

Over seks, bescherming en autonomie

FJR 2023/32

Wanneer het gaat om seksuele contacten tussen jeugdigen, ligt al snel de focus op bescherming tegen misbruik. Maar wat als de seksuele handelingen door de jeugdigen vrijwillig zijn verricht? Hoe verhoudt het recht op bescherming zich dan tot het recht op seksuele autonomie? In dit artikel wordt op dat dilemma vanuit een internationaal (kinderrechtelijk) perspectief – en mede met het oog op de aanstaande modernisering van de zedenwetgeving – kritisch gereflecteerd.

1. Inleiding

Discussies over seksualiteit en seksueel misbruik zijn van alle tijden, maar het onderwerp lijkt de afgelopen jaren een hoge vlucht te hebben genomen. Bij volwassenen geldt in de meeste gevallen (op dit moment) dat tevens sprake moet zijn van enige vorm van dwang voordat seksuele handelingen kunnen 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 geldt voor jeugdigen tussen de twaalf en zestien jaar een (weerlegbaar) rechtsvermoeden van seksuele minderjarigheid.³ 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 (ook tegen de verleiding die mede van henzelf kan uitgaan).⁴

Maar wat als de betrokken jeugdigen aangeven dat zij seksuele handelingen met andere (al dan niet oudere) jeugdigen vrijwillig hebben verricht? Wat rechtvaardigt in die gevallen strafvervolgning? En hoe verhoudt voornoemde beschermingsgedachte zich tot het (internationaal uitgedragen) standpunt dat kinderen niet moeten worden beschouwd als *rechtsobject*, maar *rechtssubject* met eigen rechten (en plichten) en een eigen mening waaraan passend belang moet worden gehecht?⁵ Gooren merkte in dit verband al eens op dat sprake is van een paradox: “door de

overheid wordt weliswaar opgetreden om de zelfbepaling van de jongere te waarborgen, maar juist dat optreden kan een inbreuk plegen op die zelfbepaling.”⁶ De vraag is dan waar overheidsbemoediging stopt en autonomie begint.

Dit artikel beoogt op die vraagstelling in te haken. De complexiteit hierbij ligt in de kern in het zoeken van evenwicht tussen de door de zedenwetgeving te beschermen rechtsbelangen, te weten enerzijds het recht op bescherming van de lichamelijk en seksuele integriteit en anderzijds het recht op seksuele zelfbeschikking en autonomie.⁷ 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.⁸

Bij oudere jongeren is dit echter minder evident. In dit artikel wordt daarom onderzocht in hoeverre de nationale wet- en regelgeving omtrent seksuele contacten tussen jeugdigen – waarvan ten minste één in de leeftijd van twaalf tot zestien jaar – en de invulling daarvan in de praktijk in overeenstemming zijn met het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind (hierna: IVRK). Daartoe volgt allereerst een korte bespreking van de belangrijkste bepalingen uit dat verdrag en de daarbij horende *General Comments* van het VN-Kinderrechtencomité (hierna ook: het Comité) (paragraaf 2). Daarna verschuift de aandacht naar de Nederlandse strafbaarstelling van artikel 245 van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) (paragraaf 3), waarop vervolgens – aan de hand van juridisch-theoretisch onderzoek en vanuit een internationaal, met name kinderrechtelijk, perspectief – kritisch wordt gereflecteerd (paragraaf 4). Uiteindelijk beoogt dit artikel inzichtelijk te maken op welke punten er (vanuit internationaal perspectief) hiaten zijn, waar verbetering mogelijk is en welke aspecten (meer) aandacht verdienen (paragraaf 5).

2. Het IVRK

In het IVRK ligt, waar het gaat om seks, de nadruk op bescherming. Daarbij kan niet alleen worden gewezen op artikel 34 IVRK, dat specifiek ziet op het voorkomen van seksuele exploitatie en seksueel misbruik, maar ook op artikel 19 IVRK, dat breder is en bescherming biedt tegen alle vormen van geweld. Ook artikel 39 IVRK is van belang. Dat artikel richt zich – in tegenstelling tot artikel 19 en 34 IVRK – niet zozeer op preventie, maar juist op bescherming achteraf (in de zin van herstel en re-integratie). Verder kan, in meer algemene zin, worden gewezen op artikel 6, 8 en 16 IVRK. Deze verdragsbepalingen waarborgen respectievelijk het recht op ontwikkeling, het recht op eerbiediging van de identiteit (waaronder mede wordt begrepen de seksuele

1 Mr. L.J. Moerdijk is strafrechtadvocaat bij OSK Advocaten te Amsterdam. Dit artikel is gebaseerd op haar masterscriptie die zij (onder begeleiding van prof. mr. drs. M.R. Bruning) schreef voor de master Jeugdrecht aan de Universiteit Leiden en vormt onderdeel van een tweeluik. In het tweede artikel zal aandacht worden besteed aan het strafvorderlijke vereiste van artikel 167a van het Wetboek van Strafvordering dat voorziet in een hoorplicht van de minderjarige ten aanzien van wie (onder meer) het in artikel 245 Sr omschreven misdrijf is gepleegd.

2 Maar zie bijvoorbeeld artikel 249 Sr.

3 *Kamerstukken II 1988/89, 20930, nr. 5, p. 4-5.*

4 J.C.W. Gooren, *Een overheid op drift: de strafrechtelijke beheersing van seks en jongeren* (diss. Leiden) 2016, p. 111; HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794, r.o. 2.6.

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

6 Gooren 2016, p. 112.

7 *Kamerstukken II 2015/16, 29279, nr. 300, p. 7.*

8 *Kamerstukken II 1989/99, 20930, nr. 5, p. 5.*

identiteit⁹) en het recht op privacy (dat onder meer de integriteit van het kind omvat¹⁰).

Dat de nadruk op bescherming ligt, betekent evenwel niet dat kinderen nooit de vrijheid wordt gegund op seksueel vlak te experimenteren en zich te ontwikkelen. Of seksueel contact met of tussen seksueel minderjarigen kwalificeert als misbruik, is volgens het Comité afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹¹ Daarbij komt blijkens verschillende *General Comments* in ieder geval belang toe aan het consensuele karakter en het leeftijdsverschil tussen betrokkenen.¹² Tegelijkertijd mogen deze factoren nooit zonder meer de doorslag geven. Duidelijk is dat het Comité een individuele benadering bepleit, waarbij evenwicht moet worden gezocht tussen enerzijds het vereiste beschermingsniveau en anderzijds de ruimte voor seksuele ontwikkeling.¹³ Aansluiting moet 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 IVRK)¹⁴ en hun recht op ontwikkeling (artikel 6 IVRK). 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.¹⁵ Een dergelijke individuele benadering en beoordeling van concrete feiten en omstandigheden per geval is ook in het belang van het kind (artikel 3 IVRK).¹⁶ Competentie en begrip ontstaan nu eenmaal niet per se op alle gebieden in dezelfde mate en individuele ervaringen en vermogens moeten – ook als het gaat om seks – worden onderkend, aldus het Comité.¹⁷

3. De Nederlandse strafbaarstelling

3.1 Artikel 245 Sr

Ook in de Nederlandse zedenwetgeving staat (zo werd in de inleiding al even genoemd) de bescherming van kinderen voorop.

In dit onderzoek ligt de nadruk op artikel 245 Sr.¹⁸ Dat artikel stelt sinds 1 december 1991 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.”

Wat onder “ontuchtige handelingen” moet worden verstaan, wordt uit de wetsgeschiedenis niet geheel duidelijk. Volgens de wetgever is van ontucht sprake wanneer in strijd wordt gehandeld met de sociaal-ethische norm.¹⁹ Lindenberg en Van Dijk wijzen erop dat het daarbij gaat om een diskwalificatie: de wederrechtelijkheid vindt haar uitdrukking in de eis dat de norm moet zijn geschonden.²⁰ Of dat het geval is, is volgens de wetgever en de Hoge Raad afhankelijk van de weging en waardering van de omstandigheden van het geval.²¹ Daarbij komt in ieder geval gewicht toe aan de vrijwilligheid, het (geringe) leeftijdsverschil en het bestaan van een affectieve relatie.²² Opmerking hierbij verdient dat de regering zich in 2002 coulanter tegenover onderhavige kwestie lijkt op te stellen dan in 1991:²³ 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 van ontucht sprake [kan] zijn bij seks tussen een kind en een aanmerkelijk ouder persoon.*”²⁴ Als criteria voor de beoordeling van strafwaardig misbruik van seksueel minderjarigen worden in die recentere wetsgeschiedenis aangedragen “*een groot verschil in leeftijd*” en “*een sterk psychisch overwicht*”.²⁵ “*Seksueel verkeer tussen adolescenten die daarvoor vrijelijk hebben gekozen, is geen ontucht*”, aldus toenmalig Minister van Justitie Korthals.²⁶

Uit recent onderzoek van Kool en Dalhuisen is gebleken dat de factoren die in 1991 door de wetgever en nadien in de arresten van de Hoge Raad worden genoemd (vrijwilligheid, gering leeftijdsverschil en affectieve relatie) ook in de feitenrechtspraak als vaste ijkpunten gelden.²⁷ Er blijken echter ook andere omstandigheden een rol te kunnen spelen bij

9 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, p. 199.

10 Blaak e.a. 2012, p. 268.

11 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, voetnoot 9.

12 *General Comment No. 13*, voetnoot 9; 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, par. 40; 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, par. 12.

13 *General Comment No. 20*, par. 40.

14 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, par. 9.

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

16 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, par. 32 en 48 e.v.

17 *General Comment No. 20*, par. 20.

18 De reden hiervoor is dat de schadelijkheid van de seksuele handelingen in dit artikel wordt aangenomen vanwege de leeftijd van het kind (en niet zozeer wegens een bijkomende omstandigheid zoals dwang): het seksuele contact is strafbaar omdat het plaatsvindt met een persoon die twaalf, dertien, veertien of vijftien jaar oud is. Dat geldt overigens 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.

19 *Kamerstukken II 1988/89*, 20930, nr. 5, p. 4.

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

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

22 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 1990/91*, 20930, nr. 13, p. 4; *Kamerstukken II 1989/90*, 20930, nr. 8, p. 6.

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

24 *Kamerstukken II 2001/02*, 27745, nr. 14, p. 16.

25 *Kamerstukken II 2001/02*, 27745, nr. 6, p. 18.

26 *Kamerstukken II 2001/02*, 27745, nr. 14, p. 16.

27 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. 137-141.

de beoordeling van het ontuchtige karakter van de seksuele handelingen tussen jeugdigen, te weten:²⁸ de context (zoals opmerkingen die worden gemaakt²⁹ en de plek waar de seksuele handelingen plaatsvinden³⁰); de aard van het seksuele contact; de intentie van de verdachte;³¹ en de gelijkwaardigheid (in de zin van afhankelijkheid van het slachtoffer, verschil in levensfase en verschil in seksuele ontwikkeling³²). Deze laatste variabelen hebben blijkens voornoemd onderzoek geen onderscheidend vermogen, maar worden in concrete zaken wel betrokken bij de beoordeling van het ontuchtige karakter.

3.2 Wet seksuele misdrijven

Al een tijd bestaat het voornemen de Nederlandse zedenwetgeving te moderniseren.³³ Inmiddels is het wetsvoorstel ‘Wet seksuele misdrijven’ (hierna: het wetsvoorstel) ingediend bij de Tweede Kamer en ligt deze ter goedkeuring voor. In de nieuwe wet, die waarschijnlijk in 2024 in werking treedt, worden de verschillende strafbepalingen die betrekking hebben op seksueel binnendringen bij jeugdigen in de leeftijd van twaalf en zestien jaar samengevoegd in één wetsartikel.³⁴ Daarbij wordt niet langer gekozen voor een ontuchtbestanddeel, maar voor de algemene term “seksuele handelingen”. Als reden hiervoor wijst de Minister van Justitie en Veiligheid (hierna: de minister) erop dat het verrichten van seksuele handelingen met een kind van twaalf tot zestien jaar naar algemene opvattingen überhaupt onaanvaardbaar is.³⁵ 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.³⁶ De beschermingsgedachte staat hierbij (opnieuw) voorop.³⁷ Toch wordt strafrechtelijk ingrijpen niet in alle gevallen wenselijk geacht; dat is niet het geval bij “normaal, gelijkwaardig, seksueel verkeer tussen jongeren van twaalf tot zestien jaar.”³⁸ De minister kiest er daarom voor om in het derde lid van het nieuwe artikel 248 Sr te voorzien in een wettelijke 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”.³⁹ 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; “als deze persoon

vijftien jaar oud is kan een leeftijdsgenoot bijvoorbeeld ook een zeventienjarige zijn.”⁴⁰

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.⁴¹ Voor een geslaagd beroep op de strafuitsluitingsgrond 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.⁴² 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.⁴³ 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.⁴⁴ Of onder een “seksuele relatie” iets anders wordt verstaan dan (het hiervoor steeds gebezigde begrip) “affectieve relatie” wordt uit de memorie van toelichting niet duidelijk.

Met de voorgestelde strafuitsluitingsgrond wordt uitvoering gegeven aan artikel 8 van Richtlijn 2011/93/EU.⁴⁵ Op grond hiervan hebben lidstaten van de Europese Unie de discretionaire bevoegdheid om consensuele seksuele handelingen “tussen gelijken, nabij in leeftijd en in psychologische en lichamelijke ontwikkeling of maturiteit” niet strafbaar te stellen, ondanks dat sprake is van seksuele minderjarigheid.⁴⁶

4. Nadere beschouwing

Hoewel duidelijk is welke variabelen bij de strafbaarstelling van seksuele handelingen tussen jeugdigen van belang worden geacht, is minder duidelijk hoe deze variabelen 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 deze factoren. Die invulling wordt vanuit internationaalrechtelijk perspectief kritisch belicht, waarbij ook wordt gekeken welke implicaties die kritiekpunten hebben voor het wetsvoorstel.

28 Kool & Dalhuisen, PROCES 2021, p. 140.

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

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

31 S.E. van den Brink & S.M. Milani, *Zedelijkheidswetgeving*, Deventer: Kluwer 2014, p. 55; Lindenberg & Van Dijk 2015, p. 50; HR 4 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4288.

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

33 Kamerstukken II 2015/16, 29279, nr. 300.

34 Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 2, p. 6 (artikel 248); Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 94.

35 Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 70.

36 Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 70.

37 Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 23.

38 Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 70.

39 Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 96.

40 Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 96.

41 Kamerstukken II 2019/20, 29279/34843, nr. 592, p. 2.

42 Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 96.

43 Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 96.

44 Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 96.

45 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).

46 Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 97.

4.1 **Onderlinge verhouding**

Dat het leeftijdsverschil bij de kwalificatie van ontucht van belang is, staat buiten kijf. Harde grenzen voor wanneer het verschil in leeftijd als voldoende gering kan worden bestempeld om de seksuele gedragingen toelaatbaar te achten, kunnen echter niet worden gegeven.⁴⁷ De wetsgeschiedenis geeft geen concrete handvaten en in de feitenrechtspraak zijn grote verschillen te vinden.⁴⁸ 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.⁴⁹ Dit standpunt wordt mijns inziens ook onderschreven in het arrest van de Hoge Raad van 15 maart 2016 waarin belang wordt toegekend aan het feit dat de verdachte een vijftienjarige leerling van een middelbare school was en het slachtoffer een twaalfjarige leerling van een basisschool.⁵⁰ 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, dat 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.”⁵¹ Hoewel uit het arrest niet duidelijk wordt waar het hof deze conclusie op baseert en inmiddels uit het landelijk onderzoek “Seks onder je 25e” is gebleken dat jongeren juist later beginnen aan seks,⁵² laat de Hoge Raad de overweging in stand.⁵³

Het in voornoemde arresten en literatuur uitgedragen standpunt dat het bij de beoordeling van seksuele contacten tussen 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 door het VN-Kinderrechtencomité bepleite individuele beoordeling van de omstandigheden, ervaringen, rijpheid en ontwikkeling.⁵⁴ Het is in dit 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 bij de beoordeling van ontucht. Dat 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

internationale gemeenschap (en mijns inziens door de Hoge Raad in zijn arrest van 15 maart 2016) is bepleit.

De vraag dringt zich op of het wetsvoorstel hierin verandering zal brengen. Voor een beroep op de voorgestelde strafuitsluitingsgrond dient 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 is voor de individuele ontwikkelingsfasen van de betrokkenen (in plaats van alleen het objectieve leeftijdsverschil). Ik acht het echter wel spijtig dat de minister tot op heden niet meer duidelijkheid heeft verschaft over de wijze waarop deze voorwaarde zich verhoudt tot het aparte 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?

4.2 **Vrijwilligheid**

Wat betreft de vrijwilligheid (daaronder ook begrepen de intentie van het slachtoffer) geldt het volgende. De constatering dat dit in de praktijk een onderscheidende factor is, moet in ieder geval vanuit internationaal oogpunt worden toegejuicht.⁵⁵ 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 zelfbeschikingsrecht ondergeschikt is aan de bescherming van de seksuele integriteit.⁵⁶ Zo bezien zou het in beginsel irrelevant moeten zijn of het slachtoffer toestemming heeft gegeven en wat diens intentie is geweest.⁵⁷ Volgens de Hoge Raad brengt het beschermingsbeginsel in sommige gevallen zelfs een plicht tot ingrijpen door de verdachte met zich mee.⁵⁸

Dat het vrijwillige karakter van de seksuele handelingen en/of de intentie van het slachtoffer een constituerende factor is, betekent evenwel niet dat deze variabele de verdachte altijd zal kunnen vrijwaren: rechters veroordelen een verdachte soms ook om een geldende norm te expliciteren.⁵⁹ 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.⁶⁰ Men kan zich afvragen of schraping van het

47 Van den Brink & Milani 2014, p. 81; Lindenberg & Van Dijk 2015, p. 47-48.
 48 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.
 49 Van den Brink & Milani 2014, p. 81-82.
 50 HR 15 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:415, r.o. 2.4.
 51 Hof Den Haag 1 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3270.
 52 De Graaf e.a., *Seks onder je 25^e: seksuele gezondheid van jongeren in Nederland anno 2017*, Rutgers/Soa Aids Nederland 2017, p. 205.
 53 HR 7 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:338.
 54 Vgl. artikel 5, 6, 12 en 17 IVRK.

55 Zie bijvoorbeeld ook artikel 18 lid 3 van het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (Verdrag van Lanzarote).
 56 Lindenberg & Van Dijk 2015, p. 50.
 57 Van den Brink & Milani 2014, p. 57 en 82.
 58 Van den Brink & Milani 2014, p. 58; HR 9 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6587, r.o. 3.4.
 59 Kool & Dalhuisen, *PROCES* 2021, p. 142; Hof Den Haag 1 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3270.
 60 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. 54.

ontuchtbestanddeel (zoals door de minister voorgesteld) hierin direct 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.⁶¹

4.3 *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 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.⁶² Andersom kan in sommige gevallen het hebben van een relatie er wel toe leiden dat ondanks het relatief grote leeftijdsverschil de (vrijwillig) verrichte seksuele handelingen niet als ontucht worden gekwalificeerd.⁶³ 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.⁶⁴ 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 (gezien het grote leeftijdsverschil) niet ontnemen.

Een punt van aandacht bij deze factor is mijns inziens dat uit het al eerder genoemde onderzoek “*Seks onder je 25*” van Rutgers en Soa Aids Nederland is gebleken dat onder jongeren de attitude ten aanzien van seks zonder relatie of liefde toleranter is geworden.⁶⁵ 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.⁶⁶ Ook in de maatschappij wordt het niet hebben van een relatie niet zozeer als doorslaggevende factor aangewezen bij de vraag of de seksuele vrijheid van jongeren tussen de twaalf en zestien jaar mag worden beperkt.⁶⁷ 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 zedenwetgeving behoort immers de normen en waarden over de seksualiteit te

weerspiegelen zoals die door een meerderheid in de Nederlandse samenleving worden onderschreven.⁶⁸

De veranderende opvattingen over (de vormgeving van) affectieve relaties maken mijns inziens duidelijk dat op zijn minst een doorlopende kritische reflectie op deze factor 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 temeer nu de minister in het wetsvoorstel (in een ander verband) wel verwijst naar het onderzoek van Rutgers en Soa Aids Nederland,⁶⁹ maar dus niet ingaat op de daaruit blijvende verschuivende attitudes ten aanzien van seks buiten relaties. Wellicht dat de keuze voor het begrip “*seksuele relatie*” in plaats van “*affectieve relatie*” met deze verandering samenhangt, maar dit blijft door gebrek aan uitleg ongewis. Het zou in ieder geval 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.

4.4 *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.⁷⁰ Gelijkwaardigheid wordt in dat geval niet bepaald aan de hand van ontwikkelingsfasen, maar door contextuele factoren. Ik duid dit aan als ‘contextuele gelijkwaardigheid’. Naast bijvoorbeeld de locatie waar de seksuele handelingen plaatsvinden,⁷¹ kan daarbij onder meer 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.⁷² 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.⁷³ 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.

61 Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 23.

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

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

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

65 De Graaf e.a. 2017, p. 211.

66 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.

67 Dalhuisen & Kool 2021, p. 63. Dat omtrent dit onderwerp discussie kan bestaan is overigens niets nieuws onder de zon, zie bijvoorbeeld Concl. A-G Jörg, ECLI:NL:PHR:2010:BK4794, bij HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794.

68 R.S.B. Kool, *De strafwaardigheid van seksueel misbruik* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1999, p. 128.

69 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 2 en 129.

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

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

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

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

Een andere variabele die in dit verband van belang is, is de aard van de seksuele handelingen (waaronder ook begrepen het aantal deelnemers).⁷⁴ 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.⁷⁵ De minister overweegt 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 betrokkene niet of nauwelijks kent.”*⁷⁶ Dit betekent echter niet dat deelnemers van groepsseks nooit een beroep kunnen doen op strafuitsluiting; er kunnen volgens de minister niettemin omstandigheden zijn die alsnog wijzen op vrijwillig, gelijkwaardig (experimenteel) seksueel contact, zoals het initiatief van het slachtoffer.⁷⁷

Voor genoemd standpunt van de minister is in overeenstemming met de maatschappelijke opvattingen hieromtrent.⁷⁸ Tegelijkertijd 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.⁷⁹ Sterker nog, bij niet-ontuchtzaken blijkt juist vaker sprake te zijn van groepsseks dan bij ontuchtzaken.⁸⁰ Een verklaring voor deze (toch wel opvallende) discrepantie zou mijns inziens kunnen zijn dat bij groepsseks wellicht vaker sprake is van vrijwillig seksueel experimenteel gedrag 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 de toekomst moeten uitwijzen.

5. Tot besluit

Het is duidelijk dat zowel in de Nederlandse zedenwetgeving als in het IVRK 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 daarom 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 dan ook in dat licht dat in sommige

gevallen van het beschermingsuitgangspunt 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 door het VN-Kinderrechtencomité worden genoemd. Op zowel nationaal als internationaal niveau spelen het consensuele karakter van de handelingen alsook de gelijkwaardigheid tussen de betrokkenen een bepalende rol. Uit onderhavig onderzoek 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 mijns inziens dat meer waarde moet worden gehecht aan de concrete feiten en omstandigheden van de betrokken individuen. Een dergelijke individuele benadering komt wellicht niet direct ten goede aan de rechtszekerheid,⁸¹ maar is vanuit het internationale kinderrecht kader wel aangewezen. Gelet op de internationale voorschriften moet het in mindere mate gaan om abstracte factoren zoals het leeftijdsverschil en het al dan niet hebben van een affectieve/seksuele relatie⁸² en in meerdere mate om concrete individuele ervaringen, competenties en ontwikkelingen. Om dit te kunnen bewerkstelligen, is waarborging van het (internationale) hoorrecht wat mij betreft van cruciaal belang.⁸³ Hoe dit precies zit, wordt in een vervolgartikel nader toegelicht.⁸⁴

Onderhavig artikel had niet tot doel de discussie omtrent de strafwaardigheid van seksuele contacten tussen 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 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 relevante bovenationale 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 en andere betrokkenen) dienen er mijns inziens altijd blijk van te geven dat zij zich hebben vergewist van de verhoudingen daarvan tot (internationale) strafrechtelijke beginselen en regelgeving. 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

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

75 Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 96.

76 Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 96.

77 Kamerstukken II 2022/23, 36222, nr. 3, p. 96-97.

78 Dalhuisen & Kool 2021, p. 63.

79 Kool & Dalhuisen, PROCES 2021, p. 138.

80 Kool & Dalhuisen, PROCES 2021, p. 138.

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

82 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 jeugdigen.

83 Vgl. artikel 12 IVRK en artikel 167a van het Wetboek van Strafvordering.

84 Zie voetnoot 1.

een normerende functie heeft, moet er – mijns inziens zeker in het huidige politieke klimaat – voor worden gewaakt dat het strafrecht vervalt van een *ultimum remedium* in een *optimum remedium*.⁸⁵ 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.⁸⁶ Een veroordeling voor onttucht zal ongeacht de opgelegde straf of maatregel leiden tot een aantekening op de justitiële documentatie van de jeugdige veroordeelde en kan derhalve problemen veroorzaken bij bijvoorbeeld het verstrekken van een Verklaring Omtrent het Gedrag.⁸⁷ Dit geldt in het bijzonder als het gaat om zedendelicten, nu de terugkijktermijn in die gevallen (ook voor veroordeelden die ten tijde van het begaan van het delict minderjarig waren) niet in duur is beperkt.⁸⁸ In het licht van het proportionaliteitsbeginsel en de internationaal erkende doeleinden van het jeugdstrafrecht, waaronder het voorkomen van stigmatisering en het bevorderen van herintegratie,⁸⁹ dient voor dergelijke aspecten zowel bij de vervolgingsbeslissing, als de bewezenverklaring, als de strafoplegging wat mij betreft expliciet aandacht te zijn.⁹⁰ Waar het gaat om seksuele contacten tussen jeugdigen geldt al met al: bescherming mag dan wel het uitgangspunt zijn, maar is zeker niet het eindpunt.

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

86 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).

87 Zie bijvoorbeeld 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.

88 Beleidsregels VOG-NP-RP 2022, paragraaf 3.1.1.

89 Zie o.a. artikel 40 IVRK en General Comment No. 24.

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