

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.

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.

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.¹ Ook is de maatschappelijke aandacht voor en het bewustzijn van het leed dat slachtoffers van seksueel grensoverschrijdend gedrag wordt aangedaan toegenomen.²

Als gevolg van technologische ontwikkelingen zijn andere en (deels) nieuwe online verschijningsvormen van seksuele grensoverschrijding ontstaan.³ Dit betreft onder meer seksuele gedragingen waarbij betrokkenen niet in elkaars fysieke aanwezigheid verkeren, maar virtueel contact hebben. In het bijzonder kinderen lopen het risico slachtoffer te worden van die nieuwe online vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag.⁴

De huidige strafwet schiet als gevolg van voornoemde ontwikkelingen tekort in de strafrechtelijke bescherming tegen (online) seksueel geweld,⁵ 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.⁶ 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.⁷

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.⁸ 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.⁹ In de beleidsreactie op het onderzoek is deze aanbeveling overgenomen.¹⁰

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

¹ Toelichting, Algemeen deel, paragrafen 2.1.

² Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.1.

³ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.4.

⁴ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 1.

⁵ In de toelichting wordt de term 'seksueel geweld' gebruikt om de strafbaarstellingen van aanranding en verkrachting aan te duiden.

⁶ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 1.

⁷ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.3.

⁸ 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, 33580, nr. 4, onder punt 4.

⁹ K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten?*, WODC 2016.

¹⁰ Kamerstukken II 2015/16. 29279, nr. 300. Zie de toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.5.

samenleving als strafwaardig wordt ervaren.¹¹ 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.¹² Met het voorstel wordt de strafrechtelijke normstelling ook meer in lijn gebracht met de toepasselijke internationale verplichtingen.¹³

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.¹⁴ 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).¹⁵

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).¹⁶ In het voorstel wordt ook uitdrukkelijk aandacht besteed aan moderne (online) delictsvormen.¹⁷ Te denken valt aan 'sexchatting'¹⁸, maar ook aan 'sextortion'¹⁹ en 'live distant child abuse'.²⁰ Daarnaast wordt in het voorstel rekening gehouden met normaal seksueel experimenteelgedrag tussen jongeren door voorzieningen te treffen voor strafuitsluiting (zie punt 6).²¹

¹¹ Toelichting, Algemeen deel, paragrafen 1, 2.5 en 5.

¹² Toelichting, Algemeen deel, paragrafen 1 en 5.

¹³ Toelichting, Algemeen deel, paragrafen 1, 4.2 en 4.3.

¹⁴ Hiermee wordt gevolg gegeven aan het hiervoor aangehaalde onderzoek van het WODC.

¹⁵ 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.

¹⁶ Toelichting, Algemeen deel, paragrafen 2.2 en 3.2.

¹⁷ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.4.

¹⁸ 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).

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

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.

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.²² 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 subtiele 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.²³ Het voorstel verandert niet dat het bewijs in een concrete zaak soms toch lastig te leveren zal zijn.²⁴ Er is vaak sprake van een één-op-één-

²¹ Zie de voorgestelde artikelen 247, derde lid, 248, derde lid, 251, tweede lid, en 252, tweede en derde lid.

²² 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).

²³ Zo ook de toelichting in verband met de verruiming van de strafbaarstellingen van aanranding en verkrachting; Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 5.

²⁴ 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

situatie zonder aanwezigheid van getuigen.²⁵ In het bijzonder bij een ontkennende verdachte en ontbrekende getuigen zal steunbewijs noodzakelijk zijn, zoals sporen op het lichaam, camerabeelden of tekstberichten.²⁶ 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.²⁷ Ten overvloede merkt de Afdeling op dat tevens via het arbeidsrecht en het tuchtrecht consequenties kunnen worden verbonden aan grensoverschrijdend seksueel gedrag.

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.²⁸

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 doorlooptijden²⁹ en de capaciteit,³⁰ 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.³¹ Daarom wordt uitgegaan van inwerkingtreding op zijn vroegst in 2024.³²

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.³³ Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat de behandeling van seksuele delicten veel vergt van professionals en

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.

²⁵ Zie de toelichting, paragrafen 3.2 en 5, in verband met de verruiming van de strafbaarstellingen aanranding en verkrachting.

²⁶ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.2.

²⁷ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 6.8.

²⁸ 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).

²⁹ De doorlooptijden bij zedenzaken zijn (zeer) lang. Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2020/21, Aanhangsel van de Handelingen, 2113.

³⁰ 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.

³¹ Kamerstukken II 2020/21, 29628, nr. 1015.

³² Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 6.6.

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.

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.³⁴

Volgens het voorstel is niet langer vereist dat het slachtoffer zich heeft verzet tegen of zich niet kon onttrekken aan de seksuele handelingen.³⁵

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

³³ 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.

³⁴ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.2.

³⁵ 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.

daarmee bewijstechnisch eenvoudiger van opzet dan de huidige delicten aanranding en verkrachting.³⁶ Verder wordt ook het verrichten van seksuele handelingen met een persoon in het voorstel ruimer gedefinieerd.³⁷ Dit omvat ook vormen van seksuele interactie waarbij geen sprake is van lichamelijk contact tussen dader en slachtoffer.³⁸ 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).³⁹

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.⁴⁰ 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.⁴¹

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).⁴² Dat is niet alleen van belang voor de rechtszekerheid, maar ook voor de normerende en preventieve werking die met de 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.⁴³ In dit licht gaat de Afdeling hieronder nader in op de afbakening, de toegevoegde waarde en de strafwaardigheid van de verschillende delictsvarianten.

³⁶ Artikelsgewijze toelichting bij artikel 241, tweede lid.

³⁷ Zie het voorgestelde artikel 239.

³⁸ Daarmee wordt het zogenoemde ‘interactie criterium’ uit de huidige jurisprudentie gecodificeerd, zie bijvoorbeeld HR 30 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ0950 (Masturberen I).

³⁹ 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)’.

⁴⁰ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.2.

⁴¹ 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.

⁴² Artikel 1 Sr. Kritisch over de voorzienbaarheid van het strafbare gedrag onder de nieuwe wetgeving is het advies van de NOvA van 3 juni 2021, p. 3.

⁴³ 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.

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 bevroest of verstijft en/of geen teken van fysieke interactie vertoont.⁴⁴

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 blijken geven van een negatieve, een non-responsieve of een passieve opstelling van de ander.⁴⁵

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.⁴⁶ Bij de vaststelling van voorwaardelijk opzet speelt de uiterlijke verschijningsvorm van de gedragingen in het algemeen een belangrijke rol.⁴⁷

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 opgeworpen of bij een bevroeringsreactie inderdaad altijd de opzetvariant van toepassing is.⁴⁸ Bij bevroering hoeft immers niet altijd naar uiterlijke verschijningsvorm duidelijk te zijn dat de wil bij het slachtoffer ontbreekt.⁴⁹

⁴⁴ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.2. Zie ook de artikelsgewijze toelichting bij de artikelen 240 en 241.

⁴⁵ Artikelsgewijze toelichting bij artikelen 240-244 en bij artikel 240.

⁴⁶ Advies van de Rvdr van 2 juni 2021, p. 4.

⁴⁷ 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).

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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.

Gelet op de ruime reikwijdte die de opzetvariant blijkt 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).⁵⁰

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.⁵¹ 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”.⁵²

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.⁵³

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.⁵⁴ Tegelijkertijd worden in de toelichting ook formuleringen gebezigd die juist lijken te duiden op onbewuste schuld.⁵⁵ 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

⁵⁰ Advies van de Rvdr van 2 juni 2021, p. 4. Zie ook het advies van de NOvA van 3 juni 2021, p. 3.

⁵¹ De voorgestelde artikelen 240 en 242.

⁵² Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.2.

⁵³ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.2; artikelsgewijze toelichting bij artikel 240.

⁵⁴ Artikelsgewijze toelichting bij de artikelen 240-244.

⁵⁵ 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’).

sprake dient te zijn van omstandigheden die zich als het ware opdringen aan de betrokkene.⁵⁶

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 'bevriezingsreactie' (zie echter punt 3b).⁵⁷

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.⁵⁸ 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.⁵⁹ Daarbij moet bedacht worden dat van aanranding bijvoorbeeld al sprake kan zijn bij het aanraken van de billen over de kleding.⁶⁰

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 een verstandelijke beperking, dronkenschap, bewusteloosheid of slaap).⁶¹

⁵⁶ 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, 34091, E, p. 9 ('signalen die voor ieder weldenkend mens duiden op slachtofferschap van mensenhandel').

⁵⁷ 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 bevriezing zouden daar baat bij hebben. Volgens de toelichting valt bevriezing echter onder de opzetvariant.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Zie het advies van de Rvdr van 2 juni 2021, p. 3.

⁶⁰ Als dat 'onverhoeds' gebeurt is de opzetvariant daarop van toepassing; zie de artikelsgewijze toelichting bij de artikelen 240 en 241.

⁶¹ 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.

Op die laatste verruiming ten opzichte van de bestaande opzetdelicten 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.⁶² 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.⁶³ Ook in de literatuur zijn zorgen geuit over de ruime reikwijdte van een dergelijke strafbaarstelling.⁶⁴

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 opzetdelicten 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.⁶⁵ Om dezelfde reden keert de huidige strafbaarstelling van seksuele handelingen jegens functioneel afhankelijkken met misbruik van gezag of van een vertrouwenspositie niet terug in de nieuwe regeling.⁶⁶ Wel wordt vanwege de extra strafwaardigheid van dat misbruik voorzien in een aanvullende strafverzwaringsgrond.⁶⁷

Naar huidig recht zijn seksuele handelingen binnen een functionele afhankelijkheidsrelatie niet strafbaar, als die relatie bij die handelingen geen enkele rol heeft gespeeld.⁶⁸ In dit verband is van belang dat de huidige zedentitel in verschillende bepalingen spreekt over 'ontuchtige handelingen'

⁶² 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').

⁶³ K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten?*, WODC 2016, p. 463-467.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ Het huidige artikel 249 Sr.

⁶⁷ Het voorgestelde artikel 254, tweede lid.

of 'ontucht'.⁶⁹ 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.⁷⁰

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.⁷¹ De desbetreffende strafbepalingen voorzien daarom in een strafuitsluitingsgrond voor die specifieke situatie.⁷² 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 wilsuiking die in vrijheid tot stand is gekomen.⁷³ 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 wilsuiking geen sprake zijn", aldus de toelichting.⁷⁴ 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.⁷⁵

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

⁶⁸ 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.

⁶⁹ Zie in dit verband vooral de huidige artikelen 247 en 249 Sr.

⁷⁰ 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.

⁷¹ Artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onder K (Nieuwe Titel XIV van het Tweede Boek Seksuele misdrijven), onder 'Seksuele handelingen'.

⁷² 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".

⁷³ 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 wilsuiking (zie punt 3c).

⁷⁴ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.2.

⁷⁵ Artikelsgewijze toelichting bij artikel 241.

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 handelingen en ontbreekt daarin een op deze situatie toegespitste strafuitsluitingsgrond.⁷⁶ 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.⁷⁷ 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.⁷⁸

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.⁷⁹ 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.⁸⁰ 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.⁸¹ Dergelijke seksuele misleiding valt buiten de sfeer van de huidige zedendelicten, omdat van 'dwingen' geen sprake is.⁸² In sommige andere landen – waaronder België –

⁷⁶ 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.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ Zie voor de bedoelde strafverzwarringsgrond het voorgestelde artikel 254, tweede lid.

⁷⁹ Zie het voorgestelde artikel 244 ('in ieder geval').

⁸⁰ Artikelsgewijze toelichting bij artikel 244.

⁸¹ 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.

is dit gedrag wel expliciet strafbaar gesteld.⁸³ De toelichting gaat niet in op de vraag of seksuele misleiding op grond van de voorgestelde bepalingen over aanranding en verkrachting strafbaar wordt.⁸⁴

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

4. Strafmaxima en strafverzwaringsgronden

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.⁸⁵ 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.⁸⁶ Als dit delict wordt gepleegd bij een kind jonger dan twaalf jaar, wordt de straf verhoogd van twaalf naar vijftien jaar.⁸⁷ 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.⁸⁸

Tabel 1 Voorgestelde strafmaxima

	Volwassene n	16 tot 18 jaar	12 tot 16 jaar	12-minner
--	-------------------------	---------------------------	---------------------------	------------------

⁸² 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).

⁸³ 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".

⁸⁴ 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.

⁸⁵ 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'.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ Huidig artikel 244 Sr; voorgesteld artikel 250, eerste lid.

⁸⁸ Huidig artikel 244 jo. 248, vijfde lid, Sr; voorgesteld artikel 250, tweede lid.

Aanranding	6 jaar	6 jaar	8 jaar	10 jaar
Gekwalificeer de aanranding	8 jaar	8 jaar	10 jaar en 8 maanden	13 jaar en 4 maanden
Verkrachting	9 jaar	9 jaar	12 jaar	15 jaar
Gekwalificeer de 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.⁸⁹

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 tussenkomst van het internet of sociale media contact met het kind kunnen hebben.⁹⁰

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.⁹¹ 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.⁹²

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 vijfentwintig jaar.⁹³ Op de gekwalificeerde verkrachting van een kind jonger dan twaalf jaar wordt in het voorstel namelijk een maximumstraf van twintig jaar

⁸⁹ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.3.

⁹⁰ Nationaal Rapporteur Mensenhandel, Kerncijfers en inzichten mensenhandel en seksueel geweld tegen kinderen, mei 2022.

⁹¹ 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, 31015, nr. 253).

⁹² 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).

⁹³ Kamerstukken II 2020-2021, 35871, nr. 2.

gesteld.⁹⁴ 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 verwerpelijke 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.⁹⁵ 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.⁹⁶ Op de verhoging voor het bijwonen van een kinderpornografische voorstelling wordt geen toelichting gegeven.⁹⁷ 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. *Strafverzwarringsgronden*

i. Algemeen

De maximale straf wordt niet alleen bepaald door de straf die op het gronddelict staat, maar ook door de toepassing van strafverzwarringsgronden. De huidige zedentitel kent enkele wetsartikelen met strafverzwarringsgronden die specifiek op dat artikel van toepassing zijn.⁹⁸ Daarnaast somt artikel 248 Sr strafverzwarringsgronden 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.⁹⁹ In de toelichting wordt opgemerkt dat de vormgeving van de

⁹⁴ Voorgesteld artikel 250, tweede lid.

⁹⁵ Huidig artikel 303, eerste lid, Sr. Deze straf geldt voor zware mishandeling met voorbedachten rade, de zwaarste variant van mishandeling.

⁹⁶ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.3.

⁹⁷ Toelichting bij artikel 253.

⁹⁸ Zie bijvoorbeeld huidig artikel 240b, tweede lid, Sr.

⁹⁹ K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten?*, WODC 2016, p. 634-647.

strafverzwarende omstandigheden wordt vereenvoudigd in de nieuwe regeling.¹⁰⁰

De Afdeling constateert dat het voorstel een aanmerkelijke verbetering vormt ten opzichte van de huidige regeling. Hierna maakt zij enkele opmerkingen over de strafverzwarringsgronden 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 strafverzwarringsgronden uit artikel 254, de rechtsopvolger van artikel 248, worden toegepast. De volgende strafverzwarringsgronden 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).¹⁰¹
- 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).¹⁰²
- 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).¹⁰³

ii. De strafverzwarringsgronden 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 strafverzwarringsgronden uit het derde en het zesde lid van artikel 254. Het onderscheid tussen 'geweld' bij de gekwalificeerde

¹⁰⁰ Artikelsgewijze toelichting bij artikel I onder K (Nieuwe Titel XIV van het Tweede Boek Seksuele misdrijven), onder 'Strafverzwarringsgronden'.

¹⁰¹ 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.

¹⁰² 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).

¹⁰³ Voorgesteld artikel 254, zevende lid.

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 strafverzwarringsgronden van toepassing zijn, blijkt bovendien niet uit de toelichting hoe hiermee moet worden omgegaan.

Daarnaast zijn de strafmaxima van de delicten en de strafverzwarringsgronden 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.¹⁰⁴ Verder ligt het strafmaximum van de gekwalificeerde verkrachting van een kind onder de twaalf jaar (twintig jaar) al hoger dan het strafmaximum van de strafverzwarringsgrond voor zwaar lichamelijk letsel of levensgevaar (achttien jaar).

Gelet op de samenhang binnen en de toegankelijkheid van het wetboek heeft het de voorkeur dat gronddelicten, gekwalificeerde delicten en strafverzwarringsgronden zo min mogelijk met elkaar overlappen en goed op elkaar aansluiten. De Afdeling vraagt in dit verband aandacht voor de meerwaarde van de strafverzwarringsgrond die is opgenomen in het derde lid, onder a, van artikel 254. Deze strafverzwarringsgrond vloeit volgens de toelichting voort uit richtlijn 2011/93/EU.¹⁰⁵ 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 geweldpleging of dat het het kind ernstige schade heeft berokkend. Het is voldoende dat de rechter bij de straftoemeting hiermee rekening kan houden.¹⁰⁶ Het voorstel laat hiervoor voldoende ruimte gelet op de ruime strafmaxima voor gekwalificeerde delicten en de strafverzwarringsgronden 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.¹⁰⁷ Het strafmaximum als het delict de dood ten gevolge heeft gehad, wordt verhoogd van achttien jaar tot dertig jaar of een levenslange gevangenisstraf.¹⁰⁸

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ Toelichting bij artikel 254, derde lid, onder a. Zie artikel 9, onderdeel g, van de richtlijn.

¹⁰⁶ K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten?*, WODC 2016, p. 238-239.

¹⁰⁷ Huidig artikel 248, zevende lid, Sr; voorgesteld artikel 254, zesde lid.

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

In de toelichting staat dat de voorgestelde strafmaxima aansluiten bij de strafmaxima van andere delicten met dezelfde gevolgen.¹⁰⁹ Ten aanzien van de strafverzwaringsgrond voor zwaar lichamelijk letsel wordt het delict mensenhandel genoemd.¹¹⁰ Anders dan de toelichting suggereert, is dit het enige delict waarvoor een strafverzwaringsgrond 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 strafverzwaringsgrond kan leiden tot een tijdelijke gevangenisstraf van ten hoogste dertig jaar of een levenslange gevangenisstraf.¹¹¹ In de meeste gevallen staat hierop een lagere straf.¹¹²

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 strafverzwaringsgronden 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.

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 gedrag¹¹³ 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.¹¹⁴ Bovendien verplicht het Verdrag van Istanbul ertoe dergelijk gedrag te onderwerpen aan strafrechtelijke of andere juridische sancties.¹¹⁵

¹⁰⁹ Toelichting bij artikel 254, zesde en zevende lid.

¹¹⁰ Huidig artikel 273f, vierde lid, Sr.

¹¹¹ Deze strafverzwaringsgrond 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).

¹¹² 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).

¹¹³ Toelichting, paragrafen 2.1 en 2.3.

¹¹⁴ 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."

¹¹⁵ 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.

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.¹¹⁶ 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.¹¹⁷

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.¹¹⁸ Voor de beoordeling van de strafbaarheid komt betekenis toe aan de inhoud en aard van de uiting en de context waarin de uiting plaatsvindt.¹¹⁹

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.¹²⁰ Dit grondrecht kan alleen bij wet in formele zin worden beperkt.¹²¹

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.¹²² Daarmee werd een formeel-wettelijke strafbaarstelling gecreëerd. In datzelfde jaar heeft de Afdeling over dit initiatiefvoorstel geadviseerd.¹²³

b. *Handhaafbaarheid*

¹¹⁶ Artikelsgewijze toelichting bij artikel 429ter.

¹¹⁷ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.4.

¹¹⁸ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 8.3 en de artikelsgewijze toelichting bij artikel 429ter.

¹¹⁹ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.4 en de artikelsgewijze toelichting bij artikel 429ter.

¹²⁰ Artikel 7, derde lid, Gw.

¹²¹ 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.

¹²² Kamerstukken II 2017/18, 34904, 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, 34904, nr. 8.

¹²³ 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, 34904, nr. 4.

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.¹²⁴ 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.¹²⁵

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.¹²⁶

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

¹²⁴ 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 delictsomschrijving zoals neergelegd in het voorliggende wetsvoorstel lijkt de toets van voorzienbaarheid wél te kunnen doorstaan. In de delictsomschrijving 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.

¹²⁵ Kamerstukken II 2018/19, 34904, nr. 4, onder 2.

¹²⁶ 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.

verdenking van een misdrijf.¹²⁷ Die bevoegdheid is relevant bij online-uitingen die veelal onder pseudoniemen worden gedaan.¹²⁸

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.¹²⁹ 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.¹³⁰

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

6. Strafuitsluiting bij consensueel seksueel contact tussen jongeren

Nieuw in het voorstel is dat expliciet rekening wordt gehouden met normaal seksueel experimenteergedrag tussen jongeren. Er wordt een wettelijke strafuitsluitingsgrond geïntroduceerd voor seksueel contact in een gelijkwaardige situatie tussen leeftijdsgenoten vanaf twaalf jaar.¹³¹ 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.¹³²

De Afdeling adviseert in de toelichting hierop in te gaan en, zo nodig, het voorstel aan te passen.

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

¹²⁷ Artikel 126nc Sv.

¹²⁸ Zie bijlage 2 bij het advies van de politie van 3 juni 2021, p. 3-4.

¹²⁹ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.4.

¹³⁰ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 8.3.

¹³¹ 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.

¹³² 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 texting tussen minderjarigen: een bespreking van de exceptie', *Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht* 2021/77, p. 302.

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.¹³³ 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.¹³⁴ 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.¹³⁵ Als iemand wordt vastgepakt terwijl seksueel getinte opmerkingen worden gemaakt, kan dit onder omstandigheden gekwalificeerd worden als aanranding (maximaal zes jaar gevangenisstraf). 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).¹³⁶

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 bestrafing van online en offline seksueel misbruik, nu en in de toekomst.

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

¹³³ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.4.

¹³⁴ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.1.

¹³⁵ '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. Koops, *Deepfakes: de juridische uitdagingen van een synthetische samenleving*, WODC 2021.

¹³⁶ 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.

strafbaarstellingen uit de huidige Titel Misdrijven tegen de zeden verplaatst naar Titel V Misdrijven tegen de openbare orde.¹³⁷ 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.¹³⁸

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.¹³⁹ Onder bedwelmende drank worden alcoholhoudende dranken verstaan. Of andersoortige bedwelmende dranken, zoals GHB, hieronder kunnen worden geschaard, is niet duidelijk.¹⁴⁰

Het OM stelt in het consultatieadvies voor een pendant voor drugs in het wetboek op te nemen.¹⁴¹ Uit de toelichting blijkt dat dit niet overwogen wordt. Het huidige strafrechtelijke instrumentarium, bijvoorbeeld op grond van mishandeling en opzettelijke benadeling van de gezondheid,¹⁴² is volgens de toelichting voldoende om tegen het toedienen van drugs op te treden.¹⁴³ Deze reactie op het consultatieadvies roept de vraag op 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.¹⁴⁴ 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

¹³⁷ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.1 en bij artikel I, onder J.

¹³⁸ Huidig artikel 453 Sr.

¹³⁹ Huidig artikel 252 Sr; voorgesteld artikel 151f.

¹⁴⁰ 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, Remmelink*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

¹⁴¹ Advies van het OM van 11 juni 2021, p. 11.

¹⁴² Zie artikel 300 Sr e.v.

¹⁴³ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 8.3.

¹⁴⁴ Kool/Lestrade, commentaar op art. 252, *T&C Strafrecht*.

drugs regelmatig voorkomt, onder andere in het uitgaansleven.¹⁴⁵ 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.

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.¹⁴⁶

De Afdeling onderschrijft het gebruik van sekseneutrale persoonsaanduidingen in regelgeving. Ook in de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt daarop aangedrongen.¹⁴⁷ 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.¹⁴⁸ De Afdeling hecht evenwel aan uniformiteit van formuleringen binnen één regeling.¹⁴⁹

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.

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

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,

¹⁴⁵ Trimbos Instituut/WODC, Nationale Drug Monitor, 2021.

¹⁴⁶ De toelichting (Algemeen deel, paragraaf 8.3) vermeldt slechts dat deze wijziging mede verband houdt met de ontvangen adviezen.

¹⁴⁷ Aanwijzing 3.8, eerste lid: “Indien mogelijk worden persoonsaanduidingen gebruikt die sekseneutraal zijn.”

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹ 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.

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”.