

K. Lindenberg
H.D. Wolswijk
W.N. Ferdinandusse
W. Geelhoed
W.F. van Hattum
V.M.A. Sinnige

Onder redactie van:
E. Gritter

Modern Strafrecht

 Wolters Kluwer

Deventer – 2019

WOORD VOORAF

Op 16 juni 2017 organiseerde de vakgroep Strafrecht & Criminologie van de Rijksuniversiteit Groningen de Landelijke Strafrechtdag 2017, voor zustervakgroepen en andere genodigden. De dag kreeg als thema 'modern strafrecht', waarbij de nadruk werd gelegd op ontwikkelingen in het materiële strafrecht. Dat materiële strafrecht is enorm in beweging, zowel voor wat betreft de algemene leerstukken als de strafbaarstellingen en de straffen. Op de Strafrechtdag 2017 zijn een aantal van deze onderwerpen nader belicht door middel van plenaire lezingen, discussies en workshops.

In deze bundel zijn een zestal bijdragen aan de Strafrechtdag 2017 door de betrokken sprekers en workshopleiders op schrift gesteld en uitgewerkt. Het betreft de plenaire lezingen over de bescherming van de seksuele integriteit in het Wetboek van Strafrecht (K. Lindenberg) en over de vraag of het Wetboek van Strafrecht in algemene zin herziening behoeft (H.D. Wolswijk), en de workshops over de reikwijdte van de strafbare voorbereiding (W.N. Ferdinandusse), de 'kwalificatiebeslissing' in de fase van vervolging (W. Geelhoed), de toekomst van de (tenuitvoerlegging van de) levenslange gevangenisstraf (W.F. van Hattum) en het systeem van vermogensdelicten (V.M.A. Sinnige). De auteurs hebben daarbij de vrijheid genomen om hun onderwerpen, waar zij dit noodzakelijk achtten, te actualiseren voor deze bundel.

Groningen, april 2019
E. Gritter (redactie)

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf / V

HOOFDSTUK 1

Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een ‘Nein heißt Nein’? / 1

K. Lindenberg

- 1.1 Inleiding / 1
- 1.2 Consentmodel versus dwangmodel / 4
 - 1.2.1 Eigenschappen / 4
 - 1.2.2 Waarom een consentmodel? / 6
- 1.3 Het dwangmodel in Nederland / 10
- 1.4 De overstap van dwang- naar consentmodel in Duitsland / 13
 - 1.4.1 Het oude dwangmodel / 13
 - 1.4.2 Naar een consentmodel / 15
 - 1.4.3 ‘Gegen den erkennbaren Willen’ / 17
 - 1.4.4 Bescherming bij onverhoeds handelen en tonic immobility / 18
 - 1.4.5 Slot / 20
- 1.5 Is het consentmodel een verdragsverplichting? / 21
- 1.6 Hoe verder in Nederland? / 28
- 1.7 Literatuur / 30

HOOFDSTUK 2

Herziening van het Wetboek van Strafrecht? / 35

H.D. Wolswijk

- 2.1 Inleiding / 35
- 2.2 Modernisering strafvordering / 36
- 2.3 Eerdere voorstellen tot vernieuwing of modernisering van het Wetboek van Strafrecht / 37
- 2.4 Argumenten voor herziening / 38
- 2.5 Systematiek van het wetboek / 40
- 2.6 Afronding / 44
- 2.7 Literatuur / 44

HOOFDSTUK 3

Vorbereidingshandelingen / 47

W.N. Ferdinandusse

- 3.1 Inleiding / 47
- 3.2 Wat moet worden voorbereid? / 47
- 3.3 Vorbereidingsmiddelen / 51
- 3.4 Afsluiting / 53
- 3.5 Literatuur / 54

HOOFDSTUK 4

De kwalificatiebeslissing in de vervolgingsfase. Een moderne kijk op het verbod van analogie / 55

W. Geelhoed

- 4.1 Inleiding / 55
- 4.2 Wat is analogie? / 56
- 4.3 Theorieën over categorieën en analogieën / 57
- 4.4 Kwalificeren en vervolgingsbeleid / 59
- 4.5 Normatieve vragen over analogie en kwalificatie / 61
- 4.6 Literatuur / 62

HOOFDSTUK 5

De vergelding voorbij? Over de rol van vergelding in het in 2017 in het leven geroepen herbeoordelingsmechanisme voor de levenslange gevangenisstraf / 65

W.F. van Hattum

- 5.1 Inleiding / 65
- 5.2 Het vroegere gratiebeleid voor levenslanggestraften / 66
- 5.3 De rechtspraak van het EHRM / 70
- 5.4 Het herbeoordelingsmechanisme / 73
- 5.5 Enquête: wanneer is in het nieuwe review mechanisme de vergelding voorbij? / 74
- 5.6 Literatuur / 76

HOOFDSTUK 6

Een alternatieve bewezenverklaring en kwalificatie voor vermogensdelicten / 79

V.M.A. Sinnige

- 6.1 Inleiding / 79
- 6.2 Het systeem van de vermogensdelicten / 79
- 6.3 Grensgevallen en overlappingen / 81
- 6.4 Tussenconclusie / 83

Inhoudsopgave

- 6.5 Processuele implicaties van differentiatie / 83
- 6.6 Modern strafrecht / 84
- 6.7 Literatuur / 86

Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een ‘Nein heißt Nein’?

K. Lindenberg¹

1.1 Inleiding

Van tijd tot tijd komt het strafrecht door maatschappelijke gebeurtenissen onder een vergrootglas te liggen. Voor het Duitse strafrecht waren de Keulse rellen op oudjaarsnacht 2015-2016 zo'n gebeurtenis. Naar verluidt werden die nacht in Keulen honderden vrouwen onzedelijk betast door onder invloed verkerende feestgangers, terwijl later bleek dat het zedenrecht tegen veel van die betastingen geen bescherming bood.² De grote ontsteltenis daarover in de Duitse samenleving bracht de politiek in beweging: een al bestaande maar kabbelende discussie over het Duitse zedenrecht raakte in een stroomversnelling, en nog hetzelfde jaar – in november 2016 – traden nieuwe zedenbepalingen in werking.³

Vanuit Nederlands perspectief is van belang dat de Duitse wetgever bij deze modernisering een grote stap heeft gezet, door zijn strafbaarstelling van verkrachting en aanranding in

1 Prof. mr. dr. K. (Kai) Lindenberg is als hoogleraar straf(proces)recht verbonden aan de Vakgroep Strafrecht & Criminologie van de Rijksuniversiteit Groningen. Deze bijdrage is een bewerking van zijn presentatie op de Landelijke Strafrechtdag op 16 juni 2017. Ontwikkelingen die zich na de presentatiedatum hebben voorgedaan, zijn alleen beperkt meegenomen. De auteur dankt Hein Wolswijk en Alwin van Dijk voor hun commentaar, en student-assistente Ellen Jager voor haar ondersteunende werkzaamheden.

2 De nieuwsberichten hierover zijn talrijk. Bijvoorbeeld kan worden gezocht op de gecombineerde termen 'Köln, Silvesternacht, Strafrecht, Nötigung'. Zie ook Herning & Illgner 2016, p. 79. Over de vraag in welke mate het materiële zedenrecht tegen de betastingen geen bescherming bood, bestond onder strafrechtjuristen weliswaar discussie, maar brede consensus was er over de ontbrekende bescherming tegen onverhoedse seksuele betastingen zonder geweld. Dit wordt nader besproken in paragraaf 4.

3 Fünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, vom 4. November 2016, *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2016, Teil I, Nr. 52, 2460*. Vgl. Herning & Illgner 2016, p. 79; *Münchener Kommentar zum StGB*, 3. Auflage 2017, aant. 1.3.e bij § 177 StGB (Renzikowski). Opmerking verdient dat in deze bijdrage slechts één component van de wetswijzigingen wordt besproken – die met betrekking tot § 177 StGB – terwijl die wijzigingen meer controversiële thema's bevatte, zoals seksuele intimidatie en groepsaansprakelijkheid bij zedendelicten (zie de nieuwe regelingen in § 184i en 184j StGB), alsook strengere maatregelen tegen vreemdelingen die zich schuldig maken aan zedendelicten (zie art. 2 van de wijzigingswet).

§ 177 StGB van een nieuw fundament te voorzien. Niet langer is dwang de kern van die delicten, zoals bij ons nog het geval is, maar onvrijwilligheid. Dat legt niet alleen de lat in die strafbaarstelling lager, maar plaatst ook de bescherming van de seksuele integriteit meer op de voorgrond. Ik licht dit dadelijk toe. In ieder geval is Duitsland dus opgeschoven van een zogenoemd *coercion-based* model (dwang staat centraal; hierna 'dwangmodel') naar een *consent-based* model (vrijwilligheid en onvrijwilligheid staan centraal; hierna 'consentmodel'). Dit laatste wordt bij onze oosterburen dan weer in eigen taal weergegeven als het 'Nein heißt Nein'-model.⁴

Nederland mag zich de Duitse hervorming aantrekken, omdat wij Duitsland eerder nog tot prominente medestander konden rekenen in de slinkende categorie landen met een dwangmodel. Nu wordt Nederland ingesloten door consentmodellen: buurlanden Engeland en België waren daarop al geruime tijd overgestapt.⁵ Dat wij opeens regionaal alleen staan geeft dus al te denken. Moeten wij ook naar een 'Nein heißt Nein'-model? Deze vraag krijgt vooral juridische betekenis wanneer wordt gekeken naar de verdragsverplichtingen in deze context: verplichtingen die voortvloeien uit het EVRM en verplichtingen die zijn neergelegd in het te Istanbul gesloten Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, kortweg het Verdrag van Istanbul.⁶ In deze verdragen liggen argumenten besloten voor de opvatting dat op verdragsstaten de verplichting rust het consentmodel te implementeren.

In deze bijdrage schets ik verschillen tussen dwang- en consentmodellen, en onderzoek ik de vraag of Nederland inderdaad naar een dergelijk model moet overstappen. 'Moeten' wordt hier meerduidig bedoeld. In de eerste plaats wordt bedoeld op een juridisch 'verplicht-zijn', in verband met de verdragseisen. In de tweede plaats wordt bedoeld op argumenten die een overstap naar een consentmodel al dan niet wenselijk maken, los van een verplichting. Deze argumenten zullen ook, beperkt, aan de orde worden gesteld.

Het is goed te benadrukken dat de vraag of Nederland het consentmodel moet introduceren niet onlosmakelijk verbonden is aan de misdrijven 'verkrachting' en 'aanranding'. Onderscheid moet worden gemaakt tussen de vraag of onze delicten 'verkrachting' en 'aanranding' als zodanig gestoeld zouden moeten zijn op het consentmodel (dus dat daarvoor niet dwang doorslaggevend is, maar reeds de onvrijwilligheid van het slachtoffer), en de vraag of Nederland in ieder geval op enigerlei wijze non-consensuele seks strafbaar zou moeten stellen, ook al is dat niet als verkrachting en aanranding. De vraagstelling is dus eigenlijk getrapd: moet Nederland het consentmodel introduceren, en zo ja, moet dat per se onze delicten 'verkrachting' en 'aanranding' betreffen?

Het onderzoeken van de onderhavige vraag valt samen met de fase waarin ook de Nederlandse wetgever zich nadrukkelijk bezint op het zedenrecht; de wetgever bereidt op

4 Overigens kan deze term in de literatuur naast een algemene, ook een specifiekere betekenis hebben, duidend op eigenschappen van een bepaald type consentmodel. De term kan bijvoorbeeld worden afgezet tegen een 'nur Ja heißt Ja'-model, waarbij instemming minder snel wordt aangenomen. Zie over deze aspecten paragraaf 4 en 6.

5 Zie over deze consentmodellen hierna, paragraaf 2.

6 *Trb.* 2008, 58.

dit moment een wetsvoorstel voor ter modernisering van de zedentitel (boek 2, titel XIV, 'Misdrifven tegen de zeden').⁷ Op het moment van schrijven is evenwel nog onbekend welke plannen de wetgever heeft met de delictomschrijvingen van verkrachting en aanranding.

In dit verband moet ook het volgende worden vermeld. Het WODC-rapport 'Herziening van de zedendelicten?' lag mede ten grondslag aan de beslissing van de wetgever om de zedentitel te herzien. In dat onderzoek kwam ik als coauteur tot de slotsom dat van de hiervoor genoemde verdragen weliswaar een sterk signaal uit gaat om ons huidige dwangmodel te hervormen (dus: onze strafbaarstellingen van verkrachting en aanranding, waarin dwang centraal staat), maar dat niet zonder meer kan worden gezegd dat ons dwangmodel in strijd is met de verdragen.⁸ Ik sta hier ondertussen wat anders in. En dat vormt, samen met de recente herziening in Duitsland, de aanleiding voor deze bijdrage. Zoals zal blijken is mijn standpunt enigszins opgeschoven naar de andere kant. Dat gewijzigde standpunt zou hier, alvast, als volgt kunnen worden samengevat: het is moeilijk vol te houden dat ons dwangmodel *niet* in strijd is met internationale verplichtingen. Ik zal verderop ook aangeven hoe ik tot dit opgeschoven standpunt ben gekomen. In ieder geval impliceert het nieuwe standpunt dat er iets moet gebeuren. Maar wat en hoe? Ook dat wordt hier globaal verkend, onder meer aan de hand van de wijzigingen in Duitsland.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Allereerst ga ik in op de eigenschappen van de archetypen 'consentmodel' en 'dwangmodel' zoals ik die hanteer, en stel ik deze modellen tegenover elkaar in termen van algemene voor- en nadelen (paragraaf 2). Daarbij passeren ook kort de consentmodellen in Engeland en België de revue, niet alleen om alvast een indruk te geven van concrete consentmodellen, maar ook ter latere vergelijking met Duitsland. Het ene consentmodel is namelijk het andere niet, en dat levert, zoals we uiteindelijk zullen zien, complexe vraagstukken op. Na dit algemene kader belicht ik de situatie in Nederland (paragraaf 3). Nederland hanteert een dwangmodel voor de delicten 'verkrachting' en 'aanranding'. Omdat onvrijwillige seks als zodanig ook niet in een andere bepaling strafbaar is gesteld, kan de bespreking zich daardoor beperken tot deze dwangdelicten.⁹ Vervolgens richt ik mijn blik op het zedenrecht in Duitsland, waarbij ik aandacht besteed aan zowel de oude als de nieuwe situatie (paragraaf 4). De nieuwe situatie betreft het al genoemde consentmodel, dat zijn beslag heeft gekregen in een volledig nieuw geformuleerd § 177 StGB, waaraan interessante keuzes ten grondslag liggen. Na deze landenanalyses komen de verplichtingen uit het EHRM en het Verdrag van Istanbul aan bod (paragraaf 5). Het gaat hier voor een deel om een herhaling van zetten uit het WODC-onderzoek, maar er zijn belangrijke verschillen. Zo is er nieuwe rechtspraak van het EHRM te duiden en is mijn huidige interpretatie van het Verdrag van Istanbul zoals gezegd anders dan ten tijde van het WODC-onderzoek. Ten slotte rond ik af met een korte inventarisatie van de uitdagingen waarvoor Nederland zich gesteld ziet bij de invoering van een consentmodel (paragraaf 6).

7 Aangekondigd in *Kamerstukken II 2015/16*, 29 279, nr. 300.

8 Lindenbergh 2015, p. 223-228.

9 Ik laat art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid) buiten beschouwing. Dat lichte misdrijf kan ook beschermen tegen ongewenste betastingen (zie o.a. HR 17 december 2013, *NJ 2014/149*, m.nt. Keijzer en Lindenbergh 2015, p. 137-140), maar is in mijn ogen van onvoldoende kaliber om bij te dragen aan de vervulling van eventuele verdragsplichten in de onderhavige context. Vgl. Lindenbergh 2013, p. 510-517.

1.2 Consentmodel versus dwangmodel

1.2.1 Eigenschappen

Een consentmodel stelt non-consent centraal, oftewel de afwezigheid van instemming. Gemakshalve zal ik dit in beginsel uitdrukken als 'onvrijwilligheid'. Later, in paragraaf 4, zullen we zien dat de gekozen uitdrukking nauw luistert en invloed heeft op de aard van het consentmodel, maar vooralsnog kan alles inwisselbaar worden geacht: afwezigheid van instemming, afwezigheid van toestemming, onvrijwilligheid et cetera.

In een consentmodel draait het dus om onvrijwilligheid. Onvrijwilligheid is de doorslaggevende factor aan de zijde van het slachtoffer. De kernvraag is of de seksuele handelingen door het slachtoffer onvrijwillig zijn verricht of ondergaan. Daarnaast is strafrechtelijk gemeengoed dat voor aansprakelijkheid voor misdrijven, de verdachte in beginsel een schuldig bewustzijn dient te hebben (*mens rea*). Dat kan bijvoorbeeld worden vormgegeven door de eis dat de verdachte opzet moet hebben op de onvrijwilligheid van het slachtoffer. Het consentmodel is zo beschouwd een tweecomponenten-model: bij het slachtoffer is sprake van onvrijwilligheid en bij de verdachte is sprake van opzet op die onvrijwilligheid (of van een andere vorm van *mens rea*).

In de inleiding werd opgemerkt dat het consentmodel al langere tijd te vinden is in het strafrecht van Engeland en België.¹⁰ Ter illustratie van de wijze waarop het consentmodel in nationaal strafrecht kan worden verwerkt, sta ik kort stil bij de vormgeving in die landen. Aan het nieuwe consentmodel in Duitsland wordt als gezegd uitgebreider aandacht besteed in paragraaf 4.

De strafbaarstellingen van verkrachting luiden in Engeland en België als volgt:

Engeland: Sexual Offences Act 2003, Section 1, 'Rape'

- (1) A person (A) commits an offence if –
 - (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,
 - (b) B does not consent to the penetration, and
 - (c) A does not reasonably believe that B consents.
 - (2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.
- (...)

10 In Engeland werd het consentmodel in 1976 van een wettelijke basis voorzien bij het delict verkrachting. Art. 1 van de Sexual Offences Amendment Act 1976 luidde zakelijk weergegeven: "For the purposes of section 1 of the Sexual Offences Act 1956 (which relates to rape) a man commits rape if (a) he has unlawful sexual intercourse with a woman who at the time of the intercourse does not consent to it; and (b) at that time he knows that she does not consent to the intercourse or he is reckless as to whether she consents to it (...)." Later is het consentmodel tot andere delicten uitgebreid en aan de basis gelegd van de Sexual Offences Act 2003. België heeft het consentmodel bij verkrachting ingevoerd in 1989. Tot op dat moment beschermde die strafbaarstelling alleen tegen inbreuken die mogelijk waren door het gebruik van geweld, bedreiging of misleiding, of door het misbruiken van al bestaande onmacht bij het slachtoffer. Zie hierover Stevens 2002, p. 49-63, 183-188 en 440-443.

België: art. 375 Strafwetboek

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

Er zijn tussen de bepalingen overeenkomsten, maar ook verschillen. Een overeenkomst ligt in de uitdrukking van de onvrijwilligheid: het gaat om situaties waarin het slachtoffer 'does not consent' respectievelijk 'niet toestemt'. Een eerste verschil kan worden aangewezen in de omschrijving van de seksuele handelingen. In Engeland kan alleen een man zich schuldig maken aan verkrachting ('penetrates ... with his penis'), terwijl de handelingen in België genderneutraal en ook overigens ruim zijn geformuleerd ('elke daad van seksuele penetratie...'). Dit verschil raakt weliswaar de reikwijdte van het delict, maar niet de eigenschappen van het consentmodel.

Een verschil dat die eigenschappen wel raakt, is gelegen in de uitwerking van *mens rea*. Hoewel niet direct zichtbaar, eist de Belgische bepaling bij de verdachte opzet op het niet-toestemmen.¹¹ Engeland heeft daarentegen gekozen voor een lagere drempel, die vanuit ons perspectief een wat culpoos karakter heeft: voldoende is dat bij de verdachte, vrij vertaald, geen redelijke veronderstelling van vrijwilligheid bestond (geen 'reasonable belief'). Naast de subjectieve veronderstelling van de verdachte gaat het dus tevens om de redelijkheid van die veronderstelling, mede in het licht van – zie het tweede lid van art. 1 SOA 2003 – de omstandigheden van het geval, waaronder de onderzoeksinspanningen van de verdachte.¹²

Interessant is voorts dat Engeland het consentmodel ook heeft ingevoerd voor lichtere delicten dan verkrachting, maar België niet. In de Sexual Offences Act 2003 is het verrichten van andere vormen van seksuele penetratie (art. 2) en het verrichten van seksuele handelingen zonder penetratie (art. 3) op gelijke wijze strafbaar gesteld als verkrachting (art. 1). Dat wil zeggen: gebaseerd op non-consent en de afwezigheid van 'reasonable belief'. Waarom België het consentmodel niet heeft ingevoerd bij het misdrijf 'aanranding van de eerbaarheid' (art. 373 Sw) of als ander lichter misdrijf, blijkt niet duidelijk uit de wetsgeschiedenis.¹³ De strafbaarstelling van aanranding volgt daar nog steeds het wettelijke stramien waarop ook de voormalige strafbaarstelling van verkrachting was gebaseerd: vereist zijn beïnvloedingsmiddelen als geweld, bedreiging of misbruik van reeds bestaande onmacht. Aan de constitutieve betekenis van deze beïnvloedingsmiddelen wordt in de rechtspraak nog steeds vastgehouden.¹⁴

11 Vgl. Stevens 2002, p. 466-467; De Nauw 2010, p. 139 en 146.

12 Zie hierover bijvoorbeeld Horder 2016, p. 366-368.

13 Vgl. Stevens 2002, p. 467-481 en 487.

14 Zie bijvoorbeeld Cass. 6 oktober 2004, JT 2005 afl. 6168, 100, Cass. 9 oktober 2012, AR P.11.2120.N., Cass. 31 maart 2015, AR P.14.0293.N., en Cass. 4 januari 2017, AR P.16.0871.F, opgenomen in Deruyck e.a. 2018, p. 493-494. In de literatuur is wel bepleit om de bepaling analoog aan art. 375 Sw (verkrachting) uit te leggen, en daarmee de genoemde beïnvloedingsmiddelen louter te zien als sterk rechtsvermoeden van het ontbreken van toestemming, niet als constitutief bestanddeel; in materieelrechtelijke zin zou het enkele niet-toestemmen moeten volstaan. Zie Stevens 2002, p. 487. Vooralsnog zijn er geen aanwijzingen dat deze visie in de rechtspraak enige ingang vindt, zo begrijp ik uit de Belgische commentaren. Zie naast het zojuist genoemde werk van Deruyck e.a. voorts: Dierickx 2006 en De Nauw 2010, p. 137.

Tegenover het consentmodel staat het dwangmodel. Bij een dwangmodel vormt het begrip 'dwang' het middelpunt. Dat is een begrip waarvan onvrijwilligheid weliswaar een essentieel slachtofferkenmerk is, maar niet het enige: dwang impliceert bovendien dat het niet-gewenste gevolg voor het slachtoffer niet of nauwelijks te vermijden was. Aan de kant van het slachtoffer komt er in een dwangmodel dus een eigenschap bij: er dient niet alleen onvrijwilligheid te zijn, maar ook 'onvermijdbaarheid'. Bijgevolg verandert er ook iets aan de kant van de verdachte: zijn schuldig bewustzijn heeft alleen betrekking op de dwang wanneer dat bewustzijn ook dat extra kenmerk van dwang – de onvermijdbaarheid – omvat. Vanuit deze optiek is het dwangmodel een viercomponenten-model: (1) onvrijwilligheid bij het slachtoffer alsmede (2) opzet daarop bij de verdachte, en (3) onvermijdbaarheid bij het slachtoffer alsmede (4) opzet daarop bij de verdachte. Hierbij is de *mens rea* gemakshalve als opzet geformuleerd. Samengevat onderscheidt een dwangmodel zich dus van een consentmodel door de bijkomende eis dat de handelingen voor het slachtoffer onvermijdbaar waren en de bijkomende eis dat de verdachte, kort gezegd, van die onvermijdbaarheid wist; dat hij daarop opzet had. Voor deze verschillen kan het volgende als voorbeeld dienen.

Wanneer wordt vastgesteld dat iemand seksuele handelingen initieerde bij een ander, terwijl hij wist dat die ander dat op dat moment duidelijk niet wilde, zou dat in een consentmodel in de regel voldoende zijn voor het aannemen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Er is onvrijwilligheid en er is een schuldig bewustzijn. In een dwangmodel zouden echter vervolgvragen aan de orde zijn. Het gaat er dan immers om of het slachtoffer werd *gedwongen*. Dus, ten eerste: was het ook onvermijdbaar voor het slachtoffer? Als het slachtoffer zich niet verzette en niet vluchtte, moet daarvoor een afdoende verklaring worden gevonden. Als die niet wordt gevonden zijn de eisen van het dwangmodel niet vervuld. En als die verklaring wel wordt gevonden, is het, ten tweede, de vraag of de verdachte de onvermijdbare positie van het slachtoffer ook heeft begrepen. Het kan zijn dat de verdachte, hoewel hij zich goed realiseerde dat zijn handelingen op dat moment tegen de wil van de ander indruisten, stellig veronderstelde dat die ander had kunnen weglopen of zijn handelingen had kunnen pareren, en voorts dat hij, door het uitblijven van tekenen van verzet, hoopte dat hij de ander voor zich kon winnen. In dat geval zou geen sprake zijn van opzet op de onvermijdbaarheid, waarmee de eisen van het dwangmodel eveneens niet worden gehaald.

Duidelijk is dus dat het dwangmodel meer eisen bevat dan een consentmodel. Andere voorbeelden volgen dadelijk, wanneer wordt ingegaan op het huidige dwangmodel in Nederland (paragraaf 3) en het oude dwangmodel in Duitsland (paragraaf 4). Dan zal ook blijken dat tussen dwangmodellen onderling verschillen kunnen bestaan.

1.2.2 *Waarom een consentmodel?*

Een consentmodel kan worden beschouwd als iets betrekkelijk moderns. Mondiaal gezien zijn de strafbaarstellingen van verkrachting en aanranding van oudsher gebaseerd op het

dwangmodel.¹⁵ Waarom maken landen dan de overstap naar een consentmodel? Hieronder inventariseer ik enkele algemene argumenten die vaak in enigerlei vorm terugkomen in de geschiedenis van concrete rechtsstelsels. Ten slotte worden enkele kanttekeningen gemaakt bij het consentmodel.

Allereerst kan de keuze voor een consentmodel zijn ingegeven door principiële redenen die verband houden met individuele vrijheid. Om dit te duiden maak ik onderscheid tussen twee soorten vrijheden: autonomie en handelingsvrijheid.¹⁶

Autonomie kan worden omschreven als de vrijheid van een individu te beschikken over het lot van zijn ervaring, lichaam en delen van zijn omgeving, zoals eigendom. De lichamelijke integriteit, in het bijzonder de seksuele integriteit, kunnen ook als onderdeel van deze autonomie worden gezien. Indien het lichaam zonder toestemming seksueel wordt betast, dan is dat te omschrijven als een aantasting van iemands seksuele integriteit of seksuele autonomie.

Het bijzondere van een dwangmodel in het kader van de zedendelicten is dat het de seksuele autonomie niet zelfstandig beschermt. Dat is inherent aan de eerder beschreven eisen van 'dwingen'. Immers, onvrijwilligheid is niet voldoende om de delictomschrijving te vervullen, ook al is die onvrijwilligheid duidelijk uitgesproken en is de verdachte van die onvrijwilligheid doordrongen. Een dwangmodel vereist daarnaast nog dat de handelingen niet te vermijden waren voor het slachtoffer. En de conclusie dat iets niet te vermijden was, kan pas worden getrokken wanneer een externe reden is aan te wijzen waarom het slachtoffer zich niet verzette (bijvoorbeeld door bedreigingen) of wanneer het ingezette verzet werd gebroken (bijvoorbeeld door geweld). Een dwangmodel veronderstelt dus dat de handelingsvrijheid van het slachtoffer is aangetast: de vrijheid om de eigen handelingswil te vormen en te uiten. De vrijheid om de handelingswil te vormen kan teniet worden gedaan door bedreigingen (de wil van het slachtoffer wordt gevormd naar de wens van de verdachte; het slachtoffer werkt uit angst bewust mee) en de vrijheid om een eigen handelingswil te uiten kan teniet worden gedaan door geweld (de handelingswil om zich te verzetten of te vluchten kan niet worden vertaald in daarmee corresponderende handelingen, door de fysieke inwerking van buitenaf).

Een dwangmodel beschermt dus primair de handelingsvrijheid, een vrijheid die in deze context misschien het beste kan worden omschreven als de vrijheid om de eigen seksuele integriteit te beschermen; de vrijheid om inbreuken van buitenaf op die autonome sfeer af te slaan. In een dwangmodel wordt de seksuele integriteit alleen dan beschermd wanneer iemand niet meer in staat wordt geacht die eigenhandig te beschermen.

Een consentmodel daarentegen, richt zich aan de zijde van het slachtoffer alleen op diens onvrijwilligheid. Dat is een eigenschap die wel direct in verband gebracht kan worden met de seksuele integriteit. Een ongewenste seksuele betasting van het lichaam kan tenslotte een aantasting van de autonome sfeer worden genoemd, in het bijzonder van de seksuele

15 Over de geschiedenis van diverse rechtsstelsels zie o.a. Caringella 2008 en McGlynn & Munro 2010.

16 Vgl. Lindenberg 2007, p. 16-18.

integriteit. Wanneer de opvatting bestaat dat de seksuele integriteit als zodanig – dus als zelfstandig rechtsgoed – beschermd moet worden, dan ligt daarin een principiële argument om over te stappen op een consentmodel.

Een consentmodel kan ook aantrekkelijk zijn om de bewijsproblemen bij een dwangmodel het hoofd te bieden. Gevallen van dwang zijn niet altijd makkelijk bewijsbaar, juist door de extra materieelrechtelijke eisen: onvermijdbaarheid en opzet op die onvermijdbaarheid. Aan de bewijsproblemen kan dus een argument worden ontleend om over te stappen op een consentmodel. Dit argument is niet principiële van aard, zoals het vorige argument. Het zou er slechts om kunnen gaan slachtoffers beter te beschermen tegen situaties van *dwang*, door aan te knopen bij de lagere materieelrechtelijke eisen van het consentmodel, die daardoor ook een lagere bewijslast opleveren. De onvermijdbaarheid bij het slachtoffer en het opzet daarop bij de verdachte hoeven niet meer te worden bewezen, ook al zijn deze factoren, zo kan de gedachte zijn, feitelijk doorgaans wel aanwezig.

Bij dit thema – bewijsproblemen bij seksueel misbruik – moet ook zogenoemde ‘tonic immobility’ worden genoemd. Het betreft hier het steeds vaker gedocumenteerde fenomeen dat mensen die geconfronteerd worden met een voor hen dreigende situatie, zoals een bedreigende ongewenste seksuele toenadering van een ander, vaak verstijven van angst. Met tonic immobility (ook wel ‘frozen fright’) wordt deze verstijving bedoeld.¹⁷ ‘Niets doen’ lijkt dus een veelvoorkomende reactie op seksueel misbruik. Daarmee is onvermijdbaarheid een wezenlijk onderdeel van menig slachtofferervaring, maar dikwijls van minder zichtbare aard en daardoor moeilijk te bewijzen. In een consentmodel is de onvermijdbaarheid materieelrechtelijk irrelevant, waardoor dit model beter beschermt tegen ongewenste seks in dergelijke situaties. Dat neemt overigens niet weg dat ook een consentmodel in dit verband zijn beperkingen kent. De uiterlijke verschijningsvorm van tonic immobility kan zo zijn dat zelfs de onvrijwilligheid een bewijsrechtelijk twistpunt is. En vaker nog kan in dergelijke situaties het twistpunt zijn of de verdachte aan de *mens rea* eisen voldoet. De kenbaarheid van de onvrijwilligheid is bij tonic immobility immers zwakker dan bij slachtoffers die hun onvrijwilligheid uitdrukkelijk uiten. Het komt aan op de drempel die in rechte moet worden gehaald. Als we de stelsels van Engeland en België in herinnering roepen, is te signaleren dat de bescherming in België in dit opzicht minder ver gaat dan die in Engeland. België vereist bij de verdachte opzet op de onvrijwilligheid, terwijl in de Engelse bepalingen voldoende is dat de verdachte, wat er ook zij van zijn opzet,

17 Voor een handzaam overzicht zie de Factsheet Tonic Immobility van het Landelijk Psychotraumacentrum, toegankelijk via www.hetwzk.nl (laatst geraadpleegd in december 2018). Interessant is dat er indicaties zijn dat tonic immobility een biologisch doel dient; het zou de kans op (meer) gewelddadigheden en letsel verminderen; zie De Heer & Jones 2017. Zie voorts bijvoorbeeld Marx e.a. 2008 en Möller, Söndergaard & Helström 2017, met verwijzingen.

in de gegeven omstandigheden nader onderzoek naar de vrijwilligheid niet achterwege had mogen laten (de afwezigheid van 'reasonable belief').¹⁸

Een derde argument is ten slotte gelegen in de internationale verplichtingen die een staat is aangegaan. Dat lijkt op het eerste oog geen zelfstandig argument, omdat een staat in de regel alleen die verplichtingen zal aangaan waar hij zich ook om inhoudelijke redenen achter schaaft. Zo makkelijk ligt het echter niet altijd. Landen kunnen bijvoorbeeld lidstaat zijn van een orgaan dat bij gekwalificeerde meerderheid verplichtingen in het leven mag roepen, zoals de Europese Unie. Voor de onderhavige context ontbreekt zo'n EU-instrument nog, maar dat kan in de toekomst veranderen.¹⁹ Relevanter in deze context is het EVRM, een 'living document' waarin verplichtingen evolueren in de rechtspraak van het EHRM. Die verplichtingen kunnen natuurlijk afwijken van de politieke en juridische status quo van een verdragsstaat. Daarnaast kunnen ook andere verdragen een uitleg krijgen die een bepaalde verdragsstaat niet helemaal had voorzien. Voor deze bijdrage zijn zoals gezegd het EVRM en het Verdrag van Istanbul relevant. Aan de vraag of in die verdragen een verplichting tot het invoeren van een consentmodel ligt besloten, kom ik toe in paragraaf 5. Voor dit moment is in ieder geval te constateren dat de overstap naar een consentmodel in de huidige tijd niet zonder meer uit rechtspolitieke overwegingen van de staat zelf hoeft voort te vloeien.

Aan een consentmodel zitten uiteraard ook haken en ogen. Meer bescherming voor potentiële slachtoffers betekent hier noodzakelijkerwijs minder bescherming voor potentiële verdachten. Dat is vaker het geval, maar het gaat in deze context – seksuele handelingen – om zowel complexe menselijke interacties als uiterst stigmatiserende strafrechtelijke kwalificaties ('zedendelicten'). Het Engelse systeem is een treffend voorbeeld van een lager beschermingsniveau voor de potentiële verdachte. Daar cumuleert een aanzienlijk lagere drempel dan die van een dwangmodel (slechts onvrijwilligheid en geen 'reasonable belief' in vrijwilligheid) met een kwalificatie die ook in de meeste dwangmodellen het zwaarst is ('verkrachting'; 'rape'). Zonder te willen zeggen dat dit evident disproportioneel is, geeft het voorbeeld wel aan dat het inrichten van een consentmodel een grote verantwoordelijkheid is.

Een andere kwetsbaarheid van het consentmodel hangt samen met de daaraan verbonden begrippen. Begrippen als 'vrijwillig', 'onvrijwillig', 'toestemming' en 'zonder toestemming' zijn uitermate complex, in veel opzichten zelfs complexer dan het begrip 'dwang'. Om dit te verduidelijken bespreek ik het volgende voorbeeld over misleiding.

18 Theoretisch zou het verschil tussen opzet en culpa kunnen slinken bij een toenemende bekendheid van tonic immobility, omdat de rechter bij het aannemen van opzet gebruik kan maken van een feit van algemene bekendheid over het verschijnsel van tonic immobility. De houdbaarheid van deze werkwijze zal evenwel afhankelijk zijn van de vraag hoe groot de kans is dat passiviteit inderdaad duidt op tonic immobility – lees: op onvrijwilligheid – en niet op factoren die nog te verenigen zijn met vrijwilligheid, zoals zenuwen, schaamte, 'niet echt zin hebben' e.d. Antwoord op die vraag zal moeten komen van andere wetenschappelijke disciplines en bovendien in het concrete geval nog steeds afhankelijk zijn van de specifieke omstandigheden.

19 Vgl. de bewoordingen in de Resolutie van het Europees Parlement van 12 september 2017 over het voorstel voor een besluit van de Raad over de sluiting, door de Europese Unie, van het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (COM(2016)0109 – 2016/0062(NLE)).

Wanneer iemand onder valse voorwendselen wordt bewogen iets te betalen, dan is het niet vreemd – zelfs passend – om te zeggen dat deze persoon is ‘opgelicht’ of ‘misleid’. Wel is het vreemd om te zeggen dat zo iemand is ‘gedwongen’. Misleiding lijkt toch echt iets anders dan dwang. Betrekken wij dit op de context van de zedendelicten, dan is het niet raar wanneer een dwangmodel in een bepaald land geen bescherming biedt tegen iets als ‘seksuele misleiding’, bijvoorbeeld het geval dat iemand zich in het donker voordoet als de partner van de ander. Die ander is misleid, maar niet *gedwongen*. Relateren wij dezelfde casus evenwel aan het begrip ‘toestemming’ in een consentmodel, dan ontstaat een vraag met een andere dynamiek: was hier sprake van toestemming? In zekere zin wel en in zekere zin niet. Maar er was in ieder geval geen toestemming wanneer *geldige* toestemming nodig is (‘valid consent’). Hier is de toestemming onder invloed van misleiding tot stand gekomen, dus op ongeldige wijze, en daarom is er per saldo geen toestemming. Seksuele misleiding is bij deze uitleg dus strafbaar als het zou aankomen op het bestanddeel ‘zonder toestemming’.

Welnu, een consentmodel noopt er in beginsel toe positie te kiezen ten opzichte van allerlei varianten van ‘geldige toestemming’, en de daaraan gerelateerde termen ‘vrijwilligheid’ en ‘onvrijwilligheid’. Dit omvat meer dan alleen kwesties van misleiding. Bijvoorbeeld: als een kind duidelijk instemt met seksuele handelingen, is er dan nog ruimte om te zeggen dat het kind ‘onvrijwillig’ handelde? Zo ja, hoe zit dat precies? En bij verstandelijk beperkte personen? En kan ook tijdens de slaap of bij bewusteloosheid van ‘onvrijwilligheid’ worden gesproken? In een consentmodel moet dus veel aandacht uitgaan naar de betekenis van de gekozen consent-termen en de daaraan verwante problematiek van de geldige toestemming. Dit raakt al snel het gehele systeem van de zedendelicten.

1.3 **Het dwangmodel in Nederland**

In Nederland zijn verkrachting en aanranding sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht strafbaar gesteld in art. 242 Sr respectievelijk art. 246 Sr. De delictsommeringen luiden thans als volgt:

Artikel 242 Sr

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

Artikel 246 Sr

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

De bepalingen hebben een identieke structuur. De centrale delictsgedraging is ‘dwingen’. De dader dient het slachtoffer te hebben gedwongen. Deze gedraging wordt nader gespecificeerd door de formulering van bepaalde dwangmiddelen en dwanggevolgen. Wat de dwangmiddelen betreft, valt op dat zij in beide bepalingen eveneens gelijkkluidend zijn. De dader moet zich hebben bediend van ‘geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging