

Vergaderjaar 2000–2001

**27 745**

## **Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Gemeentewet (partiële wijziging zedelijkheidswetgeving)**

**Nr. 3**

### **MEMORIE VAN TOELICHTING**

#### **ALGEMEEN**

##### **1. Inleiding**

Het onderhavige wetsvoorstel strekt tot uitvoering van de nota van 19 juli 1999 inzake de bestrijding van seksueel misbruik van en seksueel geweld tegen kinderen (Kamerstukken II 1998/99, 26 690, nr. 2). Het wetsvoorstel bevat tevens een voorstel tot strafbaarstelling van seksueel misbruik van een persoon in een verminderde bewustzijnstoestand.

De voorgestelde partiële wijziging van de zedelijkheidswetgeving bevat vijf onderdelen:

- 1) Wijziging van artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht (Sr.) inzake kinderpornografie.
- 2) Schraping van het klachtvereiste en invoering van een hoorrecht van enkele categorieën van minderjarige slachtoffers van zedendelicten.
- 3) Strafbaarstelling van uitbuiting van andere seksuele dienstverlening dan prostitutie en van het gebruik van deze seksuele diensten van een minderjarige.
- 4) Strafbaarstelling van seksueel misbruik van verminderde bewustzijnstoestand.
- 5) Uitbreiding van de toepasselijkheid van de strafwet tot buiten Nederland gepleegde zedendelicten door vreemdelingen die in Nederland een vaste woon- of verblijfplaats hebben.

De voorgestelde wetswijziging volgt op een aantal belangrijke wijzigingen die in de afgelopen jaren in de zedelijkheidswetgeving zijn aangebracht.

Op 1 december 1991 is een grondige herziening van de zedelijkheidswetgeving in werking getreden. Deze wijziging bevatte onder meer de introductie van het begrip seksueel binnendringen, de strafbaarstelling van seksueel binnendringen onder dwang, e.d. binnen het huwelijk, een sekseneutrale formulering van de zedendelicten en een verbetering van de positie van jeugdige en gehandicapte slachtoffers.

Op 1 februari 1994 is een nieuw en aangescherpt artikel inzake mensenhandel in werking getreden.

Op 1 september 1994 is het strafrechtelijk en civielrechtelijk verjaringsregime voor ten aanzien van minderjarigen gepleegde zedendelicten

gewijzigd. De verjaringstermijnen zijn ongewijzigd gebleven, maar zij vangen aan op het moment waarop het slachtoffer 18 jaar is geworden. Op 1 februari 1996 is een aangescherpt artikel inzake kinderpornografie in werking getreden.

Ten slotte is op 1 oktober 2000 de wet van 28 oktober 1999 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, enige andere wetboeken en enige wetten, Stb. 464 (opheffing algemeen bordeelverbod) in werking getreden. Een nieuw artikel 250a Sr. stelt alle vormen van exploitatie van gedwongen prostitutie, uitbating van minderjarige prostituees en het plegen van seksuele handelingen met een prostituee van 16 en 17 jaar strafbaar. Het klachtvereiste ten aanzien van ontucht met een prostituee tussen 12 en 16 jaar is vervallen. Exploitatie van prostitutie door volwassenen uit vrije wil is niet langer strafbaar.

De strafrechtelijke aanpak van seksueel geweld en misbruik is een noodzakelijk sluitstuk in een geheel van maatregelen en voorzieningen die gericht zijn op de voorkoming en de bestrijding daarvan. Ik verwijs in dit verband naar de hiervoor genoemde nota en naar het Nationaal actieplan aanpak seksueel misbruik van kinderen (Kamerstukken 1999/2000, 26 690, nr. 4).

De voorgestelde wijzigingen van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering (Sv.) en de Gemeentewet maken onderdeel uit van een geïntegreerde aanpak van seksueel geweld en misbruik. Zij leveren een bijdrage aan de vergroting van de effectiviteit van strafrechtelijk optreden tegen seksueel misbruik en geweld en verhogen de bescherming van (potentiële) slachtoffers van zedendelicten.

Over een concept-wetsvoorstel hebben de Nederlandse Orde van Advocaten (NOVA), Slachtofferhulp Nederland, het Clara Wichmann Instituut, het College van procureurs generaal en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) advies uitgebracht.<sup>1</sup>

De adviesinstanties kunnen zich verenigen met de strekking en de doeleinden van het wetsvoorstel. In meerderheid stemmen zij in met de voorgestelde wijzigingen. Op een aantal voorstellen hebben zij commentaar van veelal technisch juridische aard. De adviezen hebben geleid tot wijziging van het wetsvoorstel en de daarbij behorende toelichting. Het wetsvoorstel en de memorie van toelichting zijn daardoor verbeterd. De belangrijkste wijzigingen zijn aangebracht in artikel 240b Sr. (kinderpornografie) en in de artikelen 243 en 247, eerste lid, Sr. (seksueel misbruik van een persoon die verkeert in staat van bewusteloosheid of lichamelijke onmacht).

In artikel 240b wordt de zogenoemde virtuele kinderpornografie strafbaar gesteld.

Aanvankelijk was voorgesteld om in een afzonderlijk nieuw artikel seksuele misleiding omtrent de identiteit van de dader of de aard van zijn handeling strafbaar te stellen. In plaats daarvan wordt nu voorgesteld om in de artikelen 243 en 247 tevens seksueel misbruik van een persoon die zich bevindt in een verminderde bewustzijnstoestand, strafbaar te stellen. Op één algemeen punt in het advies van het Clara Wichmann Instituut wil ik ingaan in dit onderdeel van deze memorie.

Het Instituut wijst erop dat moet worden opgepast dat als gevolg van de waan van de dag de ene wetswijziging de andere opvolgt zonder dat een brede discussie plaatsvindt. Het stelt de vraag aan de orde of de altijd aanwezige spanning tussen seksuele vrijheid en de bescherming tegen onverhoedse en ongewilde seksuele gedragingen moet leiden tot steeds verdere verfijning van de zedelijkheidswetgeving dan wel tot een aantal algemene strafbaarstellingen.

Het Instituut geeft een voorzet voor een discussie over een vereenvoudigde zedelijkheidswetgeving. Het wijst erop dat door de rechtspraak het verschil (in strafwaardigheid) tussen verkrachting (waaronder de onvrijwillige tongzoen wordt gerekend) en aanranding vervloeit. De ernst van

---

<sup>1</sup> Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

het seksueel misbruik ligt niet zozeer in het onderscheid tussen aanranding en verkrachting, maar hangt af van een complex aantal factoren, waaronder de mate van dwang en machtsoverwicht en de context waarbinnen het misbruik plaatsvindt. Met verwijzing naar een voorontwerp uit 1984 wordt opgemerkt dat een delictsomschrijving seksuele dwang met een aantal strafverzwarende omstandigheden de eenvoud van de wetgeving ten goede komt. Ook verschillende vormen van ontucht met minderjarigen kunnen eenvoudiger worden geformuleerd.

Ik ben van oordeel dat de voorgestelde partiële wijzigingen geboden zijn. Zij brengen de zedelijkheidswetgeving bij de tijd. Voorts constateer ik dat mij geen signalen uit de praktijk hebben bereikt die erop wijzen dat een algehele herziening thans wenselijk is. Ik meen dan ook dat de tijd nu niet rijp is voor zo'n wijziging. Daarbij komt dat een dergelijke omvangrijke wetswijziging aanzienlijk meer tijd in beslag zou nemen. Ik concludeer derhalve dat de voorgestelde partiële herziening van de zedelijkheidswetgeving nodig en verantwoord is.

In de navolgende paragrafen wordt ingegaan op bovengenoemde vijf voorstellen. Daarbij zal ook nader worden ingegaan op de hierover uitgebrachte adviezen.

## **2. Kinderpornografie**

Op 1 februari 1996 is een ingrijpende wijziging van artikel 240b Sr. in werking getreden. Het verspreiden, openlijk tentoonstellen, vervoeren, etc. en het in voorraad hebben van kinderpornografie (afbeelding van een seksuele gedraging waarbij een persoon die kennelijk jonger is dan 16 jaar, is betrokken) wordt gestraft met een gevangenisstraf van vier jaar (was drie maanden). Wordt van dit misdrijf een beroep of gewoonte gemaakt, dan is de maximumstraf zes jaar.

Deze nieuwe wetgeving is in de jaren 1996 en 1997 geëvalueerd door het Verwey Jonker Instituut. Zijn evaluatierapport is bij brief van de Minister van Justitie van 19 juli 1999 aan de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer gezonden.

Hoofdconclusie van het onderzoek is geweest dat de met het gewijzigde artikel 240b Sr. beoogde effecten in termen van een vergroting van de vervolgings- en berechtingskans in de praktijk zijn bereikt. Uit het onderzoek is onder meer gebleken dat het gewijzigde artikel 240b in het algemeen voorziet in effectief strafrechtelijk optreden tegen het verschijnsel kinderpornografie. Dat komt door de verruiming van de dwangmiddelen en de mogelijkheid van inbeslagneming, alsmede door vereenvoudiging van het bewijs. Een ontmoedigende werking van het aangescherpte artikel kon echter niet worden aangetoond.

Bestond er bij het opsporings- en vervolgingsapparaat vóór het arrest van de Hoge Raad van 21 april 1998, NJ 782, met noot van 't Hart, onduidelijkheid over de betekenis van het begrip «in voorraad» hebben, sinds dit arrest staat vast dat het in voorraad hebben van een kinderpornografische afbeelding tevens inhoudt het bezit van een dergelijke afbeelding, ook het bezit van een of meer afbeeldingen voor eigen gebruik. De regering heeft de toezegging gedaan dat legislatieve consequenties zullen worden getrokken uit het arrest van de Hoge Raad.

Inmiddels is in de nieuwe Aanwijzing kinderpornografie van het College van procureurs-generaal van 13 oktober 1998 reeds rekening gehouden met de uitspraak van de Hoge Raad.

Uit de evaluatie is ook naar voren gekomen dat de praktijk soms moeite heeft om uit te maken of een afbeelding een «seksuele gedraging» bevat. Bij de beoordeling van de strafwaardigheid van een afbeelding stuit men op grensvragen. Dat is onvermijdelijk. Die grensvragen zullen zich ook

voordoen bij een andere begripsomschrijving. Ik zie dan ook geen aanleiding om de redactie van de bepaling in dit opzicht te wijzigen.

In de uitvoeringspraktijk is soms discussie geweest over de betekenis van het woord «kennelijk» (afbeelding van een seksuele gedraging waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken). De vraag is gerezen of dit woord de reikwijdte van de bepaling beperkt of verruimt. Opneming van het woord «kennelijk» berust op de overweging dat het bewijs van de leeftijd(scategorie) van het slachtoffer niet altijd te leveren valt, als zijn of haar identiteit niet bekend is. Daarom behoeft de leeftijd van het slachtoffer niet bewezen te worden. Aan de hand van de afbeelding moet een schatting worden gemaakt van de leeftijd. Het kan dus zijn dat vervolging en veroordeling achterwege blijven, omdat het kind ouder wordt geschat dan 15 jaar, terwijl niet kan worden uitgesloten dat de werkelijke leeftijd jonger dan 16 jaar is. Ook het omgekeerde kan zich voordoen: vervolging en veroordeling kunnen volgen, omdat het afgebeelde kind jonger dan 16 jaar oogt, terwijl het in werkelijkheid ouder kan zijn dan 15 jaar.

Het evaluatieonderzoek is ingegaan op de vraag of het wenselijk is om over te gaan tot strafbaarstelling van kinderpornografie waarbij niet (aanwijsbaar) een echt kind is betrokken.

De strekking van artikel 240b Sr. is de bescherming van echte kinderen tegen seksueel misbruik. Dit uitgangspunt heeft nog steeds geldigheid. Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat de moderne techniek het mogelijk maakt om levensechte beelden te vervaardigen zonder betrokkenheid van echte personen of echte kinderen. Door middel van (digitale) manipulatie kan een (pornografische) afbeelding van een volwassene of een niet-pornografische afbeelding van een kind worden getransformeerd in een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij een echt kind betrokken lijkt. Dit resultaat kan ook worden bereikt zonder daadwerkelijke betrokkenheid van een echt persoon (volwassene of kind). Deze vorm van kinderporno wordt wel virtuele kinderporno genoemd. Het is dan niet mogelijk te bewijzen dat bij de vervaardiging van kinderporno daadwerkelijk een echt kind betrokken is geweest. Voor effectieve bestrijding van kinderporno, in het bijzonder op internet, kan het nodig zijn dat ook kan worden opgetreden tegen schijnbaar echte kinderporno. Van politie en openbaar ministerie kan niet worden verlangd dat bewezen wordt dat het aangetroffen materiaal echte kinderen afbeeldt.

Rechtvaardiging voor strafbaarstelling van virtuele kinderporno kan niet meer uitsluitend zijn gelegen in bescherming van echte kinderen tegen seksueel misbruik. Die rechtvaardiging kan ook worden gevonden in het voorkomen van schade als gevolg van het in omloop brengen van beeldmateriaal dat seksueel misbruik suggereert.

In internationaal verband (in het kader van de onderhandelingen in de Raad van Europa over een Convention on Crime in Cyberspace) bestaat consensus over de wenselijkheid van strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie.

Het openbaar ministerie is van oordeel dat strafbaarstelling van virtuele kinderporno wenselijk is, juist omdat het niet mogelijk is om uit te sluiten dat een echt kind betrokken is geweest bij virtuele kinderporno. Het acht het niet wenselijk is om de internationale ontwikkelingen ten aanzien van de strafbaarstelling van virtuele kinderporno af te wachten. Het bepleit daarom om virtuele kinderporno in het onderhavige wetsvoorstel strafbaar te stellen.

In de door de Tweede Kamer aanvaarde gewijzigde motie Van der Staaij c.s. wordt de regering verzocht in het kader van dit wetsvoorstel de mogelijkheid van uitbreiding van de strafbaarstelling tot (bepaalde vormen van) virtuele kinderpornografie te onderzoeken, in het bijzonder ten aanzien van die gevallen waarin de reële schijn wordt gewekt dat een kind is misbruikt, en daarbij in ieder geval te komen met concrete voorstellen die

in het belang van een effectieve vervolging van kinderpornografische afbeeldingen bewijsvoeringsproblemen zoveel mogelijk kunnen wegnemen (Kamerstukken II 1999/2000, 26 690, nr. 7).

In het concept-wetsvoorstel was geen strafbaarstelling van virtuele kinderporno opgenomen op grond van de overweging dat het verstandig is eerst de internationale ontwikkelingen af te wachten.

Vanwege het bereiken van consensus in internationaal verband over strafbaarstelling van kinderporno en gelet op de motie Van der Staaij en het standpunt van het openbaar ministerie in dezen, is naar het oordeel van de regering de tijd rijp om alsnog de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie in het onderhavige wetsvoorstel op te nemen. Deze strafbaarstelling heeft tot gevolg dat voor de vervolging en berechting van kinderporno niet langer noodzakelijk is om te bewijzen dat een echt kind bij de vervaardiging van kinderporno daadwerkelijk betrokken is geweest. Het gaat om een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij een kind is betrokken, echt of niet echt.

Het evaluatierapport is niet ingegaan op de vraag of het aanbeveling verdient om de leeftijdsgrens te verhogen van 16 naar 18 jaar. Deze vraag is actueel omdat bescherming van kinderen tegen (commercieel) seksueel misbruik in het algemeen is gericht op minderjarigen, d.w.z. personen onder de leeftijd van 18 jaar. Dat is de strekking van het VN-verdrag inzake de Rechten van het Kind en de boodschap van het Wereldcongres tegen commerciële seksuele exploitatie van kinderen in Stockholm in augustus 1996. Als gezegd is reeds wetgeving tot stand gekomen waarbij de uitbuiting van minderjarige prostituees en het plegen van seksuele handelingen met minderjarige prostituees strafbaar zijn gesteld.

Het ILO-verdrag betreffende het verbod en de onmiddellijke actie voor de uitbanning van de ergste vormen van kinderarbeid dat in juni 1999 is aanvaard en waarvan een voorstel voor goedkeuringswetgeving onlangs door de Eerste Kamer is aanvaard (27 100 (R 1654)), verplicht de verdragspartijen onder meer tot strafbaarstelling van «the use, procuring or offering of a child (i.e. een persoon onder de leeftijd van 18 jaar) for the production of pornography». Ratificatie van dit verdrag noopt derhalve tot verhoging van de leeftijdsgrens in artikel 240b Sr.

Voorgesteld wordt de verhoging van de leeftijdsgrens van toepassing te doen zijn op alle in artikel 240b Sr. genoemde gedragingen. Dat betekent dat ook de vervaardiging en het bezit (voor eigen gebruik) van een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij een persoon van 16 of 17 jaar is betrokken of schijnbaar is betrokken, strafbaar worden.

De NOVA is van oordeel dat de voorgestelde verhoging beperkt zou moeten blijven tot commerciële seksuele uitbuiting. Ik meen dat het niet wenselijk is om wat de verhoging van de leeftijdsgrens tot 18 jaar betreft een differentiatie aan te brengen tussen commerciële en niet commerciële kinderpornografie. De in artikel 240b omschreven gedragingen kunnen ook schadelijk zijn voor minderjarigen van 16 en 17 jaar in een niet commerciële context. Het huidige artikel 240b maakt thans geen verschil tussen verschillende vormen van kinderporno. Uit een oogpunt van eenvoud van wetgeving is het wenselijk om de voorgestelde verhoging over de gehele linie door te voeren. De opsporings- en vervolgingspraktijk heeft behoefte aan een eenduidige bepaling. Tegen het strafbaar stellen van het vervaardigen en bezit van kinderporno ten aanzien van 16- of 17-jarigen zou kunnen worden ingebracht dat het hebben van seks met een minderjarige vanaf 16 jaar in de regel niet strafbaar is. Maar daartegen kan worden aangevoerd dat niet alle seks met een minderjarige van die leeftijd straffeloos is. Indien de dader en de minderjarige een bijzondere band met elkaar hebben (ouder-kind, docent-leerling), is seks tussen hen wel strafbaar. Ik meen dat een evenwichtig en zorgvuldig gebruik van het opportuniteitsbeginsel kan waarborgen dat deze bepaling in de praktijk op juiste en verantwoorde wijze wordt toegepast. In de Aanwijzing kinder-

pornografie van het College van procureurs-generaal wordt rekening gehouden met verschillende vormen van kinderporno. Daarin zal bij voorbeeld ook aandacht kunnen worden besteed aan gevallen waarin de minderjarige op geen enkele wijze in haar of zijn belangen is geschaad. Men kan daarbij denken aan gevallen in de privésfeer, waarin een oudere minderjarige ermee instemt dat een leeftijdgenoot voor eigen of beider bezit kinderporno vervaardigt. Ik meen dat justitieel optreden in dergelijke gevallen in de regel achterwege kan blijven.

### **3. Klachtvereiste en hoorrecht**

Bij brief van 8 december 1998 is de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer toegezonden het eindrapport van het Verwey Jonker Instituut inzake het functioneren van het klachtvereiste in de zedelijkheids-wetgeving.

Uit het onderzoek is naar voren gekomen dat het klachtvereiste in de praktijk niet bevredigend functioneert.

Voorop moet worden gesteld dat het klachtvereiste van toepassing is bij het plegen van *ontuchtige* handelingen met een minderjarige tussen 12 en 16 jaar. Seksuele handelingen (tussen leeftijdgenoten) die niet als *ontucht* kunnen worden gekwalificeerd, vallen buiten de strafwet.

Gebleken is dat het klachtvereiste soms in de weg staat aan een effectieve opsporing van kinderprostitutie en sekstoerisme. Dat is de reden waarom het klachtvereiste is vervallen in de wet inzake opheffing algemeen bordeelverbod voor zover het seks met een minderjarige prostituee van die leeftijd betreft.

Ook is vastgesteld dat het klachtvereiste mogelijk maakt dat strafrechtelijk wordt opgetreden naar aanleiding van een klacht van de wettelijk vertegenwoordiger, terwijl de minderjarige ten aanzien van wie het feit is gepleegd, geen vervolging wenst.

Voorts is gebleken dat in de praktijk het onderscheid tussen het indienen van een klacht en het doen van een aangifte enigszins aan het vervloeien is.

Ten slotte heeft het onderzoek uitgewezen dat de toepassing van het vereiste in de praktijk soms nog steeds tot onduidelijkheden leidt.

De regering is van oordeel dat de doeleinden van het klachtvereiste – een evenwicht tussen bescherming van het kind tussen 12 en 16 jaar tegen seksueel misbruik én bescherming van dat kind tegen aantasting van zijn – groeiende – seksuele vrijheid – evengoed en beter langs andere weg kunnen worden gerealiseerd. Het klachtvereiste kan vervallen onder gelijktijdige invoering van een verplichting voor het openbaar ministerie om de minderjarige in de gelegenheid te stellen zijn of haar mening over het gepleegde feit kenbaar te maken. Het is van groot belang dat het minderjarige slachtoffer op deze wijze in de gelegenheid wordt gesteld zijn of haar zienswijze omtrent de gebeurtenissen naar voren te brengen en eventueel de zienswijze omtrent de wenselijkheid van een strafvervolgung. Dit hoorrecht is thans in algemene zin in artikel 165a Sv. onder meer toegekend aan de minderjarige die 12 jaar of ouder is, indien zijn of haar wettelijke vertegenwoordiger namens hem of haar een strafklacht heeft ingediend. Voorgesteld wordt om dit hoorrecht te geven aan de minderjarige slachtoffers van een zedendelict die thans gerechtigd zijn tot het indienen van een klacht. Het gaat om de feiten die zijn strafbaar gesteld in de artikelen 245, eerste lid, 247, eerste lid, en 248a, eerste lid, Sr. Een dergelijke regeling levert een extra waarborg op dat in deze zaken strafrechtelijk optreden volgt, waar dit geboden is, en strafrechtelijk optreden achterwege blijft, indien de belangen van het kind daartoe nopen. Het verdient aanbeveling dat in een aanwijzing voor het OM over de toepassing van deze bepaling aandacht zal worden besteed aan de vraag of ook andere minderjarige slachtoffers dan de klachtgerechtigden en eventuele andere belanghebbenden – bij voorbeeld wettelijke vertegen-



woordigers – in de gelegenheid zouden moeten worden gesteld hun zienswijze over de gepleegde feiten te geven. Daarbij zal de feitelijke relatie die tussen de wettelijke vertegenwoordigers en de minderjarige bestaat, een belangrijke factor zijn. Voorts verdient het aanbeveling dat het OM zijn beslissing over de vervolging kenbaar maakt aan degene die zijn mening heeft gegeven en deze beslissing motiveert, wanneer deze afwijkt van deze mening.

#### **4. Uitbuiting van andere seksuele dienstverlening dan prostitutie**

In Nederland gaat het bij de strafbaarstelling van zedendelicten meestal om het plegen van ontucht of seksuele handelingen door de dader(s) met een slachtoffer. Het gaat vrijwel steeds om lijfelijk contact tussen dader en slachtoffer. Uitzonderingen zijn de artikelen 240b en 246 Sr. Lijfelijk contact is geen vereiste voor kinderporno. Artikel 246 stelt de dwang tot het plegen van ontuchtige handelingen zonder meer strafbaar. Daaronder valt dus ook het dwingen van een persoon om ontuchtige handelingen met zichzelf te verrichten.

Het verleiden van een kind tot het plegen van seksuele handelingen met zichzelf of het exploiteren van een seksshow waarin kinderen optreden, is niet als zodanig strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht.

Dit uitgangspunt verdient naar het oordeel van de regering heroverweging. Er is ook sprake van strafwaardig misbruik van kinderen wanneer zij – zonder dwang – worden bewogen tot het plegen van seksuele handelingen zonder lijfelijke betrokkenheid van een ander. De schade die het kind daarvan ondervindt, behoeft niet minder ernstig te zijn. De scheidslijnen tussen seks zonder lijfelijk contact met een ander en seks met dergelijk contact zijn niet zodanig dat daarin een rechtvaardiging kan worden gevonden om het ene gedrag niet en het andere gedrag wél strafbaar te stellen.

Het optreden van een kind in een erotisch-pornografische (peep)show is onaanvaardbaar. Daarom ziet Nederland geen beletselen om partij te worden bij het reeds genoemde ILO-verdrag inzake het verbod en de onmiddellijke actie voor de uitbanning van de ergste vormen van kinderarbeid. In dit verdrag wordt onder meer voorgesteld om strafbaar te stellen «the use, procuring or offering of a child for pornographic performances». Deze gedragingen zijn, als gezegd, naar Nederlands recht geen zedenmisdrijf, indien van het optreden geen kinderporno wordt gemaakt. Daarom wordt in dit voorstel wetgeving voorgesteld waarin (de exploitatie van) seksueel misbruik waarbij uitsluitend het kind seksuele handelingen pleegt, strafbaar wordt gesteld. Naar het oordeel van de regering dient ook de toeschouwer van dit misbruik strafbaar te zijn.

Het voorstel om uitbuiting van kinderen uit te breiden tot andere vormen van seksuele dienstverlening roept de vraag op of deze uitbreiding moet worden beperkt tot kinderen. In artikel 250a Sr. wordt strafbaar gesteld de uitbuiting van prostituees. Het gedwongen optreden van volwassenen in erotisch-pornografische voorstellingen valt buiten het bereik van deze bepaling. Niettemin worden personen ook voor deze doeleinden verhandeld en uitgebuit. Daarom wordt voorgesteld om commerciële seksuele uitbuiting van volwassenen uit te breiden tot vormen van seksuele dienstverlening waarbij de klant niet rechtstreeks betrokken is bij de seksuele handelingen.

#### **5. Verminderde bewustzijnstoestand**

In de brief van de Minister van Justitie van 26 april 1999<sup>1</sup> aan de voorzitter van de vaste commissie voor Justitie is ingegaan op de vraag of het aanbeveling verdient de zedelijkheidswetgeving uit te breiden met afzonderlijke strafbaarstelling van seksuele misleiding. Aanleiding daartoe vormde recente jurisprudentie van de Hoge Raad in

---

<sup>1</sup> Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

zaken waarbij personen in slaap onvrijwillig in seksuele handelingen waren betrokken (HR 24 maart 1998, NJ 534 en HR 3 november 1998, NJ 1999, 125). Conclusie in die brief was dat onze zedelijkheidswetgeving op het punt van seksuele misleiding een kleine leemte vertoont.

Bij artikel 242 Sr. staan de begrippen «dwang» en «seksueel binnendringen» centraal.

Volgens vaste jurisprudentie is sprake van dwang indien de verdachte opzettelijk heeft veroorzaakt dat het slachtoffer het seksuele binnendringen tegen haar of zijn wil heeft ondergaan (HR 29 november 1994, NJ 1995, 201, HR 24 maart 1998, NJ 534, en HR 3 november 1998, NJ 1999, 125).

Seksueel binnendringen omvat ieder binnendringen (genitaal, oraal en anaal) en ook het binnengedrongen houden (HR 22 februari 1994, NJ 379, en HR 3 november 1998, NJ 1999, 125). In een andere zaak heeft de Hoge Raad in een uitvoerige ambtshalve beoordeling van de bestreden uitspraak overwogen dat ook de tongzoen onder seksueel binnendringen valt: Gelet op de aldus door de wetgever beoogde reikwijdte van artikel 242 Sr. kan de toepasselijkheid van die bepaling dan ook niet afhankelijk worden gesteld van de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen en de aard en de ernst daarvan, nog daargelaten dat een dergelijke differentiatie op gespannen voet zou staan met de eisen die vanuit een oogpunt van rechtszekerheid aan de afgrenzing van de desbetreffende strafbepaling moeten worden gesteld (HR 21 april 1998, NJ 781).

De subjectieve beleving van de dader onderscheidenlijk van het slachtoffer kan van belang zijn voor de vraag of er sprake is geweest van seksueel binnendringen, doch is hiervoor niet beslissend in die zin dat van verkrachting geen sprake zou kunnen zijn indien de dader niet bij (door) de desbetreffende handeling(en) bepaalde seksuele gevoelens heeft ondervonden onderscheidenlijk het slachtoffer die handelingen niet als seksueel heeft ervaren (HR 2 mei 1995, NJ 583).

De zaak van de verkrachting van een slapende vrouw die heeft geleid tot de uitspraak van de Hoge Raad van 24 maart 1998, betrof een uitzonderlijke casus, omdat het slachtoffer in een toestand van halfslap misleid werd omtrent de identiteit van degene die met haar gemeenschap wenste en daardoor deze gemeenschap toeliet. Zij werd niet gedwongen en zij was niet onmachtig. Zij werd misleid in een toestand van verminderde bewustzijnstoestand.

Ik meen dat deze zaak een kleine leemte aan het licht heeft gebracht die door de wetgever moet worden opgevuld. Dat zou kunnen langs twee verschillende lijnen.

In de eerste plaats kan volgens de lijn die in de hiervoor genoemde brief is uitgezet, worden nagegaan of het zinvol is om gevallen van seksuele misleiding die buiten het bereik van de zedelijkheidswetgeving vallen, daaronder te brengen. Het door misleiding iemand opzettelijk bewegen tot ontucht is niet strafbaar, tenzij de artikelen 239, 248a (voorheen 248ter) of 249, tweede lid, onderdeel 3°, Sr. toepassing kunnen vinden. Gevallen van seksuele misleiding zouden op zich eventueel onder artikel 239 Sr. inzake schennis van de eerbaarheid kunnen worden gebracht. Ik meen dat gebruik van dit vangnet in deze gevallen niet voor de hand ligt. Het strafmaximum is te laag in verhouding tot de ernst van de gedraging. Artikel 239 Sr. heeft ook niet het oog op dit gedrag. In artikel 248a wordt onder meer strafbaar gesteld degene die door misleiding opzettelijk een minderjarige beweegt tot ontucht. In artikel 249, tweede lid, onderdeel 3°, wordt strafbaar gesteld degene die, werkzaam in de gezondheidszorg of maatschappelijke zorg, ontucht pleegt met iemand die zich als patiënt of cliënt aan zijn hulp of zorg heeft toevertrouwd. Daaronder vallen bij voorbeeld gevallen waarbij een arts onder het mom van een medische handeling ontucht pleegt met zijn patiënt.



De vraag rijst dus of er aanleiding is om gevallen van seksuele misleiding die buiten het bereik van de artikelen 248a en 249 Sr. vallen, strafbaar te stellen. Het zou dan kunnen gaan om afzonderlijke strafbaarstelling van degene die seksuele handelingen verricht met een persoon die hij met het oog daarop desbewust misleidt omtrent zijn identiteit dan wel omtrent de aard van de handeling. In het concept-wetsvoorstel was voor deze optie gekozen. In de toelichting op dat voorstel is er evenwel op gewezen dat hierbij wel grote behoedzaamheid is geboden, omdat er ook gevallen van misleiding zijn die buiten de strafwet moeten blijven. Daarbij kan worden gedacht aan situaties waarbij een persoon heeft ingestemd met seks, in de verwachting van een door de dader voorgespiegelde of in het vooruitzicht gestelde gebeurtenis of houding die uitblijft of anders verloopt dan verwacht. Hoewel het handelen van de dader ook in deze situaties bedenkelijk kan zijn, draagt degene wier of wiens verwachtingen zijn beschaamd, de volle verantwoordelijkheid voor het ondergaan van deze seksuele handelingen. Deze persoon kan daarom geen aanspraak maken op strafrechtelijke bescherming.

In de adviesaanvraag heb ik uitdrukkelijk aandacht gevraagd voor de vraag of de gesignaleerde lacune wellicht ook zou kunnen worden opgevuld door een wijziging van artikel 243 Sr., die ertoe strekt naast het reeds strafbaar gestelde misbruik van bewusteloosheid of lichamelijke onmacht ook misbruik van een verminderde bewustzijnstoestand strafbaar te stellen. In de adviezen over dit onderdeel van het concept-wetsvoorstel is erop gewezen dat de voorgestelde strafbaarstelling van seksuele misleiding omtrent de identiteit of de aard van de handeling te ruim is. Het openbaar ministerie heeft naar aanleiding van het in de adviesaanvraag gesuggereerde alternatief opgemerkt dat het verstandiger is om de leemte te vullen door een wijziging van de artikelen 243 en 247 Sr.

Bij de artikelen 243 en 247 Sr. staat, voor zover in dezen van belang, het begrip «lichamelijke onmacht» centraal. Hieronder wordt volgens vaste rechtspraak verstaan een toestand van fysieke weerloosheid die zijn oorzaak vindt in een bij het slachtoffer zelf bestaand lichamenlijk onvermogen tot handelen. Daaronder valt in ieder geval een toestand van vaste slaap. Op dit moment is niet zeker of onder deze bepalingen ook gevallen kunnen worden gebracht waarin het slachtoffer in lichamenlijk opzicht onvolkomen in staat is weerstand te bieden tegen seksuele handelingen. Dit is bij voorbeeld het geval wanneer een persoon zich bevindt in een verminderde bewustzijnstoestand. Dat was het geval in de hiervoor beschreven casus. Bij nader inzien acht ik het hiervoor genoemde alternatief aantrekkelijk. Ik ben van oordeel dat buiten twijfel dient te zijn dat seksueel misbruik van een persoon die zich bevindt in een verminderde bewustzijnstoestand, strafwaardig is en derhalve strafbaar dient te zijn. Het grote voordeel van dit voorstel boven het aanvankelijke voorstel is dat het enerzijds nauwkeuriger aangeeft welke gevallen onder het bereik van deze bepalingen worden gebracht en anderzijds voldoende ruimte laat voor de beoordeling van gevallen welke nog wel en welke niet meer in aanmerking behoren te komen voor strafrechtelijke bescherming. Daarmee is het gevaar afgewend dat een seksuele gedraging onder de strafwet komt te vallen die daar – gelet op de verantwoordelijkheid van degene die deze gedraging ondergaat – buiten zou moeten blijven. Daarom wordt thans voorgesteld om aan de artikelen 243 en 247 het geval van verminderde bewustzijnstoestand toe te voegen.

## **6. Uitbreiding van de toepasselijkheid van de strafwet**

Titel II, onderdeel A, sub f, aanhef en (ii), van het gemeenschappelijk optreden van de EU-lidstaten van 24 februari 1997 ter bestrijding van mensenhandel en seksuele uitbuiting van kinderen noopt tot wetgeving die strekt tot uitbreiding van de extraterritoriale jurisdictie tot strafbare feiten die buiten Nederland zijn gepleegd door vreemdelingen die in

Nederland een vaste woon- of verblijfplaats hebben (PbEG L 63). Voorgesteld wordt om de desbetreffende uitbreiding van de jurisdictie in dezen overeenkomstig artikel 5, eerste lid, onderdeel 2°, en tweede lid, Sr. neer te leggen in een nieuw artikel 5a Sr.

In dit verband maak ik nog een enkele opmerking over het vereiste van dubbele strafbaarheid. Dit vereiste houdt in dat vervolging in Nederland van een in het buitenland gepleegd strafbaar feit slechts mogelijk is, indien dat feit naar het recht van het land waar het is gepleegd, eveneens strafbaar is. Er zijn pleidooien gehouden – laatstelijk in het rapport van ECPAT Europe Law Enforcement Group in het rapport Extraterritorial Legislation as a Tool to Combat Sexual Exploitation of Children – om het vereiste van de dubbele strafbaarheid te laten vallen ten aanzien van zedendelicten jegens kinderen. De gedachte hierachter is dat er internationale consensus bestaat omtrent de strafwaardigheid van seksuele uitbuiting van kinderen en dat het niet aangaat sekstoeristen te laten profiteren van de omstandigheid dat een land zijn strafwetgeving nog niet op orde heeft.

Er kan pas aanleiding zijn te overwegen dit vereiste te laten vallen, als er in internationaal verband meer overeenstemming bestaat over de reikwijdte en de beschermingsomvang van de strafwetgeving inzake seksueel misbruik van kinderen.

Ik ben dus geen voorstander van het vestigen van universele rechtsmacht in dezen (zie ook de antwoorden op kamervragen van Rouvoet en Stellingwerf, aanhangsel Handelingen II 1994/95, nr. 1068, en op vragen van Van der Burg, Dijkman en Swildens-Rozendaal, aanhangsel Handelingen II 1995/96, nr. 1225). De mogelijkheden tot vervolging in Nederland zijn mede afhankelijk van de medewerking van de desbetreffende buitenlandse autoriteiten. Deze vervolging is nu al niet zonder praktische problemen. Men moet derhalve niet al te veel illusies koesteren omtrent de vergaring van het nodige bewijsmateriaal uit een land waar het desbetreffende feit niet strafbaar is. Het is effectiever om in internationaal verband te streven naar strafbaarstelling van het plegen van seksuele handelingen met jeugdigen in landen waar zulks niet het geval is en naar verbetering van de voorwaarden voor het doen van aangifte door of ten behoeve van het slachtoffer.

### **Artikelsgewijs**

In het algemeen gedeelte van deze memorie ben ik reeds ingegaan op de voorgestelde wijzigingen. De artikelsgewijze toelichting kan derhalve beknopt zijn.

#### *Artikel 1, onderdeel A*

Het in onderdeel 6 van het algemeen deel van deze memorie genoemde gemeenschappelijk optreden verplicht, voor zover in dezen van belang, tot de vestiging van rechtsmacht ten aanzien van seksuele uitbuiting of seksueel misbruik van kinderen en de handel in kinderen, gericht op seksuele uitbuiting of seksueel misbruik van kinderen, met uitzondering van het bezit van kinderpornografisch materiaal, wanneer de dader een onderdaan of een vaste ingezetene van die lidstaat is. Voorgesteld wordt om bij de implementatie van deze verplichting geen onderscheid te maken tussen (commerciële) seksuele exploitatie van kinderen en andere zedendelicten, en dus deze uitbreiding op alle zware zedendelicten van toepassing te doen zijn.

Het gemeenschappelijk optreden spreekt van «vaste ingezetene». In onze strafwetgeving gebruiken wij het begrip vaste woon- of verblijfplaats. Artikel 5 Sr. geeft een regeling voor de toepasselijkheid van de Neder-

landse strafwet op Nederlanders die zich buiten Nederland schuldig maken aan strafbare feiten.

Het verdient aanbeveling om de uitbreiding van de extraterritoriale werking van de zedelijkheidswetgeving ten aanzien van door buitenlanders die in Nederland wonen, buiten Nederland gepleegde delicten neer te leggen in een nieuw artikel 5a. Zoals alle adviesinstanties terecht hebben opgemerkt dient ook hier het vereiste van dubbele strafbaarheid te gelden.

#### *Artikel I, onderdeel B*

Deze wijzigingen zijn grotendeels reeds toegelicht in het algemeen deel van deze memorie.

Van de gelegenheid van de wijziging van artikel 240b Sr. is gebruik gemaakt om in het tweede lid te verduidelijken dat de exceptie ook ziet op het bezit van een gegevensdrager.

#### *Artikel I, onderdeel C*

In het algemeen deel van deze memorie is reeds ingegaan op het voorstel tot strafbaarstelling van seksueel misbruik van een verminderde bewustzijnstoestand.

#### *Artikel I, onderdelen D, E en F, onderdeel b, en artikel II*

Deze wijzigingen vloeien voort uit het schrappen van het klachtvereiste. In het algemeen deel van deze memorie is naar voren gebracht dat het hoorrecht, d.w.z. de verplichting van het openbaar ministerie een persoon in de gelegenheid te stellen om zijn mening over het gepleegde feit kenbaar te maken, wordt toegekend aan een aantal minderjarigen. Het gaat om de minderjarigen die thans klachtgerechtigd zijn. Het gaat dus om personen jegens wie de feiten worden gepleegd, strafbaar gesteld in de artikelen 245 (seksueel binnendringen van het lichaam van een minderjarige tussen 12 en 16 zonder geweld e.d.), 247 (ontucht met een minderjarige tussen 12 en 16 zonder geweld e.d.), en 248a Sr. (een minderjarige door giften, misbruik of misleiding bewegen tot ontucht). Ingevolge artikel 1, tweede lid, Sr. blijft het klachtvereiste gelden voor feiten, omschreven in de artikelen 245, 247 en 248a Sr, zoals die luiden vóór de datum van inwerkingtreding van deze wet, en gepleegd vóór dat tijdstip.

#### *Artikel I, onderdeel F, onderdeel a, en onderdeel G*

In het algemeen gedeelte van deze memorie zijn de overwegingen genoemd die ten grondslag liggen aan het voorstel om naast de strafbaarstelling van exploitatie van prostitutie door minderjarigen (artikel 250a) en het plegen van seksuele handelingen met een minderjarige prostituee (artikelen 247, 248a en 248b) ook degene strafbaar te stellen die in financieel opzicht profiteert van – de exploitant – dan wel gebruik maakt van – de klant – de seksuele diensten van een minderjarige zonder rechtstreekse lijfelijke betrokkenheid van de klant bij de seksuele handelingen van die minderjarige.

Voorgesteld wordt om de klant strafbaar te stellen in artikel 248a. Daartoe worden in het eerste lid de woorden «met hem» geschrapt. Daarmee wordt ook strafbaar het door middel van giften e.d. opzettelijk bewegen van iemand tot het plegen van ontuchtige handelingen zonder meer. In de tweede plaats wordt voorgesteld om in een nieuw artikel 248c Sr. strafbaar te stellen degene die opzettelijk aanwezig is bij een seksshow waarin iemand optreedt die kennelijk minderjarig is. In het aanvankelijke voorstel was het element «tegen betaling» opgenomen. Voorts ging het om de

aanwezigheid bij het verrichten van *seksuele* handelingen. De NVvR heeft erop gewezen dat het bijwonen van een gratis seksshow niet minder schadelijk voor de minderjarige is dan het bijwonen van een dergelijk optreden tegen betaling. De NVvR heeft er voorts op gewezen dat artikel 248c ook ziet op seksuele handelingen van een oudere minderjarige die deze handelingen geheel vrijwillig verricht. Zij heeft voorgesteld om «seksuele» te vervangen door «ontuchtige». Thans wordt voorgesteld om het element «tegen betaling» te schrappen en «het verrichten van seksuele handelingen» te vervangen door «het verrichten van ontuchtige handelingen». Dit omvat dus het seksueel optreden van de minderjarige. Tevens is toegevoegd dat het gaat om opzettelijke aanwezigheid. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat de toeschouwer het oogmerk heeft om naar dit optreden te kijken. Het bijwonen van een kinderpornofilm in een voor het afdraaien daarvan bestemde gelegenheid valt buiten deze bepaling.

#### *Artikelen I, onderdeel H*

In het algemeen gedeelte van deze memorie is het voorstel verantwoord om andere vormen van exploitatie van seksuele dienstverlening dan prostitutie waarbij personen onvrijwillig of als minderjarige zijn betrokken, strafbaar te stellen. Dit kan door toevoeging van het bestanddeel «voor een derde» in artikel 250a Sr. Deze wijziging levert een bijdrage aan de bestrijding van commerciële seksuele uitbuiting van personen.

#### *Artikel III*

Het verdient aanbeveling om de reikwijdte van de verordening, bedoeld in artikel 151a, eerste lid, van de Gemeentewet, uit te breiden tot het bedrijfsmatig geven van gelegenheid tot het tegen betaling verrichten van seksuele handelingen voor een derde.

De Minister van Justitie,  
A. H. Korthals