst over de mate waarin het slachtoffer het gevolg kon vermijden en over verdachtes opzet daarop. Een verruiming van de strafbaarstelling kan voor de verdachte een onderzoeksplicht naar de vrijwilligheid van de betrokkene creëren. Dat kan bijvoorbeeld door het ontwerpen van een culpoos delict of een delict dat onder omstandigheden van de onvrijwilligheid een rechtsvermoeden maakt waarbij het aan de verdachte is om dat vermoeden te weerleggen.

Tot nu toe is op verschillende gronden verdedigd dat de bewoordingen in *M.C. t. Bulgarije* de strekking van dat arrest goed weergeven. Er staat wat er staat. Daarentegen zijn er ook gronden voor het oordeel dat het niet zeker is wat er staat en dat de soep in elk geval niet zo heet wordt gegeten als ze in *M.C.* wordt opgediend.

Om te beginnen heeft het Hof zelf in *M.C.* helemaal geen aandacht voor de subjectieve zijde van het strafbare feit (dat wil zeggen: voor de vereiste geestesgesteldheid van de dader, bijvoorbeeld opzet of schuld). Daaruit kan bezwaarlijk worden afgeleid dat de subjectieve zijde er voor het Hof niet toe doet. Uit *M.C.* kan in ieder geval niet direct volgen dat culpoos misbruik strafbaar moet zijn. Verder had het Hof het binnen zijn onderzoekskader van *verkrachting* over 'any non-consensual sexual act'. Enerzijds zal hiermee geen uiterst beperkte, Clintoniaanse opvatting van 'sexual act' zijn voorgestaan. Anderzijds zal ook niet bedoeld zijn dat lidstaten gevallen van onvrijwillige penetratie en van enkel onvrijwillig seksueel betasten wettelijk onder één noemer moeten brengen en integraal moeten bestempelen als verkrachting.

Over de strafwaardigheid van verkrachting gaf *M.C. t. Bulgarije* een duidelijk signaal af. Alleen al in dat opzicht wordt het arrest als mijlpaal gezien.⁸⁷ Voorheen was verkrachting door overheidsfunctionarissen in de sfeer van art. 3 EVRM geplaatst en verkrachting door burgers alleen in de sfeer van art. 8 EVRM.⁸⁸ In *M.C.* werd verkrachting in de sfeer van beide bepalingen geplaatst zonder dat acht werd geslagen op de hoedanigheid van de dader. Die werkwijze wekt echter ook verwarring. Waar art. 8 EVRM een ruime *margin of appreciation* kan toelaten, is die bij art. 3 EVRM in beginsel uitgesloten.⁸⁹ Tegen de achtergrond van de on-

87 Zie o.m. C. Pitea, 'Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence: The European Court's Judgment in *M.C. v. Bulgaria*', *Journal of International Criminal Justice* 2005, p. 447-462; B. Rudolf & Andrea Eriksson, 'Women's rights under international human rights treaties: issues of rape, domestic slavery, abortion, and domestic violence', *International Journal of Constitutional Law* 2007, p. 507-525

88 Zie bijvoorbeeld EHRM 25 september 1997, *Aydin t. Turkije*, nr. 23178/94 respectievelijk EHRM 26 maart 1985, *X en Y t. Nederland*, nr. 8978/80, § 24-27.

89 In *M.C. t. Bulgarije* lijkt een (soort van) *margin of appreciation* bij art. 3 EVRM te worden geformuleerd; zie daarover Pitea 2005 (noot 87), p. 458-462. In ieder geval biedt de 'mi-

zekere strekking van 'any non-consensual sexual act', is de vraag welke belangenafweging voor de lidstaten resteert bij het bepalen van de grenzen van de strafbaarstellingen op dit terrein.⁹⁰ De beantwoording hiervan wordt ook bemoeilijkt door de inhoud van latere jurisprudentie. Na *M.C. t. Bulgarije* en onder verwijzing daarnaar, heeft het Hof herhaaldelijk overwogen dat de verplichting tot het strafbaar stellen van verkrachting reeds uit art. 3 EVRM volgt.⁹¹ Daar staan echter andere arresten tegenover. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat art. 3 EVRM slechts van toepassing is op gevallen met een 'minimum level of severity'. Die drempel adstrueert het Hof vaak met voorbeelden uit zaken waarin het bereiken van die drempel is aangenomen. Zo is in de zaak *Tonchev t. Bulgarije*, waarin de drempel niet werd gehaald, verwezen naar andere, wel drempeloverschrijdende gevallen, te weten die van 'consistent sexual abuse over a period of years', 'extremely serious sexual and physical abuse over a long period of time' en 'multiple rape'.⁹² Dat laatste voorbeeld haalde het Hof uit *M.C. t. Bulgarije*. Het is opmerkelijk dat het Hof het hier kennelijk nodig vond om het woordje 'multiple' toe te voegen. Dat wekt de indruk dat een 'single rape' niet altijd onder art. 3 EVRM valt. In *M.C.* ging het feitelijk inderdaad om meervoudige verkrachting, maar die omstandigheid legde in de juridische overwegingen van *M.C.* geen gewicht in de schaal.

Ook de drempels in art. 8 EVRM zijn relevant. Daarvoor kan worden gekeken naar de bijzonderheden in de zo-even genoemde zaak *Tonchev*. De klager voerde aan dat zijn vijfjarig zoontje was mishandeld door zijn buurman en dat dit onbestraft was gebleven. Dat was volgens hem in strijd met art. 3 en 8 EVRM. Het zoontje had de buurman besproeid met water en als reactie had de buurman een stukje tegel van vijf centimeter naar het hoofd van de jongen gesmeten. Dat resulteerde in een hoofdwond van 11 bij 3 millimeter en een blauwe plek. Het Hof nam aan dat dit 'a certain psychological trauma' tot gevolg kan hebben gehad, maar achtte niet aannemelijk gemaakt dat het had geleid tot 'any severe or long-lasting psychological effects'. Op grond daarvan wees het Hof niet alleen de toepasselijkheid van art. 3 EVRM van de hand, maar ook die van art. 8 EVRM. Er waren onvoldoende 'adverse effects for the physical and moral integrity'.⁹³ Der-

nimum level of severity'-toets ook een beoordelingsmarge voor het Hof; vgl. J. Gerards, *EVRM – algemene beginselen*, Den Haag: SDu 2011, p. 105.

90 Vgl. Pitea 2005 (noot 87), p. 458-462.

91 Zie o.m. EHRM 15 mei 2012, *I.G. t. Moldavië*, nr. 53519/07, § 42 en EHRM 24 juli 2012, *D.J. t. Kroatië*, nr. 42418/10, § 83.

92 EHRM 19 november 2009, *Tonchev t. Bulgarije*, nr. 18527/02, EHRC 2010, 12.

93 Dat de grens hiervan moeilijk is af te leiden uit de rechtspraak, blijkt ook uit EHRM 11 december 2012, *Remetin t. Kroatië*, nr. 29525/10. Daarin speelde een soortgelijke banale ruzie als in *Tonchev*, in dit geval tussen een volwassene en een dertienjarig kind. De volwassene zou het kind enkele schoppen en slagen hebben gegeven. Duidelijk was in ieder geval dat het kind blauwe plekken op zijn rug en wang had opgelopen. Het Hof vond art. 8 EVRM in deze zaak toepasselijk en voegde daaraan zelfs toe dat lidstaten

gelijke oordelen verhogen de moeilijkheidsgraad van de duiding van *M.C. t. Bulgarije*. Gaat het daarbij alleen om seksuele handelingen met een voldoende graad van 'adverse effects'? In arresten over het begrip 'fundamental values and essential aspects of private life' koppelt het Hof de toepasselijkheid van dat begrip aan de aanwezigheid van 'grave acts' en 'grave attacks on personal integrity'. Hieruit volgt een soortgelijke onzekerheid. Als geen 'adverse effects' nodig zijn voor een 'non-consensual sexual act' in de zin van *M.C.*, is daarvoor dan niettemin nodig dat de handeling een 'grave attack on personal integrity' oplevert? Algemeen rijst dus de vraag of in *M.C.* formeel is aangenomen dat bij alle non-consensuele seksuele handelingen in ieder geval de sfeer van art. 8 EVRM is binnengetrepen, of dat dit toch afhangt van de concrete omstandigheden van het geval, zoals 'adverse effects' of de zwaarte van de inbreuk.

Dat bij de uitleg van *M.C.* behoedzaamheid past, blijkt nog sterker uit de zaak *D.J. t. Kroatië* uit 2012.⁹⁴ Ook hier kwam de klagster op tegen het in haar ogen gebrekkige opsporingsonderzoek dat volgde op haar aangifte van verkrachting. Zij klaagde aanvullend over de Kroatische strafbaarstelling van verkrachting, die in het arrest als volgt is weergegeven:

Whoever forces another person into sexual intercourse or another sexual act of equal nature by using force or threatening that he or she will directly attack her life or body or the life or body of a person close to her shall be sentenced to imprisonment for a term of three to ten years.⁹⁵

Met een beroep op *M.C. t. Bulgarije* stelde de klagster dat deze bepaling ontoereikend was, 'since it did not cover all unwilling sexual intercourse'. Dit punt over de Kroatische bepaling kreeg van het Hof alleen kort de aandacht. Het Hof verwierp het beroep door slechts te overwegen 'that rape is a criminal offence under the Criminal Code and includes not only forced intercourse but other sexual acts as well'.⁹⁶ Blijkbaar was dat genoeg. Dit standpunt staat in schril contrast met het standpunt in *M.C. t. Bulgarije* en is daarmee raadselachtig. De zojuist aangehaalde strafbepaling is de enige bron van het Hof. Volgens die bepaling kan niet alleen sprake zijn van verkrachting bij 'sexual intercourse' maar ook bij 'another sexual act of equal nature'. Het Hof heeft niet onderzocht hoe ruim dat

verplicht zijn de verweten gedragingen door middel van het strafrecht te sanctioneren (§ 91). Daarbij ging het Hof niet in op de concrete 'adverse psychological effects'. De aard en context van de vermeende handelingen, aangevuld met de geconstateerde blauwe plekken, waren hier kennelijk al dragend voor het oordeel.

⁹⁴ EHRM 24 juli 2012, *D.J. t. Kroatië*, nr. 42418/10.

⁹⁵ *Idem*, § 46.

⁹⁶ *Idem*, § 87.

laatste wordt uitgelegd.⁹⁷ Voorts richt de bepaling zich alleen op seksuele handelingen tot stand gekomen door middel van 'force' of bepaalde 'threats'. Het Hof voelde zich ook hier niet geroepen om de uitleg van die bestanddelen te onderzoeken. Als die bestanddelen werkelijk volstaan, dan vereisen art. 3 en 8 EVRM niet eens dat alle afgedwongen vormen van seks strafbaar zijn, laat staan dat alle non-consensuele vormen van seks strafbaar moeten zijn. Er zijn immers veel andere 'threats' denkbaar die niet in de Kroatische bepaling zijn verwoord en die iemand toch kunnen doen zwichten. Dit ervaringsfeit heeft in Nederland juist geleid tot de introductie van de dwangmiddelen 'feitelijkheid' en 'bedreiging met een feitelijkheid' in de bepalingen van verkrachting en aanranding.

Onzekerheid over de implicaties van *M.C. t. Bulgarije* kan ten slotte blijken uit de rechtspraak van het EHRM waarin het in het kader van de positieve verplichtingen alleen een schending aanneemt wanneer sprake is van 'significant flaws' aan de zijde van de lidstaat. In *M.C. t. Bulgarije* werd die toets aangelegd voor het opsporingsonderzoek, welke toets niet werd doorstaan. Sinds *Siliadin t. Frankrijk* (2005) blijkt dat de 'significant flaws'-toets ook wordt gehanteerd voor wetgeving.⁹⁸ Uit deze toets volgt dat het enkel niet-nakomen van een positieve verplichting niet noodzakelijkerwijs een schending van het EVRM oplevert. Er is dus een buffer. Die buffer kan bijvoorbeeld bestaan uit legislatieve inspanningen.⁹⁹ Zo zou ten aanzien van hetzelfde wetgevingsgebrek bij de ene lidstaat een schending kunnen worden aangenomen wegens algeheel stilzitten ondanks kennis van het probleem, en bij de andere een schending kunnen worden afgewezen omdat blijkt dat die overheid zich veel moeite heeft getroost om oplossingen te zoeken.¹⁰⁰ Stilzitten ondanks kennis van een mogelijk probleem met fundamentele rechten is voor het EHRM vaker een factor van betekenis.¹⁰¹

2.3 Conclusie

In de inleiding van deze bijdrage kwam naar voren dat De Hullu positieve verplichtingen als algemeen concept 'nogal vaag en onvoorspelbaar' vindt. Ze kunnen volgens hem dan ook niet fungeren als 'algemeen en beslissend handvat voor een brede doordenking van het geldend recht'. Hij zou een dergelijke doorden-

97 Strikt genomen nodigde de klacht daartoe ook niet uit, omdat daarin kennelijk alleen het woord 'intercourse' was gebezigd. In relatie tot de overwegingen in *M.C. t. Bulgarije* wekt het wel bevreemding.

98 EHRM 26 juli 2005, *Siliadin t. Frankrijk*, nr. 73316/01, § 130. Zie voorts EHRM 21 juni 2012, *E.S. t. Zweden*, nr. 5786/08, § 68-72.

99 Vgl. EHRM 2 december 2008, *K.U. t. Finland*, nr. 2872/02, § 48-49 en EHRM 21 juni 2012, *E.S. t. Zweden*, nr. 5786/08, § 71.

100 Vgl. EHRM 21 juni 2012, *E.S. t. Zweden*, nr. 5786/08, § 68-72, waarin zelfs overheidsinspanningen na de omstandigheden waarover de klacht ging, werden meegenomen.

101 Zie daarover o.m. D. Xenos 2012, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, London/New York: Routledge 2012, p. 82 e.v.

king liever verrichten 'aan de hand van een op het thema in kwestie toegesneden argumentenafweging (waarin de wens voor mogelijkheden voor adequate aansprakelijkstelling uiteraard een rol kan spelen)'.¹⁰²

Deze formulering wekt de indruk dat positieve verplichtingen vrijblijvend zijn en nationaal kunnen worden gewogen op hun merites. Dat lijkt mij principieel onjuist. Ik veronderstel echter dat De Hullu's opmerking zich richt op wat ik aanduid als potentiële positieve verplichtingen; verplichtingen die niet evident uit de rechtspraak volgen, maar waarvoor indicaties zijn en waarvan sommigen menen dat zij gelden. Die categorie 'verplichtingen' is groot, omdat in een arrest van het EHRM de algemene overwegingen ('general principles') vaak wat onbestemd zijn en zodra het concreet wordt, de concrete overwegingen vervlochten zijn met de omstandigheden van de betrokken lidstaat en van het geval. Extrapoleren is dan aanlokkelijk, maar de resultaten ervan blijven vatbaar voor veel discussie.

Uit de bespreking in de vorige paragraaf blijkt dat de categorie potentiële positieve verplichtingen ook wordt gevoed door arresten met een ogenschijnlijk heldere en algemene strekking. Het arrest *M.C. t. Bulgarije* is op het eerste gezicht glashelder. Het Hof motiveert uitgebreid en formuleert de positieve verplichtingen generiek en concreet. De helderheid neemt niettemin snel af bij het kennisnemen van andere arresten. Al met al moet geconstateerd worden dat ook de (potentiële) positieve verplichtingen op het behandelde terrein van het zedenrecht helaas 'nogal vaag en onvoorspelbaar' zijn. Dan komt het voor de rechter en de wetenschap, maar vooral voor de wetgever, inderdaad aan op een op het thema in kwestie toegesneden argumentenafweging. Daarbij zou 'de wens voor mogelijkheden voor adequate aansprakelijkstelling' natuurlijk een rol moeten spelen, vooral wanneer sprake is van potentiële positieve verplichtingen. Dat een positieve verplichting bestaat om de drie besproken seksuele gedragingen strafbaar te stellen is niet zeker, maar de kans op die verplichting is niet gering, in ieder geval voor de ernstige gevallen. Ook die gevallen zijn in Nederland niet goed afgedekt en dat moet de wetgever inmiddels bekend zijn. Bovendien komt de wens voor een adequate strafbaarstelling niet uit de lucht vallen. Een betere bescherming van de seksuele integriteit, zeker die van vrouwen, is al decennia lang de inzet van internationale organen. Voorts is er een internationale trend om in de eigen nationale strafbaarstellingen afstand te doen van de beperkte formuleringen (opzet en dwang) en de redactie op te trekken rond het begrip 'instemming'.¹⁰³ Aanvullend worden in die strafbaarstellingen rechtsvermoedens van het ontbreken van instemming opgenomen. Ook wordt in landen met soortgelijke bepalingen als die in Nederland, de roep om nieuwe wetgeving groter.¹⁰⁴

102 De Hullu 2012 (noot 2), p. 38.

103 Zie voor een inventarisatie: McGlynn & Munro 2010 (noot 26).

104 Zie bijvoorbeeld McGlynn & Munro 2010 (noot 26), hoofdstuk 11 (Kroatië) en 12 (Italië).

Het valt voorts moeilijk te ontkennen dat het bij de onderhavige seksuele gedragingen feitelijk gaat om *essential aspects of private life*, wat juridisch ook van die uitdrukking zij. In dat opzicht is het opmerkelijk dat in Nederland het vermogen beter wordt beschermd dan de seksuele integriteit (vergelijk de opmerking van Kamerlid Van Houten in § 2.1). Vermogensoplichting is strafbaar, seksuele oplichting niet. Voor diefstal is niet van belang of de rechthebbende de rechtsinbreuk eenvoudig met enig verzet had kunnen voorkomen of dat hij daarvoor te angstig was, voor de besproken zedendelicten wel. Op deze vergelijking valt een en ander af te dingen, maar zij is principieel interessant.

Natuurlijk is met dit alles niet gezegd dat het verruimen van strafbaarheid eenvoudig is. Volgens het EHRM mag een positieve verplichting ook geen 'impossible or disproportionate burden' op de wetgever leggen.¹⁰⁵ Maar het argument dat het te moeilijk zou zijn en zou leiden tot een onacceptabele uitdijning van aansprakelijkheid (vaak ingebracht tegen het strafbaar stellen van seksuele misleiding) kan in mijn ogen niet worden aangevoerd zolang de wetgever nog niet serieus voorbereidend werk heeft verricht en heeft geïnventariseerd hoe de verruiming in andere landen functioneert. Zoals gezegd leggen dergelijke legislatieve inspanningen ook bij het EHRM gewicht in de schaal. Een vertrekpunt zou kunnen zijn om te kijken naar België en Engeland, zoals Kool voorstelt.¹⁰⁶ Uit de literatuur kan in ieder geval worden afgeleid dat in de bedoelde landen weliswaar nieuwe, felle discussies ontstaan over de strekking van 'instemming',¹⁰⁷ maar dat niettemin effectievere bescherming wordt geboden dan in Nederland thans het geval is.

Tot slot passen hier enkele kanttekeningen. In binnen- en buitenland wordt gewaarschuwd voor een repressieve werking¹⁰⁸ of *coercive sting*¹⁰⁹ van mensenrechten, door de positieve verplichtingen. Waar mensenrechten van oudsher beschermen tegen de uitoefening van staatsmacht, wordt die staatsmacht door de positieve verplichtingen juist gelegitimeerd. Bij positieve verplichtingen bestaat dus het risico dat een lidstaat doorschiet in zijn acties om aan de verplichtingen te voldoen. Tegen die achtergrond kan hier worden benadrukt dat gewaakt moet worden voor een te ruime redactie van nieuwe zedendelicten. De wetgever formuleert die delicten nu al soms iets ruimer dan wat hij strikt genomen strafbaar wil stellen. Er wordt dan een beroep gedaan op de prudentie van het OM in zijn

105 Zie o.m. EHRM 2 december 2008, *K.U. t. Finland*, nr. 2872/02, § 48.

106 Kool 2008 (noot 26), p. 229-232.

107 Zie bijvoorbeeld McGlynn & Munro 2010 (noot 26), hoofdstuk 9 (Engeland), 10 (Schotland), 14 (Canada) en 16 (Australië).

108 Van Kempen 2008 (noot 15).

109 L. Lazarus, 'Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce?', in: L. Zedner & J.V. Roberts (ed.), *Principles and values in criminal law and criminal justice: Essays in honour of Andrew Ashworth*, Oxford: OUP 2012, p. 145-149.

vervolgingsbeslissingen, of de extra ruimte wordt voor lief genomen.¹¹⁰ Bij kinderpornografie (art. 240b Sr) gaat het bijvoorbeeld om beeldmateriaal van personen die 'kennelijk de leeftijd van achttien jaar' nog niet hebben bereikt. De indruk van de leeftijd is bepalend; de werkelijke leeftijd doet er niet toe.¹¹¹ Dat verlicht de bewijslast van het OM, maar heeft gevolgen voor de fundamentele rechten van mensen van achttien jaar en ouder met een jong uiterlijk. Deze mensen kunnen immers visueel 'kennelijk de leeftijd van achttien jaar' nog niet hebben bereikt, waarmee de strafwet beperkingen oplegt in de uitoefening van hun seksueel privéleven.

Een ander aandachtspunt bij de redactie van strafbepalingen is de zorg voor 'fair labelling'. Wanneer veel ongelijksoortige gedragingen onder zware noemers als 'verkrachting' en onder dezelfde strafmaxima worden gebracht, schuilt daarin het gevaar voor inflatoire werking en onrechtvaardigheid (bijvoorbeeld bij het over één kam scheren van opzettelijk en culpoos handelen).¹¹² 'Fair labelling' kan ook aan de orde zijn bij het gebruik van de strafwet. Omstreden is bijvoorbeeld de Engelse veroordeling van een jongen die op zijn vijftiende consensuele seks had gehad met een twaalfjarig meisje (waarbij de jongen dacht dat zij ook vijftien was). Hij werd vervolgd en veroordeeld ter zake van een zware variant van 'verkrachting' (waarbij de leeftijd van het slachtoffer per definitie onvrijwilligheid oplevert), hoewel een lichtere zedenbepaling voorhanden was die was bedoeld voor jonge daders zoals hij. Een beroep op positieve verplichtingen voortvloeiend uit het EVRM had mede geleid tot toepassing van de zwaardere bepaling. Het verweer van de jongen dat art. 8 EVRM hem beschermde tegen deze disproportionele toepassing van de strafwet en tegen 'undue stigma', vond geen gehoor.¹¹³

De laatste kanttekening is dat er natuurlijk altijd moeilijke gevallen zullen zijn, hoe de bepalingen ook luiden. Neem het voorbeeld van huiselijk geweld waarbij de vrouw telkens – tegen haar werkelijke zin in – de seks zo vrolijk mogelijk zelf initieert om een nieuwe mishandeling te voorkomen.¹¹⁴ Is daar een zeden delict begaan en welk bewijs zou daarvoor dan nodig zijn?

110 Zie Lindenberg 2007 (noot 28), p. 256-257 en Y. Buruma, 'How safe is private?', in: I. Boerefijn & J. Goldschmidt (eds), *Human Rights in the Polder*, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 24.

111 Zie o.m. HR 18 november 2008, L/JN BF0170.

112 Zie K. Lindenberg, 'Rethinking rape law: international and comparative perspectives (Book review)', *International Criminal Law Review* 2011, p. 895-899.

113 De zaak *R v G* [2008] UKHL 37, [2009] 1 AC 92. Zie hierover Lazarus 2012 (noot 109), p. 148-149.

114 Zie Lindenberg 2011 (noot 112), p. 895 en McClynn & Munro 2010 (noot 26), p. 230.

3. SLOTBESCHOUWING

De aard van het strafrecht bepaalt voor een belangrijk deel de aard van de doorwerking van grondrechten op dit terrein. Het beschermen van de burger tegen schendingen van zijn grondrechten door medeburgers behoort tot de essentie van het strafrecht. Dat brengt mee dat horizontalisering een gegeven is en dat overheidsbemoeienis doorgaans minder problematisch is dan in het privaatrecht.

Hiervoor is ook gebleken dat socialisering, proliferatie en internationalisering in het strafrecht, vooral door de positieve verplichtingen uit het EVRM, zowel lusten als lasten brengen. De lusten zijn in beginsel voor de burger. Zonder die positieve verplichtingen is de burger voor strafrechtelijke bescherming in grote mate overgeleverd aan de dictatuur van de meerderheid; de gekozen nationale wetgever kiest in hoeverre hij ongeschreven, natuurrechtelijke aanspraken (zoals 'het recht op seksuele integriteit') strafrechtelijk wil beschermen. Positieve verplichtingen doorbreken die vrijheid. Zo is duidelijk dat de Nederlandse wetgever er nu op gewezen kan worden dat hij mogelijk niet voldoet aan zijn positieve verplichtingen voor de bescherming van de seksuele integriteit. Ook zou een slachtoffer van bijvoorbeeld een ernstig geval van seksuele misleiding de gang naar het EHRM kunnen wagen. Of die gang succesvol zal zijn, is niet zeker. Dat brengt mij van de lusten op de lasten.

In het inleidende hoofdstuk van dit boek zijn de problemen geschetst die gepaard gaan met de socialisering van grondrechten.¹¹⁵ Die problemen zijn ook zichtbaar geworden in de voorgaande analyse van positieve verplichtingen. Het is lastig te duiden welke positieve verplichtingen precies bestaan en, zo ze bestaan, welke inspanningen van een overheid voldoende zijn voor het afwenden van een EVRM-schending ondanks het niet-nakomen van de verplichting. De afdwingbaarheid van de rechten is dus vaak volstrekt ongewis. Deze omstandigheden kunnen er eenvoudig toe leiden dat lidstaten een passieve houding aannemen en alleen in actie komen wanneer zij daartoe zelf geroepen worden door het EHRM. Een elegantere en rechtvaardiger oplossing is daarentegen om al in actie te komen wanneer sprake is van een potentiële positieve verplichting. Hoe meer kans op een positieve verplichting, hoe meer de aandacht wordt gevraagd van de wetgever en de rechter om bij de problematiek stil te staan. Dan vindt vaker een belangenafweging plaats, waardoor niet alleen de doorwerking van fundamentele rechten genuanceerder en gelijkmatiger plaatsvindt, maar ook beter wordt uitgelegd waarom bepaalde inbreuken buiten de sfeer van het strafrecht worden gehouden.

115 Zie par. 1.1 aldaar.

AANBEVOLEN LITERATUUR

- W.J.M. Davids, 'De Europeanisering van het strafrecht (invloed van het EVRM)', in: G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia (red.), *Europeanisering van het Nederlands Recht (Haak-bundel)*, Deventer: Kluwer 2004, p. 294-313.
- P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten*, Nijmegen: WLP 2008.
- R.S.B. Kool, 'Vrijage of (groeps)verkrachting?', *NJCM* 2006, p. 1139-1149.
- R.S.B. Kool, 'Verantwoorde seks', in: A.A. Franken, M. de Langen & M. Moerings (red.), *Constante waarden: liber amicorum prof. mr. Constantijn Kelk*, Den Haag: BJu 2008, p. 223-232.
- L. Lazarus, 'Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce?', in: L. Zedner & J.V. Roberts (ed.), *Principles and values in criminal law and criminal justice: Essays in honour of Andrew Ashworth*, Oxford: OUP 2012, p. 145-155.
- K. Lindenberg, *Strafbare dwang*, diss. Groningen, Apeldoorn: Maklu 2007 (i.h.b. par. 2.4, 3.3, 3.5 en 3.9).
- K. Lindenberg, 'Rethinking rape law: international and comparative perspectives (Book review)', *International Criminal Law Review* 2011, p. 891-899.
- C. McGlynn & V. Munro (ed.), *Rethinking rape law: international and comparative perspectives*, Londen: Routledge 2010.
- C. Pitea, 'Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence: The European Court's Judgment in M.C. v. Bulgaria', *Journal of International Criminal Justice* 2005, p. 447-462.
- F. Tulkens, 'The paradoxical relationship between criminal law and human rights', *Journal of International Criminal Justice* 2011, p. 577-595.
- F. Vellinga-Schootstra & W.H. Vellinga, *'Positive obligations' en het Nederlandse straf(proces)recht*, Deventer: Kluwer 2008.