

# Over de bestraffing van ontucht met instemming van jongeren\*

Juul Gooren

## Inleiding

Seks is bij uitstek een privaat gebeuren dat enorm wordt uitvergroot op het moment dat het zich in het publieke domein laat gelden. Dat is helemaal het geval als het jeugdigen betreft. Die worden beschouwd als de personificatie van aseksualiteit.<sup>1</sup> Er is iets merkwaardigs aan de hand als het gaat om de strafrechtelijke reactie op seksualiteit van al wat oudere jongeren. Het moge duidelijk zijn dat vele jongeren die zich in de fase van adolescentie bevinden reeds seksueel actief kunnen zijn en derhalve seksuele contacten kunnen onderhouden. Het zullen veelal leeftijdsgenoten zijn die dat contact mede mogelijk maken. Echter, het is niet ondenkbaar en het komt dan ook regelmatig voor dat de seksuele partners een aantal jaren van elkaar verschillen. Een dergelijk verschil in leeftijd komt uiteraard ook regelmatig voor tussen twee volwassenen. Bij seksualiteit van en met adolescenten kan dat evenwel een aantal problemen opleveren. Als beide partners boven de zestien jaar verkeren is er in feite weinig tot niets aan de hand, zolang er uiteraard geen sprake is van dwang. Als één van de partners onder deze juridische scheidslijn zit, kan het strafrecht daarentegen zelfstandig interveniëren. Dat kan ook als de gedraging plaatsvindt met afwezigheid van dwang. Als wel sprake is van dwang bevinden we ons op het terrein van de aanranding en verkrachting. Met name de artikelen 245 en 247 van het Wetboek van Strafrecht (Sr)<sup>2</sup> zien in feite toe op een schemercategorie van wat nog wel en wat niet meer toelaatbaar is. Het is te duiden als een extra straf-

\* Dit artikel is mogelijk gemaakt door financiering van het Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek Seksualiteit (<[www.fondsseksualiteit.nl](http://www.fondsseksualiteit.nl)>). Met dank aan Martin Moerings voor zijn kritische commentaar.

1 Zie over de ambivalente houding tegenover het 'aseksuele kind': J.C.W. Gooren, De culturele hypocrisie rondom pedofilie, in: F. Bovenkerk, D. Siegel & F. van Gemert (red.), *Culturele criminologie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 97-109.

2 Art. 245 Sr: '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 lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van vijfde categorie.'

Art. 247 Sr: 'Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijk onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden of met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren buiten echt ontuchtige handelingen pleegt of laatstgemelde tot het plegen of dulden van zodanige handelingen buiten echt met derde verleidt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van vierde categorie.'

baarstelling voor die restgevallen, die niet geplaatsd kunnen worden onder de zwaardere zedenmisdrijven op dit specifieke terrein.<sup>3</sup> Dat zijn de meer onevenwichtige gedragingen binnen het spectrum van seksualiteit met minderjarigen. De aanwezige gezagsverhouding en/of de onvrijwilligheid maakt de seksualiteit in die gevallen strafbaar.

## Achtergrond

Een overheid die seksualiteit van adolescenten als relatief risicovol taxeert, ziet zich voor een dilemma geplaatsd: optreden om bescherming te bieden of afzien daarvan teneinde een vrije sfeer van ontplooiing te bieden. Beide uitgangspunten kunnen in het belang van de jeugdige worden gedacht. Bescherming is ingegeven door de gedachte dat jongeren onvoldoende in staat zijn om zelf te beslissen over hun seksuele wensen. Bij een veronachtzaming van de kwetsbare positie van jongeren bestaat het risico dat diens onbevangenheid en gebrek aan weerstand door de oudere partner abusievelijk wordt aangezien voor een weloverwogen instemming. Die kwetsbaarheid wordt behalve bij kinderen dus ook verondersteld bij de adolescente categorie van twaalfplussers voor wie seksualiteit niet in alle gevallen wezensvreemd hoeft te zijn. Begin jaren negentig is getracht om ook tegemoet te komen aan de dimensie van ontplooiing en werd het klachtvereiste ingevoerd voor seksuele contacten waarbij jongeren tussen de twaalf en zestien betrokken waren. De Tweede Kamer wilde de mogelijkheid tot strafvervolging niet langer afhankelijk gesteld zien van het discretionaire oordeel van het OM over het al dan niet 'ontuchtige' karakter van de handeling.<sup>4</sup> Het rauwelijks vervolgen van mensen (lees: volwassenen én ook jeugdigen) die zich seksueel hadden ingelaten met een jongere was niet langer mogelijk: laatstgenoemde moest de mogelijkheid hebben onbelemmerd op seksuele ontdekkingstocht te kunnen gaan. Slechts als deze zelf, dan wel diens ouders of de Raad voor Kinderbescherming, niet met het contact instemden en naar de politie stapten om een klacht in te dienen kon dat strafrechtelijke gevolgen hebben voor de persoon met wie dat contact plaatsvond.

Tien jaar later zijn de uitvloeisels van de ontplooiingsdimensie grotendeels verdwenen. Zo is het klachtvereiste vervangen door een bescheiden hoorrecht.<sup>5</sup> De keuze voor het afschaffen van het klachtvereiste staat op gespannen voet met de tien jaar eerder nog aangehangen opvatting dat het belangrijk is dat jongeren ook in seksueel opzicht mogen ontdekken wie zij zijn en waar hun voorkeuren liggen. De strafbaarstelling van een seksuele gedraging die met instemming is verricht, maakt dat problematisch, omdat het kan leiden tot een politieke of justitiële ingreep die door de jeugdige persoon als een inbreuk op de zelfontplooiing en een schadelijke keuze-

3 In Amerika wordt dat fenomeen ook wel aangeduid met de term statutory rape.

4 R.S.B. Kool, Een pleidooi voor behoud van het klachtvereiste. Seks met minderjarigen: politieke dadendrang of bezinning?, *Nemesis* 1999, 15(3), p. 93-98.

5 K. Lunneman e.a., *Kinderen beschermd tegen seksueel misbruik. Evaluatie van de partiële wijziging in de zedelijkheidswetgeving*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 2006.

inperking kan worden ervaren.<sup>6</sup> In het huidige klimaat ligt het accent evenwel nadrukkelijker op bescherming en dus ook van de jeugdige tegen zichzelf. Protectionisme als richtsnoer voor het bestraffen van onzedelijke gedragingen met jeugdigen lijkt momenteel de teneur. Behalve dat het klachtvereiste is komen te vervallen, is ook de minimumleeftijd voor legale prostitutie en legale pornografie verhoogd.<sup>7</sup> De bescherming van de jeugdige wordt aangevoerd als de reden voor deze strafbaarstellingen.

Als inventarisatie naar het functioneren van de artikelen 245 en 247 Sr voer ik momenteel een onderzoek uit onder een twintigtal advocaten, naar hoe zij op dit terrein tegenover de strafrechtelijke handhaving staan. Ook wordt onderzocht op welke wijze politie en justitie bij dat type zedenzaken ten tonele komen en hoe zij omgaan met de desbetreffende sociale context waarbinnen een strafrechtelijke norm inzake seksualiteit zou zijn overschreden. In het kader van dat verkennende onderzoek wordt in dit artikel een aantal vragen opgeworpen. Er wordt gekeken naar de voor- en nadelen die kleven aan (het afschaffen van) het klachtvereiste bij ontucht zonder dwang met jongeren tussen de twaalf en zestien jaar. Los van het klachtvereiste is vervolgens de vraag wat de beweegredenen zijn van de aangevende partij om een aangifte te doen van iets waartoe zonder dwang is ingestemd en of die motieven ook stroken met de achterliggende doelstelling van de wetgever, namelijk het beschermen van de lichamelijke integriteit en de persoonlijke levenssfeer van de jeugdige. Voor beide vraagstellingen staan dilemma's centraal die spelen bij de afweging of een seksueel contact met een instemmende jeugdige gekwalificeerd moet worden als strafwaardige ontucht en derhalve een bestraffende reactie van overheidswege zou rechtvaardigen. Bij de vaststelling hoe dat verloopt, is relevant in naam van wie of wat nu feitelijk wordt opgetreden.

### Enkele strafbare settings

Er blijkt een diversiteit aan ontuchtige situaties onder het strafrecht gebracht te kunnen worden die onder de delictsomschrijvingen van de artikelen 245 en 247 Sr vallen.<sup>8</sup> Er is dan ook niet een bepaald type ontuchtpleger (zoals 'de pedo') te destilleren uit de sociale werkelijkheid van alledag. Ontuchtplegers komen in alle gelegingen voor. Jeugdigen leven niet afgezonderd van volwassenen en hebben daarmee dan ook interacties. Zij gaan om met oudere burgers, in meer of mindere mate verplicht dan wel vrijwillig, van divers pluimage. In eerste instantie moet daarbij worden gedacht aan het gezin of de bredere familie; het is daar waar seksualiteit binnen een afhankelijkheidsrelatie voorkomt, vaak te typeren als incest ('usual sus-

6 G. Zijlstra & I. Huyser, Bestrijdt misbruik, maar laat jeugd experimenteren met seks, *Trouw*, 19 mei 2000.

7 Zie ook M. Moerings, De verbeterde strijd tegen pedoseks en kinderporno, in: M. Moerings, C.M. Pelsler & C.H. Brants (red.), *Morele kwesties in het strafrecht*, Utrecht: Willem Pompe Instituut 1999, p. 171-193; M. Moerings, Onder het mom van de bescherming van het kind. De aanscherping van de zedenwet, *PROCES* 2004, 3, p. 102-106.

8 J.C.W. Gooren, *Verschuivingen in de zedenwetgeving/-handhaving. Een verkennend onderzoek naar het strafrechtelijke discours rond ontucht met jongeren*, ongepubliceerd onderzoek o.l.v. M. Moerings, 2008.

pects': (stief)vader, oom, opa, enz.). Overigens heeft het klachtvereiste voor die gevallen nooit gegolden, daar 249 Sr een ambtshalve optreden mogelijk maakt. De al te kwetsbare posities die jongeren in zulke relaties innemen, is dan ook de reden dat de mogelijke wilsvrijheid als hachelijk criterium te gelden heeft. Naast de familiale kring is het schoolverband een setting van interacties tussen jeugdigen en ouderen die geleidelijk in het amoureuze kunnen overgaan. Seksuele verhoudingen tussen leraar en leerling willen dan ook voorkomen. Ook zijn er affaires die jongeren erop nahouden met coaches of trainers van een lokale sportclub. Voor leraren en sportcoaches is de afhankelijkheidssituatie overigens minder evident daar de ondergeschikte verhoudingen een losser karakter kennen. Ook zijn er de eveneens strafbare vrijwillige affaires tussen jeugdigen onderling,<sup>9</sup> waarbij beide partners aan weerszijde van de juridische scheidslijn kunnen vallen. Jongeren kunnen namelijk ook via de voorgenoemde delictomschrijvingen worden vervolgd. Als zij een seksuele relatie met iemand beneden de zestien hebben, kan dat even zo goed ontuchtig en daarmee ook strafbaar zijn.<sup>10</sup>

### Eenduidig overwicht van macht?

Vanwege het feit dat dwang bij vrijwillige ontucht afwezig is, komt het verschijnsel macht om de hoek kijken. De jeugdige wordt vaak verondersteld bewogen te zijn tot ontucht en daarom onheus te zijn beïnvloed. Bij ontuchtzaken zonder dwang wordt overwicht subtiel verondersteld. De scheve verhoudingen in leeftijd tussen een jongere en oudere partner die beide instemmen, maken volgens de *common sense* dat de jongere de ontuchtige handelingen door machtsoverwicht ondergaat en daarvan later pas de volle impact op waarde weet te schatten. Macht is evenwel niet iets wat de een wel heeft en de ander niet. Bij een (seksuele) interactie is iemand niet op voorhand machteloos.<sup>11</sup> Het feit dat een persoon ouder is, duidt nog niet onmiddellijk op het hebben van een machtigere positie. Bovendien hoeft macht ook niet op een negatieve manier aangewend te worden. Niettemin wordt algemeen gesteld dat de oudere partner meer verantwoordelijkheid toekomt vanwege diens fysieke sterkte of levenservaring. Toch is het dan nog maar de vraag of die persoon zonder meer overheersend is geweest. Macht en overwicht kunnen op tal van manieren geconstitueerd worden: fysiek, verbaal, via intelligentie, middels sociaal of cultureel kapitaal, enzovoort. Vooral bij de categorie adolescenten is het vaak problematisch om valide vast te stellen wanneer iemand in een seksuele relatie met een oudere partner wel of niet overheerst werd. Er zijn dan ook de nodige contra-indicaties die de beoordeling van een eenzijdige oplegging door de wil van de oudere partner tot

9 Zie voor een casus waarin de verdachte en aangeefster respectievelijk dertien en veertien jaar oud waren: Rechtbank Leeuwarden 15-02-2007, LJV AZ8616.

10 Hoewel uit de jurisprudentie blijkt dat het bij een gering verschil in leeftijd niet zonder meer ontuchtig hoeft te zijn. Het zou dan minder indruisen tegen de sociaal-ethische norm die achter de codificering schuilt. Zie over het leeftijdsverschil als indicatie voor ontucht: HR 24 juni 1997, NJ 1997, 676 en het Hof Arnhem 28 april 2005, NvSr 2005, 278.

11 Overigens blijkt uit de jurisprudentie dat het voor de strafbaarstelling van (instemmende) ontucht niet van belang is of het slachtoffer machteloos was. Een mate van weerloosheid is dus niet vereist. Zie: HR 2 juli 2002, NJ 2002, 584.

een onhoudbare voorstelling van zaken kunnen maken. De jeugdige partner kan wel degelijk een actieve rol hebben gespeeld in de seksuele affaire.<sup>12</sup> Door het OM kan daardoor lang niet altijd aannemelijk worden gemaakt dat er sprake is van eenduidige slachtoffermisleiding en/of -manipulatie.

### De rechtsbescherming van beide partners onder druk?

Er zit een paradox achter het beschermen van jongeren tegen seksueel contact dat met hun eigen (wellicht nog niet gerijpte capaciteit tot) instemming heeft plaatsgevonden. Door de overheid wordt opgetreden met de gedachte dat de seksuele zelfbeschikking van de jeugdige nog niet is bereikt. Maar de notie dat iedere burger naar het juiste moment van 'verstandige' autonomie moet worden begeleid, bergt het risico dat zij juist een inbreuk pleegt op die onafhankelijkheid daar zij al verwezenlijkt kan zijn. Gradaties in zelfstandigheid en afhankelijkheid zijn zeer persoonsgebonden en moeilijk vast te pinnen op een specifieke kalenderleeftijd. Een goedbedoelde interventie kan daardoor voor de jeugdige ongewenst beknottend uitpakken. Inbreuk maken op iemands seksuele zelfbeschikking om zodoende die persoonlijke levenssfeer te eerbiedigen is daarom een merkwaardig en contradictoair verschijnsel.<sup>13</sup> De dreiging voor de jeugdige wordt gelokaliseerd bij de oudere partner. Het is interessant om te onderzoeken in hoeverre deze evenzogoed kan liggen bij een mogelijkterwijs ongewenst strafrechtelijk optreden van de overheid. De strafrechtelijke handhaving van materiële strafbaarstellingen die de wederrechtelijke gedragingen tussen burgers onderling bestraft (en die gedragingen hoeven bij ontucht met instemming door de persoonlijk betrokkenen dus niet negatief te worden gewaardeerd), zou de verticale rechtsbescherming die toeziet op de rechten en vrijheden van burgers jegens de overheid in dit verband buitenspel kunnen zetten. Dat dilemma ontstaat doordat er twee incompatibele waardeoriëntaties ten grondslag liggen aan het strafrechtelijke discours waarin wordt beslist over ontucht met jeugdigen: zowel de waarde van bescherming als de waarde van ontplooiing. Handhaving van de bescherming heeft echter een principiële ander karakter dan de handhaving van de individuele zelfbeschikking. Zo stellen Leuw, Bijl & Daalder dat de bescherming van de privésfeer van burgers enerzijds de logische consequentie heeft dat 'elke vorm van geweld of dwang bij het aangaan van seksuele betrekkingen als onwenselijk (c.q. strafbaar) wordt beschouwd, anderzijds impliceert het principe van de privésfeer en seksuele zelfbeschikking ook het recht van het individu op seksuele expressie, eventueel ook wanneer deze moreel discutabel wordt gehouden'.<sup>14</sup> Niet-optreden tegen een uiting van seksualiteit kan daarom prevaleren

12 De instemming van de jeugdige is zeker niet zaligmakend, omdat de strafwet ook bescherming dient te bieden tegen verleiding die mede van de minderjarige zelf uit kan gaan.

13 L.H.C. Hulsman, Criminele politiek en (strafrechtelijke) zedelijkheidswetgeving, in: E. André de la Porte, W.M.A. Bremmer & R.A.V. van Haersolte (red.), *Bij deze stand van zaken: Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 219-246; vgl. A.L. Melai, *Eindrapport van de Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1980.

14 E. Leuw, R.V. Bijl & A. Daalder, *Pedoseksuele delinquentie. Een onderzoek naar prevalentie, toedracht en strafrechtelijke interventies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p.32.

boven de handhaving van een norm die door de direct betrokkenen (klaarblijkelijk) niet wordt onderschreven. Vanwege het schadeloze en uitermate intieme karakter van zo'n gedraging zou een overheid in zulke zaken in principe moeten afzien van verdere bemoeienis. Met de afschaffing van het klachtvereiste zou dat principe onder druk kunnen komen te staan. Zowel voor de oudere als de jongere partner impliceert dat mogelijk een verhevigde kwetsbaarheid jegens de overheid. Beiden leveren dan in op hun vrije sfeer van privacy. De overheid kan zich ongevraagd als belanghebbende melden en zo privélevens overhoop halen. Swier stelt dat het indirecte leed veroorzaakt door het politieke en justitiële optreden zelf, dankzij de veranderde zienswijze bij monde van 'adequater' beschermen en de daarmee gepaard gaande opsporing of vervolging, sneller zal worden veronachtzaamd en daardoor zelfstandige en onnodige schade zal kunnen genereren.<sup>15</sup>

### Retrospectief toch schade?

De strafrechtelijke tussenkomst kan bepalend zijn voor de belevingen van datgene wat vóór de strafrechtelijke bemoeienis is gebeurd. Technisch gezien is eenieder die zich seksueel inlaat met een jeugdige onder de zestien strafbaar. Rauwelijkse vervolging terwijl de persoonlijk betrokkenen zich afvragen waarom ze zich in een dergelijk strafrechtelijk circuit bevinden en lijdend voorwerp van onderzoek zijn blijkt uit verhalen van de advocatuur in de praktijk niet ongewoon.<sup>16</sup> Zoals dat werkt bij een *self-fulfilling prophecy* kunnen jongeren naar aanleiding van zo'n strafrechtelijke route het oorspronkelijke gebeuren retrospectief opeens als onplezierig of zelfs schadelijk gaan waarderen. De bejegening in de postseksuele conditie door *significant others*, zoals familie, vrienden en de direct betrokken overheidsfunctionarissen, is vaak cruciaal voor het beeld dat jongeren van zichzelf hebben. Ongeacht hoe tactvol een verhoor door de zedenpolitie wordt gedaan, het ondervraagde slachtoffer kan onder druk worden gezet om in dezelfde geest (van *misbruik*) het gebeurde te recapitulieren. Gezien de taboewerking van seksualiteit kan dat vaak niet anders plaatsvinden dan in een sfeer van schaamte en schuld.<sup>17</sup> Als almaar wordt benadrukt welke beschadigde status je zou hebben overgehouden aan een seksuele gedraging met een ouder iemand, is het voor de hand liggend dat jongeren twijfelen in hoeverre hun oorspronkelijke appreciatie van het voorval wel kloppend is. In feite is hier precies het omgekeerde aan de hand van datgene wat in de criminologische literatuur ook wel *secundaire victimisatie* wordt genoemd. De jeugdige partner wordt in het hier onderzochte soort gevallen dus primair slachtoffer, doordat hij/zij zich geconfronteerd ziet met de beschermende sociale reacties van overijverige functionarissen en allerlei derden die hem of haar willen 'helpen' met het verwerken van 'het delict'. Wat overeenkomt met het begrip *secundaire victimisatie* is dat de persoon over wie het gaat ook via deze bejegening niet serieus wordt genomen.

15 B. Swier, Het klachtdelict belicht, *Nederlands Juristenblad* 1998, 4, p. 164-170.

16 J.C.W. Gooren, *Verschuivingen in de zedenwetgeving/-handhaving. Een verkennend onderzoek naar het strafrechtelijke discours rond ontucht met jongeren.*

17 P. de Geus, De Brochure (4), Het klachtvereiste, *De Nieuwe Sekstant*, voorjaar 2002.

De sociale constructie van slachtofferschap kan zodoende mede ontstaan ten gevolge van een justitieel verhoor dat exclusief geënt is op de bestraffing van de ontuchtpleger. Het is problematisch om oorzaak en gevolg in dat soort zaken dan helder te krijgen, maar de nadelige gevolgen dankzij de overheidsinterventie hoeven zuiver beschouwd niet te gelden als gevolg van het delict.<sup>18</sup> Een confrontatie met de publieke gevolgen van een strafrechtelijke opsporing of vervolging kan bovendien kwalijker voor de jeugdige uitpakken dan de oorspronkelijke aanleiding die dat zou moeten legitimeren. De buitenwereld kan heel anders denken over een door de jongere partner ogenschijnlijk neutrale tot positieve gevolgtrekking van de seksuele interactie met een oudere partner. Het feit dat een diverse kring mensen, van zowel informele als formele statuut, klaarblijkelijk verontrust is en van een seksueel voorval een strafrechtelijke zaak wil construeren, maakt dat het vermeende slachtoffer zichzelf kan gaan bezien in die negatieve geest (inclusief eigen ervaringen uit het verleden). De al dan niet wenselijke bemoeienis van buitenaf kan overigens maar ten dele via het klachtvereiste opgelost worden. Het zou alleen als buffer kunnen dienen voor de tussenkost van derden die dan geen aangifte kunnen doen. De rol van de ouders zal evenzeer met het klachtvereiste onverminderd groot zijn, daar zij ook klachtgerechtigd zijn en logischerwijs invloed uitoefenen op hun eigen kind. Een al te hoge mate van verontwaardiging van de directe omgeving maakt dat zo'n zaak echter enorm kan worden opgeblazen en dat de jeugdige zich wel zal moeten aanpassen aan die 'geactualiseerde' voorstelling van zaken. Daarom wordt vaak gezegd dat de jeugdige tot inkeer is gekomen en de jeugdige partner zal dan ook vaak bereid zijn om te verklaren dat zijn of haar naïviteit van weleer is uitgebuit door de oudere partner. Het lijkt valide om daar voor pubers rekening mee te houden. Slachtofferadvocaten wijzen er in dat verband op dat de schade zich niet meteen hoeft te manifesteren in de (prille) fase van adolescentie, maar dat er enkele jaren overheen kunnen gaan voordat de inmiddels volwassen geworden persoon de seksuele ervaring van destijds als een obstakel voor de persoonlijke toekomst gaat ervaren.<sup>19</sup> Dan blijkt het seksuele verleden toch beslag te kunnen leggen op het heden en de toekomst.

### Welke en wiens beweegredenen?

De tweede vraagstelling betreft de beweegredenen van de aangevende partij om aangifte te doen van seksueel contact waartoe door de jeugdige is ingestemd. Voorts is van belang of die motieven ook stroken met de achterliggende doelstelling van de wetgever. Uit onderzoek zal moeten blijken in hoeverre de strafbaarstelling en de handhaving van seks met adolescenten die daarmee instemmen, kan uitpakken als een instrument dat de deur openzet voor oneigenlijke beweegredenen. De jeugdige zelf, of zij die voor hem zeggen te spreken, hebben in feite een middel om de ontuchtpleger tot een gewenste geste te forceren. Als stok achter de deur kan name-

18 Zie ook E. Brongersma, De betekenis van 'ontucht' bij zedenmisdriven met kinderen, *Delikt en Delinkwent* 1978, 8, p. 6-19.

19 J.C.W. Gooren, *Verschuivingen in de zedenwetgeving/-handhaving. Een verkennend onderzoek naar het strafrechtelijke discours rond ontucht met jongeren.*

lijk te allen tijde de strafrechtelijke overheid worden ingeschakeld. In feite hangt het strafrecht als een zwaard boven het hoofd van de op basis van een leeftijds kalender oudere partner, aangezien de wederzijds prettig ervaren 'ontucht' nadien kan omslaan in een vervolging.<sup>20</sup> De motieven om alsnog de overheid in te schakelen, door het vermeende slachtoffer of diens ouders, kunnen minder zuiver zijn dan de nobele taak van bescherming tegen de dader, preventie van toekomstig leed of verwerking van het gebeuren. Het slachtoffer kan zich om de een of andere reden gekwetst of beledigd voelen en die emoties van onheuse bejegening kunnen een vergeldingsactie oproepen. Zo komt het voor dat een aangeefster een niet plezierig verlopen ontmaagding via het strafrecht tracht te vergelden.<sup>21</sup> Wraak en jaloezie spelen in zo'n geval een oneigenlijke rol bij het door de jeugdige alsnog strafrechtelijk aanhangig maken van zelfs duurzame en structureel onderhouden contacten met een oudere partner, die zich van geen kwaad bewust hoefde te zijn ten tijde van de gewraakte handelingen.<sup>22</sup>

Jeugdigen bevinden zich met betrekking tot de ontdekking van ontuchtige seksualiteit veelal in precaire posities en zijn vaak overgeleverd aan de beslissende evaluatie van anderen dan zichzelf. Het interveniëren in het privéleven van een jeugdige hoeft niet helend uit te pakken als datgene wat door die jeugdige inmiddels een plek is gegeven, ongevraagd wordt opgerakeld en in de spotlights komt te staan. Als jeugdigen na een seksueel contact met een meerderjarige geschokt of getraumatiseerd blijken te zijn, dan kan de oorzaak ook liggen in de afkeurende reacties van personen die voor de minderjarige een groot gewicht hebben. We hebben het dan voornamelijk over de cruciale rol van nabij betrokken derden, in het bijzonder de schakel die ouders vormen. De strafbaarstelling van ontucht met instemming kan voor ouders namelijk een middel zijn om een zeker onbehagen via een formele bestrafing kenbaar te maken. Ouders kunnen zich met een beroep op de strafbaarstelling verzetten tegen een seksuele relatie van hun kind.<sup>23</sup> Zodoende kan de oudere partner van hun kind in principe strafrechtelijk worden vervolgd. Het kan voorkomen dat juist de ouders uit zijn op genoegdoening. Het is overigens een misverstand om te denken dat de wil van de jeugdige de heilige maatstaf was in de tijd van het klachtvereiste (en onder voorwaarde dat het destijds strikt gehandhaafd werd). Naast het jeugdige slachtoffer konden namelijk ook de ouders een klacht doen, dit ter bescherming van de jongere partner die het incident wellicht (nog) niet ten volle (negatief) op waarde kon schatten. Over die cruciale rol van de ouders of andere omstanders (de buitenwacht) verkrijg ik de nodige bevestiging uit de ervaringen van

20 C. Veraart, *Valse zeden: valse aangiften in zedenzaken*, Amsterdam: Balans 1997.

21 Zie Gerechtshof's Hertogenbosch 10-04-2007, *LJN* BB5047.

22 De gepercipieerde leeftijd is niet van belang, opzet of schuld daaromtrent is zodoende niet vereist. Zie: HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 782.

23 Ouders doen nog weleens via een art. 12 Sv procedure beklag over het niet vervolgen (sepotbeslissing OM aangezien het gewraakte handelen niet valt te brengen onder de delictomschrijving van 245 Sr) van een strafbaar feit dat ten opzichte van hun kind zou zijn begaan. Zie bijvoorbeeld: Gerechtshof's Gravenhage 21-11-2007, *LJN* BB9138. Zie ook de conclusie van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad mr. Fokkens over het optreden tegen een ongewenst vriendje of vriendinnetje van zoon of dochter, hetgeen de wetgever niet gewild heeft: HR 24 juni 1997, *NJ* 1997, 676.



de geïnterviewde advocaten met betrekking tot ontucht met een instemmende minderjarige.<sup>24</sup>

De wettelijke vertegenwoordigers en momenteel ook derden kunnen aldus een opsporing en een vervolging instigeren als zijzelf van het feit op de hoogte zijn en daar een zeker ongenoegen bij voelen, eventueel zelfs onder protest van de jeugdige. De inspanning wat betreft de opsporing of vervolging van de artikelen 245 en 247 Sr delicten hangt daarom af van een aantal toevalligheden; contingenties die kunnen verschillen naar het sociale milieu waarin de jeugdige zich bevindt. De interpretatie van de ouders kan daarin doorslaggevend zijn en daarmee is het afhouden of het opstarten van een opsporing of vervolging een aangelegenheid die niet onverminderd afhankelijk is van de wil van de jeugdige of de ernst van feit.

### **De mening van het vermeende slachtoffer gewogen?**

Een interventie ter bescherming is nu de centrale gedachte waarmee de persoonlijke wens van het slachtoffer niet langer centraal hoeft te staan. Nu de jeugdige minder intensief hoeft te worden geraadpleegd kan de opsporing of vervolging in een vroeger stadium beginnen. Dat kan met de afschaffing van het klachtvereiste al in een stadium waarin de ouders van een jeugdige nog niet op de hoogte hoeven te zijn van een seksuele relatie die de aandacht heeft getrokken van de straffende overheid. Alle voor het strafrecht relevante operaties kunnen op basis van de signalen van buitenstaanders zodoende reeds van start zijn gegaan. Dat kan dus zonder raadpleging van de direct betrokkenen. Het ingevoerde hoorrecht ter vervanging van het klachtvereiste is geen hindernis om op basis van geruchten en tips van derden een opsporing van start te doen laten gaan. Er wordt ook wel gesteld dat de politie vroeger een klacht nodig had om op te sporen en dat de eventuele ontucht daardoor niet adequaat genoeg stopgezet kon worden en dat er sowieso minder snel aan het licht komt vanwege de doofpotcultuur, die heerst in vele settings waar (strafbare) seksualiteit plaatsvindt.<sup>25</sup> Met de afschaffing van die klachtblokkade zou een snellere en een meer gerichte opsporing mogelijk zijn, waarbij sneller getuigen mogen worden gehoord en dwangmiddelen mogen worden toegepast. Hierdoor is inmening in de privélevens van de betrokkenen dus steeds vroegtijdiger mogelijk. De vraag die dan opkomt, is of het wenselijk is dat het initiatief nu meer bij de niet-persoonlijk betrokkenen ligt.

Het kan dus zijn dat het een seksuele relatie betreft die juist gewenst was, maar dan toch door derden als ontucht wordt gekwalificeerd. Al wordt die strafrechtelijke reactie uitgevoerd onder de noemer van bescherming (of bescherming van de jongere partner tegen zichzelf), het kan evenzogoed ervaren worden als een inbreuk. Het is dan een schending van het privéleven, waar dat door de overheid als ontuchtig bestempelde gedrag integraal deel van uitmaakt, en dat 'ontuchtig' gedrag hoeft dus niet een ontwrichtende factor in dat jeugdige leven te zijn. Men kan stellen dat de

24 J.C.W. Gooren, *Verschuivingen in de zedenwetgeving/-handhaving. Een verkennend onderzoek naar het strafrechtelijke discours rond ontucht met jongeren.*

25 J. de Savornin Lohman e.a., *Het functioneren van het klachtvereiste in de zedenwetgeving*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 1998.

jeugdige door het toenmalige klachtvereiste een grotere mate van zelfbeschikking had en de opsporing en vervolging uit persoonlijke overwegingen kon afhouden. Dat lijkt gerechtvaardigd indien er vanuit het 'slachtoffer' geen gevoelens van beschadiging zijn ervaren die om een formele vergelding vragen. Op die manier kan dus rekening worden gehouden met een voor de jeugdige partner mogelijk positieve beleving van de seksuele gedraging. Hoewel met een wellicht oudere seksuele partner, kan het contact voor de jeugdige in zulk geval onprobleematisch zijn en de jongere partner kon te kennen geven dat een corrigerende inmenging niet gewenst was. De schade kan dan medebestaan in het beschadigen van goede menselijke verhoudingen door het strafrechtelijke optreden. Via de oorspronkelijke notie achter het klachtvereiste nam men daarom ook in overweging, dat de onderlinge betrekkingen tussen 'dader' en 'slachtoffer' onevenredig onder druk zouden worden gezet dankzij overheidsbemoeienis.<sup>26</sup>

### **In welk belang toch strafrechtelijk reageren?**

Het draait dus om die gevallen waarin de oudere partner wordt opgespoord en vervolgd voor seksuele handelingen, die met wederzijdse toestemming van de jongere partner zijn verricht en daarom kunnen we spreken van een relatief licht zedendelict. Het onderscheid tussen dader en slachtoffer moet in zulke gevallen welhaast ambigu zijn. Zo'n ambivalentie is dan ook inherent aan het hierboven reeds opgemerkte spanningsveld tussen bescherming en ontplooiing. Er kunnen zich seksuele contacten voordoen, die voor de persoonlijk betrokkenen mogelijk niet zozeer problematisch zijn, maar dat worden van overheidswege of door de naaste omgeving die een seksuele aangelegenheid tot een strafrechtelijk probleem maakt. Het is van belang om deze gevolgen voor de persoonlijk betrokkenen, die gepaard gaan met het bewandelen van een strafrechtelijke route, nauwkeuriger in kaart te brengen. Enerzijds kunnen er bijzondere feiten en omstandigheden zijn die een strafrechtelijke reactie op seksualiteit van en met jeugdigen onwenselijk maken (zowel voor de vermeende dader als voor het vermeende slachtoffer). Vandaar de in het voorgaande opgemerkte bezwaren die tegen een beschermingsreflex kunnen worden gemaakt. Een reflex die destijds met de introductie van het klachtvereiste werd onderkend, maar die met de afschaffing daarvan niet langer serieus ter discussie lijkt te staan. Anderzijds moeten de meer kwetsbare jongeren ook tegen hun eigen wil beschermd kunnen worden. Denk dan aan de verstandelijk minder begaafden, emotioneel verwaarloosden en zij die verkeren in een te afhankelijke positie en juist vanwege die kenmerken actief benaderd worden door een niet-generatiegenoot voor seks. In dat soort zaken is het faciliteren van experimenteerzucht ondergeschikt aan het belang om exploitatie tegen te gaan. Volgens enkele slachtofferadvocaten is de strafbaarstelling van ontucht zonder openlijke dwang met name bruikbaar voor de problematiek van de zogenoemde 'loverboys'. Slachtoffers laten zich in zulke gevallen moeilijk tot slachtoffer bestempelen en dat maakt dat er weinig tot geen bewijs voor dwang kan worden gevonden. Bij een relevant verschil in leeftijd tussen het jeugdige

26 Zie ook HR 28 mei 1996, NJ 1997, 426.

slachtoffer en de wat oudere dader kan dat benut worden via de artikelen 245 en 247 Sr. Overigens hoeft de politie in dergelijke zaken bij het bestaan van een klacht-vereiste niet te wachten op een klacht van de jeugdige om met de opsporing van start te gaan. Die zal in zulke zaken namelijk gebaseerd zijn op de verdenking van mensenhandel (art. 273f Sr), waarvoor geen klacht nodig is. De mogelijke instemming van de jeugdige heft de strafwaardigheid in dat soort zaken dus niet op, aangezien de jongere partner ook tegen zichzelf beschermd dient te worden. Niettemin moet worden opgepast bij die situaties waar de seksuele interactie in een veel gelijkwaardiger context tot stand komt. Onderzocht moet worden in welke sfeer de instemming plaatsvond.<sup>27</sup> De seksuele integriteit van de jeugdige hoeft niet altijd op het spel te staan. Als daar geen rekening mee wordt gehouden, kan een negatie van de authentieke en subjectieve ervaring optreden die de seksueel actieve jeugdige (nog) niet mocht ervaren van de buitenwereld. De eigenlijke stimulans voor het inroepen van het strafrecht lijkt dan veeleer op een krachtige afwijzing van de prematuur bevonden gevoelens, waar een persoon onder de zestiende fysiek uiting aan heeft willen geven.

Dit laatste is typerend voor het wat meer moralistische strafrechtelijke traject dat inzet op de berechting van hen die misdrijven tegen de openbare zeden hebben gepleegd. In de bovenstaande gevallen prevaleert inderdaad de openbare dimensie, aangezien de privédimensie (hoe de betrokkenen het persoonlijk ervaren) van ondergeschikt belang wordt geacht. Eventuele nadelen van strafrechtelijk ingrijpen voor de jeugdige worden zodoende ondergeschikt bevonden aan de handhaving van een zedelijke norm, die door diezelfde jeugdige (in die specifieke context althans) in het geheel niet hoeft te worden onderschreven. Dat terwijl 'de grond voor strafbaarstelling moet zijn gelegen in het schenden van iemands seksuele integriteit en niet in de vraag of er sprake is van strijd met de normen van de (toevallige) maatschappelijke meerderheid'.<sup>28</sup> De klachtnotie achter de belangenafweging bij de bestraffing van ontucht met instemming was dat een dergelijke interventie ook zinvol moest zijn voor het slachtoffer. Als het slachtoffer geheel uit het zicht verdwijnt en daardoor niets over het voorval kenbaar kan maken, impliceerde dat ten tijde van het bestaan van het klachtvereiste moeilijkheden voor de opsporing of vervolging ter zake van ontucht met instemming. Indien zonder de wens van het slachtoffer wordt vergolden voor ontucht met instemming kan het bijna niet anders dan dat het oordeel van het collectief, vertegenwoordigd door het OM, prevaleert

27 Voorlopig is een gering verschil in leeftijd het meest zwaarwegende criterium dat de strafwaardigheid van de seksuele gedraging kan wegnemen. Bij een aanzienlijk leeftijdsverschil wordt al snel tot een veroordeling overgegaan. Verder wordt algemeen gesteld dat het ontuchtige karakter kan ontbreken als de seks binnen een affectieve relatie plaatsvond en als er geen aanleiding is om aan te nemen dat de aangeefster de handelingen tegen haar zin heeft verricht, dan wel een ondergeschikte positie ten aanzien van de verdachte heeft gehad. Zie over dit drietal criteria: Hof Arnhem 28-04-2005, NbSr 2005, 278. Er kunnen dus bijzondere omstandigheden zijn die in onderlinge samenhang bezien de rechtbank tot het oordeel brengen dat het ontuchtige karakter (de wederrechtelijkheid) aan de seksuele handelingen ontbreekt. Zie ook: Rechtbank Utrecht 17-09-2008, LJN BG1650.

28 R.S.B. Kool, Ontucht(ig): een rechtsonzeker begrip?, *Delikt en Delinkwent* 1992, 22, p. 260.

boven de particuliere mening van het slachtoffer.<sup>29</sup> Het is twijfelachtig of in zulke gevallen de beschermingsgedachte het belang van de jeugdige überhaupt dient. In het meer rauwelijkse karakter dat de vervolging dan kenmerkt, spelen ook belangen mee van een geheel andere aard dan die van het individuele slachtoffer wiens seksuele integriteit in het geding zou zijn.

## Conclusie

Een strikt onderscheid tussen het domein van seksualiteit exclusief toebehorend aan volwassenen en het domein van jeugdigen dat van seksualiteit verstoken dient te zijn, is een ideaaltypisch contrast. Er is een transitiefase van seksueel ontwaken, die een dergelijke demarcatie troebleert.<sup>30</sup> Waakzaamheid is daarom geboden bij de term 'jeugdigen'; het is een wereld van verschil of we het hebben over kinderen of over adolescenten die een zeker recht moeten hebben op de vrijheid van (enige mate van) zelfbepaling als het op seksualiteit aankomt. Juist dat maakt de categorie zaken waar de artikelen 245 en 247 Sr op toezien zo ambigu. Het is daar waar een scheidingsgebied van het toelaatbare is te lokaliseren en waar overduidelijk een spanning zit, die per individueel geval nauwkeurig overdacht moet worden.<sup>31</sup>

Bij die overdenking dient in ieder geval ook de mening van de jeugdige zelf te worden verdisconteerd. Er wordt wel beweerd dat de expliciete wens van het slachtoffer om tot opsporing en vervolging over te kunnen gaan een te grote drempel zou opwerpen om kwetsbare jongeren ook tegen zichzelf te beschermen. Zo zou het klachtvereiste als een vrijbrief voor 'pedo's' kunnen fungeren. Dat lijkt echter onwaarschijnlijk, aangezien de strafwetgever en de uitvoerende instanties al een heel instrumentarium hebben om seksuele misstanden met jeugdigen in een vroeg stadium aan te pakken. De meer onevenwichtige seksuele interacties met jeugdigen kunnen in het kader van de opsporing en vervolging veelal onder algemene delictomschrijvingen met betrekking tot seksueel misbruik geplaatst worden. Dwang kan bij een geringe aanwijzing al vrij snel worden geïnterpreteerd. Ontbreekt de instemming van het slachtoffer, dan kan er sprake zijn van aanranding (voor 'ontuchtige handelingen') of verkrachting (voor 'binnendringen').<sup>32</sup> Als er wel sprake is van instemming (en het slachtoffer is achteraf van mening dat hij of zij destijds onvoldoende in staat was om de consequenties te overzien en van de seksuele betrekking bijgevolg schade

29 R.S.B. Kool, Een pleidooi voor behoud van het klachtvereiste. Seks met minderjarigen: politieke dadendrang of bezinning.

30 Voor andere bronnen die de tegenstelling diffuus maken, zie J.C.W. Gooren, De culturele hypocrisie rondom pedofilie.

31 Zie voor een voorbeeld van het soort casus waar het exact om te doen is: Rechtbank Zutphen 15-02-2008, L/JN BC4442. Namelijk: een gewilde seksuele relatie van een adolescent van wie de ouders nog tijdens de relatie aangifte doen en als getuigen fungeren. De jeugdige is na het stuklopen van die relatie uiteindelijk ook van mening dat op diens lichamelijke integriteit en persoonlijke levensfeer inbreuk is gemaakt door de oudere partner. Daarop volgt een veroordeling van de oudere partner op grond van 245 Sr en een vordering tot schadevergoeding.

32 Bij een verdenking van deze ernstigere feiten hoeft de politie in het geheel niet terughoudend te zijn; de wet schreef ook ten tijde van het klachtvereiste immers geen klacht voor als het die strafbaarstellingen betrof.

heeft ondervonden) moet de rechter per geval nagaan in hoeverre de affaire ongelijkwaardig is geweest en in hoeverre de verdachte dat aan te rekenen is. De mate van kwetsbaarheid van het slachtoffer moet in zulke gevallen naast het verschil in leeftijd dan mede blijken uit feiten en omstandigheden, waaruit een zekere *undue influence*<sup>33</sup> voortvloeit en daarmee duidt op een onacceptabele gevaarstelling van de jeugdige.

33 Een term die ik overneem van advocaat Job Knap. Dat Engelse begrip staat voor zoveel als 'misbruik voortvloeiend uit feitelijke omstandigheden van overwicht'.