

Over seks, bescherming en autonomie

De strafbaarstelling van seks tussen en met jeugdigen van twaalf tot zestien jaar en het daarbij geldende hoorrecht getoetst aan het internationale kader

Laetitia Jacoba Moerdijk

Leiden, juni 2022

Over seks, bescherming en autonomie

De strafbaarstelling van seks tussen en met jeugdigen van twaalf tot zestien jaar en het daarbij geldende hoorrecht getoetst aan het internationale kader

L.J. Moerdijk

S1537717

LL.M. Jeugdrecht

Universiteit Leiden

Juni 2022

Prof. mr. drs. M.R. Bruning

Jeugdigen, ontucht, hoorrecht

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	5
2.	Het internationale kader	8
2.1.	Inleiding	8
2.2.	IVRK	8
2.2.1.	Inleiding	8
2.2.2.	Relevante bepalingen	9
2.2.3.	Seksueel misbruik	10
2.2.4.	Seksuele meerderjarigheid	12
2.2.5.	Tussenconclusie	14
2.3.	Raad van Europa	14
2.3.1.	Inleiding	14
2.3.2.	Verdrag van Lanzarote	15
2.3.3.	Policy guidelines	17
2.4.	Europese Unie	17
2.5.	Tot besluit.....	18
3.	De Nederlandse strafbaarstelling	19
3.1.	Inleiding	19
3.2.	Wetsgeschiedenis	19
3.2.1.	Het Wetboek van Strafrecht (1886).....	19
3.2.2.	De Wet ter bestrijding van de zedeloosheid (1911)	20
3.2.3.	Liberalisering van de criminele zedelijkheidspolitiek (jaren '60 en '70).....	20
3.2.4.	De wetswijziging van 1991	21
3.3.	Artikel 245 Sr	22
3.4.	De Hoge Raad	24
3.5.	Feitenrechtspraak	25
3.6.	Wetsvoorstel seksuele misdrijven	26

3.7.	Nadere beschouwing	29
3.7.1.	Inleiding	29
3.7.2.	Onderlinge verhouding.....	29
3.7.3.	Vrijwilligheid	31
3.7.4.	Affectieve relatie	31
3.7.5.	Contextuele gelijkwaardigheid.....	33
3.7.6.	Intentie verdachte	35
3.8.	Tot besluit.....	35
4.	Het hoorrecht.....	37
4.1.	Inleiding	37
4.2.	Wetsgeschiedenis	37
4.2.1.	Klachtvereiste.....	37
4.2.2.	De wetswijziging van 2002.....	38
4.3.	Artikel 167a Sv	38
4.4.	Nadere beschouwing	40
4.4.1.	Inleiding	40
4.4.2.	Terugkoppeling	41
4.4.3.	Het belang van het kind.....	41
4.5.	Tot besluit.....	44
5.	Conclusie.....	45
	Bibliografie	48

1. Inleiding

Discussies over seksualiteit zijn alledaags, maar het recente schandaal omtrent *The Voice of Holland* heeft weer bevestigd dat seksueel misbruik momenteel hoog op de politieke en maatschappelijke agenda staat.¹ In de kern gaat het in die discussies veelal om de vraag of er sprake is van gelijkwaardigheid: tussen bandleider en deelnemer, tussen producer en zanger(es), tussen fractievoorzitter en partijleden, tussen docent en leerling, enzovoorts. Bij volwassenen geldt in de meeste gevallen echter (op dit moment) dat tevens sprake moet zijn van enige vorm van dwang voordat seksuele handelingen worden gekwalificeerd als een strafbaar feit.² Bij kinderen is dat anders; zij nemen vanwege hun inherente kwetsbaarheid een bijzondere positie in binnen de Nederlandse zedenwetgeving. Zo is de wederrechtelijkheid van seks met een kind beneden de leeftijd van twaalf jaar vanwege diens jonge leeftijd een gegeven.³ In enkele andere strafbepalingen ligt de wederrechtelijkheid van de seksuele handelingen besloten in het bestanddeel “*ontucht*”.⁴ Daarvan is sprake wanneer in strijd wordt gehandeld met de sociaal-ethische norm.⁵ Wat als ontucht wordt beschouwd is afhankelijk van de (veranderende) maatschappelijke opvattingen. Ook hierbij kan de leeftijd van degene met wie seksuele handelingen worden verricht van belang zijn. Zo wordt in het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) onder meer uitgegaan van een (weerlegbaar) rechtsvermoeden van seksuele minderjarigheid van jeugdigen onder de zestien jaar.⁶ De primaire gedachte hierbij is dat deze jeugdigen onvoldoende in staat zijn zelf te beslissen over hun seksuele wensen en verlangens, de draagwijdte van hun gedrag in dat opzicht onvoldoende kunnen overzien en daarom bescherming verdienen.⁷

Maar wat als jeugdigen aangeven dat zij de seksuele handelingen vrijwillig hebben verricht? Wat rechtvaardigt in die gevallen strafvervolging? En hoe verhoudt voornoemde beschermingsgedachte zich tot het (internationaal uitgedragen) standpunt dat kinderen niet moeten worden beschouwd als rechts*object*, maar recht*subject* met eigen rechten (en plichten) en een eigen mening waaraan passend belang moet worden gehecht?⁸ Gooren merkte in dit verband al eens op dat sprake is van een paradox: “*door de overheid wordt weliswaar opgetreden*

¹ Vgl. Kool & Kuipers, *DD* 2018, p. 439

² Maar zie bijvoorbeeld artikel 249 Sr.

³ *Kamerstukken II* 1988-1989, 20930, nr. 5, p. 4-5.

⁴ Lindenberg & Van Dijk 2015, p. 37.

⁵ *Kamerstukken II* 1988-1989, 20930, nr. 5, p. 4.

⁶ *Kamerstukken II* 1988-1989, 20930, nr. 5, p. 4-5.

⁷ Gooren 2016, p. 111; HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794, r.o. 2.6.

⁸ Vgl. Horii, *LLB* 20 mei 2020.

*om de zelfbepaling van de jongere te waarborgen, maar juist dat optreden kan een inbreuk plegen op die zelfbepaling.*⁹ De vraag is dan waar overheidsbemoeienis stopt en autonomie begint.

Onderhavig onderzoek beoogt op die vraagstelling in te haken. Meer in het bijzonder spitst het zich toe op de eerder door Lindenberg en Van Dijk getrokken conclusie dat er sprake is van een gebrek aan een eenduidige richting in de veelvoorkomende situatie van seksueel verkeer tussen jeugdigen onderling.¹⁰ De complexiteit ligt daarbij in de kern in het zoeken van evenwicht tussen de door de zedenwetgeving te beschermen rechtsbelangen, te weten enerzijds het belang van bescherming van de lichamelijke en seksuele integriteit en anderzijds het recht op seksuele zelfbeschikking en autonomie.¹¹ Dat zeer jeugdige kinderen (jonger dan twaalf jaar) niet in staat kunnen worden geacht zelf hun seksuele integriteit te beschermen is daarbij niet zozeer een punt van discussie.¹² Bij oudere jongeren is dit echter minder evident. In de navolgende hoofdstukken wordt daarom aan de hand van een juridisch-theoretisch onderzoek en vanuit een internationaal (met name kinderrechtelijk) perspectief kritisch gereflecteerd op de Nederlandse inkadering van seksuele (fysieke) contacten tussen en met jeugdigen van twaalf tot zestien jaar. Onderzocht wordt in hoeverre de wet- en regelgeving hieromtrent en de invulling daarvan in de praktijk in overeenstemming zijn met de relevante internationale voorschriften. Daartoe volgt allereerst een uiteenzetting van de belangrijkste internationale verdragen en richtlijnen (**hoofdstuk 2**). Vervolgens wordt aandacht besteed aan de Nederlandse strafbaarstelling van artikel 245 Sr (**hoofdstuk 3**). De reden dat het onderzoek zich toespitst op deze strafbepaling is omdat hierin de schadelijkheid van de seksuele handelingen wordt aangenomen wegens de leeftijd van het kind (en niet zozeer wegens een bijkomende omstandigheid zoals dwang):¹³ het seksuele contact is strafbaar omdat het plaatsvindt met een persoon die twaalf, dertien, veertien of vijftien jaar oud is. Na bespreking van (en kritische reflectie op) deze materieelrechtelijke strafbaarstelling, gaat het onderzoek verder met een beschouwing van het strafvorderlijke vereiste van artikel 167a van het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv) (**hoofdstuk 4**). Deze bepaling voorziet in een hoorrecht voor minderjarigen ten aanzien van wie het in artikel 245 Sr omschreven misdrijf is gepleegd; zij moeten in de gelegenheid worden gesteld hun mening over dit feit kenbaar te maken. Van beide bepalingen wordt uiteindelijk beoogd inzichtelijk te maken op welke punten er (vanuit

⁹ Gooren 2016, p. 112.

¹⁰ Lindenberg & Van Dijk 2015, p. 648 en 584.

¹¹ *Kamerstukken II* 2015-2016, 29279, nr. 300, p. 7.

¹² *Kamerstukken II* 1989-1999, 20930, nr. 5, p. 5.

¹³ Dat geldt ook voor artikel 247 Sr voor zover daarin strafbaar is gesteld het plegen van ontuchtige handelingen met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren. Vanwege de beperkte omvang van het onderzoek is echter besloten deze strafbaarstelling buiten beschouwing te laten.

internationaal perspectief) hiaten zijn, waar verbetering mogelijk is en welke aspecten (meer) aandacht verdienen (**hoofdstuk 5**).

2. Het internationale kader

2.1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt onderzocht welke internationale afspraken een rol spelen bij de strafrechtelijke inkadering van seksuele contacten tussen en met jeugdigen. Gelet op de beperkte omvang van dit onderzoek wordt niet beoogd het internationale (kinderrechten)kader op uitputtende wijze uiteen te zetten. Ik beperk mij tot de bespreking van de specifiek voor dit onderwerp relevante internationale en Europese standaarden. Het startpunt hierbij is het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het Kind (hierna: IVRK) en (voor zover relevant) de daarbij horende *General Comments* van het VN-Kinderrechtencomité (hierna ook: Comité) (paragraaf 2.2). Daarna wordt aandacht besteed aan de regionale regelgeving van de Raad van Europa (paragraaf 2.3) en de Europese Unie (paragraaf 2.4). Tot besluit volgen enkele concluderende opmerkingen (paragraaf 2.5).

2.2. IVRK

2.2.1. Inleiding

Het IVRK voorziet in een gezaghebbend en omvangrijk kinderrechtenraamwerk, waarin zowel burgerlijke en politieke als economische, sociale en culturele rechten zijn vastgelegd. Het gaat daarbij om algemene mensenrechten, maar ook om specifieke rechten voor kinderen. Ook bevat het IVRK bijzondere bepalingen die betrekking hebben op bepaalde groepen (kwetsbare) kinderen, zoals kinderen in het strafrecht (artikel 37 en 40) en kinderen die het slachtoffer zijn van seksuele uitbuiting of seksueel misbruik (artikel 34). De bepalingen in het IVRK dienen niet alleen op zichzelf te worden beschouwd, maar nadrukkelijk ook in onderlinge samenhang.¹⁴ In het bijzonder dient daarbij aandacht te worden besteed aan de zogenoemde *general principles* van het IVRK, te weten het recht op non-discriminatie (artikel 2), het belang van het kind (artikel 3), het recht op leven en ontwikkeling (artikel 6) en het recht op participatie (artikel 12).¹⁵ Deze door het VN-Kinderrechtencomité aangewezen kernbepalingen hebben te gelden als algemene beginselen voor het interpreteren en implementeren van alle rechten van het kind en worden ook wel aangeduid als de fundamentele rechten van het IVRK.¹⁶

¹⁴ *General Comment No. 5*, par. 18.

¹⁵ *General Comment No. 5*, par. 12.

¹⁶ *General Comment No. 5*, par. 12; Bruning, Klep & Punselie 2020, p. 2.

2.2.2. Relevante bepalingen

Waar het gaat om seksuele activiteiten tussen en met jeugdigen, zijn verschillende verdragsbepalingen relevant. Allereerst kan (in meer algemene zin) worden gewezen op het hiervoor reeds genoemde recht op ontwikkeling (artikel 6), het recht op privacy (artikel 16), dat onder meer de integriteit van het kind omvat,¹⁷ en het recht op eerbiediging van de identiteit (artikel 8), waaronder mede wordt begrepen de seksuele identiteit.¹⁸

Het IVRK bevat ook enkele specifieke bepalingen over de bescherming van kinderen tegen seksueel misbruik. In dat verband werd hiervoor al kort gewezen op artikel 34 IVRK, dat lidstaten verplicht om kinderen te beschermen tegen alle vormen van seksuele exploitatie en seksueel misbruik.¹⁹ De staten dienen daartoe alle passende nationale, bilaterale en multilaterale maatregelen te nemen om te voorkomen (onder meer) dat een kind ertoe wordt aangespoord of gedwongen deel te nemen aan “*onwettige seksuele activiteiten*”. Opmerking verdient dat bij de totstandkoming van het IVRK discussie is geweest over het woord “*onwettig*”. De delegaties van de Sovjet-Unie en China betoogden namelijk dat het moeilijk voor te stellen was dat seksuele activiteiten van kinderen wettig kunnen zijn.²⁰ De crux hierbij is dat in veel landen seksuele meerderjarigheid eerder wordt bereikt dan volwassenheid in algemene zin. Nu het IVRK in beginsel bescherming biedt aan alle personen tot achttien jaar,²¹ zouden zonder het woord “*onwettig*” alle seksuele activiteiten van deze personen onder het artikel vallen – ongeacht of de betrokken personen bijvoorbeeld gehuwd zijn. De vertegenwoordigers van Frankrijk en Nederland verklaarden daarop dat artikel 34 IVRK niet bedoeld is om het seksleven van kinderen te reguleren, maar om seksuele exploitatie te bestrijden.²² Daarmee bleef het woord in de bepaling staan.

Een verplichting om kinderen te beschermen tegen seksueel misbruik kan verder ook worden gevonden in artikel 19 IVRK. Die bepaling is breder dan artikel 34 IVRK en beschermt kinderen tegen alle vormen van lichamelijk of geestelijk geweld, letsel of misbruik, lichamelijke of geestelijke verwaarlozing of nalatige behandeling, mishandeling of exploitatie, met inbegrip van

¹⁷ Blaak e.a. 2012, p. 268.

¹⁸ Blaak e.a. 2012, p. 199.

¹⁹ Bij de implementatie van dit artikel dient (voor zover geratificeerd) ook het Facultatief Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie bij het IVRK in acht te worden genomen. Gelet op de beperkingen in omvang en de nadruk ervan op (seksuele) exploitatie, terwijl onderhavig onderzoek zich primair richt op vrijwillige seksuele handelingen, is ervoor gekozen dit protocol verder buiten beschouwing te laten.

²⁰ Blaak e.a. 2012, p. 972.

²¹ Artikel 1 IVRK.

²² Blaak e.a. 2012, p. 972.

seksueel misbruik. Het artikel heeft betrekking op de situatie dat het kind onder de hoede is van een ouder, voogd of andere verzorger. Daarbij geldt evenwel als uitgangspunt dat alle kinderen onder de achttien jaar zijn toevertrouwd aan de zorg van iemand (die iemand kan ook de staat zijn), waardoor dit artikel in feite op alle situaties van toepassing is.²³

Tot slot kan in dit verband ook nog worden gewezen op artikel 39 IVRK, dat zich – in tegenstelling tot artikel 19 en 34 IVRK – niet zozeer richt op preventie, maar op bescherming achteraf. Staten dienen op grond van dit artikel alle passende maatregelen te nemen ter bevordering van het lichamelijk en geestelijk herstel en de re-integratie in de maatschappij van kinderen die slachtoffer zijn van welke vorm van misbruik dan ook. Daaronder valt dus ook seksueel misbruik. Het herstel en de re-integratie dient plaats te vinden in een omgeving die bevorderlijk is voor de gezondheid, het zelfrespect en de waardigheid van het kind.

2.2.3. Seksueel misbruik

Gelet op voornoemde bepalingen, lijkt binnen het IVRK – waar het gaat om seks – voornamelijk de nadruk te liggen op de bescherming van kinderen tegen (seksueel) misbruik. In het IVRK zelf wordt echter niet ingegaan op de vraag wat precies als seksueel misbruik kwalificeert. In verschillende door het VN-Kinderrechtencomité opgestelde *General Comments* wordt daaraan wel aandacht besteed. Hoewel niet bindend, worden deze documenten beschouwd als gezaghebbende bronnen voor de interpretatie en concrete toepassing van het kinderrechtenverdrag.²⁴ In *General Comment No. 13* definieert het VN-Kinderrechtencomité seksueel misbruik (voor zover hier relevant) als “*de aansporing of dwang van een kind om deel te nemen aan een onwettige of geestelijk schadelijke seksuele activiteit.*”²⁵ Het Comité zet in een voetnoot nader uiteen wanneer zijns inziens sprake is van dergelijk onwettig of geestelijk schadelijk seksueel verkeer:²⁶

“Seksueel misbruik omvat alle seksuele activiteiten die door een volwassene aan een kind worden opgelegd en waartegen het kind recht heeft op bescherming door het strafrecht. Seksuele activiteiten worden ook als misbruik beschouwd als ze door een ander kind tegen een kind worden gepleegd, als de jeugdige overtreder aanzienlijk ouder is dan het kindslachtoffer of als hij macht, bedreiging of andere vormen van druk gebruikt. Seksuele

²³ *General Comment No. 5*, par. 33.

²⁴ Zie verder Doek 2020, p. 15-25.

²⁵ *General Comment No. 13*, par. 25.

²⁶ *General Comment No 13*, voetnoot 9.

activiteiten tussen kinderen worden niet als seksueel misbruik beschouwd als de kinderen ouder zijn dan de leeftijdsgrens die door de staat is vastgesteld voor seksuele handelingen met wederzijds goedvinden.”

Uit bovenstaand citaat volgt allereerst (en in lijn met hetgeen hiervoor uiteen is gezet over het woord onwettig in artikel 34 IVRK) dat in beginsel geen sprake is van misbruik wanneer het gaat om seksueel verkeer tussen seksueel meerderjarigen (mits sprake is van vrijwilligheid). Wanneer het gaat om seksuele contacten tussen jongeren waarvan één of beide seksueel minderjarig is, lijkt de situatie minder zwart wit en wordt belang gehecht aan de omstandigheden van het geval. Van misbruik is volgens het Comité in ieder geval sprake wanneer de ander druk heeft uitgeoefend of wanneer sprake is van een “aanzienlijk” leeftijdsverschil tussen de betrokkenen. In dat laatste geval hoeft niet tevens sprake te zijn van macht, bedreiging of een andere vorm van druk (zo blijkt mijns inziens uit het woord “of”). Wat als aanzienlijk moet worden beschouwd, wordt door het Comité niet nader gespecificeerd.

Dat het Comité voor de kwalificatie van misbruik belang hecht aan de vrijwilligheid en het leeftijdsverschil tussen betrokkenen, blijkt verder ook uit *General Comment No. 20*. Daarin benadrukt het Comité dat staten dienen te vermijden om “adolescenten van ongeveer dezelfde leeftijd strafbaar te stellen voor feitelijke vrijwillige seksuele activiteiten zonder dat sprake is van uitbuiting.”²⁷ Ook hier specificeert het Comité niet wanneer adolescenten (waarbij het gaat om jeugdigen van tien tot achttien jaar²⁸) van ongeveer dezelfde leeftijd worden geacht.

Een soortgelijke overweging is tot slot te vinden in *General Comment No. 24*, dat betrekking heeft op het jeugdstrafrecht. In dat verband gaat in het IVRK bijzondere aandacht uit naar het proportionaliteitsbeginsel, het voorkomen van stigmatisering, het belang van het bevorderen van herintegratie, buitengerechtelijke afdoening en preventie.²⁹ In het licht van met name dit laatste dringt het Comité erop aan bepaalde gedragingen te decriminaliseren.³⁰ Handelingen die niet als misdrijven worden beschouwd indien ze door volwassenen worden gepleegd (zogenoemde statusdelicten) zouden uit statuten moeten worden geschrapt. Als voorbeeld hiervan noemt het Comité “adolescenten die met elkaar seksuele handelingen ondernemen met wederzijds

²⁷ *General Comment No. 20*, par. 40.

²⁸ *General Comment No. 20*, par. 5.

²⁹ Artikel 40 IVRK; *General Comment No. 24*.

³⁰ *General Comment No. 24*, par. 12.

goedvinden.”³¹ Het Comité overweegt in dit verband niet dat tevens sprake moet zijn van een beperkt leeftijdsverschil.

2.2.4. Seksuele meerderjarigheid

Het is duidelijk dat het IVRK en het Comité consequent onderscheid maken tussen jongeren die seksueel meerderjarig en seksueel minderjarig zijn. Nergens wordt echter bepaald wanneer die seksuele meerderjarigheid dient in te treden. De verdragspartijen worden hierin vrij gelaten. Wel zijn staten op grond van *General Comment No. 4* verplicht³² te voorzien in een wettelijke minimumleeftijd voor seksuele instemming.³³ Bij de bepaling van die minimumleeftijd moet – zo blijkt uit verscheidene documenten – met verschillende aspecten rekening worden gehouden. Allereerst geldt daarbij dat in ieder geval niet mag worden gediscrimineerd tussen jongens en meisjes (artikel 2).³⁴ Daarnaast dienen staten speciale aandacht te hebben voor het recht op privacy van kinderen (artikel 16).³⁵ Ook dient bij de vaststelling van de minimumleeftijd aansluiting te worden gezocht bij de erkenning van de positie van mensen jonger dan achttien jaar als houders van rechten, in overeenstemming met de zich ontwikkelende vermogens, hun leeftijd en rijpheid (artikel 5, 12 en 17)³⁶ en hun recht op ontwikkeling (artikel 6). In dit verband verdient ook opmerking dat in het IVRK een bijzondere positie wordt toegekend aan ouders; zij dragen de eerste verantwoordelijkheid voor de opvoeding en ontwikkeling van hun kind (artikel 18). Staten dienen die verantwoordelijkheden, rechten en plichten van ouders voor het voorzien in passende leiding en begeleiding van hun kind te eerbiedigen op een wijze die verenigbaar is met voornoemde ontwikkelende vermogens van het kind (artikel 5).

Het is mede in het licht van het voorgaande dat het Comité in *General Comment No. 20* (nogmaals³⁷) bijzondere aandacht vraagt voor kinderen in de adolescentie. Deze periode is gekenmerkt door lichamelijke, cognitieve en sociale veranderingen – ook op het gebied van seksualiteit.³⁸ Bij het vaststellen van de wettelijke minimumleeftijd voor seksuele instemming is het volgens het Comité van belang evenwicht te zoeken tussen enerzijds de zich ontwikkelende

³¹ *General Comment No. 24*, par. 12. Vgl. Riyadh Guidelines, par. 56.

³² Zoals kort uiteengezet, zijn *General Comments* geen bindende documenten en zijn staten strikt genomen dus niet verplicht ze te volgen of toe te passen. Voor een volledige en integrale implementatie en toepassing van het IVRK dienen staten zich echter ook te bezinnen op hetgeen in deze gezaghebbende documenten staat. Zie Doek 2020, p. 15-25.

³³ *General Comment No. 4*, par. 9.

³⁴ *General Comment No. 4*, par. 9.

³⁵ *General Comment No. 4*, par. 9.

³⁶ *General Comment No. 4*, par. 9.

³⁷ Vgl. *General Comment No. 4*.

³⁸ *General Comment No. 20*, par. 9; *General Comment No. 4*, par. 2.

vermogens en anderzijds de noodzaak van bescherming.³⁹ De adolescentie gaat volgens het Comité namelijk niet alleen gepaard met toenemende kansen en vermogens, maar ook met grote kwetsbaarheid.⁴⁰ Dat jeugdigen kwetsbaar zijn, betekent echter niet dat zij alleen maar moeten worden gezien als slachtoffers: een op kinderrechten gebaseerde benadering vraagt om respect en bevordering van de menselijke waardigheid en de lichamelijke en geestelijke integriteit van kinderen als individuen met rechten.⁴¹ Dit betekent onder meer dat ieder kind moet worden erkend, gerespecteerd en beschermd als houder van rechten en als unieke en waardevolle persoon met een eigen persoonlijkheid, behoeften, interesses en privacy.⁴² Een dergelijke individuele benadering en beoordeling van concrete feiten en omstandigheden per geval is ook in het belang van het kind (artikel 3).⁴³

Bij het vinden van het juiste evenwicht tussen enerzijds respect voor de zich ontwikkelende vermogens en anderzijds het juiste beschermingsniveau moet volgens het Comité rekening worden gehouden met een reeks van factoren die van invloed zijn op de besluitvorming. Daaronder valt in ieder geval het desbetreffende risiconiveau, de mogelijkheden voor uitbuiting, begrip voor de ontwikkeling van de adolescent, de onderkenning dat competentie en begrip niet per se op alle gebieden in dezelfde mate ontstaan en de onderkenning van individuele ervaringen en vermogens.⁴⁴ Cruciaal hierbij is de waarborging van het recht van het kind om gehoord te worden.⁴⁵ Op grond van artikel 12 IVRK heeft ieder kind dat in staat is zijn of haar eigen mening te vormen, het recht die mening vrijelijk te uiten in alle aangelegenheden die het kind betreffen. Aan de mening van het kind dient vervolgens passend belang te worden gehecht in overeenstemming met zijn of haar leeftijd en rijpheid. In het bijzonder adolescenten dienen volgens het Comité *“echt de kans [te] krijgen om hun mening vrijelijk te uiten over alle aangelegenheden die hen betreffen, vooral binnen het gezin, op school en in hun leefgemeenschap.”*⁴⁶ Dat geldt ook voor beslissingen met betrekking tot hun seksualiteit.⁴⁷ Als een besluit is genomen, dient bovendien aan het kind te worden verteld wat de resultaten zijn en wat er met zijn of haar mening is gedaan.⁴⁸ Deze feedback verzekert volgens het VN-Kinderrechtencomité dat het luisteren naar de mening van het kind geen formaliteit is, maar

³⁹ *General Comment No. 20*, par. 40.

⁴⁰ *General Comment No. 20*, par. 2.

⁴¹ *General Comment No. 13*, par. 3, sub b.

⁴² *General Comment No. 13*, par. 3, sub c.

⁴³ *General Comment No. 14*, par. 32 en 48 e.v.

⁴⁴ *General Comment No. 20*, par. 20.

⁴⁵ *General Comment No. 20*, par. 19; *General Comment No. 12*, par. 70-74; *General Comment No. 14*, par. 43-45; *General Comment No. 13*, par. 3, sub e.

⁴⁶ *General Comment No. 4*, par. 8.

⁴⁷ *General Comment No. 20*, par. 23.

⁴⁸ *General Comment No. 12*, par. 45.

serieus wordt genomen.⁴⁹ Dit alles dient ertoe dat het belang van het kind in overleg met het kind wordt bepaald.⁵⁰ Artikel 12 IVRK biedt zodoende de methodologie om het doel van artikel 3 IVRK te bereiken, te weten dat bij alle maatregelen het belang van het kind voorop staat.⁵¹

2.2.5. Tussenconclusie

Waar het gaat om seksuele contacten tussen en met jeugdigen, legt het IVRK in de eerste plaats de nadruk op de bescherming tegen misbruik. Dit betekent echter niet dat, waar het gaat om vrijwillige seksuele handelingen, kinderen niet de vrijheid wordt gegund op dat vlak te experimenteren en zich te ontwikkelen. Dat geldt ongeacht of het kind seksueel meerder- of minderjarig is. Het VN-Kinderrechtencomité vraagt daarvoor meermaals expliciet de aandacht. Duidelijk is ook dat het Comité in dat kader een individuele benadering bepleit, waarbij het juiste evenwicht tussen het vereiste beschermingsniveau en de ruimte voor seksuele ontwikkeling afhankelijk is van de concrete feiten en omstandigheden van het geval, alsook de mening van het kind zelf.

2.3. Raad van Europa

2.3.1. Inleiding

Niet alleen op mondiaal niveau (binnen het IVRK), maar ook regionaal is er de nodige aandacht voor de bescherming van kinderen tegen seksueel misbruik. Binnen de Raad van Europa kan in dat kader allereerst worden gewezen op het Europees Verdrag inzake de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM), dat voorziet in een algemeen mensenrechtenkader. Hierbij is in het bijzonder artikel 8 EVRM van belang, waarin onder meer eenieders recht op eerbiediging van een privéleven en een familie- en gezinsleven wordt gewaarborgd. Privéleven in de zin van artikel 8 EVRM is een breed begrip en omvat onder meer de lichamelijke en psychische integriteit van individuen.⁵² Ook iemands seksleven valt onder het begrip privéleven.⁵³

⁴⁹ *General Comment No. 12*, par. 45.

⁵⁰ *General Comment No. 12*, par. 71.

⁵¹ *General Comment No. 12*, par. 70 en 74; *General Comment No. 14*, par. 43-45.

⁵² *Guide on Article 8 ECHR* 2021, par. 73; EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88 (*Niemietz t. Duitsland*), par. 29; EHRM 25 september 2018, nr. 76639/11 (*Denisov t. Oekraïne*), par. 95.

⁵³ *Guide on Article 8 ECHR* 2021, par. 167; EHRM 4 december 2008, nr. 30562/04 en 30566/04 (*S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk*), par. 66; EHRM 28 april 2003, nr. 44647/98 (*Peck t. Verenigd Koninkrijk*), par. 57; EHRM 25 september 2001, nr. 44787/98 (*P.G. en J.H. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 56.

Hetzelfde geldt voor het recht op persoonlijke ontwikkeling, het recht om relaties met anderen aan te gaan en het recht op autonomie.⁵⁴

Ter bescherming van voornoemde rechten heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) verschillende positieve verplichtingen⁵⁵ aangenomen. Zo overwoog het EHRM in de zaak *M.C. tegen Bulgarije* dat staten verplicht zijn “to establish and apply effectively a criminal-law system punishing all forms of rape and sexual abuse.”⁵⁶ Concreet betekent dit dat staten verplicht zijn te voorzien in de strafbaarstelling van seksueel misbruik en de adequate vervolging en opsporing daarvan. Dit geldt in het bijzonder als het gaat om kinderen en andere kwetsbare individuen.⁵⁷ Niet alleen artikel 8 EVRM vormt van deze positieve verplichtingen de grondslag, maar ook artikel 3 EVRM (het verbod op foltering en onmenselijke of vernederende behandeling).⁵⁸ Hoewel het onderscheid tussen deze artikelen in dit verband niet altijd even duidelijk is, wordt in het algemeen wel aangenomen dat artikel 8 EVRM vaker betrekking heeft op situaties waarin het gaat om kindbeschermingsmaatregelen en de impact van beschuldigingen van kindermisbruik op het gezin.⁵⁹ Artikel 3 EVRM ziet juist vaker op de vraag of staten naar dergelijke beschuldigingen wel voldoende effectief onderzoek hebben gedaan.⁶⁰

2.3.2. Verdrag van Lanzarote

Om kinderen beter te beschermen tegen seksueel misbruik, is binnen de Raad van Europa in 2007 het Verdrag inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (hierna: Verdrag van Lanzarote) opgesteld.⁶¹ Het doel van dit verdrag is driedelig: a) het voorkomen en bestrijden van seksuele uitbuiting en seksueel misbruik van kinderen; b) het beschermen van de rechten van kinderen die het slachtoffer zijn van seksuele uitbuiting en seksueel misbruik; en c) het bevorderen van nationale en internationale samenwerking bij de bestrijding van seksuele uitbuiting en seksueel misbruik van kinderen.⁶² Het verdrag gaat in verschillende opzichten verder dan bijvoorbeeld artikel 34 IVRK.⁶³ Zo zijn verdragspartijen

⁵⁴ *Guide on Article 8 ECHR* 2021, par. 244; EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88 (*Niemietz v. Duitsland*), par. 29; EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02 (*Pretty t. Verenigd Koninkrijk*), par. 61.

⁵⁵ Een positieve verplichting is een gebod tot actief handelen.

⁵⁶ EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98 (*M.C. t. Bulgarije*), par. 185. Vgl. EHRM 2 december 2008, nr. 2872/02 (*K.U. t. Finland*), par. 43-45; EHRM 26 maart 1985, nr. 8978/80 (*X & Y t. Nederland*), par. 23-24, 27; *Guide on Article 8 ECHR* 2021, par. 9-12.

⁵⁷ EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98 (*M.C. t. Bulgarije*), par. 150.

⁵⁸ EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98 (*M.C. t. Bulgarije*), par. 148-153.

⁵⁹ *Handbook on European law relating to the rights of the child* 2022, p. 144.

⁶⁰ *Handbook on European law relating to the rights of the child* 2022, p. 144.

⁶¹ Blaak e.a. 2012, p. 979.

⁶² Artikel 1 Verdrag van Lanzarote.

⁶³ Blaak e.a. 2012, p. 979.

verplicht te voorzien in verschillende specifieke strafbaarstellingen met betrekking tot onder meer kinderpornografie, kinderprostitutie en seksueel misbruik.

Voor dit onderzoek is in het bijzonder artikel 18 van het Verdrag van Lanzarote van belang. Lid 1, sub a van dat artikel bepaalt dat staten alle wetgevende of andere maatregelen dienen te treffen die nodig zijn om te waarborgen dat het aangaan van seksuele handelingen met een kind dat nog niet de leeftijd van seksuele meerderjarigheid heeft bereikt, strafbaar wordt gesteld. Net als het VN-Kinderrechtencomité heeft de Raad van Europa besloten zich te onthouden van het bepalen van de leeftijd waarop kinderen die seksuele meerderjarigheid bereiken. Tijdens het totstandkomingsproces van het verdrag is wel overwogen om de leeftijd te harmoniseren, maar dit voorstel is blijkens het toelichtende rapport afgewezen wegens de grote verschillen tussen en ook binnen de verdragspartijen (waarbij de minimumleeftijd voor seksuele instemming verschilt tussen de dertien en zeventien jaar en tevens afhankelijk kan zijn van de relatie tussen de betrokkenen).⁶⁴ Wel dienen staten, met het oog op rechtszekerheid, ingevolge artikel 18, lid 2 van het verdrag te voorzien in een wettelijke minimumleeftijd voor seksuele instemming.⁶⁵ Artikel 18, lid 3 van het Verdrag van Lanzarote bepaalt tot slot dat het aangaan van seksuele handelingen met een kind dat seksueel minderjarig is, niet strafbaar is indien sprake is van vrijwillige seksuele handelingen tussen minderjarigen. In het toelichtende rapport wordt hiertoe als volgt overwogen:

“It is not the intention of this Convention to criminalise sexual activities of young adolescents who are discovering their sexuality and engaging in sexual experiences with each other in the framework of sexual development. Nor is it intended to cover sexual activities between persons of similar ages and maturity.”⁶⁶

Ook in het Verdrag van Lanzarote is dus rekening gehouden met het recht van jeugdigen op seksuele ontwikkeling. Ook de Raad van Europa acht het van belang dat hen de mogelijkheid wordt gegeven om op dat gebied met elkaar te experimenteren zonder te vrezen voor een strafrechtelijke vervolging. Daarbij wordt opnieuw (net als door het VN-Kinderrechtencomité) waarde gehecht aan de gelijkwaardigheid tussen betrokkenen. Het is mijns inziens echter de vraag of die factor daadwerkelijk moet worden gezien als een ‘extra vereiste’: het woordje “*nor*” lijkt het tegendeel te impliceren. En ook uit de bewoording van lid 3 volgt niet dat tussen de

⁶⁴ *Explanatory Report*, par. 128.

⁶⁵ *Explanatory Report*, par. 128.

⁶⁶ *Explanatory Report*, par. 129.

minderjarigen tevens sprake hoeft te zijn van een gering verschil in leeftijd dan wel rijpheid: voldoende is dat de handelingen vrijwillig zijn verricht.

2.3.3. Policy guidelines

Dit laatste wordt ook bevestigd in de zogenoemde *Council of Europe Policy guidelines on integrated national strategies for the protection of children from violence* (hierna: *Policy guidelines*). Deze beleidsrichtlijnen beogen te voorzien in een multidisciplinair en systemisch nationaal kader voor de preventie van en reactie op geweld tegen kinderen.⁶⁷ De Raad van Europa geeft hierin, onder verwijzing naar artikel 18 van het Verdrag van Lanzarote, een eigen definitiebeschrijving van seksueel misbruik en daaronder valt in ieder geval niet “*consensual sexual activities between minors*.”⁶⁸

2.4. Europese Unie

Tot slot staat ook binnen de Europese Unie de bescherming van kinderen tegen seksueel misbruik hoog op de agenda. Daarbij kan in het bijzonder worden gewezen op de in 2011 aangenomen Richtlijn 2011/93/EU van het Europees Parlement en de Raad van Europese Unie van 13 december 2011 ter bestrijding van seksueel misbruik, seksuele exploitatie van kinderen en kinderpornografie (hierna: Richtlijn 2011/93/EU). Deze richtlijn beoogt primair het beschermingsniveau binnen de Europese Unie in overeenstemming te brengen met het Verdrag van Lanzarote, maar gaat in materiële zin verder.⁶⁹ Zo dienen lidstaten op grond van artikel 3 van de Richtlijn 2011/93/EU te voorzien in verschillende specifieke strafbaarstellingen op het gebied van seksueel misbruik, waaronder het getuige laten zijn van een kind van seksuele handelingen (lid 2) en het aangaan van seksuele handelingen met een kind dat seksueel minderjarig is (lid 4). De opsporing en vervolging van deze feiten mogen niet afhankelijk zijn van een klacht of aangifte (artikel 15 lid 1). Lidstaten zijn verder opnieuw vrij om te bepalen op welke leeftijd een kind seksueel meerderjarig wordt geacht (artikel 2 sub b). Ook ligt het binnen de discretionaire bevoegdheid van de lidstaten om te beslissen of bepaalde consensuele seksuele handelingen tussen gelijken, nabij in leeftijd en met een vergelijkbaar psychologisch en lichamelijk ontwikkelingsniveau, onder de toepassing van de richtlijn vallen (artikel 8 lid 1). De richtlijn bepaalt verder niet wanneer kinderen “*nabij in leeftijd*” zijn. Wel volgt uit deze bepaling dat het feitelijke leeftijdsverschil niet de enige factor is die door de lidstaten van belang wordt geacht:

⁶⁷ Policy guidelines, p. 2.

⁶⁸ Policy guidelines, p. 33.

⁶⁹ Blaak e.a. 2012, p. 985.

het gaat om gelijkwaardigheid in meer algemene zin, waarbij ook de psychologische en lichamelijke rijpheid van de betrokkenen moet worden betrokken.

2.5. Tot besluit

Uit het voorgaande is duidelijk geworden dat op verschillende internationale niveaus aandacht is voor de bescherming van kinderen tegen seksueel misbruik en de complexiteit die het recht op seksuele ontwikkeling daarbij speelt. Het zoeken van een evenwicht tussen deze twee rechten vormt een evident onderwerp van discussie wanneer het gaat om de inkadering van seksuele contacten tussen en met jeugdigen. Hoewel in alle voornoemde wet- en regelgeving aandacht is voor dit vraagstuk, is eveneens duidelijk geworden dat verschillend gedacht kan worden over de factoren die daarbij concreet van belang moeten worden geacht. Vrijwilligheid en gelijkwaardigheid kunnen als overkoepelende termen en rode draad in het internationale kader teruggevonden worden, maar de mate waarin die factoren van beslissende aard dienen te zijn is verschillend en hetzelfde geldt voor de invulling van die termen. Zo kan wat betreft de gelijkwaardigheid in ieder geval naar het leeftijdsverschil tussen de betrokkenen worden gekeken, maar lijkt dit (gelet op het individuele ontwikkelingsniveau en de mate van rijpheid) niet zonder meer de doorslag te mogen geven. Bovendien is nergens gespecificeerd hoe groot het leeftijdsverschil moet zijn om het onacceptabel te achten. Het is met name (maar niet alleen) het VN-Kinderrechtencomité dat stelt dat niet alle gevallen over één kam kunnen worden geschoren en dat bijzonder belang moet worden gehecht aan de individuele omstandigheden en ervaringen van de betrokkenen.

Dit laatste verklaart overigens ook (mede) waarom het internationale kader kennelijk enige vorm van abstractheid behelst, nu daardoor de ruimte wordt geboden voor een concrete en individuele belangenafweging. Ook het feit dat er bij de totstandkoming van de internationale regelgeving veel ‘*stakeholders*’ aan tafel zitten, speelt hierbij een rol. Internationale instructies hebben nu eenmaal noodzakelijkerwijs een hoog algemeen niveau, omdat zij de uitkomst vormen van politieke onderhandelingen.⁷⁰ Of dat op nationaal niveau anders ligt, wordt in het volgende hoofdstuk onderzocht.

⁷⁰ Kool & Dalhuisen, *PROCES* 2021, p. 142.

3. De Nederlandse strafbaarstelling

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt onderzocht in hoeverre het verrichten van seksuele handelingen tussen en met jeugdigen in Nederland strafbaar is gesteld. Het onderzoek spitst zich (zoals in hoofdstuk 1 aangegeven) toe op de in artikel 245 Sr strafbaar gestelde gedraging, te weten het plegen van ontuchtige handelingen, (mede) bestaande uit het seksueel binnendringen van het lichaam, met een kind tussen de twaalf en zestien jaar. Aandacht wordt besteed aan de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling (paragraaf 3.2), de huidige strafbaarstelling (paragraaf 3.3), de invulling daarvan door de Hoge Raad (paragraaf 3.4) en de wijze waarop feitenrechters hiermee omgaan (paragraaf 3.5). Ook wordt stilgestaan bij het Wetsvoorstel seksuele misdrijven (hierna: Wetsvoorstel) (paragraaf 3.6). Vervolgens wordt – met behulp van juridisch-academische literatuur, sociaalwetenschappelijk onderzoek en het in het voorgaande hoofdstuk uiteengezette internationale kader – kritisch op dit alles gereflecteerd (paragraaf 3.7). Het hoofdstuk wordt afgesloten met enkele concluderende opmerkingen (paragraaf 3.8).

3.2. Wetsgeschiedenis

3.2.1. Het Wetboek van Strafrecht (1886)

Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht in 1886 heerste een liberaal gedachtegoed: de staat behoorde geen zedenmeester te zijn en zich in beginsel van bemoeienis in het privéleven te onthouden.⁷¹ Voor minderjarigen lag die stelling reeds genuanceerder: seksuele handelingen die plaatsvonden in omstandigheden van kwetsbaarheid, bijvoorbeeld wegens de jeugdige leeftijd van het slachtoffer, werden wel strafbaar geacht.⁷² Het respect voor het private seksuele leven werd in die gevallen ondergeschikt geacht aan het publieke belang van het opvoeden van de jeugd.⁷³ De leeftijd (en dus niet bijvoorbeeld de dwang) vormde daarbij een zelfstandige grond voor strafbaarstelling.⁷⁴

⁷¹ Cleiren & Ten Voorde, AA 2016, p. 399, 400.

⁷² Cleiren & Ten Voorde, AA 2016, p. 399.

⁷³ Gooren 2016, p. 15; Kool 1999, p. 130.

⁷⁴ Gooren 2016, p. 15; Kool 1999, p. 130.

3.2.2. De Wet ter bestrijding van de zedeloosheid (1911)

In de jaren na de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht kreeg de gedachte dat de overheid een verantwoordelijkheid had waar het ging om de bestrijding van de zedeloosheid (meer in het bijzonder het zedelijk verval van de jeugd) steeds meer voet aan de grond.⁷⁵ In deze periode ontstond een beweging “*die zich kenmerkt door een verscherpte seksuele moraal die uitgroeit tot een brede moralistische beweging.*”⁷⁶ Uiteindelijk leidde dit tot het in 1909 ingediende Wetsvoorstel ter bestrijding van de zedeloosheid, waarin de christelijke visie en het idee dat de samenleving (althans de lagere sociale klasse) moest worden opgevoed, de overhand hadden.⁷⁷

3.2.3. Liberalisering van de criminele zedelijkheidspolitiek (jaren '60 en '70)

Aan voornoemd gedachtegoed werd in de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw ernstig getoerd. De seksuele revolutie van die tijd leidde tot een herwaardering van seksualiteit, waarbij het recht op seksuele zelfbeschikking een prominentere plek kreeg.⁷⁸ Er vond – in de woorden van Gooren – een “*liberalisering van de criminele zedelijkheidspolitiek*” plaats.⁷⁹ Hierdoor ontstond ook discussie over de houdbaarheid van de geldende zedenwetgeving. Zodoende werd, met het oog op een mogelijke herziening, een adviescommissie ingesteld (bekend als de commissie-Melai).⁸⁰ Op 2 juli 1980 bracht deze adviescommissie haar eindrapport uit.⁸¹ Toentertijd stelde artikel 245 Sr strafbaar:⁸²

“hij die buiten echt vleeschelijke gemeenschap heeft met eene vrouw die den leeftijd van twaalf, maar nog niet dien van zestien jaren heeft bereikt.”

De commissie-Melai stelde voor deze bepaling zodanig te wijzigen dat het verrichten van seksuele handelingen met jeugdigen onder de zestien jaar alleen strafbaar zou zijn wanneer de dader de jeugdige bewoog tot het dulden of plegen daarvan.⁸³ Een absoluut verbod werd door de adviescommissie onwenselijk geacht,⁸⁴ onder meer omdat daarmee zou worden afgedaan aan de

⁷⁵ Cleiren & Ten Voorde, AA 2016, p. 400; Kool 1999, p. 131.

⁷⁶ Cleiren & Ten Voorde, AA 2016, p. 400; Kool 1999, p. 56-83.

⁷⁷ Cleiren & Ten Voorde, AA 2016, p. 400-401; Gooren 2016, p. 15.

⁷⁸ Gooren 2016, p. 15.

⁷⁹ Gooren 2016, p. 15. Vgl. Cleiren & Ten Voorde, AA 2016, p. 402.

⁸⁰ Cleiren & Ten Voorde, AA 2016, p. 402.

⁸¹ *Kamerstukken II* 1988-1989, 20930, nr. 3, p. 1; Melai e.a. 1980.

⁸² Melai e.a. 1980, p. 7. Zie voor een overzicht van de wetteksten van artikel 245 Sr zoals die golden vanaf 1 mei 1984 tot heden: Van den Brink & Milani 2014, p. 219-221.

⁸³ Melai e.a. 1980, p. 30.

⁸⁴ Melai e.a. 1980, p. 27.

wilsvrijheid van de minderjarige.⁸⁵ Ook wees de commissie erop dat een absoluut verbod een grote mate aan rechtsonzekerheid met zich mee zou brengen. Dit gold volgens de commissie temeer nu in dit kader onzuivere motieven konden meespelen; zo konden “*betrekkelijk argeloze ‘daders’ (...) het voorwerp van een strafvervolging worden, zonder dat deze enige initiatief hebben genomen tot de handelingen die hen strafbaar maken.*”⁸⁶

Tegelijkertijd achtte de commissie de subjectieve intentie waarmee de oudere de jeugdige seksueel benaderde irrelevant.⁸⁷ Niet de aard van de handelingen zelf, maar het feit dat zij werden afgedwongen vormde de voornaamste grond voor het optreden van de strafwetgever.⁸⁸ Zodoende koos de commissie voor de kleurloze term “*seksuele handelingen*” en niet voor (het in andere bepalingen gebezigde begrip) “*ontuchtige handelingen*”.

Tot slot achtte de commissie-Melai nadere differentiaties naar leeftijdsgrenzen (voor potentiële daders, minimumleeftijdsverschillen tussen daders en slachtoffers, enzovoorts) niet opportuun. De waarde van dergelijke aanvullende leeftijdsvereisten was volgens de commissie aan twijfel onderhevig, nu dit zou leiden tot een opeenstapeling van meerdere generalisaties (die onvermijdelijk met het invoeren van leeftijdsgrenzen gepaard gaan).⁸⁹ De commissie benadrukte daarbij wel dat dit niet betekende dat bij de concrete beoordeling door het openbaar ministerie en de rechter aan de leeftijd en/of het leeftijdsverschil geen betekenis toe kon komen.⁹⁰

3.2.4. De wetswijziging van 1991

In de jaren na het advies van de commissie-Melai, waarin dus relatief veel ruimte werd gegeven aan het zelfbeschikkingsrecht van minderjarigen, kwam steeds meer aandacht voor de kwetsbaarheid van jeugdigen. Duidelijk werd dat een aantal vormen van seksueel geweld veel vaker en in veel ernstiger vorm voorkwam dan men tot dan toe had gedacht.⁹¹ De zorgen om seksueel geweld tegen minderjarigen groeiden en verenigden het politieke discours.⁹² Seksuele contacten met jongeren werden door de autoriteiten als onveilig en onjuist gewaardeerd en de bescherming van individu en collectief kwam voorop te staan.⁹³ Het leidde ertoe dat de wetgever

⁸⁵ Melai e.a. 1980, p. 25.

⁸⁶ Melai e.a. 1980, p. 30.

⁸⁷ Melai e.a. 1980, p. 28.

⁸⁸ Melai e.a. 1980, p. 21.

⁸⁹ Melai e.a. 1980, p. 29.

⁹⁰ Melai e.a. 1980, p. 29-30.

⁹¹ *Kamerstukken II* 1988-1989, 20930, nr. 3, p. 1; *Kamerstukken II* 1988-1989, 20930, nr. 5, p. 4.

⁹² Gooren 2016, p. 16.

⁹³ Gooren 2016, p. 16.

van veel van de door de commissie-Melai geadviseerde wijzigingen afzag: de herziening vond met de wet van 1 december 1991 weliswaar doorgang, maar in beperktere mate dan men voorheen voor ogen had gehad.⁹⁴ De bescherming van mensen in een kwetsbare situatie, waaronder jeugdigen, vormde bij de nieuwe wetgeving het uitgangspunt.⁹⁵

3.3. Artikel 245 Sr

Sinds de wetwijziging van 1 december 1991 stelt artikel 245 Sr strafbaar:

“hij die met iemand, die de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet die van zestien jaren heeft bereikt, buiten echt, ontuchtige handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam.”

Twee belangrijke verschillen met de oude wettekst (zie paragraaf 3.2.3) vallen direct op.⁹⁶ Allereerst konden tot 1991 enkel meisjes het slachtoffer zijn, terwijl sindsdien niet meer naar geslacht wordt gedifferentieerd. Ten tweede is het bestanddeel *“vleselijke gemeenschap”* veranderd in *“ontuchtige handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam.”* Daarmee is het aantal gedragingen dat onder de strafbepaling valt uitgebreid. Onder het bestanddeel vleselijke gemeenschap viel namelijk enkel de penetratie van de penis in de vagina,⁹⁷ terwijl van seksueel binnendringen sprake is bij *“ieder binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking.”*⁹⁸ Daaronder valt het genitaal, oraal of anaal binnendringen, door een geslachtsorgaan, maar ook door een vinger, tong, voorwerp of dier.⁹⁹ Een (loutere) tongzoen kwalificeert niet als seksueel binnendringen.¹⁰⁰

De wetgever heeft het advies van de commissie-Melai om de term *“seksuele handelingen”* te bezigen dus niet overgenomen. De keuze daartoe verliep evenwel niet zonder slag of stoot. Zoals in hoofdstuk 1 al kort genoemd, wordt onder ontucht verstaan *“seksueel contact in strijd met de sociaal-ethische norm.”*¹⁰¹ Dit betekent dat voor de strafbaarheid van de gedraging relevant is of er sprake is van *“strijd met de normen van de (toevallige) maatschappelijke meerderheid – de*

⁹⁴ *Kamerstukken II* 1988-1989, 20930, nr. 3, p. 1-2.

⁹⁵ *Kamerstukken II* 1988-1989, 20930, nr. 3, p. 1-2.

⁹⁶ Vgl. Van den Brink & Milani 2014, p. 77.

⁹⁷ Concl. A-G Hofstee, ECLI:NL:PHR:2010:BK6910, bij HR 18 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6910, r.o. 8; *Kamerstukken II* 1988-1989, 20930, nr. 3, p. 7.

⁹⁸ HR 22 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9650, r.o. 5.8.

⁹⁹ Van den Brink & Milani 2014, p. 84.

¹⁰⁰ HR 26 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1431, r.o. 2.3-2.4.

¹⁰¹ *Kamerstukken II* 1988-1989, 20930, nr. 3, p. 2.

dominerende publieke moraal.”¹⁰² De oppositie vreesde hierdoor dat de staat zou optreden als zedenmeester en dat het recht op zelfbeschikking geweld zou worden aangedaan.¹⁰³ De minister van Justitie en Veiligheid¹⁰⁴ (hierna: de minister) stelde daar tegenover dat het moreel geladen begrip “*ontuchtige handelingen*” het voordeel van onderscheidend vermogen met zich bracht, terwijl dat van de algemene term “*seksuele handelingen*” niet gezegd kon worden.¹⁰⁵ Juist de hantering van een dergelijke algemene term zou volgens de minister ertoe leiden dat alle jeugdigen onder de zestien jaar seksueel onaantastbaar zouden zijn; een dergelijke categorische uitsluiting werd niet wenselijk geacht.¹⁰⁶

Wat precies onder ontuchtige handelingen moet worden verstaan (los van het feit dat de gedragingen in strijd zijn met de sociaal-ethische norm), wordt uit de wetsgeschiedenis niet geheel duidelijk. Lindenberg en Van Dijk wijzen erop dat het gaat om een diskwalificatie: de wederrechtelijkheid vindt haar uitdrukking in de eis dat voornoemde norm moet zijn geschonden.¹⁰⁷ Daarbij is van belang dat niet elke seksuele handeling met een persoon tussen de twaalf en zestien jaar ontuchtig is: er is sprake van een weerlegbaar rechtsvermoeden.¹⁰⁸ Dit komt omdat personen tussen de twaalf en zestien jaar volgens de wetgever niet in alle opzichten als weerloos kunnen worden beschouwd.¹⁰⁹ Een situatie die volgens de wetgever in ieder geval niet als ontuchtig kan worden aangemerkt, is een seksueel getint stoeipartijtje tussen jeugdigen: “*een dergelijk stoeipartijtje is over het algemeen sociaal-ethisch aanvaard en het is ook sociaal-ethisch-aanvaard dat in die gevallen jeugdigen zelf beslissen.*”¹¹⁰ Hieruit volgt mijns inziens dat de wetgever voor de beoordeling van het ontuchtige karakter van seksuele contacten tussen jeugdigen onderling in ieder geval twee vragen relevant acht: 1) zijn de gedragingen over het algemeen sociaal-ethisch aanvaard?; en 2) is het sociaal-ethisch-aanvaard dat in die gevallen de jeugdigen zelf beslissen? Mijns inziens gaat het hier om twee te destilleren factoren, die weliswaar in elkaars verlengde liggen, maar twee aparte overwegingen behoeven (te weten over 1) de aard van de gedraging en 2) de te gunnen zelfbeschikkingsruimte).

Wat betreft de verdere invulling van die te gunnen zelfbeschikkingsruimte stelde de wetgever zich bij de wetwijziging van 1991 op het standpunt dat deze groter zal zijn bij een gering

¹⁰² *Kamerstukken II* 1988-1989, 20930, nr. 5, p. 4.

¹⁰³ *Kamerstukken II* 1988-1989, 20930, nr. 5, p. 3-5.

¹⁰⁴ Destijds de minister van Justitie.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II* 1988-1989, 20930, nr. 3, p. 2.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 1988-1989, 20930, nr. 5, p. 5.

¹⁰⁷ Lindenberg & Van Dijk 2015, p. 37-38.

¹⁰⁸ Kool 1999, p. 129.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 1990-1991, 20930, nr. 13, p. 4.

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 1988-1989, 20930, nr. 5, p. 5.

leeftijdsverschil en bij seksuele relaties tussen jongeren onder de zestien jaar die geheel vrijwillig zijn aangegaan.¹¹¹ Hierbij verdient alvast opmerking dat de wetgever bij de wetwijziging van 2002 (waarover in hoofdstuk 4 meer) een ruimer denkbeeld lijkt aan te hangen:¹¹² niet langer wordt dan gesteld dat het ontuchtig karakter kan ontbreken wegens het geringe leeftijdsverschil, maar (en daarmee mijns inziens de motivering omdraaiende) juist dat pas sprake kan zijn van ontucht als een kind seks heeft met een “aanmerkelijk ouder persoon”.¹¹³ Als criterium voor de beoordeling van strafwaardig misbruik van seksueel minderjarigen wordt dan aangedragen “een groot verschil in leeftijd” en “een sterk psychisch overwicht”.¹¹⁴ “Seksueel verkeer tussen adolescenten die daarvoor vrijelijk hebben gekozen” kwalificeert volgens de wetgever niet als ontucht.¹¹⁵ In de kern gaat het er volgens de meest recente wetsgeschiedenis om of sprake is van een machtsevenwicht; daarvan kan onder bepaalde omstandigheden ook sprake zijn als het gaat om een 15- jarige en een 18-jarige.¹¹⁶

3.4. De Hoge Raad

Uit het voorgaande volgt dat een scherpe afgrenzing van gedragingen die wel of niet sociaal-ethisch aanvaardbaar zijn, niet kan worden gegeven. Ook de Hoge Raad heeft in dat verband benadrukt dat de beoordeling of in het concrete geval sprake is van ontucht in belangrijke mate aankomt op de aan de feitenrechter voorbehouden weging en waardering van de omstandigheden van het geval.¹¹⁷ Daarbij is volgens vaste jurisprudentie in ieder geval niet vereist dat sprake is van een meervoud aan gedragingen.¹¹⁸ Ook van lijfelijk contact tussen de verdachte en het slachtoffer hoeft geen sprake te zijn (maar in dat geval is wel relevante interactie vereist).¹¹⁹ De minderjarige moet zich wel bewust zijn van de handelingen.¹²⁰

Bij de vraag wanneer aan seksuele handelingen met een persoon tussen de twaalf en zestien jaar het ontuchtige karakter kan ontbreken, komt volgens de Hoge Raad – in lijn met de

¹¹¹ *Kamerstukken II* 1990-1991, 20930, nr. 13, p. 4; *Kamerstukken II* 1989-1990, 20930, nr. 8, p. 6; Lindenberg & Van Dijk 2015, p. 39-40.

¹¹² Vgl. Lindenberg & Van Dijk 2015, p. 45.

¹¹³ *Kamerstukken II* 2001-2002, 27745, nr. 14, p. 16.

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 18.

¹¹⁵ *Kamerstukken II* 2001-2002, 27745, nr. 14, p. 16.

¹¹⁶ *Kamerstukken II* 2001-2002, 27745, nr. 14, p. 16.

¹¹⁷ HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794, r.o. 2.6.

¹¹⁸ Kool/Lestrade, in: *T&C Strafrecht*, art. 245 Sr, aant. 6b (actueel t/m 14 september 2021); Van den Brink & Milani 2014, p. 54.

¹¹⁹ Rb. Limburg 22 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:497; HR 30 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ0950; HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1379; Kool/Lestrade, in: *T&C Strafrecht*, art. 245 Sr, aant. 6b (actueel t/m 14 september 2021); Van den Brink & Milani 2014, p. 56.

¹²⁰ HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9286; Kool/Lestrade, in: *T&C Strafrecht*, art. 245 Sr, aant. 6b (actueel t/m 14 september 2021).

wetsgeschiedenis van 1991 – betekenis toe aan de vrijwilligheid, het (geringe) leeftijdsverschil en het bestaan van een affectieve relatie.¹²¹ De Hoge Raad benadrukt daarbij wel dat de enkele omstandigheid dat seksuele handelingen vrijwillig hebben plaatsgevonden in een intieme liefdesrelatie niet voldoende hoeft te zijn; indien sprake is van een groot leeftijdsverschil, zullen die factoren het ontuchtige karakter aan de handelingen niet kunnen ontnemen.¹²² Dit hangt niet alleen samen met het uitgangspunt van de zedelijkheidswetgeving dat jeugdigen in het algemeen niet of onvoldoende in staat zijn om zelf hun seksuele integriteit te bewaken, maar ook dat zij de draagwijdte van hun gedrag in dat opzicht onvoldoende kunnen overzien en bescherming verdienen tegen de verleiding die mede van henzelf kan uitgaan.¹²³ Deze beschermingsgedachte maakt overigens ook dat de leeftijd van het slachtoffer geobjectiveerd is; opzet of schuld daaromtrent hoeft niet bewezen te worden.¹²⁴ Wel moet bewezen worden dat de verdachte opzet had op het verrichten van seksueel getinte gedragingen die als ontuchtig kunnen worden aangemerkt.¹²⁵ Voorwaardelijk opzet is daarbij voldoende, waardoor bewijstechnisch in het algemeen weinig problemen bestaan: in de meeste gevallen zal het voorwaardelijk opzet op het ontuchtige karakter volgen uit de algemene bekendheid van de sociaal-ethische norm waarmee aldus in strijd is gehandeld.¹²⁶

3.5. Feitenrechtspraak

Door Kool en Dalhuisen is recentelijk een uitgebreid rechtspraakonderzoek uitgevoerd dat ziet op de uitleg van het bestanddeel “ontucht”.¹²⁷ Onderzocht is welke variabelen door feitenrechters van belang worden geacht bij de beoordeling van het ontuchtige karakter van seksuele handelingen tussen en met jeugdigen. Uit dit onderzoek is gebleken dat de factoren die in de wetsgeschiedenis en de arresten van de Hoge Raad worden genoemd, ook in de feitenrechtspraak als vaste ijkpunten gelden.¹²⁸ Zo blijkt dat wanneer sprake is van seksuele handelingen met of tussen jeugdigen, deze handelingen minder snel als ontuchtig worden aangemerkt indien de betrokkenen in geringe mate in leeftijd verschillen.¹²⁹ Ook vrijwilligheid (daaronder ook begrepen

¹²¹ HR 24 juni 1997, *NJ* 1997/676, r.o. 6.3; HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794, r.o. 2.6; *Kamerstukken II* 1990-1991, 20930, nr. 13, p. 4; *Kamerstukken II* 1989-1990, 20930, nr. 8, p. 6.

¹²² HR 24 juni 1997, *NJ* 1997/676, r.o. 6.3.

¹²³ HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794, r.o. 2.6.

¹²⁴ Kool/Lestrade, in: *T&C Strafrecht*, art. 245 Sr, aant. 5 (actueel t/m 14 september 2021); HR 21 april 1998, *NJ* 1998/782.

¹²⁵ HR 17 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5612.

¹²⁶ Van den Brink & Milani 2014, p. 58.

¹²⁷ Kool & Dalhuisen, *PROCES* 2021, p. 129-145. Het rechtspraakonderzoek richtte zich op rechtbank- en gerechtshofzaken van 1 januari 2010 tot en met 17 juni 2020.

¹²⁸ Kool & Dalhuisen, *PROCES* 2021, p. 137-141.

¹²⁹ Kool & Dalhuisen, *PROCES* 2021, p. 137

de intentie van het slachtoffer) blijkt een onderscheidende factor te zijn bij de beoordeling van ontucht.¹³⁰ Hetzelfde geldt voor het bestaan van een affectieve relatie.¹³¹

Naast deze drie constituerende factoren blijken ook andere omstandigheden een rol te kunnen spelen bij de beoordeling van het ontuchtige karakter van de seksuele handelingen met en tussen jeugdigen. Daarbij gaat het om de volgende variabelen:¹³² de context (zoals opmerkingen die worden gemaakt¹³³ en de plek waar de seksuele handelingen plaatsvinden¹³⁴); de aard van het seksuele contact; de intentie van de verdachte;¹³⁵ en de gelijkwaardigheid (bestaande uit de afhankelijkheid van het slachtoffer, het verschil in levensfase en het verschil in seksuele ontwikkeling¹³⁶). Deze variabelen hebben blijkens voornoemd onderzoek van Kool en Dalhuisen geen onderscheidend vermogen, maar worden in concrete zaken wel betrokken bij de beoordeling van het ontuchtige karakter.

3.6. Wetsvoorstel seksuele misdrijven

In het licht van technologische en maatschappelijke ontwikkelingen heeft de minister in 2016 het voornemen geuit om de Nederlandse zedenwetgeving te moderniseren.¹³⁷ Dat voornemen is mede tot stand gekomen naar aanleiding van het destijds recent gepubliceerde WODC-onderzoek “*Herziening van de zedendelicten?*”.¹³⁸ Daarin is geconstateerd dat binnen de zedentitel in hoge mate sprake is van onduidelijke samenhang, complexe regelingen en vage normstellingen.¹³⁹ De onderzoekers wijzen onder meer op de zeer ontoegankelijke structuur van de zedentitel, diverse inconsistenties ten aanzien van het gebruik en de interpretatie van bestaande bestanddelen en de overlap tussen verschillende strafbepalingen.¹⁴⁰ Vooral de strafbepalingen die kinderen beschermen tegen ontucht worden als problematisch beschouwd. Waar een vage normstelling als ontucht weliswaar het voordeel heeft dat bij de interpretatie ervan kan worden aangesloten bij de op dat moment dominerende publieke moraal, brengt het namelijk ook het gevaar met zich mee

¹³⁰ Kool & Dalhuisen, *PROCES* 2021, p. 140.

¹³¹ Kool & Dalhuisen, *PROCES* 2021, p. 137-138.

¹³² Kool & Dalhuisen, *PROCES* 2021, p. 140.

¹³³ Van den Brink & Milani 2014, p. 55; HR 31 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4825.

¹³⁴ HR 15 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:415.

¹³⁵ Van den Brink & Milani 2014, p. 55; Lindenberg & Van Dijk 2015, p. 50; HR 4 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4288.

¹³⁶ Kool & Dalhuisen, *PROCES* 2021, p. 140-141. Vgl. Van den Brink & Milani 2014, p. 55 (zij verwijzen naar “*de verhouding tussen betrokkenen*”).

¹³⁷ *Kamerstukken II* 2015-2016, 29279, nr. 300.

¹³⁸ Lindenberg & Van Dijk 2015.

¹³⁹ Lindenberg & Van Dijk 2015, p. 648.

¹⁴⁰ Lindenberg & Van Dijk 2015, p. 648-649; *Kamerstukken II* 2015-2016, 29279, nr. 300, p. 8.

van rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid.¹⁴¹ De minister kiest daarom in het Wetsvoorstel voor een andere benadering: voorgesteld wordt om verschillende strafbepalingen die betrekking hebben op seksuele handelingen met kinderen in de leeftijd van twaalf en zestien jaar samen te voegen in één wetsartikel.¹⁴² Daarbij wordt niet langer gekozen voor een ontuchtbestanddeel, maar voor de algemene term “*seksuele handelingen*” in combinatie met een aparte wettelijke strafuitsluitingsgrond. De voorgestelde bepaling luidt zodoende als volgt:¹⁴³

- “1. Hij die met een persoon die de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet de leeftijd van zestien jaren heeft bereikt seksuele handelingen verricht wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.*
- 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.*
- 3. Niet strafbaar is degene die als leeftijdsgenoot de in het eerste en tweede lid bedoelde gedragingen begaat in het kader van een gelijkwaardige situatie tussen hem en die persoon.”*

Als reden voor de schrapping van het ontuchtbestanddeel wijst de minister erop dat het verrichten van seksuele handelingen met een kind van twaalf tot zestien jaar naar algemene opvattingen überhaupt onaanvaardbaar is.¹⁴⁴ Met andere woorden: het gedrag is reeds in zichzelf in strijd met de sociaal-ethische norm en het wederrechtelijke karakter ervan hoeft niet in een bestanddeel tot uitdrukking te worden gebracht.¹⁴⁵ De beschermingsgedachte staat daarbij (opnieuw) voorop.¹⁴⁶ Toch acht de minister strafrechtelijk ingrijpen niet in alle gevallen wenselijk; dat is namelijk niet het geval bij “*normaal, gelijkwaardig, seksueel verkeer tussen jongeren van twaalf tot zestien jaar.*”¹⁴⁷ Het is daarom dat in het derde lid is voorzien in een strafuitsluitingsgrond voor de leeftijdsgenoot die de seksuele handelingen binnen een gelijkwaardige situatie verricht. Onder een leeftijdsgenoot wordt door de minister verstaan: “*een persoon met een gering leeftijdsverschil.*”¹⁴⁸ Als harde ondergrens geldt daarbij de leeftijd van twaalf jaar. De bovengrens daarentegen is afhankelijk van de leeftijd van degene met wie het seksuele contact plaatsvindt:

¹⁴¹ Lindenberg & Van Dijk 2015, p. 584 en 589.

¹⁴² MvT Wetsvoorstel, p. 54.

¹⁴³ Wetsvoorstel, p. 5.

¹⁴⁴ MvT Wetsvoorstel, p. 36-37.

¹⁴⁵ MvT Wetsvoorstel, p. 36-37.

¹⁴⁶ MvT Wetsvoorstel, p. 19.

¹⁴⁷ MvT Wetsvoorstel, p. 37.

¹⁴⁸ MvT Wetsvoorstel, p. 55.

*“als deze persoon vijftien jaar oud is kan een leeftijdsgenoot bijvoorbeeld ook een zeventienjarige zijn.”*¹⁴⁹

De keuze voor de strafuitsluitingsgrond bouwt volgens de minister voort op de algemene notie die ook ten grondslag ligt aan de huidige zedenwetgeving, te weten dat seksuele interactie vrijwillig en gelijkwaardig behoort te zijn.¹⁵⁰ Voor een geslaagd beroep op het derde lid dient daarom (naast een leeftijdsgenoot) ook sprake te zijn van een gelijkwaardige situatie. Of dit het geval is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹⁵¹ Daarbij komt (opnieuw) gewicht toe aan het leeftijdsverschil, maar deze keer gaat het blijkens de bijbehorende memorie van toelichting niet alleen om de kalenderjaren, maar ook om het verschil in (cognitieve en/of seksuele) ontwikkelingsniveau en/of levensfase.¹⁵² Andere factoren die volgens de minister relevant kunnen zijn bij de beoordeling van de gelijkwaardigheid tussen de betrokkenen, zijn het consensuele karakter, het bestaan van een (seksuele) relatie en de aard van de seksuele handelingen.¹⁵³ De minister overweegt hierbij dat van een gelijkwaardige situatie *“al snel geen sprake is wanneer een slachtoffer gelijktijdig of achtereenvolgens (vergaande) seksuele handelingen moet verrichten met of ondergaan van meerdere personen die hij/zij niet of nauwelijks kent.”*¹⁵⁴ Dit betekent overigens niet dat deelnemers van groepsseks nooit een beroep kunnen doen op de strafuitsluitingsgrond; ook dan kunnen er volgens de minister niettemin omstandigheden zijn die alsnog wijzen op vrijwillig, gelijkwaardig (experimenteel) seksueel contact, zoals het initiatief van het slachtoffer.¹⁵⁵

Met de voorgestelde strafuitsluitingsgrond wordt uitvoering gegeven aan artikel 8 van de Richtlijn 2011/93/EU. Op grond daarvan hebben lidstaten van de Europese Unie inderdaad de discretionaire bevoegdheid om consensuele seksuele handelingen tussen gelijken niet strafbaar te stellen (zie hoofdstuk 2).¹⁵⁶

¹⁴⁹ MvT Wetsvoorstel, p. 55.

¹⁵⁰ *Kamerstukken II 2019-2020, 29279/34843, nr. 592, p. 2.*

¹⁵¹ MvT Wetsvoorstel, p. 55.

¹⁵² MvT Wetsvoorstel, p. 55.

¹⁵³ MvT Wetsvoorstel, p. 55.

¹⁵⁴ MvT Wetsvoorstel, p. 56.

¹⁵⁵ MvT Wetsvoorstel, p. 56.

¹⁵⁶ MvT Wetsvoorstel, p. 56.

3.7. Nadere beschouwing

3.7.1. Inleiding

Duidelijk is inmiddels welke factoren bij de strafbaarstelling van seksuele handelingen met en tussen jeugdigen van belang worden geacht. Minder duidelijk is echter hoe deze factoren precies (zouden moeten) worden ingevuld en in hoeverre daarbij belang toekomt (dan wel zou moeten toekomen) aan het recht op seksuele zelfbeschikking en/of het recht op bescherming. Met behulp van concrete voorbeelden uit de praktijk, rechtswetenschappelijke literatuur en eigen inzichten wordt daarom in de navolgende paragrafen nader onderzoek gedaan naar de invulling van voornoemde variabelen. Die invulling wordt voorts vanuit internationaalrechtelijk perspectief kritisch belicht, waarbij ook wordt gekeken welke implicaties die kritiekpunten hebben voor het Wetsvoorstel. Ik merk daarbij alvast op dat, hoewel onderhavig onderzoek juridisch van aard is, enkele opmerkingen vanuit sociaalwetenschappelijk oogpunt niet achterwege kunnen blijven; de maatschappelijke opvattingen en de publieke moraal zijn (en blijven) immers bepalend voor de strafwaardigheid van het seksuele contact tussen en met de jeugdige(n). Achtereenvolgens vindt zodoende een nadere beschouwing plaats van de volgende factoren: de onderlinge verhouding tussen de betrokkenen (in de zin van leeftijdsverschil en ontwikkelingsniveau) (paragraaf 3.7.2); de vrijwilligheid (waaronder ook begrepen de intentie van het slachtoffer) (paragraaf 3.7.3); de affectieve relatie (paragraaf 3.7.4); de contextuele gelijkwaardigheid (inclusief de aard van de seksuele handelingen) (paragraaf 3.7.5); en de intentie van de verdachte (paragraaf 3.7.6).

3.7.2. Onderlinge verhouding

Seksuele handelingen tussen jeugdigen worden op dit moment minder snel als ontuchtig aangemerkt indien sprake is van een gering leeftijdsverschil. Dit volgt zowel uit de wetsgeschiedenis als de jurisprudentie als de literatuur. Harde grenzen voor wanneer het verschil in leeftijd als gering kan worden bestempeld, kunnen echter niet worden gegeven.¹⁵⁷ De wetsgeschiedenis geeft geen concrete handvaten en in de feitenrechtspraak zijn grote verschillen te vinden.¹⁵⁸ Van den Brink en Milani stelden daarom eerder al dat het bij de kwalificatie van ontucht gaat om een zeer casuïstische beoordeling, waarbij de kalenderleeftijd niet zozeer doorslaggevend is, maar waarbij gekeken moet worden naar de persoonlijke ontwikkeling van de betrokkenen en in welke levensfase zij zich bevinden.¹⁵⁹ Dit standpunt wordt mijns inziens ook

¹⁵⁷ Van den Brink & Milani 2014, p. 81; Lindenberg & Van Dijk 2015, p. 47-48.

¹⁵⁸ Vgl. bijvoorbeeld Hof Arnhem 30 december 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL7278 en Hof Arnhem 17 augustus 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN4187. Zie ook Van den Brink & Milani 2014, p. 81.

¹⁵⁹ Van den Brink & Milani 2014, p. 81-82.

onderschreven door de Hoge Raad, die in zijn arrest van 15 maart 2016 belang heeft toegekend aan het feit dat de verdachte een vijftienjarige leerling van een middelbare school was en het slachtoffer een twaalfjarige leerling van een basisschool.¹⁶⁰ Gelet op de ontwikkeling van betrokkenen werd een gelijkwaardige verhouding tussen hen niet waarschijnlijk geacht. Een andere (mijns inziens opvallende) overweging waar in dit verband op kan worden gewezen, is er een van het hof Den Haag, die in zijn arrest van 1 oktober 2015 stelt dat *“het een feit van algemene bekendheid [is] dat veel jongeren op steeds jongere leeftijd seksueel actief worden, alsmede dat meisjes in hun ontwikkeling in het algemeen vaak enigszins voorlopen op jongens.”*¹⁶¹ Hoewel uit het arrest niet duidelijk wordt waar het hof deze conclusie op baseert en bovendien uit het landelijk onderzoek *“Seks onder je 25e”* uit 2017 is gebleken dat jongeren juist later beginnen aan seks,¹⁶² laat de Hoge Raad de overweging in stand.¹⁶³

Het in voornoemde arresten en literatuur uitgedragen standpunt dat het bij de beoordeling van seksuele contacten tussen en met jeugdigen in het bijzonder gaat om de ontwikkelingsfase waarin de jeugdigen zich bevinden (en in mindere mate om het objectieve leeftijdsverschil) is in lijn met de wetsgeschiedenis uit 2002 en met de in dit kader (onder meer) door het VN-Kinderrechtencomité bepleite individuele beoordeling van de omstandigheden, ervaringen, rijpheid en ontwikkeling. Het is in dat licht temeer opvallend dat uit het onderzoek van Kool en Dalhuisen is gebleken dat gelijkwaardigheid (in de zin van afhankelijkheid, verschil in levensfase en verschil in seksuele ontwikkeling) in de feitenrechtspraak geen onderscheidende factor is. Dit zou betekenen dat in de praktijk aan deze variabele minder waarde wordt toegekend dan in de literatuur en de recentere wetsgeschiedenis uit 2002, alsook door de Hoge Raad en de internationale gemeenschap is bepleit.

De vraag dringt zich op of het Wetsvoorstel hierin verandering zal brengen. Voor een beroep op de voorgestelde strafuitsluitingsgrond dient namelijk tevens sprake te zijn van een gelijkwaardige situatie en de minister hecht in dat verband expliciet belang aan het verschil in ontwikkelingsniveau en/of levensfase. Gelet op het voorgaande zou het vanuit meerdere perspectieven toe te juichen zijn als dit er inderdaad toe leidt dat er in de praktijk meer aandacht zou zijn voor de individuele ontwikkelingsfasen van de betrokkenen (in plaats van alleen het objectieve leeftijdsverschil). Ik acht het in dat licht echter wel spijtig dat de minister niet meer duidelijkheid heeft gegeven over de wijze waarop deze voorwaarde zich verhoudt tot het aparte

¹⁶⁰ HR 15 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:415, r.o. 2.4.

¹⁶¹ Hof Den Haag 1 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3270.

¹⁶² De Graaf e.a. 2017, p. 205.

¹⁶³ HR 7 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:338.

vereiste dat sprake moet zijn van leeftijdsgenoten; gaat het in dat verband wel alleen om kalenderjaren of acht de minister ook daarbij een individuele beoordeling van belang?

3.7.3. Vrijwilligheid

Net als het leeftijdsverschil, blijkt ook de vrijwilligheid (daaronder ook begrepen de intentie van het slachtoffer) in de praktijk een onderscheidende factor te zijn bij de beoordeling van ontucht.¹⁶⁴ Die constatering is in ieder geval vanuit internationaal perspectief (zie bijvoorbeeld artikel 18 lid 3 van het Verdrag van Lanzarote) toe te juichen. Vanuit nationaal perspectief ligt dit mijns inziens iets genuanceerder: hoewel ook de nationale wetgever veel belang hecht aan het consensuele karakter van de seksuele handelingen, geldt bij jeugdigen tussen de twaalf en zestien jaar als uitgangspunt dat het seksuele zelfbeschikkingsrecht ondergeschikt moet worden geacht aan de bescherming van de seksuele integriteit.¹⁶⁵ Zo gezien zou het in beginsel irrelevant moeten zijn of het slachtoffer toestemming heeft gegeven en wat diens intentie is geweest.¹⁶⁶ Volgens de Hoge Raad brengt dat beschermingsbeginsel in sommige gevallen zelfs een plicht tot ingrijpen voor de verdachte met zich mee.¹⁶⁷

Dat het vrijwillige karakter van de seksuele handelingen en/of de intentie van het slachtoffer een constituerende factor is, betekent niet dat deze variabele de verdachte altijd zal kunnen vrijwaren: rechters veroordelen een verdachte soms ook om een geldende norm te expliciteren.¹⁶⁸ Dit hangt ook samen met het feit dat het niet de opvatting van de jeugdige(n) is die bepalend is voor de huidige kwalificatie van ontucht, maar de dominerende publieke moraal.¹⁶⁹ In dat licht zou men zich overigens kunnen afvragen of schrapping van het ontuchtbestanddeel (zoals door de minister voorgesteld) hierin enige verandering zal brengen. Ik vermoed dat dit niet het geval is. De gedachte dat jongeren (ook tegen zichzelf) beschermd moeten worden, staat immers ook in het Wetsvoorstel voorop.¹⁷⁰

3.7.4. Affectieve relatie

Als laatste is ook het hebben van een affectieve relatie een constituerende factor bij de beantwoording van de vraag of seksueel contact sociaal-ethisch aanvaardbaar is. Het gaat hierbij

¹⁶⁴ Kool & Dalhuisen, *PROCES* 2021, p. 140.

¹⁶⁵ Lindenberg & Van Dijk 2015, p. 50.

¹⁶⁶ Van den Brink & Milani 2014, p. 57 en 82.

¹⁶⁷ Van den Brink & Milani 2014, p. 58; HR 9 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6587, r.o. 3.4.

¹⁶⁸ Kool & Dalhuisen, *PROCES* 2021, p. 142; Hof Den Haag 1 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3270.

¹⁶⁹ Dalhuisen & Kool 2021, p. 54.

¹⁷⁰ MvT Wetsvoorstel, p. 19.

expliciet niet om een cumulatief, derde vereiste: wanneer sprake is van vrijwillig seksueel contact tussen twee gelijkwaardige personen die gering in leeftijd verschillen, zal de enkele situatie dat geen sprake is van een affectieve relatie niet per definitie de handelingen ontuchtig maken.¹⁷¹ Andersom kan echter in sommige gevallen het hebben van een relatie er wel toe leiden dat ondanks het relatief grote leeftijdsverschil de (vrijwillig) verrichtte seksuele handelingen niet als ontucht worden gekwalificeerd.¹⁷² Dat hierbij wel grenzen worden gesteld, getuige de uitspraak van rechtbank Gelderland van 24 oktober 2013, waarin een (destijds) 29-jarige man werd veroordeeld voor het hebben van een seksuele relatie met een (destijds) 14-jarig meisje.¹⁷³ Dat betrokkenen inmiddels verloofd waren en beiden van meet af aan hadden verklaard dat de seksuele handelingen vrijwillig en binnen een gelijkwaardige relatie hadden plaatsgevonden, kon het ontuchtige karakter aan de handelingen niet ontnemen.

Een punt van aandacht bij deze factor is mijns inziens dat uit het al eerder genoemde onderzoek “*Seks onder je 25^e*” van Rutgers en Soa Aids Nederland is gebleken dat onder jongeren de attitude ten aanzien van seks zonder relatie of liefde toleranter is geworden.¹⁷⁴ Hoewel de meeste jongeren nog steeds seks hebben binnen een langdurige, vaste relatie, is het percentage jongeren dat seks heeft buiten een monogame relatie (al dan niet via een *onenightstand*) gestegen.¹⁷⁵ Ook in de maatschappij wordt het al dan niet hebben van een relatie niet zozeer als problematisch beschouwd.¹⁷⁶ Gelet op deze bevindingen kan men zich afvragen in hoeverre het hebben van een affectieve relatie thans nog van invloed zou moeten zijn op het oordeel dat seksuele handelingen in strijd zijn met de sociaal-ethische norm. De zedelijkheidswetgeving behoort immers de normen en waarden over de seksualiteit te weerspiegelen zoals die door een meerderheid in de Nederlandse samenleving worden onderschreven.¹⁷⁷

Dat omtrent dit onderwerp discussie kan bestaan is overigens niets nieuws onder de zon. Zo overwoog advocaat-generaal (hierna: A-G) Jörg jaren geleden al:¹⁷⁸

¹⁷¹ Van den Brink & Milani 2014, p. 82-83; Hof Arnhem 30 december 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL7278.

¹⁷² Hof Amsterdam 30 augustus 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4708; Rb. Limburg 1 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:818817.

¹⁷³ Rb. Gelderland 24 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4077.

¹⁷⁴ De Graaf e.a. 2017, p. 211.

¹⁷⁵ Volgens de onderzoekers kan dit mogelijk worden verklaard door het gebruik van online media (zoals datingapps) voor het zoeken, vinden en ontmoeten van partners. Zie De Graaf e.a. 2017, p. 211.

¹⁷⁶ Dalhuisen & Kool 2021, p. 63.

¹⁷⁷ Kool 1999, p. 128.

¹⁷⁸ Concl. A-G Jörg, ECLI:NL:PHR:2010:BK4794, bij HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794, r.o. 27.

“Dat seks louter uit liefde, ten behoeve van de voortplanting of in een affectieve relatie zou mogen plaats vinden zegt vooral iets over degene (of de organisatie) die deze opvatting huldigt, maar staat in schril contrast met de maatschappelijke werkelijkheid. In de zin van een moreel appèl kunnen deze opvattingen hun waarde hebben, maar deze opvattingen opleggen aan de andersdenkende medemens gaat enkele stappen te ver. (...) Zogenaamde one-night-stands zijn niet voorbehouden aan volwassenen.”

De A-G wees er in zijn conclusie ook op dat er onduidelijkheid kan bestaan over de toepassing van het criterium van een affectieve relatie: *“moet die wederzijds zijn? Hoe lang moet die minimaal duren? Moet die exclusief zijn? Etc.”*¹⁷⁹

Het moge hiermee duidelijk zijn dat over de invulling van deze factor al langer de nodige onduidelijkheid en discussie bestaat. De veranderende opvattingen over (de vormgeving van) affectieve relaties maken mijns inziens opnieuw duidelijk dat op zijn minst een doorlopende kritische reflectie hierop aangewezen is. Dat de minister in het Wetsvoorstel wel opnieuw waarde hecht aan het bestaan van een (seksuele) relatie, maar deze mogelijkheid niet aangrijpt om hieromtrent meer duidelijkheid te scheppen, acht ik spijtig. Dit geldt nog temeer nu de minister in het Wetsvoorstel (in een ander verband) wel verwijst naar het onderzoek van Rutgers en Soa Aids Nederland, maar dus niet ingaat op de daaruit blijkende verschuivende attitudes ten aanzien van seks buiten relaties. Het zou aanbeveling verdienen om eerst kennis te nemen van de huidige maatschappelijke opvattingen en daarvan (onder verwijzing van bronnen) te doen blijken en daarna pas een oordeel te vellen over een dergelijk onderwerp. Dit geldt overigens niet alleen voor de wetgever, maar ook voor bijvoorbeeld rechters.

3.7.5. Contextuele gelijkwaardigheid

Wat betreft de verhouding tussen betrokkenen, is reeds opgemerkt dat gelijkwaardigheid in de zin van afhankelijkheid, verschil in levensfase en verschil in seksuele ontwikkeling geen onderscheidende werking heeft. Gelijkwaardigheid kan mijns inziens echter ook nog iets anders impliceren, namelijk of al dan niet sprake is van feitelijk – al dan niet getalsmatig – overwicht.¹⁸⁰ Gelijkwaardigheid wordt in dat geval niet bepaald aan de hand van ontwikkelingsfasen, maar door contextuele factoren. Dit kan mijns inziens ook wel worden aangeduid als ‘contextuele

¹⁷⁹ Concl. A-G Jörg, ECLI:NL:PHR:2010:BK4794, bij HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794, r.o. 29.

¹⁸⁰ Vgl. Concl. A-G Paridaens, ECLI:NL:PHR:2018:844, bij HR 9 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1884, r.o. 3.13.

gelijkwaardigheid'. Naast bijvoorbeeld de locatie waar de seksuele handelingen plaatsvinden,¹⁸¹ kan hierbij wat mij betreft ook worden gedacht aan de eventuele (alcohol)intoxicatie van het slachtoffer. Op de betrokkene(n) rust een verplichting om zich er terdege van te vergewissen dat de ander de seksuele handelingen vrijwillig en zonder dat het oordeelsvermogen door het alcoholgebruik is aangetast, verricht.¹⁸² Heeft de verdachte dat niet gedaan, dan kan dat blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad bijdragen aan het oordeel dat de handelingen in strijd zijn met de sociaal-ethische norm.¹⁸³ Gelet op de beschermingsgedachte en het belang dat (ook in het internationale kader) gehecht wordt aan het consensuele karakter van de handelingen, lijkt mij dit een terecht standpunt.

Een andere variabele die van belang kan worden geacht voor de beoordeling van de contextuele gelijkwaardigheid, is de aard van de seksuele handelingen (waaronder ook begrepen het aantal deelnemers).¹⁸⁴ In het Wetsvoorstel wordt aan deze laatste factor expliciet gewicht toegekend in het kader van de vraag of strafrechtelijk ingrijpen wel of niet is aangewezen.¹⁸⁵ Een en ander is in overeenstemming met de maatschappelijke opvattingen hieromtrent.¹⁸⁶ Toch blijkt in de feitenrechtspraak het aantal personen dat betrokken is geweest bij de seks op dit moment niet significant bij te dragen aan de kwalificatie van ontucht.¹⁸⁷ Sterker nog, bij niet-ontuchtzaken blijkt juist vaker sprake te zijn van groepsseks dan bij ontuchtzaken.¹⁸⁸ Een verklaring voor deze (toch wel opvallende) discrepantie tussen het publieke en rechterlijke moraal zou mijns inziens kunnen zijn dat bij groepsseks wellicht vaker sprake is van vrijwillig seksueel experimenteergedrag tussen leeftijdsgenoten, hetgeen maakt dat de rechter de handelingen – ondanks de wellicht vergaande aard – toch sociaal-ethisch aanvaardbaar acht. Om deze stelling te kunnen onderbouwen zou echter meer onderzoek nodig zijn. Of de expliciete overwegingen van de minister op dit vlak in concrete gevallen tot een ander rechterlijk oordeel zal leiden, zal verder moeten blijken.

¹⁸¹ HR 9 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1884.

¹⁸² Concl. A-G Aben, ECLI:NL:PHR:2019:1157, bij HR 12 november 2019, ECLI:NL:HR 2019:1733, r.o. 5.9.

¹⁸³ Concl. A-G Aben, ECLI:NL:PHR:2019:1157, bij HR 12 november 2019, ECLI:NL:HR 2019:1733, r.o. 5.9.

¹⁸⁴ HR 9 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1884.

¹⁸⁵ MvT Wetsvoorstel, p. 55-56.

¹⁸⁶ Dalhuisen & Kool 2021, p. 63.

¹⁸⁷ Kool & Dalhuisen, *PROCES* 2021, p. 138.

¹⁸⁸ Kool & Dalhuisen, *PROCES* 2021, p. 138.

3.7.6. Intentie verdachte

Tot slot is nog een enkele opmerking op zijn plaats over de intentie van de verdachte. Blijkens de literatuur en rechtspraak kan ook deze factor namelijk een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of bepaalde handelingen onder de huidige wetgeving als ontuchtig aan te merken zijn.¹⁸⁹ Daarbij speelt evenwel allereerst de vraag of er sprake is van handelingen die noodzakelijkerwijs een ontuchtig karakter hebben of van handelingen waaraan dat karakter kan ontbreken.¹⁹⁰ De intentie van de verdachte kan met name in dat laatste geval een rol spelen; zo zal aan een gynaecologische ingreep in beginsel het ontuchtige karakter ontbreken, tenzij de behandelaar een seksueel motief had en de handeling zonder noodzaak uitvoerde.¹⁹¹ In dit verband wordt ook wel onderscheid gemaakt tussen de vraag of het handelen seksueel van aard is en de vraag of het seksueel handelen ontuchtig is; de bedoeling van de verdachte speelt met name bij de eerste vraag.¹⁹² Op dit vlak zal het Wetsvoorstel overigens geen veranderingen teweeg brengen. Ook na schrapping van het ontuchtbestanddeel moet het immers gaan om handelingen van seksuele aard die een inbreuk op de lichamelijke of seksuele integriteit van het slachtoffer maken; handelingen die niet primair van seksuele aard zijn (zoals noodzakelijke medische handelingen) vallen daarbuiten.¹⁹³

3.8. Tot besluit

Het is al met al duidelijk *welke* factoren van belang (kunnen) zijn bij de beoordeling van seksuele contacten tussen en met jeugdigen, maar door het sterk casuïstische karakter is het moeilijk om die factoren van een nadere (*inhoudelijke*) uitleg te voorzien, laat staan daarbij vast te stellen in hoeverre het recht op seksuele zelfbeschikking die uitleg beïnvloedt. Dit geldt nog temeer nu ook de wetsgeschiedenis hierover niet eenduidig is; de wetgever lijkt zich immers bij de wetwijziging in 2002 coulanter tegenover onderhavige kwestie op te stellen dan in 1991.

Vanuit internationaal perspectief (in het bijzonder gelet op artikel 5, 6 en 12 IVRK) kan mijns inziens in ieder geval wel worden bepleit dat in de praktijk meer aandacht zou moeten zijn voor het concrete ontwikkelingsniveau en de rijpheid van de betrokken individuen. Een dergelijke

¹⁸⁹ Van den Brink & Milani 2014, p. 55; HR 4 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4288.

¹⁹⁰ Van den Brink & Milani 2014, p. 55-56; Concl. A-G Knigge, ECLI:NL:PHR:2010:BL5563, bij HR 25 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5563, r.o. 21.

¹⁹¹ Lindenberg & Van Dijk 2015, p. 50.

¹⁹² Concl. A-G Knigge, ECLI:NL:PHR:2010:BL5563, bij HR 25 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5563, r.o. 21.

¹⁹³ MvT Wetsvoorstel, p. 37.

individuele benadering komt wellicht niet direct ten goede aan de rechtszekerheid,¹⁹⁴ maar is vanuit het internationale kinderrechtenskader wel aangewezen. Dat de minister deze factor noemt in het Wetsvoorstel biedt hiervoor alvast een goed opstapje.

Verder is het duidelijk dat niet zomaar voorbij kan worden gegaan aan het consensuele karakter van de seksuele handelingen. Indien dat wel gebeurt, behoeft dat wat mij betreft op zijn minst een daarop toegespitste motivering. Het is in dit licht dat ik tot besluit nog enkele opmerkingen wil plaatsen bij mijn eerdere vaststelling dat een veroordeling ook tot doel kan hebben om de geldende norm te expliciteren. Hoewel het strafrecht uiteraard ook een normerende functie heeft, moet er mijns inziens voor worden gewaakt dat het strafrecht vervalt van een *ultimum remedium* in een *optimum remedium*.¹⁹⁵ Het is een algemeen en internationaal erkend uitgangspunt dat het strafrecht moet worden beschouwd als laatste redmiddel; al helemaal als het gaat om jeugdigen en adolescenten.¹⁹⁶ Een veroordeling voor ontucht zal ongeacht de opgelegde straf of maatregel leiden tot een aantekening op de justitiële documentatie van de veroordeelde en kan derhalve problemen veroorzaken bij bijvoorbeeld het verstrekken van een Verklaring Omtrent Gedrag (hierna: “VOG”).¹⁹⁷ Dit geldt in het bijzonder als het gaat om zedendelicten, nu de terugkijktermijn in die gevallen (ongeacht of de veroordeelde ten tijde van het begaan van het delict minderjarig was) niet in duur is beperkt.¹⁹⁸ In het licht van het proportionaliteitsbeginsel en de internationaal erkende doeleinden van het jeugdstrafrecht, waaronder het voorkomen van stigmatisering en het bevorderen van herintegratie (zie hoofdstuk 2), dient voor dergelijke aspecten zowel bij de vervolgingsbeslissing, als de bewezenverklaring, als de strafoplegging mijns inziens expliciet aandacht te zijn.¹⁹⁹ Kortom, voorkomen moet worden dat de toepassing van het strafrecht als ‘normeringsmiddel’ strijd oplevert met internationale verdragsbepalingen en andere (strafrechtelijke) uitgangspunten. Dit blijft mijns inziens (ook bij het Wetsvoorstel) een aandachtspunt.

¹⁹⁴ Gelet op de grote verschillen in de feitenrechtspraak kan echter worden afgevraagd of de beoordeling van het objectieve leeftijdsverschil daaraan wel ten goede komt.

¹⁹⁵ Vgl. Buisman, *Bsb* 2020, p. 64-72.

¹⁹⁶ Artikel 37 sub b IVRK; artikel 40 lid 1 IVRK; en General Comment No. 24. Zie op beleidsniveau ook Richtlijn en kader voor strafvordering jeugd en adolescenten, inclusief strafmaten Halt (2020R006).

¹⁹⁷ Zie bijvoorbeeld Kurtovic, *Tijdschrift Jeugdrecht in de Praktijk* 2015, p. 20-25.

¹⁹⁸ Beleidsregels VOG-NP-RP 2018, paragraaf 3.1.1.

¹⁹⁹ Boone & Kurtovic, *NJB* 2016, p. 1623-1629. Vgl. Rb. Den Haag 26 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2143, waarin wordt overwogen dat weigering van de afgifte van een VOG op grond van de onderhavige strafzaak, onder meer wegens de jonge (dertienjarige) leeftijd van de verdachte, strijdig zou zijn met artikel 8 EVRM en artikel 3 IVRK. Zie ook hof 's-Hertogenbosch 22 juni 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2036.

4. Het hoorrecht

4.1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt tot slot nader onderzoek gedaan naar het in artikel 167a Sv neergelegde hoorrecht. Op grond van deze bepaling moeten minderjarigen ten aanzien van wie het in artikel 245 Sr omschreven misdrijf is gepleegd in de gelegenheid worden gesteld hieromtrent hun mening kenbaar te maken; zij moeten hierover worden gehoord. Allereerst wordt kort stilgestaan bij de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 167a Sv (paragraaf 4.2). Vervolgens wordt ingegaan op de huidige regelgeving en de invulling daarvan door de Hoge Raad (paragraaf 4.3). Daarna vindt een nadere beschouwing plaats, waarin de wetsbepaling vanuit een internationaal (met name kinderrechtelijk) perspectief kritisch wordt belicht (paragraaf 4.4). Tot besluit volgen enkele concluderende opmerkingen (paragraaf 4.5). Het Wetsvoorstel blijft in dit hoofdstuk buiten beschouwing, omdat artikel 167a Sv hierin (op een omnummering na) niet wordt gewijzigd.²⁰⁰

4.2. Wetsgeschiedenis

4.2.1. Klachtvereiste

De strafbaarheid van seksuele contacten met een persoon tussen de twaalf en zestien jaar werd van oudsher afhankelijk gesteld van een door de betrokkene, diens wettelijke vertegenwoordiger of (sinds 1991) de Raad voor de Kinderbescherming in te dienen klacht. Dit klachtvereiste beoogde een evenwicht te waarborgen tussen “*bescherming van het kind tussen twaalf en zestien jaar tegen seksueel misbruik én bescherming van dat kind tegen aantasting van zijn – groeiende – seksuele vrijheid.*”²⁰¹ Volgens Gooren werd het klachtvereiste in feite gezien als privacy waarborg: het werd aan de persoonlijk betrokkenen overgelaten of overheidsingrijpen gewenst was.²⁰² Zonder klacht kon het openbaar ministerie daarom niet vervolgen.²⁰³

²⁰⁰ Wetsvoorstel, p. 8.

²⁰¹ *Kamerstukken II* 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 6; *Kamerstukken II* 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 20.

²⁰² Gooren, *DD* 2011, p. 144.

²⁰³ Enige nuancering is aangewezen: het ontbreken van een klacht hoefde niet tot niet-ontvankelijkheid te leiden wanneer ondubbelzinnig vaststond dat vervolging door de klachtgerechtigde gewenst was. Zie Van den Brink & Milani 2014, p. 208-211; HR 14 oktober 1991, *NJ* 1998/661.

4.2.2. De wetswijziging van 2002

Bij de wetswijziging van 2002 verdween dit klachtvereiste ten gevolge van maatschappelijke en politieke druk uit de wetgeving.²⁰⁴ Het schrappen van het klachtvereiste werd in belangrijke mate ingegeven door de in hoofdstuk 3 uitgebreid besproken beschermingsgedachte: jongeren verdienen bescherming en worden geacht onvoldoende in staat te zijn zelf te beslissen over hun seksuele wensen en verlangens.²⁰⁵ Blijkens de wetsgeschiedenis speelden evenwel ook praktische overwegingen een rol.²⁰⁶ In 1997 en 1998 had het Verwey-Jonker Instituut onderzoek gedaan naar het functioneren van het klachtvereiste. Hieruit bleek onder meer dat in de praktijk het onderscheid tussen het indienen van een klacht en het doen van een aangifte enigszins aan het vervloeien was en dat de toepassing ervan tot onduidelijkheden leidde.²⁰⁷ Ook werd vastgesteld dat – doordat ook wettelijk vertegenwoordigers een klacht konden indienen – strafrechtelijk optreden alsnog plaats kon vinden terwijl de minderjarige ten aanzien van wie het feit was gepleegd dat niet wilde.²⁰⁸ Volgens een door de onderzoekers van het Verwey-Jonker Instituut geraadpleegde expertcommissie (bestaande uit onder meer hoogleraren, politiemedewerkers, advocaten en rechters) deed het klachtvereiste hierdoor af aan het recht op zelfbepaling van de jeugdigen.²⁰⁹ De expertcommissie achtte het mede daarom niet wenselijk het klachtvereiste te handhaven en stelde in plaats daarvan voor om het openbaar ministerie een hoorplicht op te leggen.²¹⁰ Indien de jeugdige zou aangeven geen vervolging te wensen, zou het openbaar ministerie deze wens in beginsel moeten accepteren, tenzij het algemeen belang anders zou vorderen (waarbij bijvoorbeeld kon worden gedacht aan het oprollen van pedofielenetwerken).²¹¹ En zo geschiedde.

4.3. Artikel 167a Sv

Bij het schrappen van het klachtvereiste in 2002 is voorzien in een hoorrecht voor de minderjarige van twaalf jaar en ouder tegen wie (onder meer) de in artikel 245 Sr strafbaar gestelde gedragingen zijn gepleegd: op grond van artikel 167a Sv moet het openbaar ministerie die minderjarige zo mogelijk in de gelegenheid stellen zijn mening over het gepleegde feit kenbaar te maken. De wetbepaling beoogt zodoende te waarborgen dat strafrechtelijk optreden volgt waar dit geboden

²⁰⁴ Gooren 2016, p. 16; Stb. 2002, 388.

²⁰⁵ Gooren 2016, p. 16; De Savornin Lohman 1998 (deelrapportage 3), p. 109-110.

²⁰⁶ *Kamerstukken II* 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 6.

²⁰⁷ *Kamerstukken II* 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 6.

²⁰⁸ *Kamerstukken II* 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 6.

²⁰⁹ De Savornin Lohman 1998 (deelrapportage 5), p. 61.

²¹⁰ De Savornin Lohman 1998 (deelrapportage 5), p. 61.

²¹¹ De Savornin Lohman 1998 (deelrapportage 3), p. 61.

is en achterwege blijft indien de belangen van de minderjarige daartoe nopen.²¹² Sommige parlementsleden waren bang dat het schrappen van het klachtvereiste ertoe zou leiden dat zaken voor de strafrechter zouden worden gebracht die daar niet thuis horen, maar de minister veegde die kritiek van tafel. Daartoe wees hij erop dat het openbaar ministerie bij zijn vervolgingsbeslissing de grootst mogelijke zorgvuldigheid zou betrachten, *“juist omdat het zich ervan bewust is dat een strafzaak kan ingrijpen in het gevoelsleven van het betrokken kind.”*²¹³ Dat het zelfbeschikkingsrecht van de jeugdige door de wetswijziging volledig aan de noodzaak van bescherming zou onderdoen, was volgens de minister dus niet het geval.

Wat betreft de verdere invulling van het hoorrecht, verdienen nog enkele aspecten de aandacht.²¹⁴ Allereerst is van belang dat het nadrukkelijk het openbaar ministerie is waarop de inspanningsverplichting van artikel 167a Sv rust: het is onvoldoende als de minderjarige in de gelegenheid wordt gesteld zijn mening kenbaar te maken tegenover de politie of een ander.²¹⁵ Daarnaast is van belang dat de wetgever zeer bewust heeft gekozen voor het opnemen van de woorden *“zo mogelijk”* in de wetsbepaling. Deze woorden brengen volgens de wetgever tot uitdrukking.²¹⁶

“dat het openbaar ministerie zich naar het mogelijke moet inspannen om het (potentiële) slachtoffer gelegenheid te geven zijn zienswijze naar voren te brengen. Soms is die gelegenheid er niet.^[217] In die gevallen staat het ontbreken van het oordeel van de minderjarige een verdere vervolging niet in de weg. Uitgangspunt is dat het slachtoffer zijn zienswijze naar voren moet kunnen brengen. Het is aan de rechter te beoordelen of het OM zich voldoende moeite heeft getroost om het slachtoffer in de gelegenheid te stellen om van zijn hoorrecht gebruik te maken, en, bij ontkennende beantwoording, daaraan de gevolgen te verbinden die in het gegeven geval passend zijn. Dat kan onder omstandigheden de niet-ontvankelijkverklaring van het OM zijn.”

Volgens de Hoge Raad kan van die niet-ontvankelijkheid echter pas sprake zijn indien de minderjarige door het verzuim zo ernstig in zijn belang is geschaad dat dat, afgewogen tegen

²¹² *Kamerstukken II* 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 6; HR 16 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4308, r.o. 2.5.

²¹³ *Kamerstukken II* 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 20.

²¹⁴ Vgl. Van den Brink & Milani 2014, p. 205-208.

²¹⁵ HR 16 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4308.

²¹⁶ *Kamerstukken II* 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 17.

²¹⁷ Naast de gevallen waarin de lichamelijke of geestelijke gesteldheid het horen van de minderjarige niet toelaat, kan hierbij ook worden gedacht aan een minderjarige die in het buitenland verblijft of moeilijk traceerbaar is. Zie *Kamerstukken II* 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 24.

andere met de vervolging gemoeide belangen, dient te leiden tot het oordeel dat vervolging achterwege had moeten blijven.²¹⁸ Deze belangenafweging moet worden gemaakt zowel ingeval de minderjarige niet in de gelegenheid is gesteld zijn mening over het gepleegde feit kenbaar te maken als ingeval de minderjarige te kennen heeft gegeven een vervolging niet te wensen.²¹⁹ Voor niet-ontvankelijkheid bestaat in ieder geval geen grond indien – zo nodig achteraf – voldoende duidelijk is gebleken dat het minderjarige slachtoffer geen bezwaar heeft tegen de vervolging van de verdachte.²²⁰ Daarbij is nog van belang dat de rechter niet gehouden is ambtshalve onderzoek te doen naar de naleving van artikel 167a Sv door het openbaar ministerie (en van dat onderzoek te doen blijken in zijn uitspraak); die opvatting vindt volgens de Hoge Raad geen steun in het recht.²²¹ Indien de verdediging van oordeel is dat dit voorschrift is geschonden, dient zij dat verweer dus expliciet te voeren.²²²

4.4. Nadere beschouwing

4.4.1. Inleiding

Hoewel het schrappen van het klachtvereiste in lijn is met artikel 15 van de Richtlijn 2011/93/EU en wettelijke waarborging van een hoorrecht mijns inziens vanuit kinderrechtelijk perspectief toe te juichen is, betekent dit niet dat hierbij niet ook enkele kritische kanttekeningen kunnen worden geplaatst. Zoals in hoofdstuk 2 besproken, heeft ieder kind dat in staat is zijn of haar eigen mening te vormen op grond van artikel 12 IVRK het recht om die mening vrijelijk te uiten in alle aangelegenheden die het kind betreffen, waarbij aan de mening van het kind tevens passend belang moet worden gehecht in overeenstemming met zijn of haar leeftijd en rijpheid. Ook dient op grond van *General Comment No. 12* sprake te zijn van een terugkoppeling: aan het kind moet worden verteld wat de resultaten zijn van het gesprek en wat er met zijn of haar mening is gedaan.²²³ Zoals gezegd, biedt artikel 12 IVRK in feite de methodologie om het doel van artikel 3 IVRK te bereiken: het belang van het kind wordt in overleg met het kind bepaald.²²⁴

²¹⁸ HR 28 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0796, r.o. 3.4; HR 16 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4308, r.o. 2.5.

²¹⁹ HR 28 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0796, r.o. 3.4; HR 16 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4308, r.o. 2.5.

²²⁰ HR 18 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1183, r.o. 2.6.2.

²²¹ HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0692, r.o. 3.4.

²²² Van den Brink & Milani 2014, p. 207.

²²³ *General Comment No. 12*, par. 45.

²²⁴ *General Comment No. 12*, par. 70-74; *General Comment No. 14*, par. 43-45.

De vraag dringt zich op in hoeverre het hoorrecht van artikel 167a Sv daadwerkelijk in overeenstemming is met deze internationale verplichtingen. Artikel 167a Sv voorziet namelijk primair in een formeel vereiste (te weten dat de minderjarige – zo mogelijk – in de gelegenheid wordt gesteld zijn mening kenbaar te maken). Over de materieelrechtelijke implicaties zegt de wettekst zelf niets.

4.4.2. Terugkoppeling

Allereerst kan in dat verband worden opgemerkt dat hoewel artikel 167a Sv voornoemde terugkoppeling niet voorschrijft, daaraan in de wetsgeschiedenis wel degelijk aandacht is besteed. De wetgever heeft het openbaar ministerie daarin expliciet aanbevolen om zijn vervolgingsbeslissing en de motivering daartoe terug te koppelen aan degene die zijn mening kenbaar heeft gemaakt.²²⁵ Die aanbeveling heeft het openbaar ministerie in zijn Aanwijzing zeden tot op zekere hoogte opgevolgd; daarin staat namelijk vermeld dat indien wordt besloten de zaak te seponeren, het slachtoffer zo spoedig mogelijk een op maat geschreven sepotbrief ontvangt met een aanbod tot nadere uitleg in een gesprek met de behandelend officier van justitie.²²⁶ Uit deze Aanwijzing noch enig ander gepubliceerd beleidsdocument blijkt echter wat er gebeurt als – al dan niet tegen de wil van de minderjarige in – wél wordt besloten tot vervolging.²²⁷ Het IVRK noch de wetgever differentieert echter tussen de soort vervolgingsbeslissing die is genomen: terugkoppeling is in alle gevallen vereist. Mijns inziens verdient het daarom aanbeveling om in voornoemde Aanwijzing op te nemen dat terugkoppeling plaats dient te vinden ongeacht of wel of niet tot vervolging wordt overgegaan en ongeacht of die beslissing tegenstrijdig is met de wens van het kind. In alle gevallen waarin het kind zijn of haar mening kenbaar heeft gemaakt, moet worden verteld wat de resultaten daarvan zijn en wat er met zijn of haar mening is gedaan.

4.4.3. Het belang van het kind

Een ander punt dat mijns inziens aandacht verdient, is dat op grond van artikel 167a Sv niet is vereist dat aan de mening van het kind ook passend belang wordt gehecht. Evenmin is vereist dat de belangen van het kind als eerste overweging dienen te gelden. Wel kan mijns inziens worden gesteld dat in de rechtspraak aan deze vereisten tot op zekere hoogte inkleuring is gegeven, nu – indien de minderjarige niet in de gelegenheid is gesteld zijn mening kenbaar te maken of indien een vervolgingsbeslissing is genomen die strijdig is met de wens van de minderjarige – volgens

²²⁵ *Kamerstukken II* 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 7.

²²⁶ Aanwijzing zeden (2016A004), onder 3.

²²⁷ Er is zowel telefonisch als per e-mail navraag gedaan bij het openbaar ministerie over de aanwezigheid van (bijvoorbeeld) interne beleidsrichtlijnen. Die informatie kon (wegens drukte) niet worden verstrekt.

vaste jurisprudentie een belangenafweging moet worden gemaakt tussen enerzijds de belangen van de minderjarige en anderzijds andere met de vervolging gemoeide belangen (waarbij dan – zo volgt mijns inziens uit de wetsgeschiedenis – gedacht moet worden aan het algemeen belang²²⁸). Ik mis hierbij echter nog steeds de expliciete kanttekening dat het belang van het kind de eerste overweging dient te zijn.²²⁹ Dit betekent niet dat gelet op concrete feiten en omstandigheden niet beslist zou kunnen worden dat andere belangen zwaarder wegen, maar wel dat het startpunt daarbij het belang van het kind moet zijn. Daarbij is het overigens ook niet zo dat het belang van het kind en het algemeen belang altijd onverenigbaar zullen zijn: vaak zullen met de opsporing of vervolging complementaire doelen kunnen worden gediend (denk aan het voorbeeld van het oprollen van een pedofiellenetwerk dat veelal toch ook in het belang van het kind zelf zal zijn).

Dat bij die belangenafweging soms echter ook spanningen kunnen ontstaan (waarbij over de juiste invulling nog wel eens kan worden gediscussieerd) getuige mijns inziens een uitspraak van de rechtbank Overijssel van 22 november 2021.²³⁰ In die zaak ging het om een achttienjarige verdachte die seksuele handelingen had verricht met een twaalfjarig meisje. Volgens het meisje zelf had vervolging niet gehoeven; zij had nergens spijt van en had tegen de politie gezegd dat ze wel vaker seks zou willen (ook op deze leeftijd). Ook haar vader en halfzus hadden in dat verband verklaard dat het meisje zich ouder voelt en gedraagt dan haar leeftijdsgenoten. De vader van het meisje deed echter toch aangifte, naar eigen zeggen om te voorkomen dat de verdachte meer slachtoffers zou maken. Over de vervolgingsbeslissing van het openbaar ministerie overwoog de rechtbank vervolgens als volgt:

“De wetsgeschiedenis houdt in dat het openbaar ministerie een gefundeerde wens van de minderjarige om niet te vervolgen zwaar moet laten wegen bij de vraag of de belangen van die minderjarige zich verzetten tegen strafvervolging. Maar ook dat de minderjarige daarin geen doorslaggevende stem heeft (...). Over de ontvankelijkheid van de officier van justitie bestaat dan ook geen discussie. De rechtbank houdt met het voorgaande wel rekening bij het beantwoorden van de vraag of een straf en/of maatregel moet worden opgelegd.”

²²⁸ *Kamerstukken II* 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 18.

²²⁹ Artikel 3 IVRK.

²³⁰ Rb. Overijssel 22 november 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4342.

De rechtbank veroordeelde de jongen uiteindelijk voor ontucht, maar legde aan hem geen straf of maatregel op. Die beslissing deed volgens de rechtbank recht aan de wens van de vader, die van het slachtoffer en aan de persoonlijke omstandigheden van de verdachte, waaronder zijn toekomst.

Opvallend aan deze zaak is mijns inziens dat de wens van de vader in feite de doorslag lijkt te hebben gegeven bij de vraag of de belangen van de minderjarige zich verzetten tegen de strafvervolging. Het is correct dat de minderjarige in dit verband niet per definitie de doorslaggevende stem heeft, maar de mate waarin die stem meeweegt zou (gelet op onder meer artikel 5 en 12 IVRK) wel afhankelijk moeten zijn van de leeftijd en rijpheid van het kind. De rechtbank geeft van dat aspect – mijns inziens onterecht – in voornoemde overweging geen blijk.

Bovendien staat dit alles nog los van het feit dat het belang van het kind als eerste overweging heeft te gelden. In dat verband rijst de vraag in hoeverre de wens van een ander individu (dus niet zijnde het slachtoffer zelf) een doorslaggevende rol zou moeten spelen bij de vraag of de belangen van de minderjarige zich verzetten tegen de strafvervolging. Dit geldt nog temeer nu daarbij oneigenlijke motieven, zoals onbehagen van de ouder over het seksleven van hun kind, een rol kunnen spelen.²³¹ Speciale (en algemene) preventie is een legitiem met vervolging gemoeide belang, maar in onderhavige zaak wordt dat doel door de rechtbank niet geïdentificeerd als algemeen belang, maar als wens van vader. Hoewel ouders de eerste verantwoordelijkheid dragen voor de opvoeding en ontwikkeling van hun kind (artikel 5 en 18 IVRK), breng ik in herinnering dat bij de afschaffing van het klachtvereiste erop werd gewezen dat, nu ouders ook een klacht konden indienen (die strijdig kon zijn met de wens van het kind), afbreuk werd gedaan aan het recht op zelfbepaling van de jeugdige. Mede hierom werd specifiek voorzien in een hoorrecht voor het betrokken kind, waarbij aan de wettelijk vertegenwoordiger geen rol werd toebedeeld.²³² Indien bij de belangenafweging tussen het belang van het kind en andere met de vervolging gemoeide belangen aan de wens van ouders een bepalende rol toekomt, dan gaat mijns inziens voor het hoorrecht hetzelfde kritiekpunt op als destijds voor het klachtvereiste.

²³¹ Gooren 2016, p. 112.

²³² Nuancering behoeft dat de wetgever het openbaar ministerie wel heeft aanbevolen om in een aanwijzing over de toepassing van artikel 167a aandacht te besteden “aan de vraag of ook andere minderjarige slachtoffers dan de klachtgerechtigden en eventuele andere belanghebbenden – bijvoorbeeld wettelijke vertegenwoordigers – in de gelegenheid zouden moeten worden gesteld hun zienswijze over de gepleegde feiten te geven” (zie *Kamerstukken II 2000-2001*, 27745, nr. 3, p. 6-7). Ik heb echter geen beleidsstuk kunnen vinden waarin die aanbeveling is opgevolgd.

4.5. Tot besluit

Het hoorrecht van artikel 167a Sv beoogt te waarborgen dat strafrechtelijk optreden achterwege blijft indien de belangen van de minderjarige daartoe nopen.²³³ Mede met het oog op die doelstelling hoeft verzuim van de in artikel 167a Sv neergelegde inspanningsverplichting niet per definitie te leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie. In dergelijke gevallen draait het erom dat de individuele belangen van het kind worden afgewogen tegen algemene belangen die door de vervolging worden gediend. Op grond van artikel 3 en 12 IVRK moet het belang van het kind – dat mede moet worden bepaald aan de hand van de mening van het kind, waaraan gelet op diens leeftijd en rijpheid ook passend belang moet worden gehecht – daarbij als eerste overweging gelden. Slechts een vinkje zetten voor het scheppen van de gelegenheid om een mening kenbaar te maken is simpelweg onvoldoende om te voldoen aan de verplichtingen die Nederland op grond van het IVRK heeft. Nu artikel 167a Sv voorbijgaat aan materieelrechtelijke implicaties (wat moet er met de mening van het kind gebeuren?), verdient het mijns inziens aanbeveling om in de praktijk te waken voor het gevaar dat de bepaling een lege huls vormt. Die opdracht geldt niet alleen voor het openbaar ministerie en rechters, maar ook voor advocaten, nu ambtshalve toetsing niet is aangewezen en de verdediging derhalve voor een rechterlijk oordeel omtrent dit onderwerp eerst een nadrukkelijk onderbouwd standpunt moet innemen.

²³³ *Kamerstukken II* 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 6; HR 16 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4308, r.o. 2.5.

5. Conclusie

Onderhavig onderzoek had tot doel inzichtelijk te maken in hoeverre de nationale wet- en regelgeving omtrent seksuele contacten tussen en met jeugdigen van twaalf tot zestien jaar (in de zin van artikel 245 Sr en artikel 167a Sv) en de invulling daarvan in de praktijk in overeenstemming zijn met de relevante internationale voorschriften. Daarbij is duidelijk geworden dat zowel in de Nederlandse zedenwetgeving als in internationale verdragen en richtlijnen de bescherming van de jeugdige voorop staat. Gelet op de bijzondere kwetsbaarheid van kinderen kan ik niet anders dan dat uitgangspunt onderschrijven. Anderzijds betekent dit niet – zo wordt zowel op nationaal als internationaal niveau onderkend – dat die beschermingsgedachte in alle gevallen de boventoon moet voeren: ook kinderen hebben het recht om zich te ontwikkelen en – zeker naarmate zij ouder worden – zelf te beschikken over hun (seksuele) leven. Er dient dan ook gewaakt te worden voor een te paternalistische benadering die ertoe leidt dat de jeugdige het recht op (seksuele) autonomie wordt ontnomen. De bescherming van het zelfbeschikkingsrecht van minderjarigen mag niet leiden tot een ongerechtvaardigde inbreuk daarop. Het is in dat licht dat in sommige situaties van voornoemd uitgangspunt van bescherming kan worden afgeweken.

De factoren die bij de beoordeling daarvan door de Nederlandse wetgever en rechters van belang worden geacht, komen in grote mate overeen met de variabelen die in de internationale voorschriften worden genoemd. Op beide niveaus spelen immers het consensuele karakter van de handelingen alsook de gelijkwaardigheid tussen de betrokkenen een bepalende rol. Uit de voorgaande hoofdstukken is echter ook duidelijk geworden dat er op meerdere punten hiaten zijn: met name bij de invulling van de (relevant te achten) factoren is verbetering mogelijk en zijn er verschillende aspecten die (meer) aandacht verdienen. Een van de kernpunten daarbij is dat er meer aandacht zou moeten zijn voor de concrete feiten en omstandigheden van de betrokken individuen. Gelet op de internationale voorschriften hieromtrent zou het mijns inziens in mindere mate moeten gaan om abstracte factoren zoals het leeftijdsverschil en het al dan niet hebben van een affectieve relatie²³⁴ en in meerdere mate om concrete individuele ervaringen, competenties en ontwikkelingen. Waarborging van het hoorrecht mét alle daarbij horende facetten is daarbij wat mij betreft van cruciaal belang. Overigens niet alleen vanuit kinderrechtelijk perspectief, maar ook vanuit praktisch oogpunt, omdat op deze wijze inzicht kan worden vergaard in het individuele ontwikkelingsniveau en de rijpheid van de betrokkene(n). Zonder een absolute en concrete

²³⁴ Nog los van de vraag of deze factor gelet op de maatschappelijke opvattingen hieromtrent überhaupt een bepalende rol zou moeten spelen bij de inkadering van seksuele contacten tussen en met jeugdigen.

waarborging van het hoorrecht is het mijns inziens niet goed mogelijk om het juiste evenwicht te vinden tussen enerzijds het respect voor de zich ontwikkelende vermogens van het kind en anderzijds het juiste beschermingsniveau.

In het licht van dat laatste zou ik tot besluit nog enkele voorstellen willen doen voor nader onderzoek. In onderhavig onderzoek zijn namelijk (wegens de beperkte omvang) verschillende aspecten buiten beschouwing gelaten. Zo is wel aandacht besteed aan de wet- en regelgeving omtrent het hoorrecht en de interpretatie daarvan door de Hoge Raad, maar is in mindere mate stilgestaan bij de concrete uitvoering hiervan in de praktijk.²³⁵ Uit recent onderzoek van Sondorp en Hoogeveen is gebleken dat minderjarige slachtoffers van twaalf jaar en ouder in Nederland vaak niet door opgeleid en gecertificeerd personeel worden verhoord.²³⁶ In dat licht rijzen verschillende vragen over de wijze waarop het openbaar ministerie invulling geeft aan de inspanningsverplichting van artikel 167a Sv. Op welke manier en door wie wordt het kind in de gelegenheid gesteld zijn of haar mening kenbaar te maken? Gebeurt dit op kindvriendelijke wijze? Is er bij het openbaar ministerie wel sprake van voldoende capaciteit en gespecialiseerd personeel? Maar ook: wat is de rol van ouders in dit geheel? Die laatste vraag is temeer van belang nu (zoals toegelicht in hoofdstuk 4) bij de bestraffing van seksueel contact tussen en met jeugdigen oneigenlijke motieven van ouders een rol kunnen spelen. Ook in dat kader moet een evenwicht worden gevonden: de verantwoordelijkheid van ouders moet worden gerespecteerd, maar dit moet niet leiden tot overbodige bescherming en nodeloze schending van het recht van het kind op seksuele zelfbeschikking. Omdat dit kwesties zijn die niet alleen in Nederland de nodige vragen opwerpen en discussies veroorzaken, zou het tevens relevant zijn om te onderzoeken hoe in andere landen wordt omgegaan met de strafrechtelijke inkadering van seksuele contacten tussen en met jeugdigen.²³⁷ Meer in het bijzonder zou een rechtsvergelijkend onderzoek met België kunnen worden verricht, nu daar (eveneens) een herziening van de zedenwetgeving in het verschiet ligt.

Het onderhavige onderzoek had niet tot doel de discussie omtrent de strafwaardigheid van seksuele contacten tussen en met jeugdigen te beslechten. Dat is mijns inziens ook niet mogelijk, want die strafwaardigheid is afhankelijk van de maatschappelijke opvattingen en die opvattingen kunnen (zowel op nationaal als internationaal niveau) nu eenmaal veranderen. Gelet daarop is een

²³⁵ Ook omdat (het zij herhaald) hierover weinig tot geen (gepubliceerde) documenten beschikbaar zijn.

²³⁶ Sondorp & Hoogeveen 2020, p. 8.

²³⁷ Zie in dit verband bijvoorbeeld: Lanzarote Committee (1 september 2021), *Focused questionnaire aimed at gathering information for a forthcoming exchange of views to build capacity. Legal age for sexual activities / Age of sexual consent. Compilation of information received from State Parties and other stakeholders*, T-ES(2021)29_bil.

doorlopende kritische reflectie echter wel aangewezen. Voordat een (al dan niet rechterlijk) oordeel wordt geveld, is het van belang rekenschap te geven van de (op dat moment) geldende publieke moraal alsook de daarop toegespitste bovennationale voorschriften. Bovendien mogen meerderheidsopvattingen nooit zonder meer de overhand hebben: normstelling kan een legitiem doeleinde zijn, maar rechters (net als de wetgever, het openbaar ministerie, advocaten en andere betrokkenen) dienen er mijns inziens immer blijk van te geven dat zij zich hebben vergewist van de verhoudingen daarvan tot (internationale) strafrechtelijke beginselen en regelgeving. En daarbij geldt: bescherming mag dan wel het uitgangspunt zijn, maar is zeker niet het eindpunt.

Bibliografie

Literatuur

Blaak e.a. 2012

M. Blaak, M. Bruning, M. Eijgenraam, M. Kaandorp & S. Meuwese, *Handboek internationaal jeugdrecht: een toelichting voor rechtspraak en jeugdbeleid op het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind en andere internationale regelgeving over de rechtspositie van minderjarigen*, Leiden: Defence for Children 2012.

Boone & Kurtovic, *NJB* 2016, p. 1623-1629

M. Boone & E. Kurtovic, 'Bijkomende gevolgen van straf en het principe van proportionele strafoplegging', *Nederlands Juristenblad* 2016, afl. 23, p. 1623-1629.

Van den Brink & Milani 2014

S.E. van den Brink & S.M. Milani, *Zedelijkheidswetgeving*, Deventer: Kluwer 2014.

Doek 2020, p. 15-25

J. Doek, 'General Comments van het VN-Comité voor de rechten van het kind: betekenis voor de praktijk', in: M.R. Bruning, K.F.M. Klep & E.C.C. Punselie (red.), *De invloed van 30 jaar Kinderrechtenverdrag in Nederland. Perspectieven voor de rechtspraak (Recht en Praktijk nr. PFR 7)*, Deventer: Kluwer 2020, p. 15-25.

Buisman, *Bsb* 2020, p. 64-72

S.S. Buisman, 'Criteria voor strafbaarstelling. De integratie tussen theorie en wetgevingsbeleid', *Boom Strafblad* 2020, p. 64-72.

Cleiren & Ten Voorde, *AA* 2016, p. 389-405

C.P.M. Cleiren & J.M. ten Voorde, 'Prostitutie en souteneurschap in het strafrecht: rechtsbelangen in beweging', *Ars Aequi* 2016, afl. 5, p. 398-405.

Dalhuisen & Kool 2021

L. Dalhuisen & R. Kool, 'Sociaal-ethische aanvaardbaarheid van consensuele seks tussen jongeren. In the name of 'love'', 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 Juridisch 2021, p. 41-64.

Handbook on European law relating to the rights of the child 2022

European Union Agency for Fundamental Rights & Council of Europe, *Handbook on European law relating to the rights of the child*, Luxemburg: Publications Office of the European Union 2022 (online).

Gooren 2016

J.C.W. Gooren, *Een overheid op drift: de strafrechtelijke beheersing van seks en jongeren* (diss. Leiden) 2016.

Gooren, *DD* 2011, p. 132-152

J.C.W. Gooren, 'Ongelijkwaardige seks. Enkele reflecties op de strafrechtelijke handhaving van ontucht met jongeren', *Delikt en Delinkwent* 2011, afl. 2, p. 132-152.

De Graaf e.a. 2017

De Graaf e.a., *Seks onder je 25^e: seksuele gezondheid van jongeren in Nederland anno 2017*, Rutgers/Soa Aids Nederland 2017.

Guide on Article 8 ECHR 2021

Council of Europe & European Court of Human Rights, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life, home and correspondence*, Straatsburg: Council of Europe/European Court of Human Rights 2021 (online).

Horii, *LLB* 20 mei 2020

H. Horii, 'Adolescents' 'consent' to sex: law and morality in the age of consent laws', *Leiden Law Blog* 20 mei 2020.

Lindenberg & Van Dijk 2015

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*, Den Haag: WODC 2015.

Kool & Dalhuisen, *PROCES* 2021, p. 129-145

R.S.B. Kool & L. Dalhuisen, 'Strafbare seks tussen jongeren: 'ontuchtig' of 'anders dan in het kader van een gelijkwaardige relatie', *PROCES* 2021, afl. 3, p. 129-145.

Kool & Kuipers, *DD* 2018, p. 434-450

R.S.B. Kool & M. Kuipers, 'Let's talk about seks, baby'. Seks onder de 18: bescherming of (gegunde) autonomie?', *Delikt en Delinkwent* 2018, afl. 5, p. 434-450.

Kool 1999

R.S.B. Kool, *De strafwaardigheid van seksueel misbruik* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1999.

Kool/Lestrade, in: *T&C Strafrecht*

Kool/Lestrade, 'Titel XIV Misdrijven tegen de zeden', in: C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *T&C Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Kurtovic, *Tijdschrift Jeugdrecht in de Praktijk* 2015, p. 20-25.

E. Kurtovic, 'Krijgt mijn kind een strafblad? De Verklaring Omtrent het Gedrag in de praktijk', *Tijdschrift Jeugdrecht in de Praktijk* 2015, afl. 5, p. 20-25.

Melai e.a. 1980

A.L. Melai e.a., *Eindrapport van de adviescommissie zedelijkheidswetgeving*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1980.

De Savornin Lohman 1998 (deelrapportage 3)

J. de Savornin Lohman e.a., *Het functioneren van het klachtvereiste in de zedelijkheidswetgeving. Deelrapportage III: Het functioneren van het klachtvereiste in de uitvoeringspraktijk*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 1998.

De Savornin Lohman 1998 (deelrapportage 5)

J. de Savornin Lohman e.a., *Het functioneren van het klachtvereiste in de zedelijkheidswetgeving. Deelrapportage V: Sterkte-zwakke analyse van een aantal juridische instrumenten inzake de vormgeving van het recht op zelfbepaling van jongeren*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 1998.

Sondorp & Hoogeveen 2020

J.E. Sondorp & C.E. Hoogeveen, *De bescherming van minderjarige slachtoffers. Implementatie van internationale voorschriften in nationale wet- en regelgeving en in de praktijk*, Den Haag/Woerden: WODC/VanMontfoort 2020.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1988-1989, 20930, nr. 3.

Kamerstukken II 1988-1989, 20930, nr. 5.

Kamerstukken II 1989-1990, 20930, nr. 8.

Kamerstukken II 1990-1991, 20930, nr. 13.

Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 3.

Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 6.

Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 14.

Kamerstukken II 2015-2016, 29279, nr. 300.

Wetsvoorstel

Consultatieversie wetsvoorstel seksuele misdrijven. Wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven). Online te raadplegen via

<https://www.internetconsultatie.nl/wetsvoorstelseksuelemisdrijven>.

MvT Wetsvoorstel

Consultatieversie memorie van toelichting bij wetsvoorstel seksuele misdrijven. Wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven). Online te raadplegen via <https://www.internetconsultatie.nl/wetsvoorstelseksuelemisdrijven>.

Beleidsstukken

Aanwijzing zeden (2016A004).

Beleidsregels VOG-NP-RP 2018.

Richtlijn en kader voor strafvordering jeugd en adolescenten, inclusief strafmaten Halt (2020R006).

Internationale wet- en regelgeving

- **Verdragen**

EVRM

Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (1950).

IVRK

Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind (1989).

Verdrag van Lanzarote

Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (2007).

- **General Comments**

General Comment No. 4

Committee on the rights of the child (1 juli 2003), *General Comment No. 4 (2003): Adolescent health and development in the context of the Convention on the rights of the child, CRC/GC/2003/4*.

General Comment No. 5

Committee on the rights of the child (27 november 2003), *General Comment No. 5 (2003). General measures of implementation of the Convention on the Rights of the child (arts. 4, 42 and 44, para. 6)*, CRC/GC/2003/5.

General Comment No. 12

Committee on the rights of the child (20 juli 2009), *General Comment No. 12 (2009). The right of the child to be heard*, CRC/C/GC/12 (2009).

General Comment No. 13

Committee on the rights of the child (18 april 2011), *General Comment No. 13 (2011). The right of the child to freedom from all forms of violence*, CRC/C/GC/13.

General Comment No. 14

Committee on the rights of the child (29 mei 2013), *General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, CRC/C/GC/14.

General Comment No. 20

Committee on the rights of the child (6 december 2016), *General Comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence*, CRC/C/GC/20.

General Comment No. 24

Committee on the rights of the child (18 september 2019), *General Comment No. 24 (2019) on children's rights in the child justice system*, CRC/C/GC/24.

- **EU-Richtlijnen**

Richtlijn 2011/93/EU

Richtlijn 2011/93/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, en ter vervanging van Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad (2011).

- **Overig**

Riyadh Guidelines

United Nations Guidelines for the prevention of juvenile delinquency (1990).

Policy guidelines

Council of Europe Policy guidelines on integrated national strategies for the protection of children from violence (2009).

Rechtspraakregister

- **EHRM**

EHRM 26 maart 1985, appl.nr. 8978/80 (*X & Y t. Nederland*).

EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88 (*Niemietz t. Duitsland*).

EHRM 25 september 2001, nr. 44787/98 (*P.G. en J.H. t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02 (*Pretty t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 28 april 2003, nr. 44647/98 (*Peck t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 4 december 2003, appl.nr. 39272/98 (*M.C. t. Bulgarije*).

EHRM 2 december 2008, appl.nr. 2872/02 (*K.U. t. Finland*).

EHRM 4 december 2008, nr. 30562/04 en 30566/04 (*S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 25 september 2018, nr. 76639/11 (*Denisov t. Oekraïne*).

- **Hoge Raad**

HR 22 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9650.

HR 24 juni 1997, *NJ* 1997/676.

HR 20 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD0909.

HR 21 april 1998, *NJ* 1998/782.

HR 9 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6587

HR 30 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ0950.

HR 31 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4825.

HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0692.

HR 18 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1183.

HR 17 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5612.

HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794 (concl. A-G Jörg).

HR 18 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6910 (concl. A-G Hofstee).

HR 25 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5563 (concl. A-G Knigge).

HR 16 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4308.

HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1379.

HR 4 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4288.

HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9286.

HR 28 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0796.

HR 26 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1431.

HR 15 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:415.

HR 7 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:338

HR 19 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:956.

HR 9 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1884 (concl. A-G Paridaens).

HR 12 november 2019, ECLI:NL:HR 2019:1733 (concl. A-G Aben).

- **Gerechtshoven**

Hof Arnhem 30 december 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL7278.

Hof Arnhem 17 augustus 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN4187.

Hof Den Haag 1 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3270.

Hof Amsterdam 30 augustus 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4708.

Hof 's-Hertogenbosch 22 juni 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2036.

- **Rechtbanken**

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

Rb. Den Haag 26 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2143.

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

Rb. Limburg 22 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:497.

Rb. Overijssel 22 november 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4342.