

HC 11, 30-11-2011, Zedendelicten

Door mr. dr. Wolswijk

We beginnen met een stuk uit mr. Lindenberg zijn proefschrift. Dit gaat over dr Steevens die een vrouw ervan overtuigt dat ze een besmettelijke ziekte heeft en dat seks met hem haar probleem oplost. Echter, de daden van de man vallen niet onder enige bepaling, het is geen dwang maar ook geen oplichting. Valt dit onder Nederlandse strafbepalingen? Hier wordt later op terug gekomen.

In Titel 14 van ons wetboek zijn de zedendelicten verzameld. De titel verzamelt zowel gedragingen die in strijd zijn met de zedelijkheid in ruime en algemene zin als die in strijd zijn met het seksuele moraal. Het gaat vandaag over de zedendelicten in enge zin, de delicten die verband houden met seksuele moraal. We bespreken de schennis van de eerbaarheid, de minderjarigheid, de afhankelijkheid, onmacht en dwang.

Historie

Het wetboek was destijds doortrokken van de nachtwakersstaat, dat wil zeggen dat aan de overheid een zeer beperkte rol was toebedeeld. De overheid vond dat zij de individuen niet hoefden te beschermen die zichzelf vrijwillig in het zedenbederf storten, tenzij dit gepaard ging met bijvoorbeeld kinderen. Je zag bijvoorbeeld geen bepalingen tegen ontuchtige handelingen van mensen met dieren of bepalingen over buitenechtelijke gemeenschap. De overheid ging het steeds meer als haar taak zien om zedenmisdrijven te bestrijden. De enige normale seksuele relatie was tussen de vrouw en de man die getrouwd zijn, dit was de strenge periode. Vanaf de jaren '60 was er veel meer sprake van openheid en iedereen moest zichzelf helemaal kunnen ontplooiën. Het verbod op overspel werd toen bijvoorbeeld afgeschaft. Vanaf de jaren '90 is er een kentering, toen is het weer strenger geworden. Hierbij gaat het voornamelijk om gedragingen waar bij kinderen in het spel zijn, want dit geeft vele nadelige effecten die pas na enige tijd zichtbaar kunnen worden.

1. Schennis van eerbaarheid

Kinderpornografie valt hier ook onder. Art. 239 Sr is een voorbeeld van schennis van eerbaarheid onder bepaalde omstandigheden. De bescherming van de algemene eerbaarheid is de ratio van dit artikel. 'Inbreuk maken op' is het zodanig gedragen dat iemand wordt gekwetst in het geslachtelijk schaamtegevoel. Het maakt niet uit of de betrokkenen in hun schaamtegevoel zijn getroffen, maar of het voor 'hen' aanstootgevend is. Het gaat om het algemene publieke moraal. De eerbaarheid is een algemeen begrip die wordt bepaald door de meerderheid van de samenleving. Wat de meerderheid van de bevolking aanstootgevend vindt, wordt de norm. Maar hoe moet de rechter dit bepalen, want zij wordt geacht dit zelf te kunnen bepalen. Het gaat bij art. 239 Sr om een bepaalde variant, namelijk het daadwerkelijk tonen van het menselijke lichaam door reëel bestaande mensen aan reëel bestaande mensen. Waar het om gaat is dat art. 239 Sr geen gedragingen dekt die mensen schaamt door afbeeldingen, geschrift of door verbale/mondelijke uitingen.

Alle natuurlijke geoorloofde handelingen kunnen een aanstootgevend karakter krijgen, als anderen er kennis van kunnen nemen. De wetgever heeft dit zelf uitgelegd, maar het gaat dan alleen maar om ongewilde confrontaties. De wetgever heeft deze uitgewerkt in drie situaties, neergelegd in art. 239 Sr. Ten eerste op of aan een plaats voor het openbaar verkeer bestemd. Bijvoorbeeld vanaf een openbare weg de prostitutie achter een raam zien. Ten tweede op een andere dan onder het eerste bedoelde openbare plaats, toegankelijk voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar. Hierbij gaat het om plaatsen waarbij je niet hoeft te verwachten dat je aanstootgevende beelden krijgt te zien, bijvoorbeeld in de bioscoop. Als laatste moet het gaan om een niet openbare plaats indien een ander daarbij zijns ondanks tegenwoordig is. Hierbij kan je denken aan de buurvrouw die vanuit haar eigen slaapkamer dingen doet, die zichtbaar zijn als je langs loopt.

2. Minderjarigheid

De artikelen omtrent minderjarigheid staan verspreid door de hele Titel 14 heen. Allereerst moeten we kijken wie er minderjarig is. De leeftijd is namelijk bij de meeste delicten geobjectiveerd (de dader hoeft dus niet te weten dat hij minderjarig is) en er geldt vaak een aparte verjaringstermijn. Er vallen een heleboel delicten onder deze categorie.

- Artikel 244 Sr

De ratio van dit artikel is de bescherming van zeer jeugdigen tegen ernstige seksuele handelingen. Het doet er niet toe of de gedragingen worden verricht met toestemming van de minderjarige, dit is totaal irrelevant. Gebeurt het delict tegen de toestemming van de minderjarige in, dan levert dit ook het delict verkrachting op. Het moet bij dit artikel gaan om een persoon jonger dan 12 jaar. Het moet tevens gaan om seksueel binnendringen, dit wordt uitgelegd in *HR NJ 1994, 379 (seksueel binnendringen)* in r.o. 5.7. Het gaat om 'ieder binnendringen van het lichaam met seksuele strekking'. Het gaat dus niet alleen om gewone geslachtsgemeenschap, maar ook om anale handelingen en voorwerpen. Dit is dus een zeer ruime uitleg, de precieze grenzen zijn erg moeilijk. Ook een tongzoen kan hier onder vallen onder omstandigheden, dit werd uitgemaakt in *HR NJ 1998, 781 (het afgedwongen tongzoen arrest)* in r.o. 5.1. De HR moest zich hierbij buigen over de vraag of tongzoen onder het binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking valt. De rechter vraagt zich af of er niet een uitzondering moet worden gemaakt, maar de HR zegt hierop nee. De wetgever heeft geen beperking willen toebrengen op de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen, volgend uit de ratio van het artikel. Het feit dat de minderjarige er plezier aan beleeft doet niets af aan de strekking van het artikel. Bij deze bepaling tref je helemaal geen normatieve bestanddelen aan, er zitten geen morele standpunten in. Ontuchtig is geen bestanddeel, want ieder seksueel binnendringen van het lichaam is ontuchtig. Het enige morele zit in het 'seksuele strekking', want iemands temperatuur opmeten valt hier natuurlijk niet onder.

- Artikel 245 Sr

De ratio van dit artikel is natuurlijk de bescherming van jeugdigen tegen ernstige seksuele gedragingen. Het moet hierbij gaan om iemand in de leeftijd van 12 tot en met 15 jaar. Een extra bestanddeel in dit artikel is 'buiten echt', omdat je toestemming kan krijgen om te trouwen op die leeftijd. Het belangrijkste verschil met art. 244 Sr is het bestanddeel 'ontuchtige' handelingen. Blijkbaar is het seksueel binnendringen niet per definitie ontuchtig, het wordt pas strafbaar als het ontuchtig is. De regel is hier dat het pas ontuchtig is als het pas in strijd is met de sociaal ethische norm. De leeftijd van dader en slachtoffer zijn hier dus van groot belang, met name seksuele gedragingen tussen jeugdigen onderling want daar kan het ontuchtige karakter ontbreken. Dus het gaat vooral om situaties met een gering leeftijdsverschil, want een man van 50 met een 14-jarig meisje is per definitie wel ontuchtig. Het arrest *HR LJN BK4794 (ontuchtige trio)* gaat over twee jongens die een meisje (15 jaar) tegenkomen. Ze heeft met de ene jongen van 17 al eerder seks gehad en met de andere jongen nog niet. Ze belanden bij een van de jongens thuis en hebben met zijn drieën seks. Beide jongens worden vervolgd, de gene die eerder seks met haar had gehad wordt vrij gesproken (niet ontuchtig), maar zijn vriend die nog niet eerder seks met haar had gehad wordt veroordeeld. Hij krijgt een behoorlijke taakstraf omdat de rechter het een ernstig feit vind. Maar de AG vind dat het allemaal wel mee valt omdat tegenwoordig veel wordt geaccepteerd. De AG denkt dat het meisje het vrijwillig deed, maar de HR zei dat het meisje het onvrijwillig deed, waardoor het per definitie ontuchtig is. Ook bij dit artikel is de leeftijd geobjectiveerd van het delict. Bij dit artikel is de vrijwilligheid aan de ene kant totaal irrelevant omdat kinderen tegen zichzelf worden beschermd met dit artikel. Maar aan de andere kant speelt de vrijwilligheid een grote rol, bijvoorbeeld als het leeftijdsverschil gering is.

- Art. 247 Sr

Bij dit artikel gaat het om ontuchtige handelingen met iemand beneden de leeftijd van zestien jaar. De ratio van dit artikel is eveneens de bescherming van jeugdigen tegen seksuele gedragingen.

- Art. 248a Sr

Bij dit artikel wordt de jeugdige ook beschermd tegen verleiding voor een seksuele gedraging. Hierbij moet het gaan om een minderjarige (dus onder de 18 jaar). Het verschil met het vorige artikel is dat hierbij middelen worden ingezet om de minderjarige te beïnvloeden. Dit verklaart waarom het bestanddeel 'buiten echt' niet in het artikel staat, want ook hiertegen moet iemand die gehuwd is beschermd worden. Vroeger kon het misdrijf alleen gepleegd worden tegen minderjarigen van onbesproken gedrag. Dit bestanddeel is tegenwoordig dus geschrapt, iedereen wordt nu beschermd.

- Art. 249 lid 1 Sr

Bij dit artikel gaat het om bescherming van jongeren onder de 17 jaar tegen seksuele contact met personen waarvan ze op een of andere manier afhankelijk van zijn. Ook bij 17 jaar is het dus irrelevant of het initiatief is uitgegaan van de minderjarige en dit gaat heel ver. Want stel je de situatie voor dat de 17 jarige een relatie aangaat met haar 40 jarige baas, met toestemming van haar ouders.

Binnen het fenomeen seksuele handelingen met minderjarigen kennen we de kinderpornografie. De bepalingen hierover willen de exploitatie van seksueel misbruik van jeugdigen tegen gaan. Er staat in art. 240b lid 1 Sr dat het moet gaan om iemand die 'kennelijk nog geen 18 jaar is'. Dit is zo neergelegd omdat de werkelijke leeftijd niet hoeft te worden vastgesteld, de persoon moet er uit zien alsof hij ouder is dan 18 jaar. De daadwerkelijke leeftijd is dus niet van belang, ook al kan je achteraf bewijzen dat het kind al 18 is. Dit is een extra bescherming voor de minderjarige. Een ander opvallend bestanddeel is 'waarbij iemand is betrokken of schijnbaar is betrokken'. De bescherming van dit artikel gaat veel verder dan alleen het beschermen van het kind dat wordt afgebeeld, bijvoorbeeld ook een afbeelding van de virtuele kinderporno. Dit is strafbaar omdat het niet alleen gaat om het beschermen van de kinderen die ergens zijn afgebeeld, de exploitatie daar van moet zijn tegen gegaan. Het moet gaan om een realistische afbeelding, hetgeen is bepaald door de HR. In deze zaak was in een filmpje duidelijk dat het ging om niet realistische afbeeldingen, die voor volwassenen duidelijk zijn. Aangezien uit de kenmerken van het filmpje bleek dat kinderen de doelgroep waren, moeten we naar hun opvattingen kijken. De rechtbank zegt dat het filmpje voor het gemiddelde kind wel realistisch is en dat het daar om gaat.

Dit artikel kent geen expliciet opzetvereiste en normaal is dat geen probleem. Maar 'in bezit hebben' van pornografisch materiaal hoef je niet altijd te weten. De HR vindt dat je bewust moet zijn van het materiaal als je kunt spreken van 'in bezit hebben'. Hierbij speelt onder andere een rol hoe technisch je bent, hoe vaak je gebruik maakt van internet en je surfgegevens. Artikel 240b Sr is vorig jaar (2010) weer aangescherpt en wel met de bepaling dat het strafbaar is 'zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft'. Artikel 248 e nieuw Sr gaat over grooming.

3. Afhankelijkheid

Artikel 249 lid 2 Sr gaat over het ontucht plegen met een minderjarig kind waarbij sprake is van functionele afhankelijkheid. Ook hierbij geldt weer dat de wederzijdse instemming niet relevant is. Het verschil tussen sub 2 en sub 3 is dat bij laatstgenoemde sub de patiënt niet is opgenomen, bijvoorbeeld een bezoek aan de huisarts. De HR heeft bepaald dat als de hulpverleningsrelatie in de seksuele relatie geen enkele rol speelt, dan valt er niets onder deze bepaling en dat heet het geen ontucht

4. Onmacht

Ook hierbij gaat het om het beschermen van de seksuele identiteit van personen en dan vooral bij personen die niet in staat zijn adequaat te reageren. Het verschil tussen de artikelen 243 jo 247 Sr zit hem in de gedragingen, want bij art. 243 Sr gaat het om ernstige gedragingen.

Daarnaast wordt in art. 247 Sr ook nog apart de minderjarige genoemd. Onder lichamelijke onvermogen valt ook een vaste slaap volgende de HR.

In het volgende arrest (HR 1998) had een slaapdronken vrouw gemeenschap met iemand die bij haar in bed kroop waarvan ze dacht dat het haar vriend is. Deze man werd vervolgd wegens verkrachting, maar daarvoor is vereist 'het dwingen van het seksueel binnendringen van het lichaam'. Het slachtoffer moet de handelingen dan dus tegen haar wil in zijn begaan. Dat was in casu niet het geval. Het viel niet onder art. 243 Sr omdat verminderde bewustzijn er toen nog niet in stond. De minister stond voor de vraag of deze situaties wel strafbaar moesten zijn. De ene weg is om de strafbaarstelling van seksuele misleiding uit te breiden, (algemeen misleiding= strafbaar) de minister had hier bezwaar tegen: omdat er grote beroepzaamheid is geborgen. De andere weg is het extra opgenomen bestanddeel, verminderd bewustzijn. Er is dus voor het laatste alternatief gekozen.

5. Dwang

Hierbij gaat het om de zwaardere zedendelicten zoals verkrachting en aanranding. De ratio is helder, beschermd worden tegen ongewilde seksuele gedragingen. De centrale term is 'dwingen', dit betekent in ieder geval dat het slachtoffer de gedragingen tegen zijn of haar wil ondergaat. Maar er zit ook impliciet een opzet bestanddeel in. De dader moet dus weten wat hij doet en dat hij dat tegen de wil van het slachtoffer in handelt. *HR NJ 1995, 201*. Niet alleen geweld en bedreiging met geweld is strafbaar, maar ook bedreiging met feitelijkheid is strafbaar gesteld.

Om terug te komen op dr. Steevens, is hij strafbaar naar Nederlands recht? Via misleiding tot seksuele gedragingen brengen is in zijn algemeenheid niet strafbaar. De verdachte was geen arts, dus daar valt het niet onder. Het is geen onmacht (ze was volledig bij haar bewust). Valt dit onder dwang? Uiteindelijk gebeurt het tegen haar wil, maar het is ook nog het punt dat bij dwingen, dat de gene die dwang uit oefent invloed heeft op het dreigende onheil. De gedwongene moet ook denken dat de dwinger invloed heeft op het naderende onheil. Dat is hier ook niet het geval. Het feit dat je een keuze hebt wil niet zeggen dat je niet gedwongen wordt, omdat de ene keuze erg onaantrekkelijk was. Dus; de verdachte is niet strafbaar naar Nederlands recht.