

Artikel

De strafbaarstelling van seks tegen de wil: een verkenning van de culpa

Mr. L. (Linda) Kesteloo, mr. R. (Rob) ter Haar en mr. N. (Nicole) Korthals*

NTS 2022/35

1. Inleiding

In 2019 kondigde de Minister van Justitie en Veiligheid de strafbaarstelling van seks tegen de wil aan.¹ Concreet werd daarmee op twee punten een verruiming van de strafwet voorgesteld. Allereerst zouden seksuele handelingen die niet gedwongen maar wel onvrijwillig waren tot strafrechtelijke aansprakelijkheid moeten kunnen leiden. Daarnaast werd voorgesteld om niet alleen opzettelijk maar ook culpoos handelen strafbaar te stellen. Voor de schuldvariant zou – zo staat in de Kamerbrief uit 2019 (hierna: Kamerbrief 2019) – voldoende zijn ‘dat er feiten en omstandigheden waren waaruit iemand de onvrijwilligheid van de ander had kunnen afleiden of op grond van feiten en omstandigheden had behoren af te leiden’.² Het gaat niet alleen om ‘expliciete verbale signalen en gedrag van de ander’, maar ook om ‘feiten en

omstandigheden die aanleiding behoren te geven tot het vermoeden dat seksuele handelingen mogelijk niet vrijwillig zijn’.³ Het in 2020 gepubliceerde Voorontwerp wetsvoorstel seksuele misdrijven (hierna: Voorontwerp 2020) maakte duidelijk hoe de minister een en ander concreet voor zich zag.⁴ In het Voorontwerp 2020 werd – naast de reeds bestaande strafbaarstelling van verkrachting – een nieuwe strafbaarstelling opgenomen van ‘seksuele interactie tegen de wil’.⁵ In het eerste lid was het basisdelict opgenomen: het verrichten van seksuele handelingen tegen de wil van een ander terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze handelingen tegen de wil van die persoon plaatsvinden. Bestaan de handelingen (mede) uit het seksueel binnendringen van het lichaam, dan – zo blijkt uit het tweede lid – zou daarvoor een hoger strafmaximum gelden. Het Voorontwerp 2020 bevatte dus een onderzoeksplicht.

Het voorstel om seks tegen de wil strafbaar te stellen werd door vrouwenrechtenorganisaties toegejuicht, maar stuitte ook op kritiek. De Raad voor de Rechtspraak vond dat nog onvoldoende duidelijk was onder welke omstandigheden de verdachte ‘redelijkerwijs had moeten vermoeden’ dat de seksuele handelingen tegen de wil waren, hetgeen kan leiden tot rechtsonzekerheid en bewijscomplicaties.⁶ Zo rees volgens de Raad bijvoor-

127

* Mr. L. (Linda) Kesteloo is docent/onderzoeker bij de Afdeling Strafrecht & Criminologie van de Vrije Universiteit Amsterdam en rechter-plaatsvervanger bij de rechtbank Overijssel. Mr. R. (Rob) ter Haar is docent bij het Willem Pompe Instituut van de Utrecht University en rechter-plaatsvervanger bij de rechtbank Overijssel. Mr. N. (Nicole) Korthals is coördinator en docent straf(proces)recht aan o.a. de Politieacademie en de Vrije Universiteit Amsterdam.

1 Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 22 mei 2019, 2574955, p. 1. Hierna: Kamerbrief 2019.

2 Kamerbrief 2019, p. 3.

3 Kamerbrief 2019, p. 4.

4 Voorontwerp wetsvoorstel seksuele misdrijven, gepubliceerd 12 mei 2020, te raadplegen via rijksoverheid.nl, (hierna: Voorontwerp 2020).

5 Art. 239 Voorontwerp 2020.

6 Raad voor de Rechtspraak, Advies voorontwerp wetsvoorstel Wet seksuele misdrijven (d.d. 30 juli 2020), p. 15. Zie ook L. Schreurs, J. van der Ham & L. Hamers, ‘Dwang bij misdrijven tegen de zeden in het afgelopen decennium: Gezichtspunten uit de rechtspraak met het oog op een toekomstig wetsvoorstel’, *Delikt en Delinkwent* 2019, p. 780 en ‘Raad voor de Rechtspraak wil duidelijker wetsvoorstel seks tegen wil’ (B. Nagtegaal, NRC, 13 augustus 2020).

beeld de vraag wanneer precies een onderzoeksplicht zou ontstaan en of volgens de minister op dat punt rekening zou moeten worden gehouden met de leeftijd, de seksuele ervaring of het intelligentieniveau van de verdachte. Het College van procureurs-generaal vond dat de voorgestelde eis van een redelijk vermoeden te snel tot strafrechtelijke aansprakelijkheid zou kunnen leiden.⁷ Andere kritiek had te maken met de kwalificatie van het strafbaar te stellen gedrag: onvrijwillige seks moest volgens (onder andere) Amnesty niet als ‘seks tegen de wil’ maar als ‘verkrachting’ worden gekwalificeerd.⁸ Dat de voorgestelde ‘tweedeling’ het stereotiepe beeld van verkrachting bevestigt, terwijl dat geen goede weergave is van de realiteit van seksueel geweld, werd bijvoorbeeld onwenselijk geacht.⁹

In het Wetsvoorstel seksuele misdrijven (hierna: Wetsvoorstel 2021)¹⁰ is aan deze kritiekpunten tegemoetgekomen.¹¹ Het voorstel is nu om alle onvrijwillige seks als verkrachting te kwalificeren. Het met een persoon seksuele handelingen verrichten die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, terwijl de verdachte weet dat bij die persoon daartoe de wil ontbreekt, zal als opzetverkrachting strafbaar zijn (art. 243 lid 1 Sr). Wordt de opzetverkrachting voorafgegaan, vergezeld of gevolgd door¹² dwang, geweld of bedreiging, dan is sprake van gekwalificeerde opzetverkrachting (art. 243 lid 2 Sr). Voor schuldverkrachting is vereist dat met een persoon seksuele handelingen worden verricht die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, terwijl de verdachte *ernstige reden heeft om te vermoeden* dat bij die persoon daartoe de wil ontbreekt (art. 242 Sr).

Deze formulering van schuldverkrachting uit het Wetsvoorstel 2021 lijkt – in ieder geval op het eerste oog – af

te wijken van hetgeen onder ‘culpoze seks tegen de wil’ (Kamerbrief 2019) of ‘culpoze seksuele interactie tegen de wil’ (Voorontwerp 2020) werd gebracht.¹³ De minister laat zich in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel niet uit over de verhouding tussen beide formuleringen. In deze bijdrage onderzoeken wij welke betekenis aan opzet en culpa wordt en kan worden gegeven in relatie tot de onvrijwilligheid van seksueel contact. Bijzondere aandacht besteden wij daarbij aan de thans voorgestelde ondergrens, die vereist dat de verdachte ‘ernstige redenen had om te vermoeden’ dat de wil ontbreekt.

Voordat wij ingaan op de betekenis en invulling van de subjectieve bestanddelen in de context van onvrijwillig seksueel contact, is het nodig om kort, in algemene zin, in te gaan op de leerstukken opzet en culpa (par. 2). Daarna zullen we de verschillende voorgestelde strafbaarstellingen van onvrijwillige seksuele handelingen – Kamerbrief 2019, Voorontwerp 2020 en Wetsvoorstel 2021 – bespreken (par. 3). Hoe verhoudt het in het wetsvoorstel geïntroduceerde criterium zich, blijkens de toelichting en de daarin gegeven voorbeelden, tot de culpavariant die de minister eerder heeft aangekondigd in de Kamerbrief 2019 en in het Voorontwerp 2020? Daarna onderzoeken wij de betekenis van de thans voorgestelde culpaformulering (par. 4). In dat verband werpen wij ook een blik op andere strafbaarstellingen die voor het aannemen van culpa vereisen dat de verdachte ernstige redenen had om te vermoeden. Uitgerust met deze aan opzet en culpa gewijde beschouwingen, richten wij ons weer op de context van onvrijwillige seksuele handelingen (par. 5). Daarna stellen wij ons de vraag of het niet de voorkeur verdient om in de kern te blijven vasthouden aan wat is voorgesteld in de Kamerbrief 2019 en het Voorontwerp 2020 (par. 6). Tot slot reflecteren wij op de implicaties van het Wetsvoorstel 2021 in zijn huidige vorm (par. 7).

2. Voorwaardelijk opzet en culpa

Voorwaardelijk opzet is de laagste opzetgradatie. Ook de met voorwaardelijk opzet handelende dader heeft het bewuste gevolg of de bewuste bijkomende omstandigheid uiteindelijk gewild.¹⁴ Van voorwaardelijk opzet is – zoals bekend – volgens de Hoge Raad sprake wanneer de verdachte bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat dat gevolg zal intreden of dat sprake is van een bepaalde omstandigheid. Het moet gaan om een kans die naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk is te ach-

7 Zie College van procureurs-generaal, Advies wetsvoorstel seksuele misdrijven (d.d. 11 juni 2021), p. 4-5.

8 Zie bijv. M. Stravens, ‘Wordt Vervolgd (Amnesty)’ 26 februari 2020, amnesty.nl/wordt-vervolgd/seks-tegen-de-wil-geen-verkrachting-volgens-de-wet; ‘ook Blog ‘Seks tegen de wil? Ik heb toch echt geen seks gehad met mijn verkrachter’, website Amnesty 3 juli 2020, te lezen via amnesty.nl/actueel/seks-tegen-de-wil; zie ook Atria, ‘Atria pleit voor aanpassing wetsartikel verkrachting’, te lezen via atria.nl/nieuws-publicaties/geweld-tegen-vrouwen/atria-pleit-voor-aanpassing-wetsartikel-verkrachting/ (alle laatst geraadpleegd 9 mei 2022); Consultatieversie memorie van toelichting bij Wetsvoorstel seksuele misdrijven, gepubliceerd 8 maart 2021, te raadplegen via Rijksoverheid.nl, p. 28 (hierna: MvT Wetsvoorstel 2021).

9 W. van Berlo e.a., ‘Seks tegen de wil is ook verkrachting’ (Opinie), NRC 5 oktober 2020.

10 De Afdeling advisering van de Raad van State bracht pas na afronding en acceptatie van deze bijdrage advies uit over het Wetsvoorstel 2021. Derhalve zal daaraan in een naschrift aandacht worden besteed.

11 Met dien verstande dat de minister niet specifiek aandacht heeft besteed aan hetgeen door de Raad voor de Rechtspraak naar voren is gebracht m.b.t. de leeftijd, de seksuele ervaring of het intelligentieniveau van de verdachte, maar dat hij dit ook in algemene zin lijkt te hebben willen oplossen door de introductie van een zwaardere culpavariant (‘ernstige redenen om te vermoeden’ i.p.v. ‘redelijkerwijs moet vermoeden’), waarover in het vervolg van dit artikel uiteraard meer. Men zou zich overigens kunnen voorstellen dat zaken als leeftijd en intelligentie een rol kunnen spelen bij de criteriumfiguur van de betreffende culpavariant (i.d.z.v. wellicht ietwat minder strenge eisen, maar e.e.a. zal natuurlijk afhangen van de concrete situatie).

12 In de voorgestelde wettekst staat ‘van’.

13 Een identieke wijziging is ook voorgesteld met betrekking tot aanranding (art. 239 Voorontwerp 2020; art. 240 Wetsvoorstel 2021). Hoewel wij ons in deze bijdrage voornamelijk richten op de verkrachtingsvariant, gelden onze beschouwingen om die reden ook voor de aanrandingscontext.

14 Zie o.m. J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, ond. IV.3; R. ter Haar & G.H. Meijer, *Elementair Materieel Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 44-54.

ten.¹⁵ De kans op een bepaald gevolg of een bepaalde omstandigheid moet dusdanig reëel zijn dat de verdachte zijn gedraging achterwege zou moeten laten. Doet hij dat niet en is zijn instelling van dien aard dat hij de gevolgen voor lief neemt (aanvaardt, accepteert, op de koop toeneemt), dan wil hij dit uiteindelijk ook en handelt hij ‘gewoon’ opzettelijk, terwijl zijn handelen dus niet primair op dat gevolg of die omstandigheid was gericht.

In bepaalde situaties kan er ruimte zijn voor contra-indicaties, die maken dat verdachte kennelijk niet heeft aanvaard / op de koop toegenomen (en dus niet heeft gewild). Wanneer men zich echter bewust is van een aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg of bepaalde omstandigheid, en men handelt toch, dan zal enkel kunnen worden gezegd dat de verdachte niet heeft gewild wanneer het geloofwaardig is dat hij heeft vertrouwd op een goede afloop. In tal van verkeerssituaties is hiervoor in beginsel ruimte.¹⁶ Dit is bij uitstek een terrein waar wordt gehandeld uit zelfoverschatting. Anders gezegd: men gaat er volledig ten onrechte vanuit dat een en ander wel goed zal aflopen. Van aanvaarden dat een andere weggebruiker (of hijzelf)¹⁷ zwaar wordt verwond of zelfs zal komen te overlijden, is dan geen sprake.

Uit bovenstaande wordt direct duidelijk dat het (dikwijls) kleine verschil tussen de ondergrens van het opzet (voorwaardelijk opzet) en de bewuste vorm van de culpa schuilt in het ‘willen’. Beide daders zijn op de hoogte van de aan hun handelen verbonden risico’s.¹⁸ De culpoos handelende dader (zowel de met bewuste culpa handelende dader als de hieronder nog te bespreken met onbewuste culpa handelende dader) wordt het verwijt gemaakt dat hij ten onrechte heeft gedacht dat het ‘zo’n vaart niet zou lopen’ of dat ‘het wel goed zou zitten’. Zelfoverschatting van de eigen capaciteiten aldus of onderschatting van de situatie. Het verschil is daarmee dat de met bewuste culpa handelende verdachte het betreffende gevolg of de bewuste omstandigheid niet op de koop toe heeft genomen en dus ook niet heeft gewild. Het verwijt dat deze verdachte wordt gemaakt, houdt in dat hij welbewust een zorgvuldigheidsnorm schendt en daarmee een onacceptabel risico neemt, ter-

wijl hij er – ten onrechte – van uitgaat dat dit risico zich niet zal verwezenlijken.

De met onbewuste schuld handelende dader neemt, in tegenstelling tot de met bewuste schuld handelende dader, niet bewust risico’s. Het verwijt dat hem wordt gemaakt is dat hij zich op het moment dat het erom ging niet bewust was van de op hem rustende zorgvuldigheidsnorm, terwijl hij deze wel tot zich door had moeten laten dringen. Door dit door hem niet bewust genomen risico wordt een bepaald gevolg veroorzaakt of doet zich een bepaalde omstandigheid voor. De op dat moment aanwezige risico’s waren – anders gezegd – even niet *top of mind*. Een bekend voorbeeld is natuurlijk de automobilist die met zijn passagier zit te keuvelen en daardoor de aandacht niet meer op de weg heeft. Indien hij dan een aanrijding veroorzaakt, wordt hem verweten dat hij, hoewel hij in algemene zin natuurlijk weet dat hij zijn aandacht te allen tijde op de weg dient te houden, die norm op dat moment niet tot zich heeft laten doordringen. Het is overigens moeilijk te zeggen of dit verwijt ernstiger is dan bewust nemen van een risico en vertrouwen op een goede afloop.

3. Culpa in de Kamerbrief 2019, het Voorontwerp 2020 en het Wetsvoorstel 2021

In de Kamerbrief 2019 werd voor het eerst het wetsvoornemen geuit om seks tegen de wil van de ander niet alleen strafbaar te stellen indien deze is voorafgegaan door ‘expliciete verbale signalen en gedrag’, maar ook wanneer sprake is van ‘(non-) verbale signalen en gedrag waaruit die onvrijwilligheid kan worden afgeleid, bijvoorbeeld wanneer iemand voorafgaand aan of tijdens de seksuele handelingen een weifelende, wisselende of licht afhoudende houding inneemt’.¹⁹ Aanwijzingen dat het (verdergaande) seksueel contact ongewild is – oftewel: in geval van ‘feiten en omstandigheden die aanleiding behoren te geven tot het vermoeden dat seksuele handelingen mogelijk niet vrijwillig zijn’ – zouden tot een onderzoeksplicht leiden. Zet degene die het (verdergaande) seksuele contact initieert desondanks door, dan kan dat – zo was het voornemen – tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leiden. Is de aangevergaandeweg de seksuele interactie bijvoorbeeld terughoudender en minder gepassioneerd geworden, dan kan het nalaten van het doen van navraag een strafbaar feit opleveren. Wij concludeerden daarom al eerder dat deze voorgestelde strafbaarstelling van culpoze seks tegen de wil een aanmerkelijke verruiming van de strafwet tot gevolg zou hebben.²⁰

15 Zie HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718, NJ 2019/103 m.nt. Wolswijk, r.o. 5.3.2. De Hoge Raad legt uit dat ‘onder “de naar algemene ervaringsregels aanmerkelijke kans” dient te worden verstaan de in de gegeven omstandigheden reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid’. Voorwaardelijk opzet is hiermee een ongelukkig gekozen term. Het gaat immers niet om een handelen onder een bepaalde voorwaarde, maar om het op de koop toenemen van nevengevolgen, van eventualiteiten. Daarmee is de Duitse term *Eventualvorsatz* accurater. Het gaat dus om kansopzet.

16 Zie bijv. HR 19 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:384, NJ 2019/150.

17 Wij doelen hier op de zogenoemde Porsche-situaties. Zie HR 15 oktober 1996, NJ 1997/199 m.nt. A.C. 't Hart.

18 De Hullu 2021, ond. IV.5.2; Ter Haar & Meijer 2018, p. 63-72.

Let wel: er is wel een verschil aanwijsbaar tussen het voor de bewuste culpa vereiste nemen van ‘onacceptabele risico’s’ en het voor het voorwaardelijk opzet vereiste ‘aanmerkelijke kans’, doch dit betreft complexe materie en is voor de in dit artikel aan de orde zijnde problematiek niet direct relevant.

19 Kamerbrief 2019, p. 4.

20 Zie Ter Haar, Kesteloo & Korthals 2019, p. 253. Zie tevens Schreurs, Van der Ham & Hamers 2019, p. 781.

Dit voornemen werd geconcretiseerd in het Voorontwerp 2020, waarin werd voorgesteld om seksuele handelingen tegen de wil strafbaar te stellen wanneer iemand ‘weet of redelijkerwijs moet vermoeden’ dat de seksuele handelingen onvrijwillig zijn. In de daarbij horende memorie van toelichting is – mede onder verwijzing naar eerder door ons beschreven uitspraken van feitenrechters²¹ – verduidelijkt wanneer sprake is van opzettelijke dan wel culpoze seksuele interactie tegen de wil:

‘Bij de opzetvariant (weten) van handelingen tegen de wil kan het gaan om situaties waarin iemand seksuele handelingen bij een ander verricht of bij zichzelf laat verrichten terwijl die ander duidelijk “nee”, “ik wil dit niet”, of “niet doen” of woorden van gelijke strekking heeft gezegd. Bij het voorwaardelijk opzet (bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden dat de handelingen tegen de wil van de ander plaatsvinden) kan worden gedacht aan het (blijven) verrichten (of ondergaan) van seksuele handelingen, ondanks (verschillende) duidelijke fysieke tegenreacties van de ander, zoals expliciet afhoudend gedrag (bijvoorbeeld wegduwen van de ander) en/of huilen en/of bevriezen). Bij de schuldvariant kan het gaan om het niet opmerken van signalen die duiden op ongewild seksueel contact die redelijkerwijs wel hadden moeten worden opgemerkt. Hierbij gaat het om signalen die ieder normaal denkend mens redelijkerwijs had moeten opmerken als ontbrekende wil bij de ander. Daarbij kan de dader worden verweten dat deze, ondanks dat de feiten en omstandigheden daartoe aanleiding gaven, geen onderzoek heeft gedaan of de handelingen niet tegen de wil van het slachtoffer plaatsvonden. Met andere woorden: de dader is nonchalant of onvoorzichtig geweest. Te denken valt aan de situatie dat de ander voorafgaand aan of tijdens de seks een weifelende of wisselende houding aanneemt. Dat kan verbaal zijn (bijvoorbeeld “ik weet niet of ik dit wel zo fijn/lekker/prettig vind”), maar ook non-verbaal (bijvoorbeeld licht afhoudend gedrag, zoals een hand wegduwen, of het vertonen van tekenen van pijn). Of aan de situatie dat de ander “bevriest” of “verstijft” bij aanvang van of tijdens de seks of vertoont nauwelijks signalen van fysieke (inter)actie. Dergelijk gedrag kan overigens soms (in combinatie met bijkomende factoren als expliciet afhoudend gedrag of huilen) ook juist duiden op opzet (weten).’²²

Het doorgaan met seksuele handelingen, terwijl de ander duidelijk afhoudend gedrag vertoont, levert volgens de memorie van toelichting dus opzettelijke seksuele interactie tegen de wil op.²³ De initiator van de (verdergaande) seksuele interactie heeft dan immers bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat deze tegen de wil van

de ander plaatsvindt.²⁴ Bij de bespreking van de schuldvariant van de strafbaar te stellen seksuele interactie richt de wetgever zich voornamelijk op gevallen van onbewuste schuld, waarin bepaalde uitlatingen of gedrag aanleiding hadden moeten geven tot het doen van nader onderzoek naar de vrijwilligheid van de seksuele interactie. De gegeven voorbeelden van strafwaardig gedrag omvatten ook subtiele afwijzingen van seksueel contact (‘licht afhoudend gedrag’, ‘nauwelijks interacteren’). Noemenswaardig is dat op onderdelen wordt gesuggereerd dat het gemaakte verwijt is dat bepaalde signalen niet zijn opgemerkt (maar wel hadden moeten worden opgemerkt),²⁵ terwijl het strafrechtelijke verwijt moet zijn dat – op basis van de opgemerkte signalen – dit niet heeft geleid tot het staken van de seks dan wel tot nader onderzoek naar de vrijwilligheid daarvan. Het gaat dus om bewustheid ten aanzien van de signalen en onbewustheid ten aanzien van de mogelijke onvrijwilligheid aan de zijde van de ander.

Dan nu naar het Wetsvoorstel seksuele misdrijven dat thans in consultatie is gegeven.²⁶ Net als in de Kamerbrief van 2019 stelt de minister daarin voorop dat seks vrijwillig behoort te zijn, maar hij stelt dat het – in geval van schuldverkrachting – de ‘ernstige nalatigheid in plaats van opzettelijk handelen’ is die een eigen strafbaarstelling rechtvaardigt.²⁷ De ondergrens voor strafrechtelijke aansprakelijkheid komt daarmee ‘te liggen bij een ernstige reden om te vermoeden dat de wil bij de ander ontbrak met betrekking tot het seksuele contact’.²⁸ Over wat een ernstige reden is om te vermoeden dat seksueel contact onvrijwillig is, staat in de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel 2021 het volgende (cursiveringen toegevoegd):

‘In de *ernstige schuldvarianten* van aanranding en verkrachting staat de vraag centraal naar wat iemand uit de feiten en omstandigheden had moeten afleiden over de ontbrekende wil bij de ander. Feiten en omstandigheden die aanleiding kunnen geven tot een ernstig vermoeden van de ontbrekende wil bij de ander zijn de aanwezigheid van *duidelijke* contra-indicaties voor een positieve wil bij de ander, zoals een

21 Ter Haar, Kesteloo & Korthals 2019, p. 248-250; Memorie van toelichting bij voorontwerp wetsvoorstel seksuele misdrijven, gepubliceerd 12 mei 2020, te raadplegen via rijksoverheid.nl, p. 36-38, (hierna: MvT Voorontwerp 2020).

22 MvT Voorontwerp 2020, p. 35.

23 Zie ook MvT Voorontwerp 2020, p. 36.

24 Opgemerkt zij dat de memorie van toelichting bij het Voorontwerp op onderdelen niet uitblinkt in duidelijkheid. Zo wordt enerzijds gesteld dat ‘[e]n kenbaar “nee” van de ander (...) reden is om te stoppen met de seksuele handelingen om na te gaan of de ander de handelingen wel wil’, hetgeen duidt op een schuldredenering (onderzoeksplicht). Anderzijds is – op dezelfde pagina – te lezen dat ‘[b]ij een kenbaar “nee” en/of expliciet afhoudend gedrag (...) op zijn minst de aanmerkelijke kans [wordt] aanvaard dat er seksuele handelingen tegen de wil van de ander plaatsvinden’, hetgeen betekent dat in geval van een ‘kenbaar “nee” sprake is van voorwaardelijk opzet. Zie MvT Voorontwerp Seksuele Misdrijven, p. 36. Zie in dit verband ook par. 5.

25 Zo staat er: ‘Bij de schuldvariant kan het gaan om het niet opmerken van signalen die duiden op ongewild seksueel contact die redelijkerwijs wel hadden moeten worden opgemerkt. Hierbij gaat het om signalen die ieder normaal denkend mens redelijkerwijs had moeten opmerken als ontbrekende wil bij de ander.’

26 Het onderzoek dat aan deze bijdragen ten grondslag ligt, is afgesloten in mei 2022.

27 MvT Wetsvoorstel 2021, p. 11.

28 MvT Wetsvoorstel 2021, p. 7.

ongelijkwaardige uitgangspositie of *evident* (non)verbaal terughoudend gedrag. Hierbij gaat het om voor ieder weldenkend mens *niet te missen* uiterlijk waarneembare contra-indicaties waaruit een ontbrekende wil bij de ander had moeten worden afgeleid. Factoren die hierbij een rol kunnen spelen zijn onder meer de plaats waar of het gezelschap waarin het seksuele contact plaatsvindt, de wijze waarop het contact plaatsvindt en de relatie tussen de betrokkenen.

Als gevolg van de nieuwe ondergrens voor strafrechtelijke aansprakelijkheid in de schulddelicten komt er meer verantwoordelijkheid te liggen bij degene die seksueel contact initieert om in het oog te houden of wel sprake is van een positieve wil bij de ander. Dit kan ertoe leiden dat iemand strafrechtelijk aansprakelijk kan zijn wegens het plegen van seksuele handelingen als gevolg van ernstig onachtzaam of zeer onoplettend handelen. Hiervan kan ook sprake zijn als iemand zichzelf in een situatie brengt waarin diegene niet in staat is om alert te zijn op de positie van de ander, bijvoorbeeld door gebruik van drank of drugs, en als gevolg hiervan ten onrechte ervan uitgaat dat sprake is van een positieve wilsuiting bij de ander.²⁹

De ondergrens voor strafbaarheid wordt nog steeds gelegd bij onbewuste schuld ('zeer onoplettend handelen') en daarmee bij de vraag wat iemand op grond van de feiten en omstandigheden had moeten weten over de positie van de ander ten opzichte van het seksuele contact.³⁰ Tegelijkertijd lijkt blijkens de gekozen bewoordingen en voorbeelden in de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel seksuele misdrijven 2021 toch te zijn gekozen voor een meer beperkende insteek. De terminologie uit deze memorie van toelichting verschilt namelijk sterk van de eerdere beschrijvingen van de aangekondigde strafbaarstelling (Kamerbrief 2019 en Voorontwerp 2020). Dat de verdachte strafbaar is wanneer hij 'redelijkerwijze moest vermoeden dat de seks onvrijwillig is' – een kernfrase uit het Voorontwerp 2020 – heeft het Wetsvoorstel 2021 (om ons onduidelijke redenen) in ieder geval niet gehaald. Juist de voorbeelden die blijken gaven van de ruimhartige verruiming van de strafwet, zijn niet meer terug te vinden in het uiteindelijke wetsvoorstel. Om op ons eerdere voorbeeld terug te komen: waar een terughoudende, minder hartstochtelijke opstelling tijdens de seksuele interactie volgens de eerdere standaard wel tot nader onderzoek noopt, is het sterk de vraag of dit ook een 'duidelijke' of 'niet te missen' contra-indicatie oplevert. En waar het volgens het Voorontwerp 2020 bij de schuldvariant nog ging om signalen die ieder normaal denkend mens tot onderzoek hadden moeten aanzetten,³¹ wordt nu uitgegaan van 'voor ieder weldenkend mens niet te missen uiterlijk waarneembare contra-indicaties waaruit een ontbrekende wil bij de ander had moeten worden afgeleid'.

29 Idem.

30 MvT Voorontwerp 2020, p. 41.

31 MvT Voorontwerp 2020, p. 35.

4. Ernstige redenen hebben om te vermoeden

In het Wetsvoorstel 2021 is – zonder nadere toelichting – gekozen voor een ander criterium. Dat criterium lijkt niet alleen taalkundig, maar ook – gezien de concrete uitwerking en gegeven voorbeelden – strenger te zijn. In deze paragraaf onderzoeken wij wat de thans voorgestelde culpaformulering 'ernstige redenen hebben om te vermoeden' precies betekent. Wordt deze inderdaad gezien als een strengere culpavorm dan het 'redelijkerwijs moeten vermoeden'? En hoe verhoudt zij zich tot voorwaardelijk opzet?

De thans voorgestelde culpaformulering 'ernstige redenen hebben om te vermoeden' komt men in verschillende delictomschrijvingen tegen, zoals de strafbaarstellingen van verspreiding ter opruiing (art. 132 Sr)³² en van het – kort gezegd – verspreiden van afbeeldingen of voorwerpen met een aanstotelijk karakter (art. 240 Sr).³³ Wat opvalt is dat deze culpavorm vaak in hetzelfde artikel, dus met dezelfde strafbedreiging, naast de opzetvariant wordt genoemd. Een voorbeeld hiervan is artikel 197a lid 1 Sr:

'Hij die een ander behulpzaam is bij het zich verschaffen van toegang tot of doorreis door Nederland (...), of hem daartoe gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaft, terwijl *hij weet of ernstige redenen heeft te vermoeden* dat die toegang of doorreis wederrechtelijk is, wordt als schuldig aan mensensmokkel gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie.' (cursivering auteurs)

In het kader van artikel 197a Sr zijn dus naast elkaar opgenomen een bijkomend (voorwaardelijk) opzet ('weten') en een bijkomende culpa ('ernstige redenen heeft te vermoeden'). Met de 'ernstige redenen had te vermoeden' moet het gaan om grove schuld; slechts ernstige onachtzaamheid kan de strafrechtelijke aansprakelijkheid mede funderen.³⁴ In zoverre lijkt er – los van het taalkundige aspect – weinig verschil te zijn tussen de

32 Hierin gaat het om (onder meer) het verspreiden van een geschrift of afbeelding waarin tot enig strafbaar feit of tot gewelddadig optreden tegen het openbaar gezag wordt opgeruid, indien de verdachte (weet of) ernstige redenen heeft om te vermoeden dat in het geschrift of de afbeelding opruiing voorkomt.

33 In de strafbaarstelling van art. 240 Sr gaat het om het openlijk tentoonstellen, aanbieden of (niet op verzoek) toezenden van een afbeelding of voorwerp terwijl de verdachte (weet of) ernstige redenen heeft om te vermoeden dat de afbeelding of het voorwerp een aanstotelijk karakter heeft. Daarbij is dus wel vereist dat de gedraging, bijvoorbeeld het verspreiden, opzettelijk wordt verricht. Schuld (vanwege ernstige redenen om te vermoeden) wordt vereist ten aanzien van de aard van hetgeen wordt verspreid.

Ook treffen we de uitdrukking 'terwijl hij weet of ernstige redenen heeft om te vermoeden' aan in bijv. art. 119 lid 1 en 2 Sr, art. 240 Sr, art. 285a lid 1 Sr, art. 10a lid 1 sub 3° Opiumwet.

34 Zie: *Kamerstukken II 1991/1992*, 22142, nr. 6, p. 21 (memorie van antwoord) en Concl. A-G Paridaens 2 oktober 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1063.

beide culpaformuleringen.³⁵ Dat is ook wel logisch, aangezien culpa nu eenmaal grove schuld impliceert, hoe men het ook formuleert.

De culpaformulering ‘ernstige reden om te vermoeden’ is door de wetgever bij invoering van artikel 97b Sr gekozen om te voorkomen dat de juistheid van het vermoeden bewezen moet worden. In het kader van dat artikel, waarin het gaat om het verschaffen van stoffelijke steun aan het voorbereiden, bevorderen of teweegbrengen van omwenteling, gaat het om het vermoeden dat het geschikte voorwerp bestemd is tot het verschaffen van die stoffelijke steun.³⁶ Men moet zich dus onthouden van deze gedragingen, ook als later blijkt dat het vermoeden niet klopte, zo werd gesteld. Dit is dan ook een indicatie dat de gekozen culpavorm van ‘ernstige redenen hebben om te vermoeden’ geen verzwaring is van het te maken verwijt, doch slechts bedoeld is om een bepaalde ongewenste situatie te ondervangen.³⁷ In de context van onvrijwillige seks zou dit betekenen dat de verdachte die ernstige reden had om te vermoeden dat de seksuele handelingen onvrijwillig zijn strafwaardig handelt, ook als zijn bedpartner wél wilde. Over de wenselijkheid van die situatie heeft de minister evenwel niets gezegd, anders dan bijvoorbeeld bij de strafbaarstelling van artikel 240 Sr het geval was.³⁸ Een dergelijke situatie kan ook niet beoogd zijn door de wetgever. De wetgeving is immers bedoeld om slachtoffers te beschermen tegen seksuele handelingen die daadwerkelijk onvrijwillig zijn. De veranderde woordkeuze zou daarom in dit geval wel te maken moeten hebben met een veranderd inzicht over de strafbaar te stellen culpavariant.

De discussie over de vraag of deze culpaformulering een zwaardere vorm van onvoorzichtigheid vereist dan het ‘redelijkerwijs moeten vermoeden’ heeft ook gespeeld rond de strafbaarstelling van handelingen ter voorbereiding of vergemakkelijking van illegale hennepcultuur (art. 11a Opiumwet, ‘growshopverbod’). Het bestraffen van ‘verwijtbare naïviteit’³⁹ was een voorname reden voor de minister om in artikel 11a Opiumwet ook een culpavariant op te nemen. Van burgers werd ‘oplettendheid verwacht op verdachte omstandigheden die kunnen duiden op illegale hennepcultuur’.⁴⁰ Gekozen werd voor de frase dat de verdachte ‘weet of ernstige reden

heeft om te vermoeden’ dat de voorwerpen bestemd zijn voor professionele hennepcultuur. De kritiek hierop was (naast het feit dat er überhaupt een culpavariant naast de opzetvariant werd geplaatst) dat de tamelijk verstrekkende onderzoeksplicht die de minister beoogde⁴¹ niet aansloot bij of correspondeerde met de gekozen culpaformulering van de ‘ernstige reden om te vermoeden’:

‘Overziet men de toelichting van de indieners, dan ontstaat het beeld dat de culpavariant in het voorgestelde artikel 11a Opiumwet een tamelijk verstrekkende onderzoeksplicht met zich brengt. Tegelijkertijd kan men de vraag opwerpen of dat ook volgt uit de tekst van het voorgestelde artikel 11a Opiumwet. Daarin wordt immers gesproken over het hebben van ernstige reden om te vermoeden. *Wanneer men ernstige reden heeft om iets te vermoeden, zo zou men kunnen stellen, kan het eigenlijk bijna niet anders dan dat men zich van datgene bewust is. In deze lezing wordt in het voorgestelde artikel 11a Opiumwet bewuste culpa vereist, althans een vereiste gesteld dat dicht tegen bewuste culpa tegen aan ligt.* Relevant is dat bij de invoering van artikel 10a Opiumwet, waaruit enkele formuleringen zijn overgenomen in het voorgestelde artikel 11a Opiumwet, destijds expliciet voor de formulering “ernstige reden om te vermoeden” is gekozen, met als argument dat deze culpavariant als een “tamelijk zware variant” moet worden beschouwd.⁴² [cursivering auteurs]

Borgers en Van Poecke wijzen er in hun artikel op dat het culpavereiste in de wetsgeschiedenis van artikel 11a Opiumwet ook in andere formuleringen wordt gepresenteerd, waaronder als de ogenschijnlijk toch iets minder strenge eis van het redelijkerwijs moeten vermoeden: ‘Dat laat de mogelijkheid open – en wanneer men de diverse onderdelen van de wetsgeschiedenis in onderlinge samenhang leest, lijkt dat ook de intentie van de indieners – dat ook onbewuste culpa onder “ernstige reden heeft om te vermoeden” wordt begrepen.’⁴³

De minister heeft op een later moment kennelijk beseft dat Borgers en Van Poecke een punt hadden waar zij wisten op de ontstane onduidelijkheid als gevolg van de strenge culpaformulering, nu hij zich – in antwoord op Kamervragen – aansloot bij de zienswijze van de auteurs. In reactie daarop stelde hij dat door de strengere formulering van ‘ernstige reden om te vermoeden’ een onderzoeksplicht niet eens meer aan de orde is:

‘De gekozen formulering zorgt er in dit verband juist voor dat niet het subjectieve oordeel(svermogen) van de verdachte bepalend is, maar dat het een objectieerbare situatie betreft. Met andere woorden een

35 Zie J.W. Fokkens, aantekening 4 bij art. 97b (bijgewerkt tot 1 maart 2006) in *Wetboek van Strafrecht* – Noyon, Langemeijer, Rummelink.

36 Idem.

37 Fokkens is er overigens zelf niet van overtuigd dat dit nodig was.

38 Bij de strafbaarstelling van art. 240 Sr is uitdrukkelijk niet gewild dat ook een onjuist vermoeden tot strafbaarheid leidt, zie (onder verwijzing naar Kamerstukken II 1926/27, nr. 95): A.J. Machielse, aantekening 4 bij art. 240 (bijgewerkt tot 13 juli 2012) in *Wetboek van Strafrecht* – Noyon, Langemeijer, Rummelink.

39 *Kamerstukken II 2010/11, 32842, nr. 3, p. 7*; zie daarover M.J. Borgers & E. van Poecke, ‘Op weg naar het einde: de strafbaarstelling van voorbereiding en vergemakkelijking van professionele hennepcultuur’, *Ars Aequi* 2012, p. 176.

40 Borgers en Van Poecke stellen in dit verband treffend dat er vooral ‘niet te veel moest worden gesteggeld over de vraag of de betrokkene wel wist dat het betreffende middel zou worden aangewend voor de professionele of grootschalige hennepcultuur’ (Borgers & Van Poecke 2012, p. 176).

41 De situatie van het niet betrachten van voldoende oplettendheid of van het onvoldoende kritisch beoordelen van de concrete omstandigheden leek binnen het bereik van de strafbaarstelling te komen.

42 Borgers & Van Poecke 2012, p. 178.

43 Idem.

situatie, waarin de betrokkene als gewoon denkend mens niet anders had kunnen doen dan moeten vermoeden dat hij voorbereidingsmiddelen ter beschikking stelde om bepaalde Opiumwetdelicten te plegen. *Hieruit volgt tevens dat er geen sprake is van een onderzoekspllicht.* Met deze uitleg van de voorgestelde strafbaarstelling sluit ik ook aan bij het artikel in *Ars Aequi* waarnaar de heer Van der Ham verwees.⁴⁴ [cur-sivering auteurs]

Los van het feit dat dit niet helemaal is wat de auteurs in hun artikel betoogden, wordt wel duidelijk dat uiteindelijk ook de wetgever uitgaat van een zeer grote mate van onvoorzichtigheid in die zin dat de aanwijzingen dusdanig zijn dat zonder nader onderzoek al duidelijk had kunnen of moeten zijn dat sprake was een foute situatie. Met een dergelijke omschrijving wordt ook gemikt op een vorm van onbewuste schuld, maar dus niet op een onderzoekspllicht.⁴⁵

Bij de invoering van artikel 197a Sr werd de keuze voor deze formulering gemotiveerd vanuit een ‘behoefte aan een uitdrukking (...) die pregnant doet uitkomen dat alleen grove schuld aanleiding tot strafrechtelijke aansprakelijkheid geeft’.⁴⁶ Borgers en Van Poecke wijzen er terecht op dat hoewel de term ‘grove schuld’ ook wel wordt gebezigd als algemene aanduiding voor culpa, ‘de minister hier toch lijkt te willen aangeven dat een betrekkelijk zware culpavariant wordt beoogd, vooral omdat de minister duidelijk maakt – in reactie op een vanuit de Tweede Kamer voorgestelde wijziging – geen voorstander te zijn van een *verlaging* van de aansprakelijkheidsdrempel door het criterium “redelijkerwijs kunnen vermoeden” in de delictsom-schrijving op te nemen’.⁴⁷ Zij leiden hieruit af dat voor strafbaarheid op grond van het voorgestelde artikel 11a Opiumwet (waar hun artikel op ziet) niet (uitsluitend) de onvoldoende oplettendheid of een onvoldoende kritische beoordeling volstaat. Er zou veeleer sprake dienen te zijn van omstandigheden waarin de bestemming van de voorwerpen zich als het ware opdringt aan de betrokkene, zodat het niet anders kan dan dat men zich van die bestemming bewust is geweest.⁴⁸ We weten inmiddels dat wanneer men zich van een bepaalde kans of omstandigheid bewust is geweest, er sprake is van bewuste schuld (of voorwaardelijk opzet).⁴⁹

Het criterium van ‘ernstige redenen hebben om te vermoeden’ roept dus op z’n minst vragen op over de precieze betekenis ervan en daarmee ook de ondergrens van strafbaarheid. Gelet op de oorsprong van het criterium zou er geen materieel verschil moeten bestaan tussen beide culpaformuleringen. Tegelijkertijd wordt het in zowel de literatuur als (inmiddels ook) door de wetgever zelf veelal begrepen als een zwaardere culpavorm.

Niet alleen de afbakening tot ‘redelijkerwijs vermoeden’ is onduidelijk, ook die tot voorwaardelijk opzet is een breinbreker. Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van het (initiatief)wetsvoorstel tot de strafbaarstelling van de prostituant die weet of had moeten weten dat hij betaalt voor seks met iemand die wordt uitgebuit (i.e. slachtoffer is van mensenhandel).⁵⁰ Ook in dat kader worstelde de wetgever met (vormen van) culpa. In het oorspronkelijke voorstel ging het om het bestraffen van ‘hij die seksuele handelingen verricht met een ander, terwijl hij weet of *redelijkerwijs moet vermoeden* dat die ander zich onder de in artikel 273f, eerste lid, onder 1°, Sr bedoelde omstandigheden beschikbaar stelt tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling’. In de toelichting hierop werd door de indieners de volgende uitleg gegeven van het ‘redelijkerwijs moet vermoeden’:

‘In de meeste gevallen zal de prostituant die expliciete kennis [van het feit dat het om een slachtoffer van mensenhandel gaat, auteurs] waarschijnlijk niet hebben, maar kan wel sprake zijn van andere factoren op grond waarvan de prostituant had moeten begrijpen dat hij te maken had met een slachtoffer van mensenhandel. Dit wordt tot uitdrukking gebracht met de term “redelijk vermoeden” in de voorgestelde wettekst. De initiatiefnemers zijn van mening dat degene die gebruik maakt van de seksuele diensten van een slachtoffer van mensenhandel, strafbaar moet zijn indien hij *ondanks voor de gemiddelde mens kenmerkende signalen die op dat slachtofferschap duiden, niet afziet van het gebruik maken van die diensten*. De initiatiefnemers achten dit gedrag laakbaar en strafwaardig. Degene die met de kennis van die omstandigheden toch gebruik heeft gemaakt van dergelijke seksuele diensten bevond zich in de situatie dat hij het gebruikmaken daarvan had kunnen vermijden en had dienen te vermijden.

Bij de eventuele vervolging van de klant zal veelal de vraag rijzen of deze redelijkerwijs had moeten vermoeden dat hij seksuele handelingen verrichtte met een slachtoffer van mensenhandel. Daarbij is van groot belang welke signalen van slachtofferschap aanwezig waren. Deze signalen moeten ieder op zich of in de combinatie met elkaar duidelijk genoeg zijn om voor een ieder tot de gevolgtrekking te kunnen komen dat er sprake is van het aanbieden van seksuele diensten voortkomend uit slachtofferschap van mensenhandel. De initiatiefnemers denken daarbij aan signalen die betrekking hebben op het slachtof-

44 *Kamerstukken II* 2012/13, 32842, nr. 13, p. 7. Van der Ham verwees inderdaad naar het eerder genoemde artikel van Borgers & Van Poecke 2012, zie *Handelingen II* 2011/12, nr. 77, item 30, p. 76.

45 Illustratief is dat de term ‘onderzoekspllicht’ in de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel 2021 slechts eenmaal wordt genoemd, maar niet in de context van schuldverkrachting of -aanranding, maar waar het gaat om de leeftijd en (kwetsbare) situatie van een kind als geobjectiveerd bestanddeel.

46 Onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 1991/92, 22142, nr. 6, zie Concl. A-G Vegter vóór HR 9 maart 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BJ3247, punt 11-12 en Borgers & Van Poecke 2012, p. 178.

47 Borgers & Van Poecke 2012, p. 178.

48 Borgers & Van Poecke 2012, p. 178.

49 Indien men die kans ook aanvaardt i.p.v. vertrouwt op een goede afloop.

50 Thans strafbaar gesteld in art. 273g Sr.

fer zelf, op de omgeving waarin de seksuele diensten worden aangeboden of op de wijze waarop prostituanten in contact worden gebracht met het slachtoffer in kwestie.⁵¹

In een van de amendementen op het voorstel werd voorgesteld om het ‘redelijkerwijs moet vermoeden’ te vervangen door ‘ernstige reden heeft om te vermoeden’,⁵² hetgeen is overgenomen.⁵³ Het zou een ‘werkbaar vervolgingspraktijk’ niet in de weg staan, maar wel voorkomen dat prostituanten onnodig gecriminaliseerd worden. De toelichting luidt verder als volgt:

‘Met deze nota van wijziging wordt in navolging van het amendement de zinsnede “redelijkerwijs moet vermoeden” in de strafbepaling vervangen door “ernstige reden heeft om te vermoeden”. *Het betreft hier bewuste schuld. Dat betekent dat iemand pas strafbaar is als het niet anders kan dan dat hij zich bewust was van het slachtofferschap van mensenhandel. Het gaat hier om de zwaarste vorm van schuld.* Het verschil met gewone culpa (het redelijkerwijs moeten vermoeden) is dat gewone onachtzaamheid of onoplettendheid niet tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leidt.⁵⁴ [cursiveringen auteurs]

Deze uitleg is om drie redenen interessant. Allereerst geeft die er blijk van dat het criterium van ernstige reden ook in de context van deze wetgeving inderdaad bedoeld is als een zwaardere culpavorm. Ten tweede zien we hier dat de minister er ten onrechte van uitgaat dat het criterium van ‘ernstige redenen’ ziet op bewuste schuld. Dat is onjuist. Het gaat niet om iemand die zeer wel voorzag dat de prostituee slachtoffer van mensenhandel zou kunnen zijn, maar lichtzinnig dacht dat het goed zou zitten (bewuste schuld), maar om iemand die dit niet had voorzien, maar dit wel had kunnen voorzien als hij beter had nagedacht over de hem op dat moment bekende aanwijzingen (onbewuste schuld). Het toch handelen (dus: toch seksuele handelingen verrichten) ondanks de geconstateerde signalen die maken dat de dader zich bewust is van de kans op uitbuiting, duidt op aanvaarden en daarmee op opzet. Zo bezien is er eigenlijk weinig ruimte voor de bewuste variant van de culpa, omdat het moeilijk voorstelbaar is dat iemand in die situatie vertrouwt op een goede afloop (‘ze zal wel geen slachtoffer zijn’). Anders gezegd: het bewustzijn ten aanzien van de signalen die duiden op slachtofferschap, maakt niet dat sprake is van bewuste schuld. Het verwijt dat hij de opgemerkte signalen op zich had moeten laten inwerken, duidt op onbewuste schuld (ten aanzien van het slachtofferschap van mensenhandel). In het verlengde hiervan constateren wij dan ook ten derde dat de situatie die de minister in dit voorbeeld schetst eigenlijk op opzet wijst. Is de prostituant zich bewust van het slachtofferschap van mensenhandel en heeft hij toch

seks met deze persoon, dan is sprake van opzet. Wij komen daar straks, in het kader van onvrijwillige seks, nog op terug.

Volgens Vellinga ligt de verklaring voor het feit dat de wetgever door (zoals in art. 197a Sr) in één adem strafbaar te stellen het weten en het ernstige reden hebben om te vermoeden, in het feit dat hij qua strafwaardigheid kennelijk niet steeds verschil lijkt te zien tussen de doleuze en de culpoze variant van dergelijke delicten. Hij stelt: ‘Bij die delicten heeft de wetgever zich kennelijk niet laten leiden door het verschil in strafwaardigheid van de opzettelijke en de culpoze variant van die delicten maar prioriteit gegeven aan het treffen van een voorziening voor moeilijkheden bij het bewijs van het weten waaronder doorgaans overigens ook het voorwaardelijk opzet pleegt te worden begrepen.’ Ook uit de toelichting van de minister bij de invoering van de strafbaarstelling van artikel 11a Opiumwet en het gekozen criterium van ernstige redenen, blijkt dat hij daarmee een oplossing wil bieden voor de situatie waarin het bewijs voor het willens en wetens handelen moeilijk ligt.⁵⁵ Zo bezien is er geen sprake van een duidelijk aanwijsbaar verschil tussen het hebben van ernstige redenen om te vermoeden dat de seks onvrijwillig was en voorwaardelijk opzet bij het – in die wetenschap – doorzetten van de seksuele handelingen.

Het College van procureurs-generaal heeft zich achter de voorgestelde wijziging van de culpaformulering bij schuldverkrachting (Wetsvoorstel 2021) geschaard:

‘Het in het voorontwerp voorgestelde “redelijkerwijs moet vermoeden” in de schuldvariant is door “ernstige reden heeft om te vermoeden”. Het is, zoals het College eerder opmerkte in zijn advies over het voorontwerp, niet de bedoeling dat het strafrecht kan worden ingezet na iedere mislukte flirt of vrijpartij. Met de voorgestelde formulering is, naar het oordeel van het College, een voldoende hoge drempel opgeworpen tegen het al te snel ontstaan van strafrechtelijke aansprakelijkheid.’⁵⁶

Dat ‘iedere mislukte flirt of vrijpartij’ tot een veroordeling kan leiden als de eis ‘slechts’ is dat de verdachte redelijkerwijs had moeten vermoeden dat de seks onvrijwillig was, durven wij te betwijfelen. Ook onbewuste

51 Kamerstukken II 2014/15, 34091, nr. 3, p. 8-9.

52 Kamerstukken II 2015/16, 34091, nr. 13.

53 Kamerstukken II 2015/16, 34091, nr. 16.

54 Idem.

55 Zie W.H. Vellinga, *Van mate van schuld: over ondergrens (en bovengrens) van de culpa in het Nederlandse strafrecht* (Preadvies). In: Preadviezen 2012 van de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland Boom Juridische uitgevers 2021, p. 141-197, zie par. 5.10.4. De toelichting van de minister is: ‘Tegen deze achtergrond zie ik geen reden voor het ingediende amendement (...) dat strekt tot het schrappen van “ernstige reden om te vermoeden”. (...) De additionele ruimte die is gecreëerd door “ernstige reden om te vermoeden” maakt het mogelijk om juist die gevallen onder de Opiumwet te brengen, waarin het bewijs van het willens en wetens handelen niet rond te krijgen is, terwijl elk weldenkend mens dit handelen achterwege had gelaten omdat het voor hem duidelijk was dat hij daarmee het plegen van een Opiumwetdelict zou faciliteren. Ik wil het amendement dan ook ontraden.’ (*Kamerstukken II 2012/13, 32842, nr. 13, p. 7*).

56 College van procureurs-generaal, Advies wetsvoorstel seksuele misdrijven (d.d. 11 juni 2021), p. 4-5.

schuld in de zin van ‘redelijkerwijs vermoeden’ (inclusief onderzoeksplicht) ziet op een *grove* onachtzaamheid. Het zal steeds afhangen van de omstandigheden van het geval of de verdachte beter had moeten weten, maar over die omstandigheden zegt het College niets.

5. Opzet- en schuldverkrachting

De vraag rijst hoe de vertaling en toepassing van de leerstukken opzet en culpa naar de context van onvrijwillige seks eruitziet. Iets anders geformuleerd: wanneer is sprake van opzet dan wel culpa met betrekking tot de vrijwilligheid van de seks? Wanneer de verdachte bepaalde signalen die wijzen in de richting van onvrijwilligheid opmerkt en daar niets mee doet maar gewoon doorzet, dan zal toch snel gezegd kunnen worden dat hij uiteindelijk een keuze heeft gemaakt tegen de lichamelijke en seksuele integriteit van het slachtoffer en daarmee de kans op onvrijwilligheid heeft aanvaard. Er kunnen ook buiten de eerder aangehaalde verkeerssituaties zogenoemde contra-indicaties zijn voor voorwaardelijk opzet, dat wil zeggen: indicaties die tot de gevolgtrekking zouden kunnen leiden dat de verdachte toch niet heeft aanvaard (gewild).⁵⁷ Die ruimte lijkt ons in het kader van (on)vrijwillige seks evenwel beperkt. Het is immers moeilijk voorstelbaar dat iemand die daadwerkelijk op de hoogte is van (signalen die duiden op) de onvrijwilligheid van de ander en desondanks besluit om door te gaan met de seksuele handelingen, erop vertrouwd dat het (toch) wel goed zou zitten of komen qua vrijwilligheid. Wij zien daarom, net als in de context van de strafbare prostituut, weinig ruimte voor bewuste schuld binnen het kader van de (on)vrijwillige seks.

Wel is bijvoorbeeld denkbaar dat een verdachte in zijn naïviteit heeft gedacht dat het slachtoffer *hard to get* speelde of gemengde signalen afgaf,⁵⁸ waardoor de situatie toch is onderschat, of dat de verdachte in het moment de signalen, verblind door lust, onvoldoende op zich heeft laten inwerken. In die situaties lijkt ons evenwel eerder sprake te zijn van onbewuste schuld, nu de verdachte er op dat moment niet bij stilstaat dat signalen worden afgegeven waaraan hij gehoor moet geven. In het kader van de (on)vrijwillige seks is de geldende zorgvuldigheidsnorm dat eventuele signalen van de ander die erop zouden kunnen duiden dat van vrijwilligheid geen sprake is, serieus zijn te nemen, ofwel door niet door te zetten ofwel door op dat moment na te gaan of de ander wel wil.⁵⁹ Van onbewuste schuld is sprake als

de situatie door de verdachte is onderschat in die zin dat hij er geen rekening mee heeft gehouden dat hij wel eens seks zou kunnen gaan hebben met iemand die daar niet vrijwillig aan deelneemt, terwijl hij hier – gelet op de door hem geconstateerde door de ander afgegeven signalen – wel degelijk rekening mee had dienen te houden. Hij is zich dus niet bewust geweest van het risico dat hij de seksuele en lichamelijke integriteit van de ander zou kunnen schenden, terwijl hij zich daarvan wel bewust had moeten zijn gelet op hetgeen hij zag en/of hoorde. De signalen merkte hij dus wel degelijk op. Let wel: dit is dus iets anders dan de situatie waarin de verdachte *de signalen* simpelweg niet heeft opgemerkt.⁶⁰

Het Wetsvoorstel 2021 en de bijbehorende memorie van toelichting zijn wat ons betreft dan ook verwarrend ten aanzien van de toepassing van culpa in de sekscontext. Allereerst wordt – zonder uitleg – in het Wetsvoorstel 2021 een ander criterium geïntroduceerd. Ten tweede is voor een criterium gekozen waarvan de betekenis niet direct duidelijk is, hetgeen onze exercitie in paragraaf 4 illustreert. Zo zijn er aanwijzingen dat het criterium niets anders zou moeten betekenen dan het criterium van het ‘redelijkerwijs moeten vermoeden’,⁶¹ maar er zijn bijvoorbeeld ook auteurs die erop wijzen dat het vooral bedoeld is als een alternatief voor opzet, teneinde bewijsrechtelijke discussies over het wilsaspect te voorkomen. Waar het gaat om het Wetsvoorstel 2021, concluderen wij evenwel dat de minister het criterium van ernstige reden bedoeld heeft als een verzwaaring van de culpavariant. Ten derde is verwarrend dat de uitleg van de minister niet goed aansluit op de culpavorm van onbewuste schuld, waarop het criterium van ernstige reden juist ziet. De minister schrijft – in het kader van de voorgestelde strafbaarstelling van schuldaanranding⁶² – over dit criterium bijvoorbeeld het volgende:

‘Voor strafbaarheid is vereist dat de dader ernstige reden heeft om te vermoeden dat de wil bij de ander ontbreekt met betrekking tot het seksuele contact. In deze *bewuste* schuldvariant staat de vraag centraal naar wat iemand *had moeten behoren te weten* over de positie van de ander ten opzichte van seksuele handelingen. Degene die het seksuele contact initieert heeft de verantwoordelijkheid om in het oog te houden of sprake is van duidelijke contra-indicaties voor de aanwezigheid van een positieve wil bij de ander. Hiermee wordt zeker gesteld dat niet uitsluitend situaties waarin iemand ondanks het ontbreken van de wil van de ander het seksueel contact toch heeft doorgezet, maar ook situaties waarin iemand zich bewust was van de mogelijkheid van een ontbrekende

57 HR 30 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:973.

58 Zie bijv. Rb. Rotterdam 9 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9988; Rb. Amsterdam 24 februari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV7126, ook besproken in Ter Haar, Kesteloo & Korthals 2019.

59 Let wel: de hier bedoelde culpanorm is daarmee een zogenoemde secundaire norm, die is afgeleid van de primaire norm. De primaire norm zou hier zijn: ‘gij zult geen seksuele handelingen verrichten met mensen bij die de wil daartoe ontbreekt’. Zie A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprake-*

lijkheid heroverwogen: Over opzet, schuld, schulduitsluitingsgronden en straf (dissertatie RUG), 2008. Van Dijk stelt voorts: ‘Schending van de secundaire norm brengt een ongeoorloofd risico op schending van de primaire norm met zich mee.’ (p. 40).

60 Zie in dit verband ook onze bespreking van het Voorontwerp 2021 in par. 3.

61 Beide criteria brengen immers tot uitdrukking dat het gaat om grove onachtzaamheid.

62 Volgens de minister is deze uitleg rechtstreeks van toepassing op schuldverkrachting, zie MvT Wetsvoorstel 2021, p. 46.

wil bij de ander, maar er desalniettemin ten onrechte van uitging dat de ander instemde, strafbaar zijn.⁶³ (cursiveringen auteurs)

Deze uitleg duidt niet op bewuste schuld, maar op onbewuste schuld: degene die het seksuele contact initieert, had zich bewust moeten zijn van de onvrijwilligheid, maar was zich dat juist niet. Door ten vierde wel te spreken over bewuste schuld, en te kiezen voor een criterium dat daar in principe ook dicht tegenaan zit, rijst bij ons de vraag waarom de minister niet wilde volstaan met voorwaardelijk opzet als ondergrens voor strafbaarheid.

6. Terug naar redelijkerwijs moeten vermoeden?

Het op de Kamerbrief 2019 gebaseerde en in het Voorontwerp 2020 nog voorkomende bestanddeel van ‘redelijkerwijs had moeten vermoeden’ kon worden gezien als een kernelement in de maatschappelijke discussie over de strafbaarstelling van seks tegen de wil, nu deze de koppeling aanbracht met de veelbesproken onderzoekspllicht.⁶⁴ De hogere culpamaatstaf uit het Wetsvoorstel 2021 heeft tot gevolg dat op de verdachte in feite geen onderzoekspllicht meer komt te rusten. Dat betekent dat bepaalde gevallen die blijkens de Kamerbrief 2019 en het Voorontwerp 2020 wel tot strafbaarheid hadden moeten leiden, dat niet meer doen. Wij denken dan bijvoorbeeld aan een slachtoffer dat zich gedurende de voortgang van de seksuele interactie minder actief opstelt. Die minder actieve opstelling kan een signaal zijn dat tot nader onderzoek noopt, maar lijkt ons geen omstandigheid waardoor de onvrijwilligheid zich als het ware opdringt aan de betrokkene.⁶⁵ De strafbaarstelling van schuldverkrachting zou moeten zien op een situatie waarin de verdachte zich niet bewust is geweest van het risico dat hij de seksuele en lichamelijke integriteit van de ander zou kunnen schenden, terwijl hij zich daarvan wel bewust had moeten zijn gelet op hetgeen hij zag en/of hoorde. Twijfelgevallen zullen niet meer snel tot schuldverkrachting leiden; die vereisen weliswaar nader onderzoek, maar leveren niet zonder meer een ernstige reden op om te vermoeden dat de seksuele handelingen onvrijwillig zijn. Overigens is de minister ook op dit punt niet consequent, nu hij ook ge-

woon spreekt over wat de verdachte ‘uit feiten en omstandigheden had moeten afleiden’.⁶⁶

Kiezen voor ‘ernstige reden om te vermoeden’ doet de winst die zou worden geboekt op het terrein van onvrijwillige seks grotendeels teniet. Wij denken dat dat onnodig is, omdat het criterium van redelijkerwijs vermoeden werkbaar, duidelijk en – anders dan lijkt te worden gedacht – niet onbegrensd is. Het bestanddeel ‘redelijkerwijs moet vermoeden’ is het meest bekend uit de schuldhelingsbepaling. In artikel 417bis lid 1, aanhef en onder a, Sr is vastgelegd dat degene die een goed voorhanden heeft, terwijl hij ten tijde van het voorhanden krijgen van het goed redelijkerwijs had moeten vermoeden dat het een door misdrijf verkregen goed betrof, zich schuldig maakt aan schuldheling. Voor het (op hoofdlijnen) vaststellen van de inhoud van deze schuldvariant kan dan ook aansluiting worden gezocht bij de invulling die de Hoge Raad eraan geeft in zijn schuldhelingsrechtspraak.

Het gaat bij de vraag of de verdachte bij het verkrijgen van het goed redelijkerwijs moest vermoeden dat het goed van misdrijf afkomstig was, om de vraag of verdachte, gelet op de omstandigheden waaronder hij het goed verwierf of onder zich kreeg, nader onderzoek had moeten instellen naar de herkomst van het goed. Als die onderzoekspllicht er is en niet wordt nageleefd, is er sprake van de voor schuldheling vereiste aanmerkelijke onvoorzichtigheid ten aanzien van de herkomst. Het hangt van de omstandigheden van het geval af hoe ver de van de verdachte te verwachten voorzichtigheid reikt.⁶⁷ Van belang is hierbij wel dat een schending van een zorgplicht op zich niet voldoende is voor schuld in de zin van artikel 417bis Sr: het moet gaan om een *aanmerkelijke onvoorzichtigheid*.⁶⁸

Uiteraard is de helingscontext niet zonder meer vergelijkbaar met een seksuele context. Waar het bij schuldheling zo is dat de onderzoekspllicht niet te snel moet worden aangenomen,⁶⁹ kan dat bij een een-op-een-interactie binnen een seksuele context anders zijn. Hier gaat het – zeker in het huidige maatschappelijke klimaat – om het herkennen en duiden van directe signalen, waarbij de belangen ook groter zijn. Wat echter wel volledig overeenkomt is dat het bij de al dan niet aanwezigheid van de onderzoekspllicht gaat om de vraag of de aan de verdachte bekende gegevens aanleiding hadden moeten geven tot nader onderzoek. Het is dus niet zo dat het verwijt eruit bestaat dat bepaalde signalen niet zouden zijn opgepikt, maar wel hadden moeten worden opge-

63 MvT Wetsvoorstel 2021, p. 42. De voorbeelden die volgens de minister onder schuldaanranding vallen, lijken wat ruimhartiger gekozen dan die bij schuldverkrachting worden genoemd. Hier wordt in par. 6 nog op teruggesproken.

64 Zie o.a. J. Janssen, ‘Wanneer behoor je te weten dat de ander geen seks wil?’ (Opinie, togacolumn), *NRC* 19 juni 2019; M. de Waal, ‘Als een vrouw niet expliciet “ja” zegt, is al het andere: nee’, *NRC* 24 mei 2019. Ook in series en films is getracht om het grensvlak tussen kenbare en niet-kenbare onvrijwillige seks te belichten (al draait dat soms uit op een discussie over de geloofwaardigheid van de aangeefster). Zie bijv. de film *Promising Young Woman* (2020, reg. E. Fennell); de film *De Zitting* (2021, reg. S. Die-sing); de serie *Anatomy of a Scandal* (2022, reg. S.J. Clarkson).

65 Vgl. Borgers & Van Poecke 2012, p. 178 en onze bespreking in par. 4.

66 Zie par. 3.

67 Zie o.m. HR 23 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1097.

68 Zie HR 17 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9146, *NJ* 1986/428 als-ook de noot van Rozemond onder *NJ* 2014/459.

69 Zie bijv. HR 21 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4080, *NJ* 2009/212; HR 25 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5625, *NJ* 2010/305; HR 14 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3745, *NJ* 2011/286; HR 8 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1691, *NJ* 2014/459 en HR 19 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3191. Zie voorts de in voetnoot 68 vermelde noot voor een overzicht en uitleg.

pikt. Anders gezegd: de signalen (woorden, lichaamstaal, houding) hadden de gemiddelde persoon (criteriumfiguur) aanleiding moeten geven tot twijfel over de vraag of hier wel sprake was van vrijwilligheid. Wanneer die de verdachte die aanleiding niet gaven dan wel hij daar geen gehoor aan gaf, is er bij hem sprake van culpa. Dit is daarmee een vorm van onbewuste schuld: doordat de wel degelijk door hem gesignaleerde signalen de verdachte niet aan het twijfelen hebben gebracht over de vrijwilligheid van het seksuele contact, heeft hij een onderzoeksplicht geschonden waarvan hij zich dus op het moment dat het erom ging niet heeft beseft dat hij die had. Let wel: vereist blijft dus steeds – nu het om culpa gaat – dat er sprake moet zijn van ‘aanmerkelijke onvoorzichtigheid’. De verdachte moet dus met zijn gedrag aanmerkelijk achter zijn gebleven ten opzichte van de standaard die wij aan de gemiddelde persoon in een dergelijke situatie stellen. Daar kan echter binnen een seksuele context sneller sprake van zijn dan bij bijvoorbeeld een Marktplaats-aankoop, nu dit ‘een gedoogde markt is waar op sociaal geaccepteerde wijze in tweedehands goederen wordt gehandeld’.⁷⁰

Opvallend is overigens dat de voorbeelden die volgens de minister onder schuldaanranding vallen wat ruimhartiger lijken te zijn gekozen dan de voorbeelden die bij schuldverkrachting worden genoemd. Hetgeen in dit onderdeel wordt gezegd over de op de initiator van het seksueel contact rustende verantwoordelijkheid (goed in het oog houden of wel sprake is van vrijwilligheid bij de ander) neigt veel meer naar de oorspronkelijke inhoud en bedoeling van de Kamerbief 2019 en het daarop gebaseerde Voorontwerp 2020 en sluit daarmee grotendeels aan op wat ons voor ogen staat voor wat betreft de invulling van de culpoze variant en het behouden van de onderzoeksplicht. Gelet op het belang hiervan wordt de betreffende passage onderstaand volledig weergegeven:

‘Bijzondere alertheid is ook geboden in een overduidelijke ongelijkwaardige uitgangssituatie, zoals een aanmerkelijk leeftijdsverschil en/of verschil in seksuele ervaring tussen betrokkenen, of een getalsmatig overwicht. Een ander voorbeeld van een situatie waarin oplettendheid moet worden betracht betreft experimenteelgedrag tussen jongeren onderling, waarbij over en weer grenzen seksuele grenzen worden verkend. Degene(n) die in voornoemde situaties die hij of zij van tevoren had moeten onderkennen het seksuele contact start(en) kunnen zonder duidelijke tekenen van instemming bij de ander niet eenvoudigweg veronderstellen dat die wil bij de ander er

70 Noot van Rozemond onder NJ 2014/459. Hij geeft hierbij de volgende toelichting: ‘Bij die handel is het mogelijk dat ook gestolen goederen worden aangeboden en wie onoplettend is of geen vragen stelt, loopt een risico dat hij gestolen spullen koopt. Dat risico is echter te laag en de verkoop van tweedehands spullen via deze markten is te normaal om het koopgedrag van de betrokkenen als aanmerkelijk onvoorzichtig te kunnen aanduiden. Dat is een relevant verschil met het kopen van fietsen op straat van onbekende personen. Dat gedrag wijkt te veel af van normaal koopgedrag als het om tweedehands fietsen gaat en het risico is te groot dat het inderdaad gestolen goederen betreft.’

ook is. In voornoemde situaties zal men vooraf moeten verifiëren bij de ander of seksueel contact ook zijn of haar instemming heeft om aan strafrechtelijke aansprakelijkheid te ontkomen. Bij evidente signalen van een ontbrekende wil kan worden gedacht aan verschillende en/of voortdurende signalen die duiden op terughoudendheid bij de ander, zoals een weifelende, wisselende of passieve houding bij aanvang van of tijdens de seksuele handelingen of het niet of nauwelijks vertonen van fysieke interactie of het op enig moment stoppen met meedoen. Bij opmerkingen als “ik weet niet of ik dit wel zo fijn vind” of “ik geloof niet dat ik hieraan toe ben” of uiterlijk waarneembare lichaamstaal van de ander die duidt op niet meedoen of wachten tot het voorbij is, zoals het dichthouden van de mond of het wegdraaien van het hoofd of het lichaam, mag worden aangenomen dat het voor degene die seksueel contact initieert waarneembaar moet zijn dat bij de ander geen sprake is van een positieve wilsuiting. Dergelijke signalen mogen niet worden genegeerd, maar moeten aanleiding zijn om na te gaan of de ander wel in is voor (verdergaand) seksueel contact. Dit geldt te meer als het contact zich ontwikkelt in de richting van explicietere seksuele handelingen, zoals aanraking van geslachtsdelen. Navragen kan bijvoorbeeld door bij de ander te polsen of die het contact wel prettig vindt en wil doorgaan. Ook anderszins is het mogelijk op dit punt duidelijkheid te verkrijgen door zelf een poosje een wat passievere houding aan te nemen in afwachting van initiatieven van de ander. Als vervolgens niet blijkt van een positieve houding ten opzichte van het seksuele contact dient verder aandringen of het doorzetten van dit contact achterwege te blijven. Het negeren van terughoudendheid bij de ander of het uitblijven van een positieve reactie bij de ander wordt achteraf wel eens goedgepraat als dat werd gedacht dat de ander “hard to get” speelde of dat het gedrag werd gezien als een “kat-en-muis-spel” dat gaande was. Dit kan echter geen excuus zijn om – bij duidelijk aanwezige indicaties van een mogelijk ontbrekende wil – ten onrechte aan te nemen dat de ander seksueel contact op prijs stelt.

Bij het delict schuldaanranding rust dus een belangrijke verantwoordelijkheid op degene die seksueel contact initieert om in het oog te houden of wel sprake is van vrijwilligheid bij de ander.⁷¹

Signalen in de vorm van ‘terughoudendheid’, een ‘weifelende’ of ‘wisselende’ houding, niet meedoen of wachten tot het voorbij is, het dichthouden van de mond of het wegdraaien van het hoofd of het lichaam, zijn alle signalen die (los van het feit dat in de toelichting terecht wordt opgemerkt dat zij toch waarneembaar zullen zijn) erop duiden dat het seksuele contact wellicht niet vrijwillig is. Hoewel deze signalen ietwat ongelukkig ‘evi-

71 MvT Wetsvoorstel 2021, p. 43.

dente signalen' worden genoemd,⁷² zijn zij wel duidelijk genoeg om – zoals in het kader van de schuldaanranding dus ook wordt voorgesteld – aanleiding te geven te verifiëren bij de ander of het seksueel contact ook zijn of haar instemming heeft dan wel (en dit lijkt ons een goede alternatieve optie voor consentverificatie) de vereiste duidelijkheid te verkrijgen door zelf een poosje een wat passievere houding aan te nemen in afwachting van initiatieven van de ander. Het blijft onduidelijk waarom deze benadering wel wordt voorgesteld ten aanzien van de minder vergaande vorm van aanranding en bij de verkrachting niet. Een goede reden voor dit onderscheid lijkt er niet te zijn.

7. Tot slot

In het Wetsvoorstel 2021 is gekozen voor een culpavorm die vereist dat de verdachte 'ernstige redenen had om te vermoeden' dat de seksuele handelingen onvrijwillig zijn. Daarmee wijkt de minister – zonder uitleg – af van de formulering uit eerdere voorstellen. Gelet op de oorsprong van het criterium zou kunnen worden betoogd dat er geen materieel verschil bestaat tussen de culpaformulering en die van een redelijk vermoeden. Tegelijkertijd wordt het in zowel de literatuur als (inmiddels ook) door de wetgever zelf veelal begrepen als een zwaardere culpavorm. Het is dan ook noodzakelijk dat de wetgever – als hij wil blijven vasthouden aan dit criterium – toelichting geeft over zijn keuze voor deze culpavorm, de relevante verschillen met het criterium van een redelijk vermoeden en (voorwaardelijk) opzet, en hoe een en ander volgens hem concreet moet worden toegepast in de context van onvrijwillige seks.

Misschien dat het schrijven van en het reflecteren op de nadere toelichting de wetgever ertoe beweegt om toch voor een ander criterium te kiezen. Hoewel het Verdrag van Istanbul niet direct aanleiding gaf om ook een culpoze variant van verkrachting (en aanranding) strafbaar te stellen, is het – wanneer men hier toch voor opteert – belangrijk om hier op een manier invulling aan te geven die aansluit bij de doelen die hiermee worden beoogd. Het heeft er alle schijn van dat de wetgever, mede naar aanleiding van geleverde kritiek en wellicht ook de invoering van de kwalificatie van *schuldverkrachting*, heeft gevonden dat de formulering van ernstige reden nodig was om te voorkomen dat de strafbaarstelling te ruim zou worden. Een schrikbeeld is dat geliefden van tevoren steeds een contract moeten ondertekenen. Natuurlijk moet niet zover worden gegaan dat bij het minste of geringste strafrechtelijke aansprakelijkheid dreigt voor verkrachting. Niemand zal willen verdedigen dat dronken vrijpartijen waarbij achteraf spijt ontstaat, onderwerp van strafrechtelijk onderzoek moeten gaan worden. Daarvoor is evenwel niet nodig om in de straf-

baarstelling te kiezen voor een andere culpavariant dan het redelijkerwijs had moeten vermoeden. In het kader van de introductie van een 'consent-model' waarbij het draait het vrijwilligheid, is de aandacht (terecht) vooral uitgegaan naar de onderzoeksplicht. Het is deze plicht die (met name vrouwen) de zo gewenste extra bescherming kan bieden. Waar het om gaat, is dat is dat men simpelweg scherp dient te zijn op signalen en aanwijzingen die bij de gemiddelde persoon twijfel kunnen zaaien over de vrijwilligheid van het seksuele contact. Passiviteit, tranen, een sterk weifelende houding, maar ook zaken als het ontbreken van een solide basis voor seks,⁷³ seks binnen een niet voor de hand liggende verhouding⁷⁴ of sociaal-ethisch ongebruikelijke seks, kunnen alle onder omstandigheden aanleiding zijn voor een consentverificatie.

Nu er te allen tijde grove onachtzaamheid/onoplettendheid wordt vereist – het betreft immers culpa – is er voldoende ruimte voor de feitenrechter om hier te waarborgen dat niet te snel sprake is van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Wel is aldus een basisvoorwaarde dat glashelder wordt gemaakt om wat voor specifieke culpavorm het nu gaat en wat het (dikwijls subtiele) onderscheid is met de zwaardere opzetvariant. Daartoe dient men goed in het oog te houden wat nu exact het verwijt is dat de dader wordt gemaakt:

- De dader vangt aan met de seks of zet deze door terwijl hij weet (vol opzet) of zich bewust is van de reële mogelijkheid dat de ander niet wil (voorwaardelijk opzet).
- De dader doet ten onrechte niets met de door de ander afgegeven en door hem opgemerkte signalen, terwijl deze de gemiddelde persoon – en dus ook hem – aanleiding zouden hebben gegeven tot nadere vragen (onbewuste schuld). Hij is zich dus niet bewust geweest van het risico dat hij seks heeft of gaat hebben met iemand die niet wil, maar hem wordt verweten dat hij dit vrij eenvoudig had kunnen en dus ook moeten weten.

Wil men dat die hier relevante culpavariant praktische waarde zal gaan hebben, dan ligt kiezen voor een zwaardere vorm van culpa (in feite dus een nog grovere vorm van grove onachtzaamheid) binnen een 'sekscontext' niet voor de hand, nu de situaties die daar onder zouden moeten gaan vallen, zeer wel kunnen worden bestreken door het voorwaardelijk opzet. Wanneer immers de signalen die duiden op onvrijwilligheid zich zo zeer opdringen aan de dader dat het niet anders kan zijn dan

72 Dit neigt weer naar een zwaardere 'ernstige reden om te vermoeden'-invulling.

73 Wij denken hier aan de feiten die leidden tot de uitspraak Rb. Zwolle-Lelystad 9 februari 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BL3169. Hierin nam de verdachte, die reeds meerdere malen seks had gehad met het vermeende slachtoffer, vier vrienden mee, waarvan er drie later ook seks met haar hadden. De rechtbank sprak hen weliswaar vrij, maar hekelde dat hij en de medeverdachten niet expliciet hebben gevraagd of de seks gewild was, hetgeen 'indruist tegen de normen van fatsoen en respect jegens vrouwen'. Zie ook Ter Haar, Kesteloo & Korthals 2019.

74 Denk aan een situatie waarin de verdachte gebruik kan maken van een bepaald overwicht, machtsverhouding of deskundigheid, vgl. HR 12 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7767.

dat hij zich van de onvrijwilligheid bewust was, handelt hij – indien hij doorzet – met opzet omdat hij de inbreuk op de lichamelijke integriteit en seksuele zelfbeschikking van het slachtoffer alsdan heeft gewild.

Een nauwkeurig bestuderen van de concrete uitwerking van hetgeen door de minister in Wetsvoorstel 2021 is voorgesteld, brengt ons tot de slotsom dat de keuze om binnen de context van de onvrijwillige seks aan te sluiten bij een gedachtegang en redenering over culpa uit het voorstel over de strafbaarstelling van de prostituant, een ongelukkige en onnodige is.⁷⁵ Los van onzuiverheden over het culpaleerstuk in zijn algemeenheid, spreekt hieruit een misplaatste angst voor een te ruime strafbaarstelling, waardoor het risico wordt gelopen dat de gewenste bredere bescherming voor (met name) vrouwen tegen onvrijwillige seks niet zal worden bereikt. Het verdient daarom de voorkeur aan te sluiten bij het juridische kader voor schuldhealing, met dien verstande dat de onderzoeksplicht wordt uitgelegd op een manier die past binnen de typische en specifieke context van de seks. Niet alleen zijn de op het spel staande belangen groot – inbreuk op de lichamelijke integriteit en seksuele zelfbeschikking – het is bovendien vrij eenvoudig om gehoor te geven aan de onderzoeksplicht door navraag te doen bij een ander die lijfelijk dichtbij is. De aanzet hiertoe kan feitelijk reeds worden gevonden in de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel 2021 zelf. Het in paragraaf 6 weergegeven onderdeel uit de toelichting op de voorgestelde schuldaanranding geeft wat ons betreft op een betere wijze invulling aan een culpoze verkrachtingsvariant in die zin dat zij – ten opzichte van de opzetvariant – ook echt de beoogde meerwaarde kan hebben.

Naschrift

Ten tijde van de afronding van onze bijdrage had de Afdeling advisering van de Raad van State nog geen advies uitgebracht over het Wetsvoorstel 2021. Dat advies verscheen op 13 juni j.l., vlak voor publicatie van het artikel, en bespreken wij om die reden alleen in dit naschrift.⁷⁶ Ook de Raad van State constateert dat de beoogde toepassing van de nieuwe strafbaarstellingen van aanranding en verkrachting verduidelijking behoeft. Niet alleen de “afgrenzing tussen de opzet- en de schuldvariant” is onvoldoende helder,⁷⁷ ook de voorgestelde schuldvariant roept vragen op.⁷⁸ Laatstgenoemde onduidelijkheid wordt volgens de Afdeling gecreëerd doordat de culpavariant wordt omschreven als zowel bewuste als onbewuste schuld, en gekozen is voor het criteri-

um van ‘ernstige reden om te vermoeden’ hetgeen een hoge drempel opwerpt. Mede om te voorkomen dat de strafbaarstelling te ruim wordt, adviseert de Afdeling om de toegevoegde waarde en de strafwaardigheid van de voorgestelde schulddelicten in de toelichting nader te motiveren. Het moge duidelijk zijn dat wij dat advies onderschrijven. Ook wij concluderen in ons artikel immers dat de voorgestelde strafbaarstellingen en de verhoudingen daartussen nadere toelichting behoeven. Voor het bepalen van de ondergrens van strafbaarheid en het op een zinvolle wijze nader invulling geven aan schuldverkrachting doen wij bovendien concrete voorstellen. Wellicht kunnen onze beschouwingen als inspiratiebron bieden voor de wetgever als hij zich opnieuw zal buigen over deze voorgenomen uitbreiding van de zedenwetgeving.

75 Een verzwarende van de culpavariant ligt in die context meer voor de hand, omdat het, gelet op de schimmige aard van de prostitutiebranche, problematisch is als een signaal dat duidt op slachtofferschap al te snel tot strafbaarheid zou leiden, ook omdat het initiële misdrijf door een ander (i.e. de uitbouter) wordt gepleegd. In die context verwachten wij van de prostituant een minder kritische blik dan van de verdachte in de context van de onvrijwillige seks die in deze bijdrage centraal staat.

76 Advies Raad van State bij Wetsvoorstel Seksuele Misdrijven, 8 juni 2022 (gepubliceerd 13 juni 2022), Kenmerk W16.21.0369/II, [te raadplegen via raadvanstate.nl].

77 Zie onder 3b.

78 Zie onder 3c.