

## ARTIKELEN

# Strafbare seks tussen jongeren: ‘ontuchtig’ of ‘anders dan in het kader van een gelijkwaardige relatie’

Wie het weet mag het zeggen\*

*Renée Kool & Lydia Dalhuisen*

### 1. Inleiding

Onlangs werd de externe consultatieronde over het conceptwetsvoorstel seksuele misdrijven afgesloten. Het voorstel voorziet in een ingrijpende, systematische herziening van de zedenwetgeving (titel XIV van het Boek 2 van het Wetboek van Strafrecht (Sr)). Ook de huidige artikelen 245 en 247 Sr, die betrekking hebben op ‘ontuchtige handelingen’ met en tussen jongeren in de leeftijd tussen 12 tot 16 jaar (hierna: jongeren), gaan op de schop. In de nieuwe wetsystematiek gaan deze handelingen deel uitmaken van artikel 246 Sr-nieuw. Het bestanddeel ‘ontuchtige handelingen’ wordt vervangen door ‘seksuele handelingen’, gepleegd ‘anders dan in het kader van een gelijkwaardige relatie’.<sup>1</sup>

In deze bijdrage stellen we allereerst de vraag wat bedoeld wordt met dit nieuwe bestanddeel. Vervolgens vragen we ons af of het voorgestelde wetsartikel de rechtsvindende taak van de rechter, en daarmee samenhangend de voorzienbaarheid voor de burger, bevordert. We vatten deze laatste vraag ruim op, want in dezen zijn niet enkel potentiële verdachten normadressaat, maar ook potentiële slachtoffers. Althans die jongeren die door justitieel ingrijpen tegen hun wens in tot slachtoffer worden bestempeld. Artikelen 245 en 247 Sr, maar ook artikel 246 Sr-nieuw, bieden immers ruimte om tegen de wens van jongeren strafvervolgning in te stellen. Ook wanneer sprake is van een door hen als consensueel ervaren

\* Dr. Renée Kool is universitair hoofddocent UCall/WPI bij Utrecht Centre for Accountability & Liability Law (UCALL). Dr. Lydia Dalhuisen is universitair docent UCall/WPI, Universiteit Utrecht.

1 Art. 246 Sr-nieuw dient ter vervanging van art. 245, 247, 248a, 248f, 249 lid 1, 250 lid 1 onder 1 en 2 Sr. De bepaling, met de kwalificatie ‘seksuele interactie met 12-16 jaar’, luidt voor zover relevant als volgt: ‘Lid 1 – Hij die, anders dan in het kader van een gelijkwaardige situatie tussen leeftijdsgenoten, met een persoon die de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet de leeftijd van zestien jaren heeft bereikt seksuele handelingen verricht of voornoemde persoon seksuele handelingen laat verrichten met hem, met zichzelf of met een derde dan wel voornoemde persoon seksuele handelingen laat ondergaan door een derde wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie. Lid 2 – Indien de in het eerste lid bedoelde handelingen bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam wordt gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.’

seksueel contact met een (of meer) leeftijdsgen(o)ot(en). De wetgever meent dat jongeren in deze leeftijdsgroep zo nodig tegen zichzelf moeten worden beschermd. Dat uitgangspunt ligt al decennialang besloten in de zedenwetgeving: waar voor volwassenen een rechtsvermoeden van seksuele handelingsbekwaamheid geldt, is dat niet het geval voor jongeren. Dat gegeven vormt, samen met de vraag wat wordt begrepen als ‘ontuchtige handelingen’ respectievelijk ‘anders dan in het kader van een gelijkwaardige relatie’, een bron van (rechts)onzekerheid voor de (potentiële) daders en (potentiële) slachtoffers. Dit betreft een reeds eerder geadresseerde kwestie, maar een die (mede) gelet op de komende wetswijziging niet aan actualiteitswaarde heeft ingeboet.<sup>2</sup>

We werken ons betoog als volgt uit. Om wat achtergrond te schetsen gaan we eerst (kort) in op de voorzienbaarheidseis, waarna een overstap wordt gemaakt naar een door ons uitgevoerde rechtspraakanalyse.<sup>3</sup> De methodologie en uitkomsten daarvan worden belicht. We geven ons er rekenschap van dat deze analyse ziet op de uitleg van het te vervangen bestanddeel ‘ontuchtige handelingen’. Of de gevonden resultaten ook zullen gelden voor het in te voeren bestanddeel ‘anders dan in het kader van een gelijkwaardige relatie’ is (nog) niet vast te stellen. Op grond van wat daarover wordt opgemerkt in de memorie van toelichting, de aard van de problematiek en het feit dat de gelijkwaardigheid en daarin besloten vrijwilligheid ook nu al behoren tot de vaste beoordelingscriteria van de rechter, is het echter aannemelijk dat een toekomstige analyse van de rechtspraak over artikel 246 Sr-nieuw min of meer gelijke uitkomsten zal laten zien. We menen dan ook dat de voor artikelen 245 en 247 Sr gevonden resultaten van betekenis zijn voor de vraag of artikel 246 Sr-nieuw de rechtszekerheid zal (kunnen) bevorderen.

## 2. Voorzienbaarheid: voor wie en waarom?

Naast rechtszekerheid en rechtsbescherming is voorzienbaarheid nauw verbonden met het legaliteitsbeginsel.<sup>4</sup> De eis van voorzienbaarheid van strafbaarheid van handelen of nalaten richt zich traditioneel op de (potentiële) dader.<sup>5</sup> Strafoflegging is enkel toelaatbaar wanneer degene die de norm heeft geschonden daarvan op de hoogte kon zijn. Het is aan de wetgever om kenbare strafbepalingen op te stellen, een verplichting die uitdrukkelijk ook door het Europees Hof voor de

- 2 R.S.B. Kool, ‘Ontucht(ig): een rechtsonzeker begrip?’, *Delikt en Delinkwent* 1992, 3, p. 251-269.
- 3 Die analyse werd verricht in het kader van een artikel met als invalshoek de vraag in hoeverre de opvatting van de rechter over de betekenis van ‘ontuchtige handelingen’ overeenstemt met de maatschappelijke opvattingen; L. Dalhuisen & R. Kool, ‘In the name of “love”. Sociaal-ethische aanvaardbaarheid van seksuele contacten met en tussen jongeren’, in: T. Bouwman e.a. (red.), *Opvattingen onderzoeken. Een verkennend juridisch-empirisch onderzoek naar het gebruik van maatschappelijke opvattingen in de Nederlandse rechtspraak*, Den Haag: Boom 2021 (te verschijnen).
- 4 M.J. Borgers, ‘De communicatieve strafrechter’, in: Nederlandse Juristen Vereniging, *Controverses rondom legaliteit en legitimatie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 117.
- 5 C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2019, hoofdstuk 3; J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2018, hoofdstuk II, paragraaf 3.

Strafbare seks tussen jongeren: 'ontuchtig' of 'anders dan in het kader van een gelijkwaardige relatie'

Rechten van de Mens (EHRM) wordt onderkend.<sup>6</sup> Het bijzondere hier is dat, als gezegd, er meerdere betrokkenen zijn die belang hebben bij de rechtszekerheid wanneer het gaat om seks tussen en met jongeren. De jaren tussen 12 en 16 kenmerken zich als seksueel exploratief, en de scheidslijn tussen ouderschap en slachtofferschap is vaak niet altijd duidelijk. Regelmatig is sprake van experimenteel gedrag, waarvan de gevolgen door (een van) de betrokkenen niet altijd voldoende worden overzien. Dat kan uitmonden in door een van de betrokken jongeren ervaren slachtofferschap, maar hoeft niet het geval te zijn.

Sterker nog, zelfs als de ervaring teleurstellend is geweest en als een zekere krenking van de seksuele integriteit wordt ervaren, hoeft dat geen synoniem te zijn voor een door de betrokken jongere gekoesterde wens tot strafrechtelijk ingrijpen. Soms is die wens zelfs evident afwezig en ligt aan de aangifte een wens tot strafvervolgning van ouder(s) of wettelijk vertegenwoordiger(s) ten grondslag.

Rb. Gelderland 24 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4077:

Een 14-jarig meisje heeft gedurende zes maanden een relatie met een 29-jarige man. Het meisje verklaart dat er volgens haar niets 'verkeerd' is gebeurd en dat er strafrechtelijk geen actie jegens de verdachte zou moeten worden ondernomen. Ook de verdachte stelt dat sprake was van een gelijkwaardige relatie. Een sepot volgt, maar na beklag door de vader van het meisje volgt alsnog vervolging (art. 12 Wetboek van Strafvordering (Sv)). Dan zijn inmiddels vier jaren verstreken en zijn het slachtoffer en de verdachte verloofd. Veroordeling volgt, waarbij de rechtbank begrip toont voor de wens van de vader om zijn dochter te beschermen. Gelet op het feit dat het goed gaat met het slachtoffer en de verloving tussen haar en de verdachte, volgt geen oplegging van een straf of maatregel (art. 9a Sr).

Hof Amsterdam 30 augustus 2018, ECLI:NL:GHAM:2018:4708:

Een 19-jarige jongen heeft een jaar een seksuele relatie met een 13-jarig meisje. Beiden verklaren dat het een gelijkwaardige relatie betrof. Voorts verklaart de aangever, de vader van het meisje, dat zij in seksueel opzicht ouder was dan haar kalenderleeftijd en komt vast te staan dat verdachte geestelijk jonger acteert dan diens kalenderleeftijd. Het slachtoffer verklaart dat de aangifte door haar vader 'nergens op sloeg'. Het hof oordeelt dat onder de omstandigheden sprake is geweest van een 'normale seksuele relatie'; vrij-spraak volgt.<sup>7</sup>

In dit verband is van belang dat de jongere geen formeel recht op inspraak heeft. Hoewel het vroegere klachtvereiste wel een formeel beletsel voor vervolging vormde, was de bevoegdheid om een klacht in te dienen voorbehouden aan de ouders/wettelijk vertegenwoordigers. Die regeling is bovendien in 2014 vervan-

6 EHRM 25 mei 1993, 14307/88 (*Kokkinakis/Griekenland*), r.o. 52.

7 Voor een vergelijkbaar geval: dat was bijv. het geval in Hof Den Haag 8 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4354 (veroordeling, met toepassing art. 9a Sr).

gen door het hoorrecht (art. 167a Sv).<sup>8</sup> Dat laatste houdt slechts in dat het Openbaar Ministerie de betrokkenen, onder wie de jongere, vraagt hoe zij staan tegenover een eventuele vervolging. Dat betreft een behoorlijkheidsverplichting; op niet-naleving van het horen van de betrokkenen is geen sanctie gesteld.<sup>9</sup>

Ook hier geldt dat het door de wetgever gewenste regime er een is van aan jongeren te bieden bescherming. Het oordeel of seksuele contacten met en tussen jongeren als ontuchtig of ‘als anders dan in het kader van een gelijkwaardige relatie’ moeten worden beschouwd en aanleiding moeten geven tot vervolging, ligt daarom bij het Openbaar Ministerie. Vervolgens is het aan de rechter om te bezien of sprake is van ontuchtig handelen. De rechter moet zich daarbij verlaten op de wet(sgeschiedenis), maar die biedt niet veel handvatten. De wetgever heeft namelijk bewust een open norm gecreëerd, zodat de rechter met inachtneming van de feiten en omstandigheden van het geval kan oordelen. Daar is zeker iets voor te zeggen, want wanneer het gaat om seks is aan de burger gegunde autonomie een groot goed. Deze autonomie wordt echter begrensd door de bescherming tegen ongewenste seksuele contacten. Dat stelt rechter én wetgever voor een lastige opgave, waarbij voor jongeren dus geldt dat niet hun eigen oordeel, maar dat van anderen doorslaggevend kan zijn.<sup>10</sup>

Daarbij komt dat dit oordeel is opgehangen aan de toverformule van de ‘sociaal-ethische aanvaardbaarheid’, ofwel: de meerderheidsopvatting over wat wel en niet aanvaardbaar is als het gaat om seks tussen en met jongeren. Kortom, er lijkt een grote mate van (rechts)onzekerheid te zijn over waar de grens ligt tussen de eigen autonomie en de opgelegde bescherming van jongeren. En dat weegt zwaar, want een veroordeling voor een zedendelict heeft grote gevolgen. De vraag is in hoeverre deze (rechts)onzekerheid door de rechter wordt weggenomen. De rechterlijke invulling van deze norm wordt behandeld in de volgende paragraaf.

### 3. Wat te begrijpen als ‘ontuchtige handelingen’ respectievelijk ‘anders dan in het kader van een gelijkwaardige relatie’?

Om antwoord te geven op de eerste vraag die in deze bijdrage centraal staat, namelijk wat bedoeld wordt met het bestanddeel ‘anders dan in het kader van een gelijkwaardige relatie’, wordt de huidige invulling van het bestanddeel ‘ontuchtige handelingen’ onderzocht. Naast dat we gekeken hebben naar wat uit hoofde van wetgeving en literatuur bekend is over de sociaal-ethische aanvaardbaarheid van

8 J. de Savornin Lohman, *Betere en adequatere bescherming door de nieuwe zedelijkheidswetgeving?*, Utrecht: Verweij Jonker Instituut 1994. Zie ook: Aanwijzing zeden, paragraaf 3, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0037821/2016-05-01>; J.L.F. Groenhuijsen, ‘Het aanwijzen van klachtdelicten: een blinde vlek van de wetgever?’, *Delikt en Delinkwent* 2019, 49, in het bijzonder paragraaf 3.

9 *Tekst & Commentaar Strafvordering*, art. 167a Sv; *Tekst & Commentaar Strafrecht*, art. 245 Sr, aant. 7.

10 Met name Gooren heeft daar meermalen op gewezen: J. Gooren, ‘Over de bestraffing van ontucht met instemming van jongeren’, *PROCES* 2009, 8, p. 220-232; J. Gooren, *Een overheid op drift: de strafrechtelijke beheersing van seks en jongeren* (diss. Leiden), 2016, <http://hdl.handle.net/1887/37813>.

Strafbare seks tussen jongeren: 'ontuchtig' of 'anders dan in het kader van een gelijkwaardige relatie'

seksuele contacten met en tussen jongeren, hebben we rechtspraakonderzoek uitgevoerd. We bespreken hierna achtereenvolgens de uitkomsten, maar geven eerst een korte methodologische verantwoording van de wijze waarop de data zijn verzameld.

### 3.1 Methodologische verantwoording

Voor het literatuuronderzoek is gebruikgemaakt van klassieke onderzoeksmethoden. Gezocht is op literatuur die als onderwerp het thema seks met en tussen jongeren had. De bronnen liepen uiteen van rechtsgeleerde commentaren tot kwalitatieve studies waarin verslag werd gedaan van opinieonderzoek naar maatschappelijke opvattingen over seksualiteit, in het bijzonder met betrekking tot jongeren. Een enkele maal is teruggerepen op oude Kamerstukken en rapporten, zoals het rapport van de commissie-Melai.<sup>11</sup> Van belang was vooral te inventariseren wat de wetgever heeft bedoeld met 'ontuchtige handelingen', en welke handvatten zijn geformuleerd om die kwalificatie door het Openbaar Ministerie en de rechter mogelijk te maken. Voorts vonden we het belangrijk het criterium van de sociaal-ethische aanvaardbaarheid te bezien in het licht van sociaalwetenschappelijke studies over maatschappelijke opvattingen over seks en jongeren. Zo konden we bezien of de door de rechter aangelegde maatstaven in lijn lagen met het maatschappelijk vertoog, inclusief de opvattingen van jongeren zelf.

Het rechtspraakonderzoek omvatte een kwantitatieve analyse, gericht op het in kaart brengen van de (juridische) noemers die de rechter gebruikt om het ontuchtig karakter van het seksuele contact te beoordelen. Doel was een beeld te krijgen van de casuïstische invulling van de sociaal-ethische norm door de feitenrechter. Dat stemt namelijk overeen met het uitgangspunt van de Hoge Raad dat het oordeel van de feitenrechter in cassatie in die context moet worden beoordeeld, als neergelegd in het Trioseks-arrest.<sup>12</sup>

HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794, NJ 2010/376, m.nt. N. Keijzer:

Een 15-jarig meisje is verkikkerd op een 17-jarige jongen, met wie zij eerder al eens seks heeft gehad. Na een avondje stappen gaat zij met hem en een 15-jarige vriend mee en heeft met beiden seks. De tenlastelegging betreft het handelen van de 15-jarige vriend. Beide verdachten verklaren dat het ging om consensuele seks, maar het meisje verklaart achteraf zich gedwongen te hebben gevoeld. Dwang wordt echter niet bewezen; wel volgt een veroordeling voor het plegen van ontuchtige handelingen.

Die beslissing houdt stand in cassatie. Het oordeel van de rechtbank en het hof dat het hebben van een triootje bij gebrek aan een eerdere seksuele, en in het bijzonder affectieve, relatie niet in overeenstemming is met de maat-

11 Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (Melai), *Eindrapport van de Commissie zedelijkheidswetgeving*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1980.

12 Overigens staat trioseks niet synoniem voor ontuchtige handelingen. Zie bijv. Rb. Rotterdam 3 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4933; in deze zaak hadden het slachtoffer en een van de verdachten eerder seks gehad, betrof het een seksueel actief meisje en was het leeftijdsverschil zeer gering. Zie ook paragraaf 3.3.3.

schappelijke opvattingen, wordt overgenomen. De Hoge Raad noemt ambts-halve als relevante factoren bij de beoordeling van het ontuchtige karakter nog het leeftijdsverschil en vrijwilligheid.

Gezocht is op rechtspraak.nl vanaf 1 januari 2010 tot en met 17 juni 2020, wat 297 resultaten opleverde.<sup>13</sup> Van deze zaken waren 127 uitspraken relevant, in de zin dat sprake was van discussie over en/of invulling van de vraag of het handelen in strijd was met de sociaal-ethische norm, en derhalve als ‘ontucht(ig)’ kon worden gekwalificeerd. Zaken waarbij geen twijfel bestond over de laakbaarheid van het handelen (bijvoorbeeld bij een zeer groot leeftijdsverschil) zijn niet meegenomen. Van de 127 uitspraken ging het om 84 uitspraken in eerste aanleg (65,6%), 31 hogerberoepszaken (24,2%) en 3 uitspraken door de Hoge Raad (2,3%).<sup>14</sup> Bij de overige 10 zaken betrof het conclusies van het Parket bij de Hoge Raad (7,8%). Bij de in paragraaf 3.3 volgende gedetailleerde bespreking van de uitspraken zijn enkel de rechtbank- en gerechtshofzaken meegenomen (n = 114). Op grond van deze data konden we ons een beeld vormen van wat in het politieke en rechtswetenschappelijke vertoog en de rechtspraak als ontuchtige handeling wordt gezien.

### 3.2 *Uitkomsten van het kwalitatieve onderzoek, inclusief het voorstel van wet*

In het voorgaande is al meermalen opgemerkt dat de wetgever bewust heeft gekozen om de invulling van het bestanddeel ‘ontuchtige handeling’ over te laten aan de rechter. We zullen hier niet in herhaling vallen, maar volstaan met aan te geven dat uit de wetsgeschiedenis volgt dat het om oneerbaar gedrag moet gaan, dat indruist tegen de zedelijke opvattingen.<sup>15</sup> Aangegeven wordt dat een ‘stoeipartijtje van leeftijdsgenoten algemeen sociaal-ethisch aanvaardbaar is’, maar verder dan dit enkele voorbeeld komt het niet.<sup>16</sup> Bovendien dateert dit door de wetgever gegeven voorbeeld van enkele decennia terug, wat de vraag oproept wat zo’n ‘stoeipartijtje’ dan vandaag de dag inhoudt. De wetgever verwacht kortom van de rechter dat deze op de hoogte is van de maatschappelijke opvattingen over wat in de samenleving aanvaardbaar wordt geacht wanneer het gaat om seks tussen jongeren, en die standaard toepast met inachtneming van de omstandigheden van het geval. In aanvulling op deze instructie heeft de Hoge Raad in 2010 in het hiervoor genoemde Trioseks-arrest enige aanwijzingen gegeven, maar die zijn niet exhaustief bedoeld.

Feitelijk is er maar één rechtszekere, want geobjectiveerde factor: de leeftijd van de minderjarige. Het is namelijk irrelevant of de dader wel of niet heeft geweten te maken te hebben met een jongere. Voor dit schrijven is dit van minder belang,

13 De volgende zoektermen werden gehanteerd: (1) ontucht\* handel\* karakter, (2) ~245 ~247 (gefilterd op 245 en/of 247), en (3) ~sociaal-ethisch\* ~leeftijdsverschil (uitspraak bevat sociaal-ethisch en/of leeftijdsverschil).

14 ECLI:NL:HR:2010:BK4794; ECLI:NL:HR:2016:415; ECLI:NL:HR:2018:1884.

15 A.M. Machielse, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink, *Wetboek van Strafrecht*, Artikel 245 Sr, aant. 3 (suppl.).

16 *Kamerstukken II* 1988/89, 20930, nr. 5, p. 5.



Strafbare seks tussen jongeren: 'ontuchtig' of 'anders dan in het kader van een gelijkwaardige relatie'

aangezien we ons richten op seksuele contacten tussen jongeren, in het bijzonder in de leeftijd tussen 12 en 16 jaar.

Rb. Overijssel 11 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1407

Verdachte (een jongen van 17 jaar) verklaart te zijn afgegaan op de door het 13-jarige vrouwelijke slachtoffer op haar Facebook opgegeven leeftijd, zijnde 14 jaar. De rechtbank spreekt van een verontschuldigbare dwaling, hetgeen gelet op het geobjectiveerde karakter van het opzet met betrekking tot de leeftijd juridisch onjuist is. Los daarvan snijdt het verweer geen hout omdat artikelen 245 en 247 Sr zien op de leeftijdscategorie 12 tot 16 jaar (dus ook op 14-jarigen). Niettemin volgt vrijspraak; de rechter oordeelt dat gelet op de omstandigheden (betrokkenen kenden elkaar van de carnavalsvereniging en kregen verkering) sprake is van een 'gelijkwaardige seksuele relatie'.

Maar ook overigens is het opzetvereiste kleurloos en heeft het enkel betrekking op het bewust aangaan van het seksuele contact.<sup>17</sup> Eventuele omstandigheden die het slachtoffer minder weerbaar maakten, en dus het seksuele contact als ontuchtig kleurden, hoeven de (jonge) dader niet bekend te zijn. Evenmin hoeft hem (of haar) van enige weerloosheid van de jongere te zijn gebleken,<sup>18</sup> en ook het feit dat het initiatief tot het seksuele contact van het slachtoffer uitging is niet van belang.<sup>19</sup> Niettemin moet de rechter bij een zodanig verweer een gemotiveerd antwoord geven, want zo'n verweer bevat een rechtsvraag. Voorts moet uit de tenlastelegging voldoende feitelijk blijken waaruit het ontuchtige handelen zou hebben bestaan.<sup>20</sup> Dat maakt dat het bestanddeel 'ontuchtige handelingen' een kwalificerende, en daarmee een beperkende functie heeft.<sup>21</sup>

Omdat deze bijdrage (mede) in het licht staat van de voorgenomen wetswijziging, gaan we hier ook in op wat volgens de memorie van toelichting moet worden verstaan onder 'seksuele handelingen anders dan in een gelijkwaardige relatie'. Relevant is 'de geest' van het voorstel van wet aan te geven. De minister constateert namelijk dat sprake is van 'strikttere opvattingen over seksuele grensoverschrijding', wat zou nopen tot verheldering van de strafrechtelijke norm.<sup>22</sup> Vrijwilligheid en gelijkwaardigheid worden genoemd als ijkpunten voor strafwaardigheid, en de roep om strafrechtelijke bescherming is toegenomen.<sup>23</sup> Daarom moet worden voorzien in 'herkenbare strafbaarstelling van gedragingen die een verwijt-

17 Zie ook memorie van toelichting voorontwerp van Wet seksuele misdrijven, p. 13.

18 Een sprekend voorbeeld is te vinden in Gerechtshof Amsterdam 28 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2140.

19 *Tekst & Commentaar Strafrecht*, art. 245, aant. 6; overigens blijkt uit het jurisprudentieonderzoek wel dat de intentie van het slachtoffer in bijna 20% van de gevallen bij de beoordeling wordt betrokken. Zie ook paragraaf 3.3.3.

20 Is dat niet het geval, dan is sprake van een onvoldoende duidelijke en daarmee nietige tenlastelegging in de zin van art. 261 Sv.

21 *Kamerstukken II* 1990/91, 20930, nr. 13, p. 4.

22 Memorie van toelichting voorontwerp van Wet seksuele misdrijven, p. 1 resp. 2-3 en 18; eerder: *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, nr. 518, p. 2.

23 Memorie van toelichting voorontwerp van Wet seksuele misdrijven, paragraaf 2.2. Zie ook paragraaf 4.2, waar wordt ingegaan op de verhoging van de strafmaxima.

bare inbreuk maken op de lichamelijke of seksuele integriteit van een ander'.<sup>24</sup> Een nadere onderbouwing wordt niet gegeven, en ook de verwijzing naar de criteria voor strafbaarstelling en de ultimium-remediumgedachte leidt niet tot gewenste verheldering. Daarbij is de stellingname van de minister dat sprake zou zijn van een eenduidige maatschappelijke wens tot aanscherping van de zedenwetgeving, niet zonder kritiek gebleven.<sup>25</sup> Daar komt bij dat onder strafrechtelijke actoren draagvlak lijkt te zijn voor de gedachte dat het wettelijk vertoog en het maatschappelijk vertoog uiteenlopen.<sup>26</sup>

Over de strafbaarstelling van seksuele handelingen tussen en met jongeren wordt in de memorie van toelichting niet meer gezegd dan dat een dergelijke seksuele interactie strafbaar is, 'tenzij sprake is van normaal, gelijkwaardig, seksueel verkeer tussen leeftijdsgenoten'.<sup>27</sup> De minister formuleert het onomwonden: 'Jongeren beneden de leeftijd van zestien jaar worden gelet op hun jeugdige leeftijd onvoldoende in staat geacht om hun lichamelijke en seksuele integriteit zelf te bewaken en de reikwijdte van hun handelen te overzien'.<sup>28</sup> Het uitgangspunt is dus 'nee, tenzij'. De te bieden bescherming strekt zich bovendien niet alleen uit tot fysiek seksueel contact, maar ook tegen gedragingen in de voorfase waarbij sprake is van een niet leeftijdsconforme seksualiserende benadering. Van belang ook is deze politieke zorg om seksueel verkeer tussen en met jongeren te bezien in relatie tot het toegenomen gebruik van social media. Dat vormt (in het wetsvoorstel) weliswaar onderwerp van afzonderlijke strafbaarstellingen,<sup>29</sup> maar vormt ook een aandachtspunt voor de rechter bij het beoordelen van de vraag of sprake is geweest van ontuchtig handelen.

Dat het echter ook anders kan uitpakken blijkt uit de volgende zaak.

Rb. Rotterdam 9 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10832:

Een meisje van 13 jaar heeft via social media contact met enkele jongens, waarbij over seks is gesproken. Het meisje zendt ongevraagd filmpjes aan de jongens waarop zij masturbeert, en ook overigens komt vast te staan dat het om een seksueel zeer actief meisje gaat. Het komt tot een afspraak, waarbij het meisje volgens de jongens (13-16 jaar) het initiatief neemt tot groepsseks.

24 Memorie van toelichting voorontwerp van Wet seksuele misdrijven, paragraaf 4.1.

25 S. Smeets, 'Zorg om de zeden', *Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht* 2020, nr. 2, p. 99; J. van Wijngaarden, L. van Wychen & L. Sliedregt, Het is de kunst van het opschrijven, *NJB* 2020/1212.

26 S. van der Veen e.a., *Kwalitatieve analyse impact modernisering van de wetgeving inzake seksuele misdrijven*, Barneveld: Significand, 2020, paragraaf 3.1, waar wordt aangegeven dat de verwachting dat het aantal informatieve gesprekken en aangiften zal stijgen na modernisering van de zedenwetgeving, breed wordt gedeeld. In paragraaf 2.1.2 is voorts te lezen dat op dit moment ook meldingen worden gedaan van niet-strafwaardig seksueel gedrag, dat in de ogen van de melders echter wel strafwaardig is. Deze bevindingen berusten op interviews en groepsgesprekken met het werkveld.

27 Memorie van toelichting voorontwerp van Wet seksuele misdrijven, p. 13.

28 Memorie van toelichting voorontwerp van Wet seksuele misdrijven, p. 13.

29 J. ten Voorde, *Strafbaarstelling van nieuwe vormen van ongewenste seksuele gedragingen in de Nederlandse zedenwetgeving (preadvies)*, Vereniging voor de vergelijkende studie van België en Nederland, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 191-256.



Strafbare seks tussen jongeren: 'ontuchtig' of 'anders dan in het kader van een gelijkwaardige relatie'

Die vindt plaats op verschillende plekken, met verschillende jongens (eenmaal met vijf jongens, de andere keer met drie jongens). De jongens verklaren dat het meisje het initiatief nam en steeds met hen meegang naar een andere plek. De verklaringen van het slachtoffer over gevoelde dwang zijn niet consistent, en de rechtbank stelt vast dat de jongens zich door het wervende gedrag van het meisje overrompeld hebben gevoeld en zich hebben laten meeslepen. Vrijspraak volgt, waarbij wordt verwezen naar de 'bijzondere omstandigheden'.

Kortom, het uitgangspunt blijft bescherming en preventie.<sup>30</sup> Steun voor deze op bescherming gerichte koers wordt, naast de maatschappelijke opvattingen, gevonden in de verdragsrechten en daaruit voortvloeiende (positieve) verplichtingen.<sup>31</sup> De herziening van de zedenwetgeving moet leiden tot 'maatwerk bij de afdoening van strafbare feiten en effectieve interventie'.<sup>32</sup> Bij deze stand van zaken kan niet anders worden geconcludeerd dan dat de memorie van toelichting (wederom) niet uitblinkt in duidelijkheid. Daartoe is bij de komende parlementaire behandeling nog voldoende kans, maar eerdere ervaringen leren dat wanneer het gaat om de zedenwetgeving duidelijkheid geen traditie is.<sup>33</sup>

### 3.3 Uitkomst van het rechtspraakonderzoek in grote lijnen

- *Algemene kenmerken*

Het rechtspraakonderzoek ziet, als gezegd, op de uitleg van het bestanddeel 'ontuchtige handelingen'. De overgrote meerderheid van de zaken betreft artikel 245 Sr (n = 111); slechts in 3 zaken gaat het om artikel 247 Sr. In ruim 80% van de gevallen (n = 92/114) luidt het oordeel dat sprake is van ontuchtige handelingen. Variabelen die van belang blijken voor die kwalificatie zijn leeftijdsverschil, vrijwilligheid en het hebben van een relatie. Wanneer de rechter van oordeel is dat geen sprake is ontuchtige handelingen, is de dader gemiddeld 16,27 jaar en het slachtoffer 13,91 jaar oud (een verschil van 2,4 jaar). Daarentegen ligt de leeftijd van de dader tegen wie een veroordeling wegens ontuchtige handeling wordt uitgesproken met gemiddeld 19,29 jaar een stuk hoger, bij een vrijwel identieke gemiddelde leeftijd van het slachtoffer (13,78 jaar, ergo: 5,5 jaar verschil).<sup>34</sup> Maar ook het (niet) hebben van een relatie geeft een significant verschil tussen zaken waarin wel en geen sprake is van ontuchtige handelingen (bijna 58% versus

30 K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten. Een analyse van Titel XIV, Tweede Boek, Wetboek van Strafrecht met het oog op samenhang, complexiteit en normstelling*, Zutphen: Paris 2016, o.a. paragraaf 4.5.3.2.

31 Memorie van toelichting voorontwerp van Wet seksuele misdrijven, paragraaf 5.1 en 5.2.

32 Memorie van toelichting voorontwerp van Wet seksuele misdrijven, p. 19.

33 R.S.B. Kool, *De strafwaardigheid van seksueel misbruik* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 1999; A.M. Machielse, 'De nieuwe zedendelicten', *DD* 1992, 7, p. 715-73; Lindenberg & Van Dijk 2016, o.a. paragraaf 4.4.1.

34 Het verschil in gemiddelde leeftijd van de dader is significant:  $t(67,207) = -5,93, p < ,001$ .

**Tabel 1** *Gevoerde verweren*

<b>Verweren</b>	<b>Aantal</b>	<b>Percentage</b>
Vrijwilligheid	59	23,3
Gering leeftijdsverschil	49	19,4
Affectieve relatie	38	15,0
Gelijkwaardigheid	15	5,9
Niet sociaal-ethisch onaanvaardbaar	14	5,5
Dader jonger dan kalenderleeftijd	13	5,1
Slachtoffer rijper dan kalenderleeftijd	13	5,1
Slachtoffer loog over leeftijd en/of gedroeg zich ouder	10	4,0
Slachtoffer nam het initiatief	9	3,6
Ontuchtig karakter ontbreekt	8	3,2
Veranderende moraal, jongeren eerder seksueel actief	8	3,2
Seksuele verkenningstocht/spel	5	2,0
Slachtoffer gemakkelijk/al seksueel actief	5	2,0
Instemming ouders	3	1,2
Normale seksuele handelingen	3	1,2
Slachtoffer heeft geen aangifte willen doen	1	0,4
<b>Totaal</b>	<b>253</b>	

21%).<sup>35</sup> Evenals vrijwilligheid (100% versus 47%).<sup>36</sup> Alle drie de genoemde variabelen vormen dan ook regelmatig onderwerp van een door de verdediging gevoerd verweer (zie tabel 1). In totaal zijn 253 verweren gevoerd, meestal zo'n twee verweren per zaak, oplopend tot maar liefst zes verweren in één zaak. Het meest voorkomende verweer is het beroep op de vrijwilligheid van het seksuele contact (23,3%), gevolgd door het geringe leeftijdsverschil tussen dader en slachtoffer (19,4%) en het bestaan van een affectieve relatie (15,0%).

Welke seksuele handelingen werden verricht, is niet onderscheidend bij de vraag of sprake is van ontucht. En ook het feit dat meerdere personen betrokken zijn geweest bij de seks draagt niet significant bij aan een oordeel over ontucht. Anders dan wellicht verwacht, blijkt dat bij de ontuchtzaken zelfs minder vaak sprake is van groepsseks (27,2% versus 31,8%).<sup>37</sup>

- *Sociaal-ethische aanvaardbaarheid*

In de meeste zaken refereert de rechter expliciet aan de sociale aanvaardbaarheid van het ten laste gelegde seksuele contact (n = 90/114). Dat gebeurt bij wijze van

35 n = 11/19 versus n = 17/81. Dit verschil is significant: Fisher's Exact,  $p < ,01$ .

36 n = 21/21 versus n = 38/81. Dit verschil is significant:  $\chi^2(2) = 19.273$ ,  $p < ,001$ .

37 Het gaat hier echter niet om een significant verschil.

Strafbare seks tussen jongeren: 'ontuchtig' of 'anders dan in het kader van een gelijkwaardige relatie'

standaardoverwegingen (n = 20/114), bij de inhoudelijke bespreking van de casus (n = 14/114) of in beide gevallen (n = 56/114). Onderbouwde verweren betreffende de sociaal-ethische aanvaardbaarheid werden in mindere mate ingebracht (n = 24/114), waardoor de rechter daar niet steeds op hoefde te reageren in de uitspraken.

Gekeken is vervolgens hoe deze maatstaf van de sociaal-ethische aanvaardbaarheid door de rechter is ingevuld. Bij de standaardoverwegingen blijkt dat in ruim 84% van de uitspraken aandacht is voor de casuïstische invulling en de mogelijkheid dat het ontuchtige karakter kan ontbreken, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In bijna 79% van de gevallen wordt ook het uitgangspunt van de wetsartikelen genoemd: de bescherming van de seksuele integriteit. Minder vaak (bijna 31%) wordt overwogen dat de wetgeving ertoe strekt jongeren ook te beschermen tegen verleidingen die mede van henzelf uitgaan. Daarnaast wordt (slechts) in een kleine 10% van de zaken gesproken over de ruimte die er is voor seksuele verkenningstochten of experimenteergedrag onder jongeren. Dat laatste is niettemin een belangrijke bevinding, omdat het aangeeft dat de rechter (ook) oog heeft voor het seksueel exploratieve karakter van de adolescentie en de daarmee gepaard gaande problemen voor het slachtoffer én de verdachte.

Rb. Rotterdam 3 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4933:

Een meisje (15 jaar) en een jongen (15 jaar en 3 maanden) hebben enige tijd een affectieve, seksuele relatie. Als het uitgaat heeft het meisje nog enige malen seks met haar ex, en ook samen met zijn vriend (medeverdachte). Het gaat om een seksueel actief meisje, dat verklaart beide jongens leuk en lief te vinden; de seks was derhalve vrijwillig. Vrijspraak volgt; de rechtbank stelt vast dat de seksuele contacten in de gegeven omstandigheden moeten worden gezien als 'een seksuele verkenningstocht in het kader van een vrijwillig seksueel contact tussen drie jongeren die in geringe mate in leeftijd verschilden'. Dat het gaat om trioseks is op zichzelf onvoldoende om van ontuchtig handelen te spreken.

Andermaal benadrukt de rechter echter weer dat ook daar grenzen aan moeten worden gesteld.

Rb. 's-Hertogenbosch 22 augustus 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BR5371:

Een 17-jarige jongen en een 13-jarige meisje hebben verkering met alles erop en eraan. Zij hebben op een keer ook trioseks met een 14-jarige vriend van de mannelijke partner. De rechter meent dat sprake is van een niet significant leeftijdsverschil, maakt melding van de affectieve relatie, maar meent niettemin dat het hebben van trioseks met een 13-jarige ontuchtig is. Daarbij stelt de rechtbank dat de 17-jarige verdachte in een andere levensfase verkeerde dan het 13-jarige slachtoffer.

Soms ook maakt de rechter op voor de verdachte disculperende wijze melding van een door hem gesignaleerde verschuiving in de seksuele volwassenwording, waar

wordt overwogen dat jongeren op vroegere leeftijd seksuele contacten aangaan.<sup>38</sup> Zo overwoog de rechtbank 's-Hertogenbosch in de hiervoor beschreven zaak dat 'de sociaal-ethische norm de afgelopen jaren is verschoven, in die zin dat jeugdigen op steeds jongere leeftijd seksueel actief zijn', maar kwalificeerde de trio-seks met het 13-jarige slachtoffer desondanks als ontuchtig handelen.<sup>39</sup> Het oordeel dat jongeren tegenwoordig eerder seksueel actief zijn, wordt in de uitspraken niet onderbouwd en miskent dat niet de opvattingen van de jongeren leidend zijn bij de uitleg van de sociale aanvaardbaarheid van seksuele contacten, maar die van de samenleving. Maar ook dat laatste biedt weinig soelaas, want de Hoge Raad heeft zelf eerder aangegeven dat de maatschappelijke opvattingen te dezen minder homogeen lijken te worden.<sup>40</sup>

En dat legt het accent op de omstandigheden van het geval en de daarop betrekking hebbende casuïstische beoordeling door de feitenrechter. De volgende factoren worden bij de rechterlijke oordeelsvorming betrokken. Daarbij zijn, als gezegd, leeftijd(sverschil) (88,6%), het bestaan van een affectieve relatie (69,3%) en vrijwilligheid (58,0%) constituerende factoren bij de beantwoording van de vraag of het seksuele contact sociaal-ethisch aanvaardbaar is. Daarnaast worden de context<sup>41</sup> van de seks (55,5%), de aard van het seksuele contact (32,1%), de afhankelijkheid (28,6%) en kwetsbaarheid (25,7%) van het slachtoffer, het verschil in levensfase (25,5%)<sup>42</sup>, de intentie van het slachtoffer (19,1%), de intentie van de dader (12,0%) en het verschil in seksuele ontwikkeling (5,5%) aangehaald. Opvallend is hierbij dat wanneer onderscheid wordt gemaakt tussen zaken waarin wel en geen sprake van ontucht is, significante verschillen zijn te vinden op de factoren vrijwilligheid en intentie van het slachtoffer. Vrijwilligheid wordt meegewogen in bijna 82% van de niet-ontucht zaken versus 52% van de ontuchtzaken.<sup>43</sup> En de intentie van het slachtoffer speelt een rol in bijna de helft van de niet-ontuchtzaken, terwijl deze factor maar in een achtste van de ontuchtzaken wordt meegewogen.<sup>44</sup> Hieruit blijkt dus dat vrijwilligheid (intentie van het slachtoffer duidt hier ook op) een onderscheidende factor is bij de beoordeling van ontucht. Verschillende factoren tezamen impliceren gelijkwaardigheid,

38 Soms leidt dat tot tegenstrijdige overwegingen, zoals in Rb. Midden-Nederland 12 september 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3794, waar wordt overwogen dat behalve een geconstateerde schending van de seksuele integriteit sprake moet zijn van sociaal-ethisch onaanvaardbare seks.

39 Rb. 's-Hertogenbosch 22 augustus 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BR5371.

40 HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794, NJ 2010, 376, r.o. 7, waar de Hoge Raad Keijzer aanhaalt, die in een annotatie bij een ander arrest stelt dat de maatschappelijke opvattingen steeds 'minder homogeen' zijn geworden. Ook aangehaald door P-G Vellinga, ECLI:NL:PHR:2016:106.

41 Bijv. seks in een schuurtje of in de openbare ruimte.

42 Hoewel er samenhang is tussen het verschil in kalenderleeftijd en levensfasen, betreft het onderscheiden factoren. Immers, een gering verschil in kalenderleeftijd sluit niet uit dat sprake is van een relatief groter verschil in de fase van de ontwikkeling waarin verdachte respectievelijk het slachtoffer verkeert (bijv. middelbare school versus basisschool; Rb. Rotterdam 1 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10848). De beoordeling daarvan wordt gezien in samenhang met andere zaakkenmerken.

43  $n = 18/22$  versus  $n = 47/90$ . Dit verschil is statistisch significant:  $\chi^2(1) = 6.358, p < ,05$ .

44  $n = 10/22$  versus  $n = 11/88$ . Dit verschil is significant: Fisher's Exact,  $p < ,01$ .

Strafbare seks tussen jongeren: 'ontuchtig' of 'anders dan in het kader van een gelijkwaardige relatie'

namelijk afhankelijkheid, verschil in levensfase en verschil in seksuele ontwikkeling. Als deze variabelen worden samengenomen en vergeleken tussen ontucht- en niet-ontuchtzaken, blijkt dat er geen significant verschil is en dat gelijkwaardigheid gemeten met deze factoren dus geen onderscheidende factor vormt.

Ons rechtspraakonderzoek laat zien dat het oordeel dat sprake is van 'ontuchtige handelingen' er een is dat is verweven met de feiten en omstandigheden van het geval, waarbij de maatstaf voor strafwaardigheid – gelegen in de sociale aanvaardbaarheid – door de rechter wordt beoordeeld aan de hand van een aantal min of meer vaste ijkpunten, waarvan enkele ook daadwerkelijk onderscheidend vermogen hebben. Deze maatstaven zijn echter niet door de wetgever aangereikt, maar in de rechtspraak ontwikkeld. Of dat in de pas loopt met de maatschappelijke opvattingen is een vraag die we elders hopen te kunnen beantwoorden.<sup>45</sup>

#### 4. Nogmaals in het licht van de voorzienbaarheid

Geconstateerd is dat wanneer het gaat om seks tussen en met jongeren de wens tot het (kunnen) beschermen prevaleert. Dat blijft zo in de te herziene zedenwetgeving. Vertrekpunt is dat jongeren in de leeftijd van 12 tot 16 jaar kwetsbaar zijn, ook ten opzichte van elkaar.<sup>46</sup> Daartegenover staat dat jongeren recht hebben op seksuele zelfontplooiing. Daartussen een evenwicht zien te vinden is een lastige opgave, voor wetgever en rechter. Maar juist deze balansoefening vraagt om een afdoende heldere strafbaarstelling en wanneer die niet kan worden gegeven op het niveau van de delictsomschrijving, om een heldere parlementaire behandeling met daarin gelegen aanwijzingen voor de rechter. Het gebruik van open formules als 'normaal, gelijkwaardig, seksueel verkeer tussen leeftijdsgenoten'<sup>47</sup> volstaat niet in het licht van de voorzienbaarheidseis. Bovendien brengt dit het risico mee op afbreuk van de opportuniteit van de vervolgingsbeslissing.

Rb. Limburg 1 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:818817:

Gedurende acht maanden hebben verdachte (17 jaar) en slachtoffer (13 jaar) een seksuele relatie. Zij komen bij elkaar thuis en de wederzijdse ouders stemmen in met het samen verblijven op de slaapkamers. Beiden verklaren dat het ging om consensuele seks. De rechtbank oordeelt dat 'gezien bovenstaande feiten en omstandigheden, in hun onderlinge samenhang bezien (...) sprake is geweest van een "normale" seksuele relatie tussen twee jeugdige personen die binnen de geschetste context, waarbij de goedkeuring door de ouders van belangrijke betekenis is, niet in strijd is met de sociaal-ethische norm'.

Dat wat naar de meerderheidsopvattingen als niet leeftijdsadequaat en non-consensueel kan worden beschouwd ('ontuchtig'), kan in de beleving van de jon-

45 Dalhuisen & Kool 2021.

46 Memorie van toelichting voorontwerp van Wet seksuele misdrijven, p. 12.

47 Memorie van toelichting voorontwerp van Wet seksuele misdrijven, p. 12-13.

gere(n) gelden als vrijwillige seksuele contacten, al dan niet in het kader van experimenteergedrag. Deze ‘waardering’ door de direct betrokkenen wordt door de wetgever echter gerelativeerd; uitgangspunt is dat minderjarigen ook tegen zichzelf beschermd moeten worden. Dat gegeven, gevoegd bij de mogelijke wens van derden om te vervolgen, kan leiden tot vraagtekens bij de legitimiteit van de vervolgingsbeslissing.<sup>48</sup> Echter, vervolging kan ook wenselijk zijn vanuit het door de rechter expliciteren van de norm richting betrokkenen en hun omgeving. Dan kan het zo zijn dat het handelen wel als ‘ontuchtig’ wordt gekwalificeerd, maar dat de rechter met toepassing van artikel 9a Sr afziet van het opleggen van een straf of maatregel.

Rb. Noord-Holland 11 juli 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6724:

Een 16-jarige jongen en een 13-jarig meisje kennen elkaar van de straat; tussen hen bestaat geen liefdesrelatie. Op initiatief van het meisje pijpt zij de jongen; een tweede keer doet zij dat in aanwezigheid van zijn vrienden, van wie er een de handelingen filmt en de beelden verspreidt. De rechtbank is van oordeel dat het hier seksueel experimenteergedrag betreft, dat gelet op het ontbreken van ‘warme contacten’ en de aanwezigheid van derden in strijd is met de maatschappelijke opvattingen. De jongen wordt veroordeeld, maar krijgt geen straf of maatregel opgelegd omdat het voor hem te moeilijk was om zich te verzetten tegen het persisterende seksuele initiatief van het meisje.

Daarbij komt dat het nog maar de vraag is of het beroep van de minister op internationale regelgeving, met de daarin besloten nadruk op vrijwilligheid en noodzaak tot bescherming van maatschappelijk kwetsbaren voor wat betreft seks tussen jongeren, de meest aangewezen invalshoek is.<sup>49</sup> Dat geldt overigens ook voor diens verwijzing naar de #MeToo-discussie, want dat debat ziet op non-consensuele seks tussen meerderjarigen en seksuele uitbuiting/misbruik van minderjarigen en niet – althans in mindere mate – op de grenzen van seksuele contacten wanneer het gaat om jongeren in de leeftijd van 12 tot 16 jaar. Bovendien hebben dergelijke internationale instructies noodzakelijkerwijze een hoog algemeen niveau; ze vormen immers de uitkomst van politieke onderhandelingen. Daarbij is het aan de nationale autoriteiten om daaraan binnen de bandbreedtes van die regelgeving invulling te geven. Maar wat daarbij precies ‘de’ maatschappelijke opvattingen zijn wanneer het gaat om seks tussen en met jongeren blijft onduidelijk. Wat de ontwerpers van de gemoderniseerde zedenwetgeving voor ogen staat, zijn de evidente schendingen waarbij strafbaarstelling en strafrechtelijke handhaving geen punt van discussie vormen. De grote gemene deler is die van de noodzaak maatschappelijk kwetsbaren (in het bijzonder kinderen) te beschermen;

48 R.S.B. Kool & M. Kuijpers, “Let’s talk about sex baby”. Bescherming of gegunde autonomie?, *Delikt en Delinkwent* 2018, 5, p. 434-450.

49 Memorie van toelichting voorontwerp van Wet seksuele misdrijven, paragraaf 2.2. Overigens wordt het vertrekpunt van vrijwilligheid wel breed gesteund; M. Winninghoff, *Modernisering zedenwetgeving. Een kwalitatief onderzoek* (Rapport in opdracht van het ministerie van Justitie), 2019, te vinden via [www.overheid.nl](http://www.overheid.nl).



en daar is alle aanleiding toe. Maar juist dat streven naar bescherming noodzaakt tot reflectie, want waar wordt beschermd kan de seksuele autonomie gevaar lopen.<sup>50</sup> Het beoordelen van de aan jongeren te gunnen ruimte is een lastige opgave, blijkt ook uit ons rechtspraakonderzoek. Maar wordt dat anders wanneer de rechter (en voor hem het Openbaar Ministerie) moet gaan oordelen langs de lat van de 'anders dan in het kader van een gelijkwaardige relatie'? Heeft dat 'het voordeel van het onderscheidend vermogen' boven de term 'ontuchtig handelen'? Datzelfde argument immers was tot voor kort reden om het bestanddeel 'ontuchtige handelingen' juist te behouden. Maar dat standpunt is inmiddels verlaten, want nu geldt dat het enkele feit dat het om seksuele contacten gaat die staan genoemd in de (nieuwe) zedentitel al meebrengt dat het in principe om sociaal onaanvaardbaar handelen gaat.<sup>51</sup> Voor 'het enkele geval' waarin dat niet zo is, biedt artikel 246 Sr uitkomst via het bestanddeel 'anders dan in een gelijkwaardige relatie'.<sup>52</sup> Maar wat dat betekent moet nog blijken, en het is maar zeer de vraag of deze maatstaf tot andere uitkomsten zal leiden dan de toets aan het bestanddeel 'ontuchtige handelingen'. In de grond ligt de toets immers nog steeds in de 'sociaal-ethische aanvaardbaarheid' van het seksuele contact.

Met dit alles is niet gezegd dat het bestanddeel 'ontuchtige handelingen' niet aan modernisering toe is. Ook Lindenberg en Van Dijk hebben daarvoor gepleit.<sup>53</sup> Waar we voor willen waarschuwen is het risico dat hier sprake is van 'nieuwe kleren van de keizer', want de onderbouwing van artikel 246 Sr-nieuw kan en moet beter, juist om de nieuwe bepaling meer voorzienbaar en gezaghebbend te doen zijn. Bovendien is die voorzienbaarheid uiteindelijk minder moeizaam dan wellicht wordt gedacht. Want wie de moeite neemt om sociaalwetenschappelijke bronnen te bestuderen leert dat de opvattingen over wat sociaal aanvaardbare seks is onder jongeren en ouderen niet zo sterk uiteenlopen als lijkt te worden verondersteld door de minister. Ook jongeren hechten aan vrijwillige seks, en waar de seksuele autonomie gevaar loopt appelleren ook zij aan het recht op (strafrechtelijke) bescherming. Volgens jongeren beginnen ze later met seks, zij het dat seksuele contacten wel meer buiten monogame relaties plaatsvinden ('onenightstands' en 'friends with benefits').<sup>54</sup> Daarbij speelt het gebruik van social media en dating apps een faciliterende rol.<sup>55</sup> Deze nieuwe vormen laten

50 Om die reden pleitte de Commissie Herziening zedelijkheidswetgeving (Melai) destijds voor vervanging van de term ontuchtige handelingen door seksuele handelingen, waarbij de strafbaarheid afhankelijk zou moeten worden gemaakt van een toestemmingsvereiste; Commissie Melai 1989.

51 Memorie van toelichting voorontwerp van Wet seksuele misdrijven, p. 31.

52 Memorie van toelichting voorontwerp van Wet seksuele misdrijven, p. 31

53 Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 27; voor concrete voorstellen: hoofdstuk 4.

54 J.C. de Graaf e.a., *Seks onder je 25e: Seksuele gezondheid van jongeren in Nederland anno 2017*, te vinden via <https://shop.rutgers.nl/nl/webwinkel/jongeren-12-jaar/seks-onder-je-25e-2017/197443>.

55 Dit brengt weer andere risico's met zich, zie Ten Voorde 2016.

onverlet dat de seksuele moraal onder jongeren relatief consistent is.<sup>56</sup> Vanwesenbeeck spreekt van ‘een half veranderde wereld’, waarin de seksuele moraal weliswaar minder eenduidig is, maar ‘nieuwe ideeën en praktijken nog aarzelend, vaak fragmentarisch, niet zelden tegenstrijdig en soms ronduit ouderwets [zijn]’.<sup>57</sup>

Die laatste kwalificatie is volgens Vanwesenbeeck en ook Cense en Van Dijk eveneens van toepassing op de meerderheidsopvattingen die het vertrekpunt vormen voor de aan jongeren te gunnen seksuele ruimte. Traditionele denkbeelden over mannelijke (‘scoren’) en vrouwelijke seksualiteit (‘ingetogenheid’) bemoeilijken de beeldvorming over ‘gelijkwaardige seks’.<sup>58</sup> Seksuele stereotypen recyclen onbewust in de seksuele communicatie en werken als selffulfilling prophecy en kleuren zo het beeld van ouderschap en slachtofferschap.<sup>59</sup> Kortom, ondanks dat we de sociaal-ethische aanvaardbaarheid niet expliciet kunnen duiden, is er toch meer vaste grond onder de voeten dan je zou denken. En dat is, mits op duidelijke wijze verwoord door de wetgever, (ook) van belang voor de rechtszekerheid. De sleutel tot een meer legitieme, want meer voorzienbare strafbaarstelling lijkt gelegen in de communicatie, ook voorafgaand op wetgevingsniveau. Maar het helder duiden van die boodschap vergt een andere insteek dan jongeren, over het hoofd heen, subject te maken van een seksueel vertoog dat uitgaat van onvermogen tot zelfbeschikking.<sup>60</sup> Ofwel: het ‘nee, tenzij’-scenario dat – de kwalificatie ‘modernisering’ ten spijt – wederom het uitgangspunt vormt voor het strafbaar stellen van seks tussen jongeren. Dan kan het, zoals regelmatig blijkt, diffuus worden wie dader is en wie slachtoffer, met alle gevolgen van dien.

## 5. Afronding

De wetgever staat voor een moeilijke taak, want het op heldere wijze vormgeven van de strafbare seksualiteit is nimmer een eenvoudige opgave. Dat geldt zeker voor seksuele contacten tussen jongeren in de leeftijd tussen 12 en 16 jaar. Zij zijn immers vanuit hun opgroeien kwetsbaar, waarbij de seksuele prikkels hen – en ons – tegenwoordig om de oren vliegen. Daarin een evenwicht te behouden en te komen tot consensueel seksueel contact is een lastige opgave, waarbij voor

56 I. Vanwesenbeeck, ‘Diverse verlangens. Seksuele ontwikkeling onder moderne dubbele moraal’ (oratie), *Tijdschrift voor Seksuologie* 2011, nr. 4, p. 232-239; M. Cense & L. van Dijk, *Niet zomaar seks. Jongeren over seks en grenzen*, Utrecht: Rutgers Nisso groep 2010; J-W. Duyvendak, ‘Een seksueel geëmancipeerde natie’, in: A. Andeweg (red.), *Seks in de nationale verbeelding. Culturele dimensies van de seksuele emancipatie*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2015, p. 179-193.

57 Vanwesenbeeck 2011, p. 235.

58 Vanwesenbeeck 2011, p. 232-233. Zie ook Cense & Van Dijk 2010, p. 75-77; de meerderheid van de respondenten geeft aan dat het de verantwoordelijkheid van het meisje is om de grenzen aan te geven. Jongens geven echter aan alert te zijn op signalen van weigering.

59 Vanwesenbeeck 2011, p. 237.

60 Memorie van toelichting voorontwerp van Wet seksuele misdrijven, p. 13. Uitzondering hierop vormt de voorgenomen beperking van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van jongeren voor kinderpornografie, wanneer zij in de redelijke overtuiging zijn dat het vervaardigen en verwerven van materiaal plaatsvindt met wederzijds goedvinden en het materiaal alleen voor privégebruik is bedoeld.

Strafbare seks tussen jongeren: 'ontuchtig' of 'anders dan in het kader van een gelijkwaardige relatie'

jongeren bovendien geldt dat zij onderwerp worden gemaakt van goedbedoelde, maar door hen mogelijk ongewenste interventies met als doel hun bescherming en 'correctie', gebaseerd op het oordeel van de (stemgerechtigde) meerderheid over wat sociaal-ethisch aanvaardbaar is op seksueel gebied voor jongeren. Het hoeft geen betoog dat er bij zulke goedbedoelde, en overigens bij tijd en wijle noodzakelijke interventies licht kan zitten tussen de (dis)kwalificatie van het seksuele contact door de betrokken jongeren en de wetshandhavers, optredende als representant van de maatschappelijke opvattingen. Het zou daarom goed zijn als de minister, in samenspraak met het parlement, zich ditmaal goed laat voorlichten en duidelijk aangeeft welke wegingsfactoren het Openbaar Ministerie en de rechter hebben aan te leggen bij hun beoordeling van de vraag of een seksueel contact er een is 'anders dan in het kader van een gelijkwaardige relatie'. Dat bevordert de legitimiteit van de strafrechtelijke interventie en legt de verantwoordelijkheid waar deze in eerste instantie behoort: bij de wetgever. Dat daarnaast een grote rol voor het Openbaar Ministerie en de rechter zal blijven weggelegd, is evident, maar ook de wetgever heeft de verantwoordelijkheid om moeilijke kwesties niet uit de weg te gaan en helder te verwoorden wat – wanneer het gaat om seks tussen en met jongeren – strafwaardige seks is (en wat niet).