

▶▶
UHASSELT

KU LEUVEN



Maastricht University

KNOWLEDGE IN ACTION

Faculteit Rechten

master in de rechten

Masterthesis

Toestemmingsvereiste in het seksueel strafrecht

Anke Hendriks

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting rechten

PROMOTOR :

Prof. dr. Bart SPRIET

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



UHASSELT

KNOWLEDGE IN ACTION

www.uhasselt.be

Universiteit Hasselt
Campus Hasselt:
Martelarenlaan 42 | 3500 Hasselt
Campus Diepenbeek:
Agoralaan Gebouw D | 3590 Diepenbeek

2023
2024



UHASSELT

KNOWLEDGE IN ACTION

KU LEUVEN



Maastricht University

Faculteit Rechten

master in de rechten

Masterthesis

Toestemmingsvereiste in het seksueel strafrecht

Anke Hendriks

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting rechten

PROMOTOR :

Prof. dr. Bart SPRIET

Samenvatting

Op 1 juni 2022 trad in België het nieuw seksueel strafrecht in werking. Als fundamenteel uitgangspunt voor de nieuwe wetgeving koos de wetgever voor het beginsel van seksuele autonomie. Hierbij werd het essentieel geacht om een expliciete definitie van 'toestemming' op te nemen in het vernieuwde Strafwetboek. Het doel van deze masterscriptie bestaat erin na te gaan in hoeverre de wetgever de seksuele autonomie heeft gerespecteerd bij het opstellen van de toestemmingspremissie. In dit onderzoek worden artikel 417/5 en 417/6 van het Strafwetboek onder de loep genomen. Het onderzoek is gevoerd aan de hand van een literatuuronderzoek en een rechtswetenschappelijke analyse van rechtspraak, rechtsleer, wetgeving en parlementaire voorbereidingen.

Bij een nadere analyse van de Belgische definitie kunnen twee essentiële criteria worden onderscheiden waaraan de toestemming moet voldoen: de toestemming moet gegeven zijn uit vrije wil en deze moet op ieder moment kunnen worden ingetrokken. Volgens rechtsleer moeten deze criteria worden aangevuld opdat er sprake kan zijn van een geldige toestemming. Deze dient voorafgaand, geïnformeerd, ondubbelzinnig en specifiek te zijn. Uit het onderzoek blijkt dat een aantal kwaliteitseisen al eerder door de rechtspraak werden erkend. De kwaliteitseisen die aan de definitie van toestemming zijn gekoppeld, lijken in eerste instantie dan ook de seksuele autonomie te bevorderen. Toch heeft de wetgever niet alle kwaliteitseisen opgenomen in artikel 417/5 van het Strafwetboek. Het wetsartikel gaat wel uitgebreid in op de hypothesen waarin geen sprake is of kan zijn van toestemming. De duidelijkheid van het wetsartikel wordt aangetast door de uitgebreide omvang ervan.

Daarnaast is de wetgever te ver gegaan bij het vaststellen van de regels omtrent de seksuele meerderjarigheid in artikel 417/6 van het Strafwetboek, waarbij er een gebrek aan evenwicht is tussen de seksuele autonomie van minderjarigen en hun bescherming. Dit heeft geleid tot lacunes in de wetgeving en een gebrek aan consistentie binnen het seksueel strafrecht.

Om het onderzoek kracht bij te zetten werpt het onderzoek een blik op buitenlandse rechtstelsel. Dit biedt interessante inzichten. Zowel Zweden als Nederland hebben onachtzaamheidsmisdrijven opgenomen in hun strafwetgeving, waardoor seksuele handelingen strafbaar kunnen worden gesteld wanneer een persoon verzuimt de vrijwillige deelname of vrije wil van de andere partij te verifiëren. Hierdoor ontstaat er een verantwoordelijkheid voor individuen om actief onderzoek te doen naar toestemming, wat een belangrijke vooruitgang betekent voor het waarborgen van de seksuele autonomie van elk individu. Ook voorzien deze landen in flexibele afwijkingen van de seksuele meerderjarigheidsgrens, waardoor de seksuele autonomie van minderjarigen beter wordt gewaarborgd.

De rechtsvergelijking met Engeland illustreert de valkuilen van een overdreven restrictieve benadering en benadrukt de noodzaak om de balans te bewaren, zodat individuen in staat zijn om hun seksuele autonomie uit te oefenen binnen een kader dat zowel beschermend als toegankelijk is.

Dankwoord

Na een jaar zwoegen ligt deze masterthesis voor u. Deze masterthesis markeert een belangrijk eindpunt van mijn rechtenopleiding aan de UHasselt. Graag maak ik van deze gelegenheid gebruik om mijn dank uit te spreken aan de personen die mij hebben gesteund en geïnspireerd gedurende deze periode.

Allereerst wil ik de UHasselt van harte bedanken. Mijn schakel- en masterjaren aan deze universiteit hebben me gevormd en verrijkt op zowel academisch als persoonlijk vlak. Ik ben dankbaar voor de talloze kansen die de UHasselt mij heeft geboden om te groeien, niet alleen als student, maar ook als individu. De kans die ik afgelopen zomer heb gekregen om een stage te doorlopen bij de University of Pretoria Law Clinic in Zuid-Afrika was ongetwijfeld het hoogtepunt van de afgelopen vier jaar. Beide universiteiten hebben een aanzienlijke bijdrage geleverd aan mijn academische groei en hebben mijn ervaringen verrijkt op manieren die ik nooit had kunnen voorzien.

Een speciale vermelding gaat uit naar mijn promotor, professor dr. Bart Spriet, die mij het vertrouwen schonk om dit boeiende onderwerp te verkennen en te onderzoeken. Ook mijn begeleider Michele Walgraeve mag ik in dit dankwoord niet vergeten. Zijn onschatbare feedback en begeleiding hebben een aanzienlijke bijdrage geleverd aan de ontwikkeling en voltooiing van deze masterthesis.

Een bijzonder woord van dank is ook op zijn plaats voor mijn mede-studenten, met wie ik talloze uren heb doorgebracht op de campus. Samen hebben we niet alleen de academische uitdagingen aangepakt, maar hebben we ook waardevolle herinneringen gecreëerd tijdens onze studiemomenten, die vaak werden onderbroken door welverdiende koffiepauzes. Onze banden werden gesmeed in de vuren van deadlines en examens en ik ben dankbaar voor de vriendschappen die we hebben opgebouwd.

Tenslotte, maar zeker niet in de laatste plaats, wil ik mijn diepe dankbaarheid uiten aan mijn familie en vrienden. In tijden van drukte hebben zij mij voorzien van de broodnodige afleiding en onvoorwaardelijke steun, wat mijn academische reis des te draaglijker heeft gemaakt. Ook mijn vriend verdient een bijzondere vermelding. Zijn aanhoudende steun en geloof in mijn kunnen hebben een onschatbare rol gespeeld in de afgelopen jaren en hebben me door de moeilijkste momenten geleid.

Anke Hendriks
Hasselt, 15 mei 2024

Lijst van afkortingen

EHRM

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EVRM

Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

SOA

Sexual offences act 2003

Lijst van bijlagen

Bijlage I. Relevante artikelen Zweeds Strafwetboek

Bijlage II. Relevante artikelen Nederlands Strafwetboek

Bijlage III. Relevante artikelen Wet seksuele misdrijven

Bijlage IV. Relevante artikelen Sexual Offences Act 2003 (SOA)

Inhoudsopgave

| | |
|---|------------|
| Samenvatting | I |
| Dankwoord | III |
| Lijst van afkortingen | V |
| Lijst van bijlagen | VII |
| Inleiding | 1 |
| 1 Seksuele autonomie | 5 |
| <i>1.1 Begripsafbakening</i> | <i>5</i> |
| 1.1.1 (Persoonlijke) autonomie | 5 |
| 1.1.2 Seksuele autonomie | 6 |
| <i>1.2 Wettelijke verankering</i> | <i>7</i> |
| 1.2.1 Zelfbeschikkingsrecht | 7 |
| 1.2.2 Recht op privacy | 7 |
| 1.2.3 Reproductieve en seksuele gezondheid..... | 9 |
| <i>1.3 Wisselwerking met toestemming.....</i> | <i>10</i> |
| <i>1.4 Seksuele autonomie in deze thesis.....</i> | <i>11</i> |
| 2 Toestemmingspremissie | 13 |
| <i>2.1 Totstandkoming</i> | <i>13</i> |
| 2.1.1 Internationale invloed | 13 |
| 2.1.2 Hervormingsproject..... | 14 |
| <i>2.2 Wettelijke verankering</i> | <i>16</i> |
| 2.2.1 België..... | 16 |
| 2.2.2 Zweden | 18 |
| 2.2.3 Nederland | 19 |
| 2.2.4 Engeland | 21 |
| <i>2.3 Voorwaarden</i> | <i>23</i> |
| 2.3.1 Uit vrije wil | 23 |
| 2.3.2 Voorafgaand..... | 26 |
| 2.3.3 Geïnformeerd | 26 |
| 2.3.4 Specifiek..... | 27 |
| 2.3.5 Ondubbelzinnig? | 29 |
| <i>2.4 Uitsluitingsgronden</i> | <i>31</i> |
| 2.4.1 Kwetsbare toestand slachtoffer | 31 |

| | |
|---|-----------|
| 2.4.2 Dwang, geweld en bedreiging | 35 |
| 2.4.3 Verrassing..... | 39 |
| 2.4.4 List | 40 |
| 2.4.5 Andere strafbare gedraging | 42 |
| 2.5 <i>Seksuele meerderjarigheid</i> | 44 |
| 2.5.1 Principe | 44 |
| 2.5.2 Afwijkingen | 45 |
| 2.5.3 Uitsluitingsgronden..... | 47 |
| 2.5.4 Sexting..... | 49 |
| 2.6 <i>Onachtzaamheidsmisdrijven</i> | 50 |
| 3 Evaluatie | 53 |
| 3.1 <i>Toestemmingspremissie</i> | 53 |
| 3.1.1 Voorwaarden | 53 |
| 3.1.2 Onachtzaamheidsmisdrijven: een gemiste kans? | 55 |
| 3.2 <i>Seksuele meerderjarigheid</i> | 56 |
| Besluit | 59 |
| Bibliografie..... | 63 |
| Bijlage I. Relevante artikelen Zweeds Strafwetboek..... | 75 |
| Bijlage II. Relevante artikelen Nederlands Strafwetboek | 79 |
| Bijlage III. Relevante artikelen Wet seksuele misdrijven | 83 |
| Bijlage IV. Relevante artikelen Sexual Offences Act 2003 (SOA) | 85 |

Inleiding

1. In 2015, naar aanleiding van Internationale Vrouwendag, publiceerde Yasmine Schillebeeckx de column "*Mijn naam is niet Hey Sexy*". In deze column beschreef Schillebeeckx haar ervaringen met straatintimidatie.¹ Haar woorden veroorzaakten een golf van reacties, met name van mannelijke columnisten die minachtend reageerden met "*Ciao bella, hoe erg kan het zijn?*".² Hierdoor startte Schillebeeckx een beweging met #WijOverdrijvenNiet, waarbij vrouwen werden aangemoedigd om hun eigen ervaringen met grensoverschrijdend gedrag publiekelijk te delen. De vele reacties onthulden de verontrustende frequentie van dergelijke incidenten. In oktober 2017 bracht #MeToo seksueel overschrijdend gedrag wereldwijd onder de aandacht. Slechts een maand later besloot de VRT de samenwerking met Bart de Pauw stop te zetten vanwege beschuldigingen van seksueel wangedrag. Deze gebeurtenissen leidden tot uitgebreide debatten in de samenleving.³

2. Uiteindelijk bracht de brute verkrachting en moord op Julie Van Espen een drastische versnelling teweeg in de hervorming van het seksueel strafrecht.⁴ Als direct gevolg hiervan werd het nieuwe seksueel strafrecht afzonderlijk van de rest van het Strafwetboek behandeld en trad het in werking op 1 juni 2022.⁵ Als fundamenteel uitgangspunt voor de nieuwe wetgeving koos de wetgever voor het beginsel van seksuele autonomie.⁶ Hierbij werd het essentieel geacht om een expliciete definitie van 'toestemming' op te nemen in het vernieuwd seksueel strafrecht.⁷

3. Deze masterthesis onderzoekt in welke mate de wetgever rekening heeft gehouden met seksuele autonomie bij het opstellen van de toestemmingspremissie. In essentie onderzoekt deze thesis hoe de wetgeving betreffende toestemming in seksuele contexten is geformuleerd en of deze wetgeving voldoende ruimte biedt voor het waarborgen van seksuele autonomie. Door de mate van aandacht voor seksuele autonomie in de wetgeving te onderzoeken, draagt deze masterthesis bij aan het begrip van de relatie tussen wetgeving, ethiek en seksuele vrijheid en biedt het mogelijke inzichten voor toekomstige juridische ontwikkelingen en beleidsvorming.

4. Deze masterthesis concentreert zich op de analyse van de wetsartikelen met betrekking tot de definitie van 'toestemming' en de seksuele meerderjarigheid, alsook op de relevante rechtsfilosofische perspectieven binnen de context van de hervorming van het Belgisch seksueel strafrecht. Andere aspecten van deze hervorming zullen niet uitvoerig worden behandeld. Er wordt niet ingegaan op de rol van toestemming binnen de verschillende strafbaarstellingen. Tot slot wordt er niet ingegaan op de verschillen met het oude recht.

¹ Y. SCHILLEBEECKX, "Mijn naam is niet Hey Sexy", De Morgen 2015, www.demorgen.be/nieuws/mijn-naam-is-niet-hey-sexy~b4beff0a/?referrer=https://www.google.com/.

² X, "Marc Didden blikt terug op #WijOverdrijvenNiet", 2015, <https://charliemag.be/wereld/marc-didden/>.

³ L. STEVENS, *Hoe legaal te flirten?: een gids voor vrouwen en mannen over seksueel geweld en #MeToo*, Gent, Borgerhoff & Lamberigts, 2019, 16-19.

⁴ *Hand.* Kamer 2020-21, 4 november 2020, nr. 55-1580/016, 24.

⁵ Wet van 21 maart 2022 houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *BS* 30 maart 2022.

⁶ Wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 9.

⁷ Wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 14-20.

5. Door de beperkte omvang van deze masterthesis blijven bredere maatschappelijke en culturele perspectieven onderbelicht. Hierdoor kan deze masterthesis mogelijk geen volledig begrip bieden van de complexe interdisciplinaire aard van seksuele autonomie en de bredere sociale context waarbinnen wetgeving opereert. Het is belangrijk om deze beperking te erkennen en te benadrukken dat verdere studies die deze aspecten integreren van onschatbare waarde kunnen zijn voor een alomvattende benadering van dit onderwerp.

6. Om tegemoet te komen aan bovenstaand onderzoeksopzet wordt er gebruik gemaakt van een evaluerende onderzoeksvraag: *"In welke mate heeft de Belgische wetgever rekening gehouden met seksuele autonomie bij het opstellen van de toestemmingspremissie in het seksueel strafrecht?"*. Als extern criterium voor dit evaluatief onderzoek is gekozen voor het concept van seksuele autonomie binnen de rechtsfilosofie dat, zoals eerder al is benadrukt, het uitgangspunt vormt van de hervorming van het seksueel strafrecht. Door dit externe criterium te hanteren wordt gestreefd naar een dieper begrip van hoe de wetgever seksuele autonomie heeft geïntegreerd in de toestemmingspremissie en in hoeverre deze integratie overeenkomt met ethische en filosofische principes van individuele seksuele vrijheid en zelfbeschikking.⁸

7. Om een antwoord te kunnen formuleren op bovenstaande onderzoeksvraag worden de volgende subonderzoeksvragen beantwoord:

- 1) Hoe wordt de toestemmingspremissie ingevuld in het huidige seksueel strafrecht?⁹
- 2) Hoe wordt het begrip 'seksuele autonomie' beschreven in de rechtsfilosofie?¹⁰
- 3) Hoe vullen Zweden, Nederland en Engeland hun toestemmingspremissie in?¹¹
- 4) In hoeverre wordt de seksuele autonomie gewaarborgd door de toestemmingspremissie?¹²
- 5) Welke aanbevelingen kunnen er vanuit rechtsvergelijkend perspectief gedaan worden?¹³

⁸ L. KESTEMONT, P. SCHOUKENS, K. HENDRICKX en E. TERRY (eds.), *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2021, 64-66.

⁹ Dit is een beschrijvende subonderzoeksvraag, zie: P. SCHOUKENS, K. HENDRICKX en E. TERRY (eds.), *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2021, 43-49.

¹⁰ Dit is een beschrijvende subonderzoeksvraag, zie: P. SCHOUKENS, K. HENDRICKX en E. TERRY (eds.), *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2021, 43-49.

¹¹ Dit is een vergelijkende subonderzoeksvraag, zie: P. SCHOUKENS, K. HENDRICKX en E. TERRY (eds.), *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2021, 51-63.

¹² Dit is een evaluerende subonderzoeksvraag, zie: P. SCHOUKENS, K. HENDRICKX en E. TERRY (eds.), *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2021, 64-66.

¹³ Dit is een aanbevelende subonderzoeksvraag, zie: P. SCHOUKENS, K. HENDRICKX en E. TERRY (eds.), *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2021, 66-69.

8. Deze subonderzoeksvragen worden uitgewerkt in drie delen. Het eerste deel is gewijd aan een diepgaande verkenning van seksuele autonomie, waarbij de componenten die deze autonomie definiëren worden onderzocht. Hierbij wordt er gekeken hoe dit begrip wordt ondersteund en versterkt door fundamentele rechten. Vervolgens wordt de relatie tussen seksuele autonomie en toestemming onder de loep genomen. Tot slot wordt de definitie van seksuele autonomie afgebakend, waardoor het als toetsingscriterium kan dienen in een latere fase van het onderzoek.

9. In het tweede deel wordt de definitie van toestemming uit artikel 417/5 van het Strafwetboek nader bekeken. Hierbij wordt de totstandkoming belicht, met aandacht voor de bijdrage van de internationale gemeenschap aan de totstandkoming van deze definitie. Daarnaast wordt beknopt het hervormingsproces toegelicht en wordt er dieper ingegaan op de voorwaarden voor een volwaardige toestemming, de uitsluitingsgronden en de seksuele meerderjarigheid.

Om een grondige evaluatie mogelijk te maken, wordt in dit onderzoek het onderwerp ook vanuit een rechtsvergelijkend perspectief geanalyseerd. Hierbij wordt gebruik gemaakt van een externe micro rechtsvergelijking vanuit een dogmatische invalshoek.¹⁴ In eerste instantie wordt het Zweeds recht onderzocht, aangezien de Belgische wetgever het Zweeds model als inspiratiebron heeft gebruikt voor het vormgeven van de toestemmingspremissie.¹⁵ Vervolgens wordt het Nederlands recht bestudeerd. Nederland is momenteel bezig met het hervormen van het seksueel strafrecht. Door de grote gelijkenissen tussen de rechtssystemen van België en Nederland is het interessant om te onderzoeken hoe de Nederlandse wetgever dit concept zal invullen. Tot slot wordt ook het Engels recht onderzocht. Hoewel Engeland een common law-stelsel heeft, dat fundamentele verschillen vertoont met het Belgische stelsel, kan het interessante inzichten bieden over de invulling van de toestemmingspremissie. Deze rechtsvergelijking beperkt zich tot de invulling van de toestemmingspremissie en gaat niet verder in op het seksuele strafrecht in zijn geheel.

10. In het laatste deel wordt onderzocht in welke mate seksuele autonomie wordt gewaarborgd door de toestemmingspremissie. Hierbij wordt een kritische blik geworpen op de Belgische wetgeving. Ten slotte worden enkele aanbevelingen geformuleerd, met het oog op het versterken van de bescherming van seksuele autonomie binnen het wettelijk kader. Deze aanbevelingen zullen nauwlettend aansluiten bij de behoefte aan een gebalanceerde benadering, waarbij zowel de bescherming van individuen tegen ongewenste seksuele handelingen als het respect voor hun vermogen om autonoom te beslissen over hun seksuele leven worden gewaarborgd.

¹⁴ P. SCHOUKENS, K. HENDRICKX en E. TERRY (eds.), *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2021, 51-56.

¹⁵ MvT bij het wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 16-17.

1 Seksuele autonomie

1.1 Begripsafbakening

1.1.1 (Persoonlijke) autonomie

11. Het begrip 'seksuele autonomie' is niet los te zien van het bredere concept van autonomie. Om een duidelijk beeld van het begrip 'seksuele autonomie' te krijgen, is het van belang om te onderzoeken hoe het concept van autonomie ingevuld moet worden. Autonomie, afgeleid van de Griekse termen 'autos' (αὐτός = 'zelf') en nomos (νόμος = 'wet'), betekent in zijn meest eenvoudige zin zelfbestuur.¹⁶ Hoewel er geen eenduidige definitie is van 'autonomie', wordt het begrip vaak geassocieerd met 'vrijheid' en de 'afwezigheid van dwang'. Binnen de filosofie bestaat er een breed scala aan opvattingen over hoe het begrip 'autonomie' verder moet worden geïnterpreteerd. Sommigen stellen minimale eisen, waardoor zelfs kleine inbreuken op vrijheid als een schending van autonomie worden beschouwd. Anderen daarentegen hanteren zeer strenge criteria, waardoor overheden of medeburgers aanzienlijke dwang kunnen uitoefenen voordat er sprake is van een inbreuk op autonomie.¹⁷ Doorgaans wordt aangenomen dat individuen het recht hebben om niet door de staat of door anderen beïnvloed te worden, tenzij deze inmenging gerechtvaardigd wordt door het algemeen belang van de samenleving als geheel.¹⁸

12. Binnen het bredere spectrum van autonomie neemt de persoonlijke autonomie een essentiële plaats in. Het begrip wordt in navolging van het werk van KANT en MILL in de filosofie omschreven als "*handelen en leven volgens de eigen keuzes, waarden en identiteit binnen de beperkingen van wat men moreel toelaatbaar acht*", als een "*vermogen [...] om kritisch na te denken over [...] voorkeuren, verlangens, wensen*", wat "*zelfontdekking, zelfdefinitie en zelfsturing*" inhoudt en "*het leven van binnenuit leven*".¹⁹ Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) omschrijft persoonlijke autonomie en zelfbeschikking als "*de mogelijkheid om zijn leven in te richten op een wijze die hij zelf kiest, [waaronder begrepen kan zijn] de mogelijkheid om activiteiten te ontplooiën die als lichamelijk of moreel schadelijk of gevaarlijk voor de betrokkene worden beschouwd*".²⁰ Het Hof oordeelde in een ander arrest dat persoonlijke autonomie "*meerdere aspecten van iemands fysieke en sociale identiteit kan omvatten*".²¹

¹⁶ H. DE DIJN, "Autonomie en zelfbeschikkingsrecht", *Streven: algemeen cultureel tijdschrift* 2010, (205) 205.

¹⁷ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie*, Antwerpen, Maklu, 2015, 67-77.

¹⁸ M. SELLERS, "An introduction to the value of autonomy in law" in M. SELLERS (ed.), *Autonomy in the law*, Dordrecht, Springer, 2007, 1-2.

¹⁹ P. CANNOOT, *The right to personal autonomy regarding sex (characteristics), gender (identity and/or expression) and sexual orientation: towards an inclusive legal system*, doctoraatsthesis UGent, 2019, 47, <https://biblio.ugent.be/publication/8631237>.

²⁰ EHRM 29 April 2002, *Pretty v. the United Kingdom*, nr. 2346/02.

²¹ EHRM 12 April 2016, *R.B. v. Hungary*, nr. 64602/12.

1.1.2 Seksuele autonomie

13. Seksuele autonomie omvat de vrijheid om zelf de eigen seksuele ervaringen te bepalen, inclusief de keuze over hoe en met wie men zich seksueel uitdrukt.²² Controle hebben over wie je lichaam aanraakt en hoe is de kern van menselijke waardigheid en seksuele autonomie.²³ Seksuele autonomie rust op het essentiële beginsel van vrije keuze, welke afhankelijk is van mentale bekwaamheid, het bewustzijn van beschikbare opties en toegang tot relevante informatie. Het vereist een omgeving vrij van externe dwang of manipulatie, waar individuen de vrijheid hebben om hun seksuele handelingen en partners op basis van hun eigen wil te kiezen. Wanneer deze vrijheid wordt bedreigd door interventie van buitenaf, zelfs zonder fysiek geweld, dient wettelijk ingrijpen gerechtvaardigd te zijn.²⁴ Ook misleiding en informatieve beperkingen kunnen de autonomie schenden en de toestemming tenietdoen.²⁵ Een individu moet dus niet enkel beschikken over relevante informatie, maar moet ook in staat zijn om te handelen in overeenstemming met zijn persoonlijke beoordeling van die informatie.²⁶ SCHULHOFER stelt dat dit recht volledig beschermd moet worden door een model van *affirmative consent* (*infra* nr. 33), waarbij de nadruk ligt op het zoeken naar de aanwezigheid en niet op de afwezigheid van toestemming.²⁷

14. Seksuele autonomie omvat zowel een negatief als een positief aspect. Het negatieve aspect houdt in dat individuen het recht hebben om gevrijwaard te blijven van seksueel contact en om te allen tijde seksuele betrekkingen, met wie dan ook, te vermijden. Volgens het positieve aspect hebben individuen het recht om deel te nemen aan de seksuele activiteiten met wederzijdse toestemming.²⁸ Het is echter van essentieel belang op te merken dat de positieve aspecten van seksuele autonomie alleen kunnen bestaan zonder in strijd te zijn met de negatieve aspecten van een andere individu.²⁹ Seksuele autonomie wordt dus geschonden wanneer een persoon wordt onderworpen aan seksuele handelingen zonder wederzijdse toestemming of wordt verhinderd deel te nemen aan seksuele handelingen met wederzijdse toestemming.³⁰

²² N. LACEY, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, Londen, Bloomsbury, 1998, 104.

²³ J. MCGREGOR, *Is it Rape? On Acquaintance Rape and Taking Women's Consent Seriously*, Londen, Routledge, 2005, 106.

²⁴ J. SCHULHOFER, "Rape in the Twilight Zone: When Sex is Unwanted but not Illegal", *Suffolk University Law Review* 2005, afl. 38, (412) 420-421.

²⁵ J. HERRING, "Mistaken Sex", *Criminal Law Review* 2005, (511) 520-523.

²⁶ O. MADHLOOM, *Protecting Autonomy in Non-consensual Sexual Offences: A Kantian Critique*, doctoraatsthesis De Montfort University, 2014, 85, <https://dora.dmu.ac.uk/items/80ee5978-a64f-4856-abb6-01093b21de9f>.

²⁷ J. SCHULHOFER, "Rape in the Twilight Zone: When Sex is Unwanted but not Illegal", *Suffolk University Law Review* 2005, afl. 38, (412) 420-423.

²⁸ N. SCHEIDEGGER, "Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception", *German law review* 2021, (769), 771.

²⁹ C.R. YUNG, "Rape Law Fundamentals", *Yale Journal of Law & Feminism* 2014, afl. 26, (1) 28.

³⁰ N. SCHEIDEGGER, "Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception", *German law review* 2021, (769), 771.

1.2 Wettelijke verankering

1.2.1 Zelfbeschikkingsrecht

15. Het zelfbeschikkingsrecht wordt gezien als de positieve veruitwendiging van autonomie. Het recht wordt ruim geïnterpreteerd, wat individuen de vrijheid geeft om autonoom over hun eigen lichaam te beslissen. Volgens een strikte benadering wordt er aan de overheden een verbod opgelegd om bij hoogstpersoonlijke beslissing tussen te komen, zoals bij euthanasie en abortus.³¹ Het zelfbeschikkingsrecht legt geen ideaal op dat moet worden nagestreefd. Hoe een individu zijn eigen leven invult, bepaalt hij zelf.³² Bovendien hebben individuen het recht om te beslissen of zij hun leven willen voortzetten of niet. Toch is het zelfbeschikkingsrecht niet absoluut. De titularis van het recht mag namelijk geen schade toebrengen aan anderen of hun vrijheid beperken.³³

16. Om een keuze eigen te maken en te bewerkstelligen moet een individu over bepaalde elementaire competenties beschikken. Vooreerst moet een individu een beslissing in alle redelijkheid kunnen maken. Dit betekent dat hij weet waarom hij iets kiest, alsook hoe hij denkt het doel van deze keuze te kunnen bereiken. Daarnaast moet het individu matuur zijn om de voor- en nadelen van deze beslissing af te wegen en de gevolgen ervan in te schatten en bereid zijn deze ook te dragen. Tot slot moet de beslissing eigen zijn. Dit betekent dat een individu zich niet mag laten beïnvloeden door een bron. Hij weegt verschillende bronnen af en denkt hierbij na over zijn werkelijke wil. De beslissing van een ander mag dus niet kritiekloos overgenomen worden.³⁴

17. De voorwaarden van redelijkheid, maturiteit en eigenheid laten de mens toe om een zelfstandige beslissing te maken, maar ze zijn niet voldoende om die eigen keuze ook te bewerkstelligen en te genieten van deze gerealiseerde keuzevrijheid. Om deze vrijheid te realiseren moet de mens beschikken over voldoende bagage, zoals intellectuele kennis en cognitieve, sociale, emotieve vaardigheden en motivatie.³⁵

1.2.2 Recht op privacy

18. Autonomie en het recht op privacy zijn nauw met elkaar verbonden. Autonomie omvat het recht om zelfstandig beslissingen te nemen, terwijl privacy fungeert als een barrière die individuen ervan weerhoudt om zich met persoonlijke zaken van anderen te bemoeien. Hierdoor kan het recht op privacy gezien worden als de negatieve uitdrukking van de autonomie.³⁶ Deze relatie tussen persoonlijke (seksuele) autonomie en het recht op privacy kan worden afgeleid uit artikel 8 (1) van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), dat bepaalt dat ieder persoon recht heeft op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Het recht op privacy is in België ook grondwettelijk verankerd.³⁷

³¹ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie*, Antwerpen, Maklu, 2015, 44.

³² J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie*, Antwerpen, Maklu, 2015, 71.

³³ H. DE DIJN, "Autonomie en zelfbeschikkingsrecht", *Streven: algemeen cultureel tijdschrift* 2010, (205) 210.

³⁴ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie*, Antwerpen, Maklu, 2015, 69-70.

³⁵ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie*, Antwerpen, Maklu, 2015, 70.

³⁶ M. SELLERS, "An introduction to the value of autonomy in law" in M. SELLERS (ed.), *Autonomy in the law*, Dordrecht, Springer, 2007, 2.

³⁷ Art. 15, 22 en 29 Gw.

19. Hoewel seksuele autonomie niet expliciet wordt genoemd in artikel 8 (1) EVRM, heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) geoordeeld dat seksuele autonomie wordt beschermd door het artikel doordat het seksuele leven van een individu wordt beschouwd als een integraal onderdeel van zijn privéleven.³⁸ Het EHRM hanteert een ruime interpretatie van het begrip 'privéleven', waarbij privacy niet beperkt is tot de woonplaats van een individu. Deze bescherming strekt zich uit tot het openbare domein, tenzij het individu zich op een manier gedraagt die redelijkerwijs niet kan worden verwacht onder de bescherming van het privéleven te vallen. Om dit te beoordelen kijkt het EHRM naar wat een individu redelijkerwijze mag verwachten met betrekking tot bescherming in het openbaar.³⁹ Het EHRM heeft het recht op seksuele autonomie onder artikel 8 (1) EVRM ontwikkeld op basis van het concept van persoonlijke autonomie (*supra* nr. 11-12).

20. Persoonlijke autonomie bepaalt zowel de reikwijdte van het recht op privacy als de grenzen die aan vrije seksualiteitsbeleving gesteld kunnen worden. Een persoon heeft, volgens het EHRM, recht op een maximale mate van vrijheid binnen zijn of haar persoonlijke levenssfeer, rekening houdend met de autonome seksuele zelfontplooiing van de betrokkene. Het EHRM deed deze uitspraak naar aanleiding van een verzoekschrift van een voormalige rechter die uit zijn ambt ontzet was na een veroordeling wegens opzettelijke slagen en verwondingen als gevolg van sadomasochistische activiteiten.⁴⁰

21. Er rust een positieve verplichting op verdragsstaten om hun burgers met strafrechtelijke bepalingen te beschermen tegen bepaalde inbreuken op hun fysieke integriteit.⁴¹ Deze bescherming omvat het waarborgen van basisvoorwaarden voor autonomie en het beschermen van het privéleven tegen inmenging door derden. Staten moeten zich preventief inzetten tegen seksueel geweld, onder andere door middel van educatieve initiatieven.⁴² Het EHRM heeft meermaals moeten oordelen over verschillende facetten van de menselijke seksualiteitsbeleving.⁴³ Enerzijds betroffen deze zaken strafrechtelijke regels die specifieke seksuele handelingen, zoals homoseksualiteit, verboden. Anderzijds waren er ook situaties waarbij de wetgeving niet expliciet deze vormen van seksualiteit verbood, maar toch bemoeilijkte door het opleggen van negatieve consequenties voor betrokkenen, zoals een ontslag, het verlies van omgangsrecht, een verbod op adoptie of andere juridische belemmeringen.⁴⁴ Artikel 8 (1) moet dan ook in samenhang gelezen worden met het verbod op onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing uit artikel 3 EVRM.⁴⁵

³⁸ EHRM 19 mei 1976, Brüggemann and Scheuten v. Germany, nr. 6959/75; EHRM 22 oktober 1981, Dudgeon V United Kingdom, nr. 7525/76; EHRM 26 oktober 1998, Norris v. Ireland, nr. 10581/83; EHRM 22 april 1993, Modinos v. Cyprus, nr. 15070/89; EHRM 27 september 1999, Smith and Grad v. United Kingdom, nr. 33985/96; EHRM 31 juli 2000, A.D.T. v. The United Kingdom, nr. 35765/97; EHRM 9 januari 2003, L. and V. v. Austria, nr. 39392/98.

³⁹ EHRM 16 December 1992, Niemetz v. Germany, nr. 13710/88; EHRM 16 februari 2000, Amann v. Switzerland, nr. 27798/95; EHRM 24 januari 2017, Paradiso and Campanelli v. Italy, nr. 25358/12.

⁴⁰ EHRM 17 februari 2005, K.A. en A.D. v. België, nr. 42758/98.

⁴¹ EHRM 26 maart 1985, X and Y v. Nederland, nr. 8978/80.

⁴² D.S. VALENTINER, "The human right to sexual autonomy", *German law journal* 2021, afl. 22, (703) 707-708.

⁴³ EHRM 22 oktober 1981, Dudgeon V United Kingdom, nr. 7525/76; EHRM 26 oktober 1998, Norris v. Ireland, nr. 10581/83; EHRM 22 april 1993, Modinos v. Cyprus, nr. 15070/89; EHRM 31 juli 2000, A.D.T. v. The United Kingdom, nr. 35765/97; EHRM 9 januari 2003, L. and V. v. Austria, nr. 39392/98.

⁴⁴ EHRM 27 september 1999, Smith and Grady v. United Kingdom, nr. 33985/96; EHRM 21 december 1999, Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, nr. 33290/96; EHRM 26 februari 2002, Fretté v. France, nr. 36515/97.

⁴⁵ EHRM 25 september 1997, Aydin v. Turkey, nr. 23178/94; EHRM 26 november 2002, E. and others v. United Kingdom, nr. 33218/96.

1.2.3 Reproductieve en seksuele gezondheid

22. In Europese en internationale wetgeving is seksuele autonomie nauw verbonden met reproductieve en seksuele gezondheid. Hoewel seksuele gezondheid en reproductieve gezondheid verschillende aspecten van gezondheid omvatten, zijn ze onlosmakelijk met elkaar verbonden. Seksuele gezondheid wordt gedefinieerd als een *"toestand van lichamelijk, emotioneel, geestelijk en sociaal welzijn in relatie tot seksualiteit"*, waarbij onder andere de beschikbaarheid van medische zorg en informatie, toegang tot anticonceptie en veilige abortus van essentieel belang zijn.⁴⁶ Anderzijds heeft reproductieve gezondheid betrekking op het vermogen om zich voort te planten en de vrijheid om geïnformeerde, vrije en verantwoordelijke keuzes te maken. De beschikbaarheid en toegang tot voorbehoedsmiddelen en veilige abortussen zijn cruciale voorwaarden voor zowel seksuele autonomie als reproductieve gezondheid.⁴⁷

23. Artikel 12.1 van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) erkent het recht op seksuele en reproductieve gezondheid door te stellen: *"de staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen het recht van eenieder op een zo goed mogelijke lichamelijke en geestelijke gezondheid"*. Het General Comment No. 22 uit 2016 biedt verdere verduidelijkingen over de reikwijdte en inhoud van dit recht als bedoeld in artikel 12.1. Hoewel deze verklaring niet bindend is, biedt zij een leidraad voor het vormgeven van seksuele rechten. Hierbij ligt de focus vooral op consensueel seksueel gedrag, zoals de vrije keuze van seksuele gedragingen, praktijken, partners en relaties.⁴⁸ Hierbij moeten steeds de rechten van andere individuen in acht genomen worden, zodat ook zij dit recht kunnen uitoefenen.⁴⁹ Het recht om vrij te zijn van geweld en dwang is essentieel om seksualiteit zonder enige vorm van foltering, wrede, onmenselijke of ontterende behandeling of bestraffing te kunnen ervaren.⁵⁰ Om van seksualiteit te kunnen genieten heeft ieder mens recht op uitgebreide seksuele voorlichting, die gebaseerd is op wetenschappelijk bewijs en zijn oorsprong vindt in mensenrechten, gendergelijkheid en een positieve benadering van seksualiteit en plezier.⁵¹ Individuen zijn vrij om te kiezen met wie ze trouwen⁵² en om al dan niet kinderen te krijgen⁵³. Verder wordt benadrukt dat de vrijheden van meningsuiting en vergadering ook van toepassing zijn op kwesties met betrekking tot seksualiteit.⁵⁴

⁴⁶ General comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health, *UN Doc. E/C.12/GC/22*, 4.

⁴⁷ General comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health, *UN Doc. E/C.12/GC/22*, 4-6.

⁴⁸ Art. 2 Declaration of sexual rights

⁴⁹ Art. 3 Declaration of sexual rights

⁵⁰ Art. 4 Declaration of sexual rights

⁵¹ Art. 9-10 Declaration of sexual rights.

⁵² Art. 11 Declaration of sexual rights

⁵³ Art. 12 Declaration of sexual rights

⁵⁴ Art. 13-15 Declaration of sexual rights

1.3 Wisselwerking met toestemming

24. Toestemming en autonomie zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Toestemming verwijst naar de instemmende houding van een individu ten aanzien van een gedraging die door een ander ten opzichte van hem wordt gesteld.⁵⁵ Het dient als het middel om de waarde van seksuele autonomie te beschermen en te bevorderen.⁵⁶ Bij het verlenen van toestemming vindt er een interactief proces plaats waarbij alle betrokken partijen voortdurend onderhandelen. Tijdens deze gesprekken kunnen mensen zich in een breed spectrum bevinden, variërend van ongewenste en gedwongen seksuele activiteiten tot seksuele handelingen waarbij er een volledige en uitdrukkelijke toestemming is.⁵⁷

25. Het bepalen van het bestaan van toestemming hangt samen met de bescherming van seksuele autonomie. Als er geen toestemming is of als die is geschonden, dan is de seksuele autonomie geschonden. Als de seksuele autonomie is geschonden, dan betekent dit dat er geen toestemming is gegeven of dat die is geschonden. Met andere woorden wordt de toestemming gebruikt als maatstaf om te bepalen of seksuele autonomie al dan niet geschonden is.⁵⁸

26. Een toestemming in de louter feitelijke zin van het woord is niet altijd rechtsgeldig. Om te bepalen of een toestemming rechtsgeldig gegeven wordt, moet er van een mens uitgegaan worden die volledig autonoom is. Seksuele vrijheid houdt dus in dat een individu de vrijheid heeft om seksuele handelingen te verrichten zonder onder druk te worden gezet door interne of externe beperkingen. Autonomie kan worden aangetast door factoren zoals onbekwaamheid, dwang en misleiding. Als een individu niet in staat is om de betekenis en het doel van zijn beslissingen te begrijpen, wordt aangenomen dat het niet autonoom is en bijgevolg geen geldige toestemming kan geven.⁵⁹ Daarnaast is een bepaalde hoeveelheid informatie nodig om geïnformeerde beslissingen te kunnen nemen over seksualiteit.⁶⁰

27. Om te bepalen of het recht op autonomie geschonden is door bedrog moet er rekening gehouden worden met het principe van verantwoordelijkheid. Iedereen is verantwoordelijk voor zijn of haar eigen kennis en kunde. Verantwoordelijkheid nemen voor de handeling waarvoor toestemming is gegeven, betekent ook verantwoordelijkheid nemen voor mogelijke tekortkomingen in de informatie, tenzij de tekortkomingen onder de verantwoordelijkheid van een andere persoon vallen. De ongeldigheid van de toestemming kan alleen worden overwogen als het bedrog invloed heeft gehad op de beslissingsvrijheid van het slachtoffer, hetzij door actieve misleiding of niet-openbaarmaking van informatie die verplicht is om te geven.⁶¹

⁵⁵ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 50.

⁵⁶ A. WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 31.

⁵⁷ D.S. VALENTINER, "The human right to sexual autonomy", *German law journal* 2021, (703) 706.

⁵⁸ J. VIDLER, "Ostensible consent and the limits of sexual autonomy", *Macquarie Law Journal* 2017, afl. 6, (104) 111.

⁵⁹ N. SCHEIDEGGER, "Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception", *German Law Journal* 2021, (769) 771-773.

⁶⁰ L.E. CHIESA, "Solving the Riddle of Rape by Deception", *Yale Law & Policy Review* 2017, afl. 35, (407) 440-442.

⁶¹ N. SCHEIDEGGER, "Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception", *German law review* 2021, (769) 773-774.

28. De autonomie kan ook geschonden worden door vormen van dwang, zoals geweld en bedreiging. Hiervoor moet de kracht van de dwang in aanmerking worden genomen. Zo kan bijvoorbeeld een zwakke bedreiging genoeg zijn om iemand te laten meewerken, maar ondermijnt de vrijwilligheid niet genoeg om haar acties niet-autonoom te maken.⁶²

1.4 Seksuele autonomie in deze thesis

29. Zoals duidelijk is geworden uit de voorgaande analyse, staat seksuele autonomie centraal in de ethische discussie rond seksualiteit en recht. Zoals eerder aangegeven, zal 'seksuele autonomie' fungeren als het toetsingscriterium waaraan de Belgische toestemmingspremissie later zal worden onderworpen. Hoewel er geen uniforme definitie van het begrip bestaat, zal in deze thesis onder 'seksuele autonomie' het volgende worden begrepen: "*seksuele autonomie is het vermogen van een persoon om vrijelijk beslissingen te nemen over alle aspecten van zijn seksualiteitsbeleving, met inachtneming van de seksuele autonomie van een ander*".

30. De definitie benadrukt dat individuen vrij zijn om beslissingen te nemen over hun seksuele leven. Dit omvat de vrijheid om te kiezen hoe ze hun seksualiteit beleven, inclusief hun seksuele identiteit, voorkeuren en gedragingen. Door het begrip 'alle aspecten van zijn seksualiteitsbeleving' op te nemen in de definitie, wordt ruimte gecreëerd voor een breed scala aan gedragingen. Dit erkent de diverse seksuele behoeften, voorkeuren en ervaringen van individuen en respecteert hun recht op individuele expressie en variatie in seksuele interacties. Daarnaast houdt het rekening met nieuwe seksuele gedragingen die mogelijk ontstaan of worden erkend in onze voortdurend veranderende samenleving.

31. Het woord 'vermogen' in deze definitie wijst op de capaciteit van een individu om vrijelijk beslissingen te nemen met betrekking tot hun seksualiteit. Het benadrukt dat seksuele autonomie niet alleen een recht is, maar ook een bekwaamheid die individuen in staat stelt om hun eigen voorkeuren, grenzen en wensen te identificeren en uit te drukken. Door te spreken over 'vermogen' wordt de nadruk gelegd op de intrinsieke capaciteit van individuen om autonome beslissingen te nemen over hun seksualiteit, los van externe factoren zoals leeftijd, geslacht of andere eigenschappen. Dit benadrukt dat seksuele autonomie inherent is aan het mens-zijn en dat alle individuen het recht hebben om hun seksualiteit op een zelfgekozen wijze te ervaren. Het benadrukken van het 'vrijelijk nemen van beslissingen' impliceert dat deze beslissingen vrij moeten zijn van dwang, manipulatie en misleiding.

32. Seksuele autonomie gaat niet alleen over het vermogen om vrijelijk beslissingen te nemen over de eigen seksualiteit, maar ook over het erkennen en respecteren van de seksuele autonomie van anderen. Daarom is het belangrijk om 'met inachtneming van de seksuele autonomie van een ander' in deze definitie op te nemen. Vrijheid om te beslissen over de eigen seksualiteit mag niet leiden tot het schenden van de autonomie van anderen. Hiermee wordt het negatieve aspect van seksuele autonomie benadrukt

⁶² D. BROMWICH en J. MILLUM, "Lies, Control, and Consent: A Response to Dougherty and Manson", *Ethics* 2018, afl. 128(2), (446) 459-460.

2 Toestemmingspremissie

2.1 Totstandkoming

2.1.1 Internationale invloed

33. De herziening van het seksueel strafrecht in België vraagt in eerste instantie om een analyse vanuit een bredere internationale context. Op internationaal niveau is er een verschuiving merkbaar van een "nee is nee"-benadering naar een systeem waarbij "ja is ja" centraal staat. In het "nee is nee"-model is er geen sprake van toestemming wanneer er expliciet 'nee' wordt gezegd of duidelijk verzet wordt getoond. Volgens het "ja is ja"-model moet er sprake zijn van een positieve toestemming, door woorden of uit duidelijke gedragingen. Bijgevolg kan er geen sprake zijn van toestemming door het louter stilzwijgen.⁶³ Om tot een geldige toestemming te komen, is *affirmative consent* nodig. LEARY verbindt vier specifieke kenmerken aan *affirmative consent*. Allereerst moeten alle betrokken partijen expliciet, bewust en vrijwillig instemmen met de seksuele handelingen, hetzij door woorden of daden. Daarnaast kan toestemming niet worden afgeleid uit stilte, gebrek aan protest of het bestaan van een eerdere seksuele relatie. Er is ook geen sprake van toestemming wanneer een persoon bewusteloos is, slaapt of om andere redenen niet in staat is om toestemming te verlenen. Tot slot kan toestemming op elk moment worden ingetrokken.⁶⁴ In vele gevallen zal er geen sprake zijn van een strikt "nee is nee"- of "ja is ja"-beleid maar eerder van een tussenvorm, namelijk "geen ja is nee"- of "zelfs ja is nee"-beleid.⁶⁵

34. Deze verschuiving werd ingezet door de uitspraak van het EHRM in de zaak *M.C. tegen Bulgarije* uit 2003. Hierin werd geoordeeld dat alle seksuele handelingen zonder wederzijdse toestemming strafbaar moeten worden gesteld, zonder dat fysiek verzet van een betrokken partij vereist is. Deze grondgedachte werd vervolgens in 2011 verankerd in het Verdrag van Istanboel.⁶⁶ Volgens artikel 36 moet seksueel geweld, waaronder verkrachting, strafbaar worden gesteld door de verdragsluitende partijen. Binnen het kader van het verdrag hebben de implementerende verdragspartijen de vrijheid om naar eigen inzicht de specifieke formulering van de strafbepaling in te vullen. Dit dient echter te voldoen aan enkele fundamentele criteria om te kunnen spreken van een vrije toestemming voor handelingen van seksuele aard. Toestemming dient vrijwillig te zijn gegeven en voort te vloeien uit de vrije wil van de betrokken persoon, wat moet worden vastgesteld in het licht van de omstandigheden. Bij de beoordeling hiervan moet rekening worden gehouden met een breed scala aan gedragingen en reacties van slachtoffers, zonder dat er veronderstellingen worden gemaakt over typisch gedrag. Ook wat betreft de factoren die vrije toestemming uitsluiten of eraan in de weg staan, hebben de staten de mogelijkheid om hierover een vrije keuze te maken.⁶⁷

⁶³ G. VERMEULEN, "Seksuele toestemming in het nieuwe seksueel strafrecht: onvolkomen, inconsistente en aarzelende progressie" in G. VERMEULEN, L. BYN en S. DE COENSEL (eds.), *Seksuele autonomie, normativiteit, exploitatie en deviantie: criminologische en juridische verkenningen*, Antwerpen, Gompel&Svacina, 2022, 37-38.

⁶⁴ M. LEARY, "Affirmatively replacing rape culture with consent culture", *Texas Tech Law Review* 2016, afl. 49:1, (1) 8.

⁶⁵ G. VERMEULEN, "Seksuele toestemming in het nieuwe seksueel strafrecht: onvolkomen, inconsistente en aarzelende progressie" in G. VERMEULEN, L. BYN en S. DE COENSEL (eds.), *Seksuele autonomie, normativiteit, exploitatie en deviantie: criminologische en juridische verkenningen*, Antwerpen, Gompel&Svacina, 2022, 37-42.

⁶⁶ Wet van 1 maart 2016 houdende instemming met het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld gedaan te Istanbul van 11 mei 2011, BS 9 juni 2016.

⁶⁷ MvT bij het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, CETS 11 mei 2011, nr. 210, §189-190.

35. Ook binnen de Europese Unie (EU) wordt er bijzondere aandacht aan dit onderwerp besteed. In 2022 werd er een nieuw voorstel voor richtlijn uitgebracht die zich onder andere richt op het strafbaar stellen van seksuele misdrijven tegen vrouwen.⁶⁸ In de toelichting bij het voorstel werd gesteld dat de maatregelen die de EU-lidstaten genomen hebben in het kader van het Verdrag van Istanbul nog steeds lacunes vertoonden en dat de doelstellingen van dit verdrag niet volledig werden bereikt.⁶⁹ Het voorstel is recentelijk goedgekeurd door het Europees Parlement.⁷⁰ De Europese wetgever heeft hierbij helderheid verschaft over wat er wordt verstaan onder 'instemming' met betrekking tot het delen van intiem of bewerkt materiaal zonder toestemming. Instemming kan op elk moment tijdens de handeling worden ingetrokken en het ontbreken van de instemming kan niet worden weerlegd door het loutere feit dat de vrouw zwijgt of zich niet verbaal of fysiek verzet, of door haar seksueel gedrag in het verleden.⁷¹ Het voorstel wou oorspronkelijk de marge van de nationale wetgever met betrekking tot de strafbaarstelling van verkrachting verder beperken door omstandigheden of factoren vast te leggen die per definitie een vrijwillige toestemming uitsloten, zoals ten gevolge van de lichamelijke of geestelijke gesteldheid van de vrouw.⁷² Met dit initiatief wilde de EU een aanzienlijke stap zetten richting het concept van toestemming, gebaseerd op het zogenaamde *affirmative consent*. Deze bepaling werd echter niet opgenomen in de richtlijn.

2.1.2 Hervormingsproject

36. Voorafgaand aan de hervorming van het seksueel strafrecht werd het begrip toestemming niet uitdrukkelijk gespecificeerd in de wet. De oude artikelen 372 en 373 van het Strafwetboek bepaalden wel de omstandigheden waarin er geen sprake kon zijn van een geldige toestemming. Het Hof van Cassatie heeft herhaaldelijk geoordeeld dat het aan de rechtspraak is om specifiek te bepalen wat er wordt bedoeld met een geldige toestemming.⁷³ In de rechtsleer werd het begrip 'toestemming' omschreven als "*een veroorlovende ingesteldheid die aan bepaalde geldigheidsvoorwaarden dient te voldoen opdat ze strafrechtelijk in aanmerking kan worden genomen bij de beoordeling van de bestaansvoorwaarden van het misdrijf*".⁷⁴

⁶⁸ Voorstel (Comm.) voor een richtlijn van het Europees Parlement en de raad ter bestrijding van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, 8 maart 2022, COM(2022)105 def - 2022/0066(COD).

⁶⁹ Voorstel (Comm.) voor een richtlijn van het Europees Parlement en de raad ter bestrijding van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, 8 maart 2022, COM(2022)105 def - 2022/0066(COD), 3.

⁷⁰ Richtlijn van het Europees en de Raad ter bestrijding van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, 25 april 2024, PE-CONS 33/24, 2022/0066(COD).

⁷¹ Art. 5 Richtlijn van het Europees en de Raad ter bestrijding van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, 25 april 2024, PE-CONS 33/24, 2022/0066(COD).

⁷² Art. 5 Voorstel (Comm.) voor een richtlijn van het Europees Parlement en de raad ter bestrijding van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, 8 maart 2022, COM(2022)105 def - 2022/0066(COD).

⁷³ Wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl. St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/017, 18; Cass. 25 september 2007, *RW* 2007-08, 1503; Cass. 30 oktober 2007, *Pas.* 2007, 1913.

⁷⁴ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 49-50.

37. Het Strafwetboek, daterend uit 1876, onderging door de jaren heen herhaalde wijzigingen. Toch lagen (en liggen) vele van deze bepalingen niet meer in lijn met de hedendaagse maatschappelijke realiteit.⁷⁵ De verouderde principes leidden tot heel wat onduidelijkheden, een moeilijke bewijslevering en te lage straffen.⁷⁶ Om in lijn te blijven met bovengenoemde internationale rechtsbronnen was een hervorming van het Belgische seksueel strafrecht dan ook noodzakelijk. De vorige legislatuur (2014-2018) nam het initiatief tot het moderniseren van het strafrecht door het instellen van een onderzoekscommissie, bestaande uit Joëlle ROZIE en Damien VANDERMEERSCH.⁷⁷ De commissie beëindigde haar werkzaamheden halverwege 2018 wegens de herintrede van de vrijheidsstraf als centrale component in het voorgestelde nieuwe Strafwetboek. Zij was van mening dat deze ontwikkeling afbreuk deed aan de kernprincipes en beginselen die de grondslag vormden van het beoogde nieuwe Strafwetboek.⁷⁸ Niet veel later viel de regering-Michel I waardoor de hervorming niet meer werd verdergezet onder deze legislatuur.⁷⁹

38. De huidige legislatuur (2019-2024) zette de eerder gestarte hervorming door. Hiervoor werden twee wetsvoorstellen ingediend die het gehele Strafwetboek betroffen: een eerste in maart 2019⁸⁰ en een herwerkte versie in februari 2020⁸¹. Naar aanleiding van de verkrachting en moord op Julie Van Espen werd er een afzonderlijk wetsontwerp voor seksuele misdrijven geformuleerd dat prioritair behandeld werd.⁸² De jaren ervoor hadden sociale bewegingen, zoals de #MeToo-campagne, al gezorgd voor een groter bewustzijn van seksueel wangedrag in de moderne samenleving en de impact ervan op slachtoffers. Dit bracht op maatschappelijk vlak een verandering teweeg van de sociale normen met betrekking tot het aangaan van seksuele interacties.⁸³ Het nieuw seksueel strafrecht trad uiteindelijk in werking op 1 juni 2022.⁸⁴ Ondertussen werd op 22 februari 2024 het wetsontwerp tot invoering van een geheel nieuw Strafwetboek goedgekeurd. Exact twee jaar na publicatie in het Belgisch Staatsblad zal het nieuw Strafwetboek in werking treden.⁸⁵

⁷⁵ K. GEENS, *De sprong naar het recht voor morgen. Hercodificatie van de basiswetgeving*, Brussel, FOD Justitie, 2016, 11.

⁷⁶ TEAM JUSTITIE, "Hervorming seksueel strafrecht", 2021, www.teamjustitie.be/2021/04/02/hervorming-seksueel-strafrecht/.

⁷⁷ MB 30 oktober 2015 houdende oprichting van de Commissies tot hervorming van het strafrecht en van het strafprocesrecht, *BS* 29 december 2015.

⁷⁸ J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH, "Ontslag van de twee leden van de Commissie tot hervorming van het Strafwetboek", *NC* 2018, (522) 524.

⁷⁹ X, "Koning Filip aanvaardt ontslag regering-Michel, regering in lopende zaken en geen vervroegde verkiezingen", *De Morgen* 2018, www.demorgen.be/nieuws/koning-filip-aanvaardt-ontslag-regering-michel-regering-in-lopende-zaken-en-geen-vervroegde-verkiezingen~bab248b0/.

⁸⁰ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 3651/001.

⁸¹ Wetsvoorstel tot instelling van een nieuw Strafwetboek (boek 1 en 2), *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 1011/001.

⁸² Wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001; *Hand.* Kamer 2020-21, 4 november 2020, nr. 55-1580/016, 23-24.

⁸³ R. TER HAAR, L. KESTELOO en N. KORTHALS, "De strafbaarstelling van seks tegen de wil: een eerste verkenning van het juridische landschap", *Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht* 2019, 248.

⁸⁴ Wet van 21 maart 2022 houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *BS* 30 maart 2022.

⁸⁵ *Hand.* Kamer 2023-24, 22 februari 2024, PLEN 292, 46-51.

39. Bij de formulering van het nieuwe seksueel strafrecht koos de wetgever voor een ander uitgangspunt dan voorheen.⁸⁶ Het nieuwe recht legt de nadruk op het principe van seksuele autonomie en het recht op seksuele zelfbeschikking⁸⁷, terwijl de oude bepalingen, weliswaar na verloop van tijd reeds in mindere mate, vooral gericht waren op het beschermen van de gezinsvrede, de rust van het burgerlijk gezin en het collectief bewustzijn. Hierbij vond de wetgever het van groot belang om een definitie van 'toestemming' op te nemen in het nieuw seksueel strafrecht.⁸⁸

40. De wettelijke verankering van de toestemmingsvereiste heeft een dubbel doel: enerzijds meer uniformiteit in de wet brengen, anderzijds de maatschappij meer sensibiliseren rond dit thema.⁸⁹ Het ontbreken van toestemming geldt nu als een vereist element voor alle seksuele misdrijven, terwijl in voorgaande strafwetten het gebrek aan toestemming alleen in verband werd gebracht met de delictsomschrijvingen van verkrachting⁹⁰ en voyeurisme⁹¹.

2.2 Wettelijke verankering

2.2.1 België

41. De algemene invulling van de notie toestemming in het seksueel strafrecht ligt vervat in artikel 417/5 van het Strafwetboek. De wetgever heeft daarbij niet geopteerd voor een definitie in de strikte zin van het woord. Zo geeft het eerst de algemene kenmerken van toestemming weer, terwijl de daaropvolgende leden dit concept verder verfijnen en afbakenen. Het artikel legt daarbij de nadruk op situaties waarin geen toestemming aanwezig is, waardoor het eerder neigt naar een negatieve definitie⁹²:

"Toestemming veronderstelt dat deze uit vrije wil is gegeven. Dit wordt beoordeeld in het licht van de omstandigheden van de zaak. De toestemming kan niet worden afgeleid uit de loutere ontstentenis van verweer van het slachtoffer. De toestemming kan worden ingetrokken op elk ogenblik voor of tijdens de seksuele handeling."

⁸⁶ Belgisch Strafwetboek 8 juni 1867, BS 15 oktober 1867.

⁸⁷ Wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 9.

⁸⁸ Wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 14-20.

⁸⁹ M. COP en T. Henrion, *Het nieuwe seksueel strafrecht. Artikelsgewijze bespreking van de hervorming anno 2022*, Leuven, LeA Uitgevers, 2022, 4.

⁹⁰ Art. 1 wet van 4 juli 1989 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf verkrachting, BS 18 juli 1989.

⁹¹ Art. 8, 1° en 2° wet 1 februari 2016 tot wijziging van diverse bepalingen wat de aanranding van de eerbaarheid en het voyeurisme betreft, BS 19 februari 2016.

⁹² V. LIÉGEOIS, "De (negatieve) definitie van toestemming in het nieuw seksueel strafrecht. Een interdisciplinaire, juridisch-terminologische analyse", *T.Strafr.* 2023, afl. 3, (139) 147.

42. Het tweede lid somt specifieke voorwaarden op waarin geen geldige toestemming kan worden verondersteld. Echter, deze opsomming is niet exhaustief, waardoor de strafrechter de ruimte krijgt om in elke zaak *in concreto* na te gaan of er al dan niet sprake was van toestemming met inachtneming van de omstandigheden van die zaak.⁹³ Deze benadering biedt flexibiliteit om zowel ondercriminalisering als overcriminalisering te vermijden door een gedetailleerdere afweging te maken in het beoordelen van de toestemming.⁹⁴ In de verdere bespreking zal ook duidelijk worden dat veel van deze begrippen met elkaar samenhangen. Sommige begrippen zullen niet uitgebreid worden behandeld, doordat ze zo nauw met elkaar verbonden zijn of zo vanzelfsprekend zijn dat een afzonderlijke bespreking overbodig lijkt. Lid twee bepaalt het volgende:

“Toestemming is er niet wanneer de seksuele handeling is gepleegd door gebruik te maken van de kwetsbare toestand van het slachtoffer ten gevolge van onder meer angst, invloed van alcohol, verdovende middelen, psychotrope stoffen of enige andere substantie met een soortgelijke uitwerking, een ziekte of een handicapsituatie, waardoor de vrije wil is aangetast.”

43. In tegenstelling tot het tweede lid, omvat het derde lid een uitputtende lijst van gedragingen waarin in elk geval geen sprake kan zijn van toestemming⁹⁵:

“Toestemming is er in ieder geval niet indien de seksuele handeling het gevolg is van een bedreiging, fysiek of psychisch geweld, dwang, verrassing, list of van enige andere strafbare gedraging.”

44. Lid vier bepaalt daarentegen dat er nooit sprake kan zijn van toestemming als het slachtoffer bewusteloos of slapend is, omdat het slachtoffer in die situaties niet in staat is om over zijn of haar vrije wil te beschikken⁹⁶:

“Toestemming is er in ieder geval niet wanneer de seksuele handeling is gepleegd ten nadele van een bewusteloos of slapend slachtoffer.”

45. De ingevoerde definitie van toestemming in het Strafwetboek is een verduidelijking van de voorwaarde in oudere wetgeving, aangevuld met interpretaties door de rechtspraak. Hierdoor dient het te worden beschouwd als een precisering en niet als een verzwaring van de strafwet, waardoor het direct van toepassing is op lopende zaken.⁹⁷

⁹³ Wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 14.

⁹⁴ P.H.P.H.M.C., VAN KEMPEN, “Van overcriminalisering naar een strafwaardigheidsbeginsel. Over onder meer doxing, seksuele misdrijven, euthanasie en verboden bezitsdelicten”, *Delikt en Delinkwent* 2022, afl. 5, (381) 394.

⁹⁵ *Hand.* Kamer 2020-21, 23 december 2021, nr. 55-2141/006, 56.

⁹⁶ *Hand.* Kamer 2020-21, 2 maart 2022, nr. 55-2141/017, 12.

⁹⁷ J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH en J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Naar een nieuw strafwetboek? Het voorstel van de commissie tot hervorming van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 180.

2.2.2 Zweden

46. Op 1 juli 2018 trad in Zweden een nieuw seksueel strafrecht in werking, dat gebaseerd is op het recht op persoonlijke en seksuele integriteit en het recht op seksuele zelfbeschikking.⁹⁸ Hiermee deed de Zweedse wetgever afstand van de vroegere op dwang gebaseerde wetgeving.⁹⁹ Hoewel het Zweeds recht geen expliciete definitie geeft van 'toestemming', wordt een gelijkaardig concept wel behandeld in het artikel dat verkrachting strafbaar stelt:

*"A person who performs vaginal, anal or oral intercourse, or some other sexual act that in view of the seriousness of the violation is comparable to sexual intercourse, with a person who is not participating voluntarily is guilty of rape and is sentenced to imprisonment for at least three and at most six years. The same applies to a person who induces another person who is not participating voluntarily to undertake or submit to such an act. When assessing whether participation is voluntary or not, particular consideration is given to whether voluntariness was expressed by word or deed or in some other way."*¹⁰⁰

47. Uit bovenstaande bepaling kan afgeleid worden dat de Zweedse wetgever in plaats van 'toestemming' verwijst naar 'participating voluntarily'. 'Voluntarily' kan in het Nederlands vertaald worden naar vrijwillig¹⁰¹ en 'participating' naar deelname¹⁰². Met de keuze voor 'vrijwillige deelname' wil de wetgever mogelijke interpretatieproblemen rondom de definitie van 'toestemming' voorkomen en meer flexibiliteit creëren in situaties waarin toestemming weliswaar gegeven wordt, maar het gevolg is van bijvoorbeeld misleiding. Daarnaast streeft de wetgever naar een transformatie in de manier waarop het lichaam van het, meestal vrouwelijke, slachtoffer wordt gezien.¹⁰³ De wetgever heeft geen definitie van 'vrijwillige deelname' opgenomen in de voorbereidende werken.

⁹⁸ M. BLADINI en W. SVEDBERG ANDERSON, "Swedish rape legislation from use of force to voluntariness - critical reflections from an everyday life perspective", *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice* 2020, (95) 96.

⁹⁹ C. LERNSTEDT en M. KAGRELL, "The Swedish move towards (in)voluntariness", in T. HÖRNLE (ed.), *Sexual assault*, Oxford, Oxford University Press, 2023, 166-169.

¹⁰⁰ Hoofdstuk 6, sectie 1 Zweeds Strafwetboek (officiële Engelse vertaling), www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf.

¹⁰¹ X, "Betekenis 'voluntary'", www.vandale.nl/gratis-woordenboek/engels-nederlands/vertaling/voluntary.

¹⁰² X, "Betekenis 'participation'", www.vandale.nl/gratis-woordenboek/engels-nederlands/vertaling/participation.

¹⁰³ L. WALLIN, S. UHNOO, Å. WETTERGEN en M. BLADINI, "Capricious credibility – legal assessments of voluntariness in Swedish negligent rape judgements", *Nordic journal of criminology* 2021, afl. 22, (3) 4.

2.2.3 Nederland

a. Huidig recht

48. Nederland maakt naar huidig recht geen gebruik van een toestemmingspremissie. Uit de wetsbepaling die verkrachting strafbaar stelt, kan er worden afgeleid dat Nederland toepassing maakt van het dwangmodel:

“Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het ondergaan van handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt als schuldig aan verkrachting gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.”¹⁰⁴

Ook uit de wetsbepaling die ontucht strafbaar stelt blijkt dat de centrale delictsgedraging ‘dwingen’ is:

“Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, wordt, als schuldig aan feitelijke aanranding van de eerbaarheid, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.”¹⁰⁵

49. Volgens het dwangmodel moet er onvrijwilligheid in hoofde van het slachtoffer bestaan. Deze onvrijwilligheid manifesteert zich wanneer het slachtoffer op het beslissende moment niet wil dat het gevolg onder die omstandigheden tot stand komt.¹⁰⁶ Bovendien moet de dader bewust aanvaarden dat er een aanzienlijke kans bestaat dat de seksuele penetratieve handeling tegen de wil van het slachtoffer plaatsvindt. Hierbij moet er minstens sprake zijn van een algemeen opzet in hoofde van de dader. Hierdoor is de beleving van het slachtoffer niet voldoende voor de strafbaarstelling.¹⁰⁷

50. Het vaststellen van de onvrijwilligheid van het slachtoffer en het opzet van de dader op zichzelf volstaan echter niet om van een strafbare gedraging te spreken. Zo moet de situatie voor het slachtoffer ook werkelijk onvermijdbaar zijn. Het slachtoffer moet zich in een situatie bevinden waarin het niet mogelijk of zeer moeilijk is om zich tegen de betreffende seksuele handelingen te verzetten doordat er gebruik wordt gemaakt van geweld of een andere feitelijkheid of door bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid.¹⁰⁸ Onder ‘andere feitelijkheid’ moet het uitoefenen van psychische druk op het slachtoffer, het brengen van het slachtoffer in een afhankelijkheidssituatie en het brengen van het slachtoffer in een door de verdachte veroorzaakte (bedreigende) situatie worden verstaan.¹⁰⁹ Een causaal verband tussen deze dwangmiddelen en het dwingen is vereist.¹¹⁰

¹⁰⁴ Art. 242 Wetboek van Strafrecht, NS 15 januari 1886.

¹⁰⁵ Art. 246 Wetboek van Strafrecht, NS 15 januari 1886.

¹⁰⁶ K. LINDENBERG, *Strafbare dwang. Over het bestanddeel ‘dwingen’ en strafbaarstellingen van dwang, in het bijzonder art. 284 Sr.*, Apeldoorn, Maklu, 2007, 135-139, 162-164.

¹⁰⁷ Hoge Raad (NL) 27 november 2018, *Nederlands Jurisprudentie* 2019/241, 3924-3926, noot N. ROZEMOND.

¹⁰⁸ Hoge Raad (NL) 16 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7650.

¹⁰⁹ Hoge Raad (NL) 27 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:494.

¹¹⁰ L. HAMERS, L. SCHREURS en J. VAN DER HAM, “Dwang bij misdrijven tegen de zeden in het afgelopen decennium. Gezichtspunten uit de rechtspraak met het oog op een toekomstig wetsvoorstel”, *Delikt en Delinkwent* 2019, afl. 9, (756) 770.

51. Daarnaast moet de dader de onvermijdelijke positie van het slachtoffer ook begrijpen.¹¹¹ Het kan voorkomen dat, zelfs wanneer de dader zich bewust was van het feit dat zijn handelingen ingingen tegen de wil van de ander, hij toch de veronderstelling koesterde dat de ander had kunnen weglopen of zijn handelingen had kunnen weerstaan en voorts dat hij, door het uitblijven van tekenen van verzet, hoopte dat hij de ander voor zich kon winnen. In dat geval zou er geen sprake zijn van opzet, waardoor er alsnog niet voldaan is aan de voorwaarden die het dwangmodel oplegt.¹¹²

52. Uit bovenstaande uiteenzetting blijkt dat er in het dwangmodel een verschil gemaakt wordt tussen gedwongen en onvrijwillige geslachtsgemeenschap. Elke gedwongen seksuele interactie is onvrijwillig maar niet elke onvrijwillige seksuele interactie gaat gepaard met dwang. Volgens de Nederlandse wetgever is de huidige aanpak van verkrachting niet langer aangewezen doordat er fundamentele verschillen heersen tussen de maatschappelijke perceptie van wat seksueel wangedrag is en wat als zodanig kan worden gekwalificeerd door de wet.¹¹³ Zoals bij het Belgisch recht al werd benadrukt, speelde de nasleep van #MeToo een grote rol in deze maatschappelijke verschuiving. Bovendien kan het voor slachtoffers moeilijk zijn om aan te tonen dat ze zich hebben verzet, waardoor er een extra drempel ontstaat.¹¹⁴

b. Toekomstig recht

53. Op 1 juli 2024 treedt in Nederland een nieuwe wetgeving in werking, waarbij het begrip 'zedendelicten' plaatsmaakt voor 'seksuele misdrijven'.¹¹⁵ Deze verandering koppelt de wetgever aan de grondslag van seksuele autonomie.¹¹⁶ De wetgever vond het niet opportuun om een definitie van 'toestemming' op te nemen in het Strafwetboek omdat dit zou kunnen leiden tot het uitsluiten van situaties die eigenlijk onder de definitie zouden moeten vallen.¹¹⁷ Uit het nieuwe wetsartikel, dat het oude wetsartikel vervangt waarin dwang als centraal element vereist was voor verkrachting, kan worden afgeleid dat "het ontbreken van wil" als een bestanddeel voor het misdrijf verkrachting wordt beschouwd:

*"Als schuldig aan opzetverkrachting wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie, degene die met een persoon seksuele handelingen verricht, welke handelingen bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, terwijl diegene weet dat bij die persoon daartoe de wil ontbreekt."*¹¹⁸

¹¹¹ K. LINDENBERG en A.A. VAN DIJK, *Herziening van de zedendelicten? Een analyse van Titel XIV, Tweede Boek, Wetboek van Strafrecht met het oog op samenhang, complexiteit en normstelling*, WODC, Ministerie van Justitie, 2015, 220-221.

¹¹² K. Lindenberg, "Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een 'Nein heißt Nein'" in E. Gritter (ed.), *Modern Strafrecht: Contributions to the National Criminal Law Day 2017*, Groningen, Kluwer, 2019, 6.

¹¹³ *Hand.* Kamer, 22 mei 2019, nr. 2574955, 1.

¹¹⁴ *Hand.* Kamer, 22 mei 2019, nr. 2574955, 1-3.

¹¹⁵ KB van 25 maart 2024 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet seksuele misdrijven, *NS* 27 maart 2024.

¹¹⁶ MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 86.

¹¹⁷ *Hand.* Kamer 13 juni 2023, 36222, nr. 12, 7-8.

¹¹⁸ Art. 243(1) Wet seksuele misdrijven, *NS* 27 maart 2024.

54. 'De wil ontbreekt' verwijst naar de situatie waarin er sprake is van de afwezigheid van een vrije positieve wilsuiting. Hieruit kan worden afgeleid dat de afwezigheid van wil zich vertaalt in een 'geen ja is neen', dat nauw verbonden is met de overtuiging van "ja is ja" (*supra* nr. 33).

2.2.4 Engeland

55. De *Sexual Offences Act 2003* (SOA) werd geïntroduceerd na een rapport van het ministerie van Binnenlandse Zaken, waarin het principe van seksuele autonomie als fundamenteel uitgangspunt voor de nieuwe wetgeving omtrent zedendelicten sterk benadrukt werd.¹¹⁹ De invoering van een definitie van het begrip 'consent' stond centraal bij het opstellen van deze wetgeving.¹²⁰ 'Consent' kan in het Nederlands vertaald worden naar toestemming, instemming of goedkeuring.¹²¹

56. Drie artikelen verduidelijken wat de SOA bedoelt met het begrip toestemming. Volgens artikel 76 heerst er een onweerlegbaar vermoeden dat het slachtoffer niet instemde en dat de dader redelijkerwijs niet geloofde dat het slachtoffer instemde met de desbetreffende handeling wanneer de dader het slachtoffer opzettelijk heeft misleid over de aard of het doel van de handeling, of wanneer de dader het slachtoffer opzettelijk tot toestemming heeft aangezet door zich voor te doen als een persoon die de het slachtoffer persoonlijk kent. Deze onweerlegbare vermoedens moeten strikt worden geïnterpreteerd.¹²²

57. Artikel 75 somt zes gespecificeerde omstandigheden op waarin er een weerlegbaar vermoeden heerst dat het slachtoffer niet toestemde met de seksuele handeling. Zo wordt er vermoed dat het slachtoffer niet toestemt met de seksuele handeling wanneer er geweld wordt gebruikt of bedreigd wordt met geweld tegen het slachtoffer of een derde, het slachtoffer onrechtmatig wordt vastgehouden, het slachtoffer slaapt of zich in een bewusteloze toestand bevindt, het slachtoffer omwille van een fysieke invaliditeit in de onmogelijkheid verkeert om zijn toestemming kenbaar te maken en wanneer enig persoon aan het slachtoffer een stof toedient die, gelet op het tijdstip van toediening of inname, de verdoving of de overheersing van het slachtoffer ten tijde van de desbetreffende handeling kan veroorzaken of mogelijk maken.

Wanneer de burgerlijke partij of het openbaar ministerie zich wil beroepen op deze weerlegbare vermoedens, dienen zij aan te tonen dat het slachtoffer niet heeft ingestemd met de seksuele handelingen en dat de dader redelijkerwijs niet geloofde dat het slachtoffer toestemming had gegeven.¹²³ In het Engels recht wordt hiervoor de term *reasonable belief* gebruikt. De beoordeling van deze redelijke overtuiging moet plaatsvinden in het licht van alle omstandigheden, met inbegrip van de stappen die de beklagde heeft genomen om de toestemming van het slachtoffer vast te stellen.¹²⁴ Het bewijs dat de burgerlijke partij of het openbaar ministerie aanbrengt, moet meer dan

¹¹⁹ HOME OFFICE, "Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences", 2000, <https://lawbore.net/articles/setting-the-boundaries.pdf>, 14.

¹²⁰ S. PEGG en A. DAVIES, *Sexual offences law and consent*, Londen, Routledge, 2016, 57.

¹²¹ X, "Betekenis 'consent'", <https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/engels-nederlands/vertaling/consent>.

¹²² Court of Appeal (VK) 26 April 2013, *EWCA Crim 823*.

¹²³ M.J. ALLEN en I. EDWARDS, *Criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 492.

¹²⁴ Art. 1(2), 2(2), 3(2) en 4(2) *Sexual Offences Act 2003*.

fantasievol of speculatief zijn.¹²⁵ De verdediging kan deze vermoedens op zijn beurt weerleggen wanneer er enig bewijs is dat de verklaring van de verdachte geloofwaardig maakt.¹²⁶ Het is aan de jury om te beslissen of een van de kenmerken van de verdachte relevant is voor hun beraadslaging, waarbij zij zich indien nodig zullen laten leiden door aanwijzingen van de rechter.¹²⁷ In de rechtspraak worden weerlegbare vermoedens weinig gebruikt vanwege de strikte interpretatie die eraan moet worden gegeven. Zowel advocaten als rechters zijn doorgaans terughoudend opgesteld tegenover dergelijke vermoedens uit vrees dat ze het proces onnodig ingewikkeld maken.¹²⁸ Bovendien vallen veel van deze vermoedens onder het toepassingsgebied van de definitie van 'toestemming', waardoor het voor slachtoffers gemakkelijker is om zich hierop te beroepen, aangezien ze niet hoeven aan te tonen dat de dader op de hoogte was van specifieke omstandigheden.

58. Als geen van deze vermoedens van toepassing blijken te zijn, kan de rechtspraak vervolgens terugvallen op de algemene definitie van 'toestemming'. Artikel 74 geeft een algemene definitie van toestemming die in bepaalde gevallen relevant kan zijn in combinatie met de artikelen 75 en 76 en die onafhankelijk kan worden toegepast op alle andere situaties. Het begrip 'toestemming' wordt in artikel 74 omschreven als:

"For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice."

Binnen de definitie van instemming blijken 'choice', 'freedom' en 'capacity' cruciale aspecten te zijn. Deze begrippen zijn met elkaar verbonden en van elkaar afhankelijk. Opmerkelijk is dat deze begrippen niet verder worden ingevuld door de wetgever of rechtspraak. De interpretatie ervan ligt in handen van de jury, waardoor hun persoonlijke achtergronden en overtuigingen een rol spelen in de beoordeling ervan.¹²⁹

¹²⁵ Court of Appeal (VK) 2 november 2011, R. v. Ciccarelli (Yuri), EWCA Crim 2665.

¹²⁶ J. ELVIN, "The Concept of Consent under the Sexual Offences Act 2003", *The Journal of Criminal Law* 2008, afl. 72, (519) 519.

¹²⁷ *Hand.* House of Commons 2002-2003, 24 juni 2003, HC 639, 9-10.

¹²⁸ S. PEGG en A. DAVIES, *Sexual offences law and consent*, Londen, Routledge, 2016, 61.

¹²⁹ M.J. ALLEN en I. EDWARDS, *Criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 471-472.

2.3 Voorwaarden

2.3.1 Uit vrije wil

59. De definitie van toestemming in het *Belgisch recht* stelt expliciet dat toestemming uit vrije wil moet worden gegeven (*supra* nr. 41). Het begrip 'vrije wil' wordt niet duidelijk door de Belgische wetgever beschreven. De begrippen 'toestemming' en 'vrije wil' worden vaak als synoniemen gezien binnen het strafrecht en kunnen daardoor ook als een tautologie beschouwd worden.¹³⁰ De memorie van toelichting verheldert dat toestemming wordt beschouwd als een manifestatie van vrije wil, waardoor de termen zich in een deel-geheelrelatie bevinden. Hierbij moet 'vrije wil' gezien worden als het overkoepelende concept waarvan de uiting van toestemming een onderdeel vormt. Met het begrip 'vrije wil' verwijst de wetgever rechtstreeks naar het zelfbeschikkingsrecht waarover een individu beschikt.¹³¹

Het begrip 'vrije wil' wordt binnen het *Belgisch recht* verder ingevuld door een niet-limitatieve opsomming van situaties die de vrije wil kunnen aantasten. Het is de taak van de rechter om te beoordelen of er al dan niet een aantasting is van de vrije wil, rekening houdend met de specifieke omstandigheden van de zaak. De rechter dient onder meer na te gaan of de dader geen omstandigheden heeft gecreëerd of benut waardoor een werkelijke vrije toestemming niet meer mogelijk was.¹³² Hierbij dienen de persoonlijke omstandigheden van het slachtoffer altijd in overweging te worden genomen om de daadwerkelijke toestemming met de betreffende seksuele handelingen te beoordelen.¹³³

60. Hoewel andere landen niet uitdrukkelijk het concept van 'vrije wil' hanteren, zijn er wel vergelijkbare concepten. In het *Engels recht* wordt er gebruik gemaakt van het begrip 'vrijheid' (*supra* nr. 58). Volgens de Engelse rechtsleer is het een veelomvattend begrip dat niet eenvoudig kan worden toegepast op de complexe aard van ernstige strafbare feiten, zoals seksuele misdrijven. Vrijheid is een term die sterk afhankelijk is van de context en impliceert altijd "vrijheid van" iets. Het is aan de jury om te oordelen of het slachtoffer vrij is van enige druk en daardoor vrij kan handelen. In dit opzicht kan de jury de kwestie van vrijheid benaderen met het oog op evenredigheid. Hoe groter de externe druk op het individu, des te beperkter hun vrijheid kan zijn om een keuze te maken. Dit kan een complexe beoordeling vergen, vooral in gevallen waarin de beklaagde niet rechtstreeks verantwoordelijk is voor de uitgeoefende druk.¹³⁴

¹³⁰ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 50-64.

¹³¹ Wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 9.

¹³² EHRM 4 december 2003, *M.C. v. Bulgarije*, nr. 39727/98.

¹³³ Corr. Kortrijk 23 juni 2009, *TGR* 2010, 202.

¹³⁴ D. ORMEROD en K. LAIRD, Smith, Hogan & Ormerod's *Criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 790.

Daarnaast moet een persoon ook beschikken over de vrijheid om toestemming te geven. In de zaak waarin het slachtoffer van huis was weggelopen en hulp zocht bij een oude bekende die haar al eerder had misbruikt, oordeelde de rechtbank dat er sprake was van verkrachting. De kennis bood haar enkele ponden aan voor eten in ruil voor seksuele handelingen. Het oordeel van de rechtbank was gebaseerd op het feit dat het slachtoffer niet in staat was om vrijelijk en volledig toestemming te geven, vanwege haar kwetsbare situatie en afhankelijkheid van de dader.¹³⁵ De algemene definitie van toestemming wordt, net als in het Belgisch recht, verder aangevuld met zowel weerlegbare als onweerlegbare vermoedens waarin 'vrijheid' uitgesloten wordt.

61. In het *Zweeds recht* wordt er verwezen naar een vrijwillige deelname (*supra* nr. 46-47). De grens tussen een legale en illegale handeling wordt bepaald door de vraag of de deelname aan een seksuele handeling vrijwillig was of niet. Dit omvat twee situaties. In de eerste situatie neemt de persoon niet vrijwillig deel aan de seksuele handeling. Dit betekent dat deze persoon niet expliciet een "ja" heeft gegeven door middel van een woord of daad. In de tweede situatie heeft een persoon uit vrije wil besloten om niet deel te nemen aan deze seksuele handelingen. In dit geval heeft hij expliciet een 'nee' geuit. Hieruit kan worden afgeleid dat Zweden gebruik maakt van *affirmative consent* (*supra* nr. 33).¹³⁶ De Zweedse wetgever benoemt ook situaties waarin er geen sprake kan zijn van vrijwillige deelname.

62. Volgens het nog steeds geldende dwangmodel in het *huidig Nederlands recht* moet er onvrijwilligheid in hoofde van het slachtoffer bestaan en moet de dader bewust aanvaarden dat er een aanzienlijke kans bestaat dat de seksuele penetratieve handeling tegen de wil van het slachtoffer plaatsvindt. Het vaststellen van de onvrijwilligheid van het slachtoffer en het opzet van de dader op zichzelf volstaan echter niet om van een strafbare gedraging te spreken. Zo moet de situatie voor het slachtoffer ook werkelijk onvermijdbaar zijn geweest (*supra* nr. 49-51).

63. In het *toekomstige Nederlands recht* zal 'de wil ontbreekt' als bestanddeel zijn plaats vinden in het nieuwe artikel dat verkrachting strafbaar stelt.¹³⁷ In de voorbereidende werken benadrukt de Nederlandse wetgever expliciet dat bij de afwezigheid van een vrije positieve wilsuiting, net zoals in het Belgisch recht, er geen sprake is van toestemming. Daarnaast moet deze persoon ook in staat zijn om een (vrije) wilsuiting te geven.¹³⁸ De Nederlandse wetgever heeft hierbij verschillende situaties benoemd waarin bij een persoon in ieder geval de wil tot seksuele handelingen wordt geacht te ontbreken.¹³⁹ Voor de andere gevallen moeten de omstandigheden waaronder het seksuele contact plaatsvindt in aanmerking worden genomen.¹⁴⁰

¹³⁵ Court of Appeal (VK) 4 maart 2008, Kirk v. R, EWCA Crim 434.

¹³⁶ M. BLADINI en W. SVEDBERG ANDERSON, "Swedish rape legislation from use of force to voluntariness - critical reflections from an everyday life perspective", *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice* 2020, (95) 111-112.

¹³⁷ Art. 243(1) Wet seksuele misdrijven, NS 27 maart 2024.

¹³⁸ MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 86.

¹³⁹ Art. 244 Wet seksuele misdrijven, NS 27 maart 2024.

¹⁴⁰ MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 84.

64. Kenmerkend voor de vrije wil binnen het *Belgisch recht* is dat de gegeven toestemming ook kan worden ingetrokken. De intrekbaarheid heeft gedurende een lange periode discussie veroorzaakt binnen zowel de rechtsleer als de rechtspraak met betrekking tot het misdrijf verkrachting. Binnen deze discussie waren er twee opvattingen te onderscheiden. Aan de ene kant heerste er de opvatting dat verkrachting beschouwd moest worden als een aflopend misdrijf dat plaatsvond bij aanvang van de penetratie. Toestemming zou dan tot aan het moment van penetratie kunnen worden ingetrokken. Wanneer de toestemming niet werd ingetrokken, dan kon er ook geen sprake zijn van verkrachting. Er zou dan wel nog sprake kunnen zijn van een ander misdrijf, zoals slagen en verwondingen.¹⁴¹ Aan de andere kant heerste er de opvatting dat toestemming op elk moment kon worden ingetrokken, vanwege de voortdurende handeling van penetratie.¹⁴² Deze discussie is nu definitief beslecht doordat de wetgever, in lijn met het internationale recht, gekozen heeft om deze laatste strekking te volgen.

De Franstalige correctionele rechtbank te Brussel oordeelde in zijn vonnis van 14 maart 2023 als eerste sinds de hervorming van het *Belgisch recht* over de situatie waarbij de toestemming werd ingetrokken tijdens een seksuele handeling.¹⁴³ Het slachtoffer stemde in eerste instantie in om orale en vaginale betrekkingen te hebben met de dader. Echter wou ze dit enkel doen met het gebruik van een condoom, daar zij geen anticonceptie nam en zij angst had voor seksueel overdraagbare aandoeningen. Het slachtoffer duwde de dader op een gegeven moment weg en stelde dat ze niet verder wilde. De dader erkende dat het slachtoffer minstens één keer “nee” tegen hem heeft gezegd en dat hij desondanks niet is gestopt. De rechtbank besliste dat het in dit geval om een verkrachting met geweld ging, gepleegd op een persoon die hier niet mee instemde.

65. Ook naar *Engels recht* kan toestemming worden ingetrokken doordat penetratie wordt omschreven als een voortdurende handeling van binnendringen tot terugtrekken.¹⁴⁴ In de voorbereidende werken van het *toekomstig Nederlands recht* wordt nergens expliciet vermeld dat toestemming ook kan worden ingetrokken. Ook in het *Zweeds recht* wordt deze mogelijkheid niet expliciet vermeld. De campagnes die de Zweedse overheid voert, lijken wel te impliceren dat de vrijwilligheid aanwezig moet zijn gedurende de hele seksuele interactie (*infra* nr. 70).

¹⁴¹ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 342-345; A. DE NAUW, “Overzicht rechtspraak bijzonder strafrecht 1998-1999: Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting”, *T. Strafr.* 2000, 92; D. MERCKX, “Verkrachting – het misdrijf” in X, *Comm. Strafr.*, Mechelen, Kluwer, losbl., (89) 94.

¹⁴² Cass. 17 oktober 2007, *RW* 2008-09, afl. 14, 572, noot B. KETELS.

¹⁴³ Corr. Brussel (Fr.) 14 maart 2023, 2023/1476, onuitg., aangehaald door M. COP, “Toestemming in het seksueel strafrecht: meer dan alleen «nee is nee»”, *RW* 2023-24, afl. 18, 687.

¹⁴⁴ Art. 79(2) Sexual Offences Act 2003

2.3.2 Voorafgaand

66. In de rechtsleer werd al erkend dat naar *Belgisch recht* de toestemming voorafgaand moet worden gegeven of uiterlijk met de uitvoering van de seksuele handeling moet samenvallen.¹⁴⁵ Dit aspect is nu eveneens bevestigd in de parlementaire discussie over een mogelijke volledige omkering van de bewijslast. Zo stelt de Belgische wetgever dat “een volledige omkering van de bewijslast in die zin dat niet-toestemming steeds wordt vermoed bij seksuele handelingen en de voorafgaande toestemming moet kunnen worden bewezen door de verdachte, een brug te ver lijkt te zijn”.¹⁴⁶ Hieruit blijkt dat de wetgever een voorafgaande toestemming als voorwaarde ziet voor een geldige toestemming.

67. Volgens het *Zweeds recht* is een lichaam nooit beschikbaar, behalve wanneer de eigenaar zijn wil uitdrukt om deel te nemen aan de seksuele interactie en deze geldig is gedurende de hele tijd.¹⁴⁷ Hieruit kan worden afgeleid dat een persoon op voorhand moet instemmen met de seksuele handeling. In het *toekomstig Nederlands recht* is een vereiste voor de strafbaarstelling van verkrachting dat op het moment dat de seksuele handelingen plaatsvinden de wil bij de ander hiertoe ontbreekt.¹⁴⁸ Hieruit kan worden afgeleid dat de wil voorafgaand aan de seksuele handeling aanwezig moet zijn. Ook naar *Engels recht* moet toestemming voorafgaandelijk gegeven worden. Dit aspect blijkt echter niet uit de definitie, maar kan wel worden afgeleid door de strafbaarstellingen elders in de SOA.¹⁴⁹

2.3.3 Geïnformeerd

68. Om van toestemming naar *Belgisch recht* te spreken moet deze geïnformeerd zijn. Geïnformeerde toestemming impliceert dat toestemming wordt gegeven met kennis van zaken. Hierbij moet de persoon die de toestemming geeft de aard en de gevolgen van de toekomstig gestelde handelingen kunnen inschatten.¹⁵⁰ Dit sluit aan bij eerdere rechtspraak, waarbij er werd geoordeeld dat er geen geldige toestemming kan zijn wanneer een partij bewust informatie over een hiv-besmetting verzwijgt om toestemming te verkrijgen voor onbeschermde seksuele handelingen. Hierbij is het niet relevant of het slachtoffer daadwerkelijk besmet is geraakt als gevolg van de handeling.¹⁵¹

¹⁴⁵ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 326-329.

¹⁴⁶ MvT bij het wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 20.

¹⁴⁷ L. WALLIN, S. UHNOO, Å. WETTERGEN en M. BLADINI, “Capricious credibility – legal assessments of voluntariness in Swedish negligent rape judgements”, *Nordic journal of criminology* 2021, afl. 22, (3) 4.

¹⁴⁸ MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 16.

¹⁴⁹ Art. 1 Sexual Offences Act 2003

¹⁵⁰ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 274.

¹⁵¹ Corr. Hasselt 16 november 2018, *Limb.Rechtsl.* 2019, 153, noot I. Delbrouck.

69. Om naar *Engels recht* van vrijheid te kunnen spreken, moet het slachtoffer opties hebben om uit te kiezen en voldoende informatie hebben om deze keuze weloverwogen te maken.¹⁵² Verder wordt deze vereiste niet nader gespecificeerd door de wetgeving of rechtspraak, behalve bij personen met een psychische handicap (*infra* nr. 89). In het *huidig Nederlands recht* valt seksuele misleiding buiten het toepassingsgebied van de huidige zedendelicten, doordat er geen sprake van dwang is.¹⁵³ In het *toekomstig Nederlands recht* wordt deze kwaliteitseis enkel besproken in verband met misleiding (*infra* nr. 106).

70. In het *Zweeds recht* wordt niet expliciet de nadruk gelegd op de geïnformeerde kwaliteitseis. De Zweedse overheid voert wel krachtige campagnes rond verkrachting, waarbij waarbij de belangen van vrijwilligheid en bewuste keuzes centraal staan. Seksuele interacties moeten gebaseerd zijn op wederzijdse instemming en duidelijke communicatie. Wanneer een handeling niet vrijwillig is, dan is er sprake van een misdrijf. Verkrachting wordt niet alleen gezien als een fysieke handeling, maar ook als een gebrek aan respect voor de keuzes en autonomie van een ander individu. Individuen worden aangemoedigd om te luisteren, vragen te stellen en zich af te stemmen op de wensen van hun partner.¹⁵⁴ Hieruit kan dus worden afgeleid dat een persoon naar Zweeds recht voldoende geïnformeerd moet zijn alvorens er sprake kan zijn van een vrijwillige deelname.

2.3.4 Specifiek

71. Uit de memorie van toelichting blijkt dat naar *Belgisch recht* "toestemming met een bepaalde seksuele handeling op zichzelf niet de toestemming impliceert met enige andere handeling".¹⁵⁵ Hierbij wordt er ook verwezen naar eerdere rechtspraak waaruit blijkt dat het verlenen van toestemming voor vaginale geslachtsgemeenschap niet automatisch impliceert dat er eveneens toestemming is gegeven voor elke andere vorm van seksuele penetratie, zoals oraal of anaal, of met een ander middel dan waarvoor toestemming werd verleend.¹⁵⁶

72. De afgelopen jaren heeft het fenomeen *stealthing* veel aandacht gekregen binnen juridische kringen. *Stealthing* verwijst naar het ongeoorloofd en zonder wederzijdse toestemming verwijderen van een condoom tijdens seksuele betrekkingen, waarbij de partner enkel instemde met seksuele handelingen onder voorwaarde van bescherming. In dergelijke gevallen kan dit worden beschouwd als een vorm van verkrachting naar *Belgisch recht*, op voorwaarde dat er sprake is van opzettelijk handelen van de dader. Het onbedoeld afglijden van een condoom tijdens seksuele betrekkingen valt dus niet onder het toepassingsgebied. Het opzettelijk verwijderen van het condoom zonder toestemming moet gezien worden als een schending van de overeengekomen voorwaarden en kan worden beschouwd als een ernstige inbreuk op de seksuele integriteit van een persoon.¹⁵⁷

¹⁵² Court of Appeal (VK) 27 maart 2013, Mohamed v. SSHD, EWHC Crim 559.

¹⁵³ K. LINDENBERG en A.A. VAN DIJK, *Herziening van de zedendelicten? Een analyse van Titel XIV, Tweede Boek, Wetboek van Strafrecht met het oog op samenhang, complexiteit en normstelling*, WODC, Ministerie van Justitie, 2015, 119-220.

¹⁵⁴ L. WEGERSTAD, "Sex Must Be Voluntary: Sexual Communication and the New Definition of Rape in Sweden", *German Law Journal* 2021, afl. 22, (734) 734-736.

¹⁵⁵ Wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 18.

¹⁵⁶ Cass. 17 oktober 2007, RW 2008-09, afl. 14, 572, noot B. KETELS.

¹⁵⁷ S. VANDROMME, "Stealthing is verkrachting", *Juristenkrant* 2017, afl. 349, (16) 16.

73. *Stealthing* is ook strafbaar naar *toekomstig Nederlands recht* indien het slachtoffer van tevoren duidelijk heeft gemaakt dat er enkel ingestemd wordt met geslachtsgemeenschap onder de voorwaarde van het gebruik van een condoom.¹⁵⁸ Deze eis wordt zeer streng ingevuld door de Nederlandse wetgever. Wanneer de wens tot het gebruik van een condoom niet wordt uitgesproken omdat er eerder al beschermde geslachtsgemeenschap was of omdat dan de condoomverpakking al werd geopend, kan er geen sprake meer zijn van *stealthing* wanneer het condoom heimelijk wordt verwijderd tijdens de geslachtsgemeenschap.¹⁵⁹ Verder wordt de specifieke kwaliteitseis niet behandeld in de parlementaire stukken.

74. Binnen het *Engels recht* is er veel aandacht voor het concept van voorwaardelijke toestemming. Zo kan er geen sprake zijn van toestemming wanneer het slachtoffer instemt met een seksuele handeling onder bepaalde voorwaarden en de dader doorgaat zonder dat aan die voorwaarde is voldaan. Bijvoorbeeld, in gevallen waarin het slachtoffer toestemde met geslachtsgemeenschap onder de voorwaarde dat de dader niet in haar ejaculeerde¹⁶⁰ of een condoom zou dragen¹⁶¹ en de dader zich uiteindelijk niet aan deze voorwaarde hield. Het is echter niet duidelijk of de voorwaarde betrekking moet hebben op een belangrijke aangelegenheid. In de zaak waarin de dader geen condoom droeg, werd de beslissing gebaseerd op de fysieke aard van de handeling.¹⁶² Bovendien wordt over het algemeen gesteld dat hoe alledaagser iets is, hoe minder waarschijnlijk het is dat het als een voorwaarde voor toestemming wordt beschouwd.¹⁶³ De voorwaardelijke toestemming wordt enkel erkend indien het slachtoffer ook expliciet meedeelt dat het om een voorwaardelijke toestemming gaat.¹⁶⁴ Hieruit kan worden afgeleid dat *stealthing* strafbaar kan zijn naar Engels recht.

75. Zowel de kwaliteitseis dat toestemming expliciet moet zijn en *stealthing* worden niet expliciet genoemd in het *Zweeds recht*. Echter, kunnen de algemene principes van vrijwilligheid en de geïnformeerde keuze voldoende basis bieden om dergelijk gedrag als strafbaar te beschouwen.

¹⁵⁸ Rb. Rotterdam 14 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2092.

¹⁵⁹ N. LENTJES, "Een verkenning van het bestanddeel 'de wil ontbreekt' uit de Wet seksuele misdrijven", *Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht* 2023, afl. 4, (204) 209.

¹⁶⁰ High Court of Justice (VK) 24 april 2013, R. (on the application of F) v DPP, *EWHC* 945.

¹⁶¹ High Court of Justice (VK) 2 november 2011, *Assange v Swedish Prosecution Authority*, *EWHC* 2849.

¹⁶² High Court of Justice (VK) 2 november 2011, *Assange v Swedish Prosecution Authority*, *EWHC* 2849.

¹⁶³ M. BOHLANDER, "Mistaken consent to sex, Political Correctness and Correct Policy", *Journal of Criminal law* 2007, afl. 71, (412) 412.

¹⁶⁴ J. HERRING, "The Sexual Offences Act 2003 England and Wales" in T. HÖRNLE, *Sexual assault*, Oxford, Oxford University Press, 2023, 128.

2.3.5 Ondubbelzinnig?

76. In het wetsvoorstel werd aangehaald om ondubbelzinnigheid naar analogie met het gegevensbeschermingsrecht in het *Belgisch recht* in te voeren. Volgens overweging 32 van de Algemene Verordening Gegevensbescherming moet een geldige toestemming gegeven worden door een duidelijke, actieve handeling waaruit blijkt dat de betrokkene instemt. Dit kan bijvoorbeeld plaatsvinden in de vorm van een schriftelijke of mondelinge verklaring. Deze benadering werd echter niet doorgetrokken met betrekking tot de toestemmingspremissie. Toestemming voor seksuele handelingen leent zich namelijk niet voor dergelijke strikte formaliteitseisen.¹⁶⁵

77. Ook bij de parlementaire voorbereiding van het *Zweeds recht* werd er volop gediscussieerd over de invulling van het begrip 'vrijwillig deelnemen'. In haar rapport benadrukte de onderzoekscommissie haar keuze om voor een strikt "ja is ja"-model te gaan waarbij de keuze om deel te nemen aan de seksuele handeling moet worden geuit en dat alleen een mondeling 'ja' of actieve deelname kan worden geïnterpreteerd als vrijwillige deelname. De commissie was van mening dat het toestaan van stilzwijgende toestemming het risico met zich mee zou brengen dat vooroordelen over passiviteit in seksuele relaties zouden toenemen en het onmogelijk zouden maken om ingevroren angst, ziekte of dronkenschap te onderscheiden van passieve toestemming. Dit zou kunnen resulteren in een klimaat waarin alleen een expliciete 'nee' als een 'nee' zou worden beschouwd. Deze zienswijze werd niet bijgetreden door de rechtsleer en ook de Raad voor Wetgeving raadde eveneens af om dit op te nemen in het wetsartikel.¹⁶⁶ Na de commotie hieromtrent, besloot de Zweedse wetgever om dit vereiste te schrappen.

78. Toestemming voor seksuele handelingen kan naar *Belgisch recht* zowel verbaal als non-verbaal, bijvoorbeeld door gebaren of lichaamstaal, tot uiting komen. De wetgever heeft duidelijk bepaald dat de andere partij in geen enkel geval mag aannemen dat het slachtoffer toestemming heeft gegeven voor seksuele handelingen. Hiermee wil de wetgever tegemoet komen aan het fenomeen van de *rape-induced paralysis* of *tonic immobility*¹⁶⁷, ook wel verkrachtingsverlamming genoemd.¹⁶⁸ Dit is een overlevingsreactie die automatisch optreedt wanneer een persoon zich bedreigd voelt door seksueel geweld.¹⁶⁹

¹⁶⁵ I. WATTIER, "L'atteinte à l'intégrité sexuelle, le viol, le voyeurisme et la diffusion non consentie de contenus à caractère sexuel" in M.A. BEERNAERT, N. BLAISE, H.D. BOSLY, E. BOURCELET, M.L. CESONI, N. COLLETE-BASECQZ, S. DALESSANDRO, I. DALESSANDRO, I. DE LA SERNA, C. DE VALKENEER, P. MAGNIEN, A. MASCHIETTO, A. MASSET, S. NEVEU, S. VAIRON, D. VANDERMEERSCH, C. VANDRESSE en I. WATTIER (eds.), *Les infractions volume 3 : Les infractions contre l'intégrité sexuelle, l'ordre des familles, la moralité publique, les mineurs et les personnes vulnérables*, Brussel, Larcier, 2024, 126-127.

¹⁶⁶ L. WEGERSTAD, "Sex Must Be Voluntary: Sexual Communication and the New Definition of Rape in Sweden", *German Law Journal* 2021, afl. 22, (734) 740.

¹⁶⁷ Wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 14.

¹⁶⁸ Wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 14.

¹⁶⁹ A. MÖLLER, H.P. SÖNDERGAARD en L. HELSTRÖM, "Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting posttraumatic stress disorder and severe depression", *Acta Obstetrica et Gynecologica* 2017, afl. 96, (932) 932-933.

In een vonnis van 13 juni 2022 oordeelde de correctionele rechtbank te Antwerpen over een dergelijke verkrachtingssituatie. Hierbij werd het slachtoffer herhaaldelijk in het gezicht geslagen en meermaals bij de haren en keel gegrepen door haar voormalige partner. Het slachtoffer verkeerde in een staat van shock. Uit angst voor verdere gewelddadigheden bood ze geen weerstand toen haar ex-partner haar uitkleedde en penetreerde. Volgens de rechter kon de toestemming niet worden afgeleid uit de loutere ontstentenis van verweer van het slachtoffer. De dader had uit de concrete omstandigheden van de zaak moeten afleiden dat het slachtoffer geen fysieke weerstand bood uit angst.¹⁷⁰ Hoewel het gebrek aan verzet kan worden meegewogen bij de beoordeling of er sprake is van een geldige toestemming, is dit enkele feit niet voldoende om te beargumenteren dat er een geldige toestemming was ten tijde van de feiten. Tegelijkertijd wordt gewaarschuwd voor een verkeerde interpretatie van deze benadering als een verplichting voor alle partijen om expliciete toestemming te verkrijgen. Het is cruciaal dat de bewijslast nooit eenzijdig bij de aangeklaagde partij wordt gelegd.¹⁷¹ Ook in het *Engels recht* kan de afwezigheid van protest of verzet van het slachtoffer niet worden geïnterpreteerd als instemming met de seksuele handeling.¹⁷²

79. Volgens het *Zweeds recht* kan de vrijwillige deelname op enigerlei wijze tot uitdrukking worden gebracht. Bij de beoordeling of de deelname vrijwillig was of niet, moet er rekening gehouden worden met de situatie in zijn geheel en in het bijzonder met uitingen van vrijwilligheid in woorden of daden. Gezichtsuitdrukkingen of lichaamstaal kunnen hiervan ook een indicatie zijn.¹⁷³ Bovendien kan toestemming stilzwijgend zijn en hoeft deze niet noodzakelijk verbaal te worden geuit.¹⁷⁴ Deze constructie in de Zweedse wettekst wordt bekritiseerd omdat de grens tussen vrijwillige en niet vrijwillige deelname onduidelijk is en pas achteraf kan worden vastgesteld. Volgens het Hooggerechtshof moet er bij de beoordeling of er al dan niet sprake is van vrijwillige deelname rekening gehouden worden met het feitelijk gedrag van de betrokkene en niet uitsluitend gekeken worden naar de innerlijke houding van deze persoon.¹⁷⁵ De innerlijke wil van een persoon om niet deel te nemen aan een seksuele handeling als de persoon er in feite mee heeft ingestemd, is niet voldoende als grond voor strafrechtelijke verantwoordelijkheid. Deze benadering kan echter verwarring zaaien, omdat passiviteit zowel vrijwillige als onvrijwillige deelname kan weerspiegelen. Hoewel de rechters ruimte laten voor een contextuele beoordeling, wordt de vrijwilligheid van het slachtoffer vaak beoordeeld op basis van haar uiterlijke expressie.¹⁷⁶ Daarnaast is er volgens de voorbereidende werken ook geen sprake van verkrachting in een situatie waarin het slachtoffer aanvankelijk vrijwillig deelneemt en vervolgens in een toestand van bevroren angst belandt.¹⁷⁷

¹⁷⁰ Corr. Antwerpen 13 juni 2022, 2022/3210, onuitg., aangehaald door M. COP, "Toestemming in het seksueel strafrecht: meer dan alleen «nee is nee»", *RW* 2023-24, afl. 18, 684.

¹⁷¹ Corr. Henegouwen (afd. Bergen) 25 oktober 2021, *JLMB* 2021, 1880-1887.

¹⁷² D. ORMEROD en K. LAIRD, *Smith, Hogan & Ormerod's Criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 790; J. HERRING, "The Sexual Offences Act 2003 England and Wales" in T. HÖRNLE, *Sexual assault*, Oxford, Oxford University Press, 2023, 126.

¹⁷³ M. BLADINI en W. SVEDBERG ANDERSON, "Swedish rape legislation from use of force to voluntariness - critical reflections from an everyday life perspective", *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice* 2020, (95) 112-113.

¹⁷⁴ L. WALLIN, S. UHNOO, Å. WETTERGEN en M. BLADINI, "Capricious credibility - legal assessments of voluntariness in Swedish negligent rape judgements", *Nordic journal of criminology* 2021, afl. 22, (3) 9.

¹⁷⁵ Supreme Court (SE) 11 juli 2019, *NJA* 2019, 668, noot C. LERNESTEDT en M. KAGRELL.

¹⁷⁶ L. WALLIN, S. UHNOO, Å. WETTERGEN en M. BLADINI, "Capricious credibility - legal assessments of voluntariness in Swedish negligent rape judgements", *Nordic journal of criminology* 2021, afl. 22, (3) 9.

¹⁷⁷ M. BLADINI en W. SVEDBERG ANDERSON, "Swedish rape legislation from use of force to voluntariness - critical reflections from an everyday life perspective", *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice* 2020, (95) 114.

80. In het *huidig Nederlands recht* wordt de ondubbelzinnigheidsvereiste niet behandeld onder het dwangmodel. Volgens het *toekomstig Nederlands recht* kunnen partijen zowel verbaal als non-verbaal hun wil uitdrukken.¹⁷⁸ Voorbeelden van non-verbale signalen waaruit de tegenpartij moet afleiden dat de wil ontbreekt, zijn volgens de wetgever huilen, schreeuwen, het wegduwen van de initiator of het wegdraaien van het eigen lichaam.¹⁷⁹ Het ontbreken van de wil wordt gelijkgesteld met de uiting ervan. Dit betekent dat de mentale staat die het slachtoffer daadwerkelijk heeft niet van belang is, terwijl deze kan verschillen van de uiting ervan.¹⁸⁰

2.4 Uitsluitingsgronden

2.4.1 Kwetsbare toestand slachtoffer

81. Er is geen sprake van toestemming naar *Belgisch recht* wanneer de seksuele handeling is gepleegd door gebruik te maken van de kwetsbare toestand van het slachtoffer. Met de term 'kwetsbare toestand' heeft de Belgische wetgever getracht een breed spectrum van situaties te creëren die diverse problematieken kunnen belichten. Deze term wordt echter niet expliciet gedefinieerd binnen het seksueel strafrecht. Het krijgt wel een invulling in het kader van het misdrijf 'misbruik van de zwakke toestand van personen', zoals beschreven in artikel 422*quater* van het Strafwetboek. Volgens dit misdrijf wordt een 'kwetsbare toestand' gedefinieerd als "*een fysieke of psychische zwakheid die het oordeelsvermogen van de betrokkene ernstig verstoort, ongeacht of die zwakheid permanent, tijdelijk, van voorbijgaande dan wel van blijvende aard is*".¹⁸¹

82. Hoewel de term 'kwetsbare toestand' niet expliciet wordt gedefinieerd binnen het seksueel strafrecht, wordt wel aangegeven wanneer er mogelijk sprake is van een kwetsbare toestand. Volgens artikel 417/5 van het Strafwetboek kan de kwetsbare toestand het gevolg zijn van onder meer angst, alcohol, verdovende middelen, psychotrope stoffen of enige andere substantie met een soortgelijke uitwerking, een ziekte of een handicapsituatie. Deze opsomming is niet-limitatief en doet geen onweerlegbaar vermoeden ontstaan van het ontbreken van een (geldige) toestemming. Het is aan de rechter om dit te beoordelen met inachtneming van de specifieke omstandigheden van de zaak. Om te kunnen concluderen dat er geen (geldige) toestemming is, moet er voldaan zijn aan drie voorwaarden: als eerste moet er sprake zijn van een staat van kwetsbaarheid; daarnaast moet die kwetsbaarheid ervoor zorgen dat de vrije wil is aangetast, wat niet direct het geval is bij een handicap en ziekte; en ten slotte moet de dader misbruik hebben gemaakt van de kwetsbare toestand waarin het slachtoffer zich bevond.¹⁸²

¹⁷⁸ MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 16.

¹⁷⁹ MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 17.

¹⁸⁰ MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 87.

¹⁸¹ F. DERUYCK en A. DE NAUW, "[Misdaden en wanbedrijven tegen personen] Misbruik van de zwakke toestand van personen" in F. DERUYCK en A. DE NAUW (eds.), *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 374-377.

¹⁸² I. WATTIER, "L'atteinte à l'intégrité sexuelle, le viol, le voyeurisme et la diffusion non consentie de contenus à caractère sexuel" in M.A. BEERNAERT, N. BLAISE, H.D. BOSLY, E. BOURCELET, M.L. CESONI, N. COLLETE-BASECQZ, S. DALESSANDRO, I. DALESSANDRO, I. DE LA SERNA, C. DE VALKENEER, P. MAGNIEN, A.

83. In het *Zweeds recht* worden er vergelijkbare situaties opgesomd. De Zweedse wetgever haalt bewusteloosheid, slaap, ernstige angst, invloed van alcohol of drugs, ziekte, lichamelijk letsel of geestelijke onrust aan als voorbeelden van een kwetsbare toestand.¹⁸³ In dergelijke situaties kan het slachtoffer zijn of haar wil niet volledig uiten, of kan dit vermogen aanzienlijk beperkt zijn. De conditie van het slachtoffer hoeft niet noodzakelijk alle mogelijkheden van vrijwillige seksuele interacties uit te sluiten, maar eerder aanzienlijk te beperken.¹⁸⁴ Bij het beoordelen van deze kwetsbare toestand moet de rechter rekening houden met de omstandigheden van de zaak.¹⁸⁵

84. Ook in het *huidig Nederlands recht* worden er gelijkaardige situaties opgesomd. Het slachtoffer bevindt zich onder meer in een kwetsbare positie wanneer het zich in een specifieke positie of situatie bevindt die de afhankelijkheid of keuzemogelijkheden van het individu beïnvloedt.¹⁸⁶ Lichamelijke en/of geestelijke beperkingen, het verkeren in een beschonken toestand en drugsgebruik worden beschouwd als relevante factoren bij het beoordelen van de kwetsbaarheid van slachtoffers.¹⁸⁷ Het *toekomstig Nederlands recht* maakt een niet-limitatieve¹⁸⁸ opsomming van gevallen waarin de wil van een persoon ontbreekt. De wil van een persoon ontbreekt wanneer diegene zich in een staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn, lichamelijke onmacht verkeert of een zodanige psychische stoornis, psychogeriatrische aandoening of verstandelijke handicap heeft, waardoor deze niet of onvolkomen in staat is een wil te bepalen of kenbaar te maken omtrent de seksuele handelingen of daartegen weerstand te bieden.¹⁸⁹

85. Het *Engels recht* maakt geen expliciete verwijzing naar een 'kwetsbare toestand', maar benoemt wel enkele situaties waarin een persoon mogelijk in een dergelijke toestand verkeert. Zo introduceert de wet een weerlegbaar vermoeden dat een persoon die zich in een bewusteloze toestand bevindt, inclusief door slaap, niet in staat is toestemming te geven.¹⁹⁰ De bepaling gaat verder niet in op de mogelijke oorzaken voor de bewusteloze toestand. Het weerlegbaar vermoeden vereist bovendien dat de dader zich bewust is van de bewusteloze toestand van het slachtoffer. Hierdoor biedt dit wettelijk vermoeden een minder strenge bescherming dan het Engelse/Britse gewoonterecht, waarbij de omstandigheid van bewusteloosheid automatisch leidt tot een sluitend vermoeden van niet-toestemming.¹⁹¹

MASCHIETTO, A. MASSET, S. NEVEU, S. VAIRON, D. VANDERMEERSCH, C. VANDRESSE en I. WATTIER (eds.), *Les infractions volume 3 : Les infractions contre l'intégrité sexuelle, l'ordre des familles, la moralité publique, les mineurs et les personnes vulnérables*, Brussel, Larcier, 2024, 136.

¹⁸³ Hoofdstuk 6, sectie 1(2) Zweeds Strafwetboek (officiële Engelse vertaling), www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf.

¹⁸⁴ L. WEGERSTAD, "Sex Must Be Voluntary: Sexual Communication and the New Definition of Rape in Sweden", *German Law Journal* 2021, afl. 22, (734) 745.

¹⁸⁵ Hoofdstuk 6, sectie 1(2) Zweeds Strafwetboek (officiële Engelse vertaling), www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf.

¹⁸⁶ S.L.T.J. LIGTHART, "Kwetsbare slachtoffers als grondslag voor strafverzwaring", *Delikt en Delinkwent* 2024, afl. 2, (11) 17.

¹⁸⁷ Omz. 1 december 2012 voor strafvordering verkrachting (Art. 242 Sr), <https://wetten.overheid.nl/BWBR0032282/2012-12-01>.

¹⁸⁸ MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 87-88.

¹⁸⁹ Art. 244 Wet seksuele misdrijven, NS 27 maart 2024.

¹⁹⁰ Art. 79(2)(d) Sexual Offences Act 2003

¹⁹¹ D. ORMEROD en K. LAIRD, *Smith, Hogan & Ormerod's Criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 807.

86. Met betrekking tot psychotrope stoffen is de invloed van alcohol een zeer besproken thema binnen het *Belgisch recht*. Wanneer een slachtoffer onder invloed is van alcohol kan er geen geldige toestemming zijn tot seksuele handelingen indien de invloed zo sterk is geweest dat de vrije wil van het slachtoffer dusdanig is aangetast dat toestemmen onmogelijk was. De loutere aanwezigheid van een bepaalde stof is echter niet genoeg om te concluderen dat er geen geldige toestemming was voor de seksuele handelingen.¹⁹² De rechter moet altijd nagaan of de dader omstandigheden heeft gecreëerd of benut waardoor het slachtoffer niet vrij kon instemmen. Onlangs benadrukte de correctionele rechtbank te Gent nogmaals dat het uitvoeren van seksuele handelingen bij iemand die licht onder invloed is van alcohol of bepaalde verdovende middelen niet automatisch betekent dat er geen geldige toestemming is. De mate waarin iemands vrije wil wordt aangetast door alcoholconsumptie varieert van persoon tot persoon. Voor sommigen kan zelfs een kleine hoeveelheid alcohol al leiden tot een verstoring van de vrije wil, terwijl anderen mogelijk meerdere glazen nodig hebben voordat dit effect optreedt.¹⁹³

87. In het *Engels recht* is de invloed van psychotrope stoffen, met name alcohol, ook een veelbesproken thema. Er heerst namelijk een weerlegbaar vermoeden dat het slachtoffer geen toestemming heeft gegeven, indien een persoon zonder de toestemming van het slachtoffer een stof toedient of heeft laten innemen en, gelet op het tijdstip van toediening of inname, geschikt was om de klager te bedwelmen of te overheesteren op het tijdstip van de desbetreffende handeling.¹⁹⁴ Voorbeelden van dergelijke stoffen kunnen alcohol, Rohypnol of GHB zijn. Dit vermoeden geldt ook wanneer de dader het slachtoffer misleid heeft met betrekking tot de zelf-inname van de stof. De persoon die de seksuele handeling uitvoert, hoeft niet degene te zijn die het middel toedient. Het is voldoende dat hij op de hoogte is van de toediening van het middel en van het feit dat het werd toegediend zonder de toestemming van het slachtoffer. Als de inname louter vrijwillig en volledig geïnformeerd is, geldt het vermoeden niet. Het gebruik van een middel om de remmingen te verminderen en zo de kans op geslachtsgemeenschap te vergroten, is niet voldoende om het vermoeden op te wekken. Er moet een voldoende hoeveelheid gebruikt worden, zodat het slachtoffer bedwemd geraakt.¹⁹⁵ De vrijwillige consumptie van aanzienlijke hoeveelheden alcohol tast niet noodzakelijkerwijs de bekwaamheid om toestemming te geven in alle gevallen aan. Een toestemming die onder invloed van alcohol wordt gegeven, kan nog steeds als geldig worden beschouwd. Alcohol maakt personen minder geremd dan wanneer zij nuchter zouden zijn, maar dat betekent niet dat ze geen keuze meer hebben.¹⁹⁶ Echter, als het slachtoffer door intoxicatie tijdelijk niet in staat is om bewust te kiezen of hij al dan niet instemt met een seksuele handeling, kan er geen sprake zijn van toestemming.¹⁹⁷ Het slachtoffer hoeft niet bewusteloos te zijn voordat hij zijn bekwaamheid om toestemming te geven verliest.¹⁹⁸

¹⁹² Wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 17.

¹⁹³ Corr. Gent 23 november 2022, 2022/4162, onuitg., aangehaald door M. COP, "Toestemming in het seksueel strafrecht: meer dan alleen «nee is nee»", *RW* 2023-24, afl. 18, 688.

¹⁹⁴ Art. 75(2)(f) Sexual Offences Act 2003

¹⁹⁵ M.J. ALLEN en I. EDWARDS, *Criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 489.

¹⁹⁶ Court of Appeal (VK) 29 november 2013, R. v. Kamki, *EWCA Crim* 2335.

¹⁹⁷ Court of Appeal (VK) 26 maart 2007, R. v. Bree, *EWCA Crim* 804.

¹⁹⁸ Court of Appeal (VK) 29 november 2013, R. v. Kamki, *EWCA Crim* 2335.

88. Bij de uitsluitingsgrond van ziekte en handicap, richt het *Belgisch recht* zich vooral op de toestand van psychose die iemand tijdelijk zou beletten toestemming te geven. Desalniettemin mag de toestemmingsvereiste echter niet op die manier worden uitgelegd dat personen met een handicap hun seksualiteit nooit kunnen ervaren.¹⁹⁹ Dit zal de rechter *in concreto* moeten beoordelen. Er zal worden nagegaan of het slachtoffer de mogelijkheid had om met volledige kennis van zaken in te stemmen met de handeling.²⁰⁰

89. Het *Engels recht* maakt een expliciet onderscheid tussen een lichamelijke en geestelijke handicap. In de eerste situatie heerst er een weerlegbaar vermoeden dat een persoon met een lichamelijke handicap niet instemt met een handeling als deze niet in staat is om dit kenbaar te maken.²⁰¹ Dit vermoeden kan echter weerlegd worden waardoor er tegemoet wordt gekomen aan situaties waarin de persoon, ondanks zijn of haar onvermogen om te communiceren, bijvoorbeeld vanwege een communicatieve beperking, toch instemde met de handeling. Daarnaast kan een persoon met een psychische stoornis zich in een kwetsbare toestand bevinden wanneer hij niet in staat is om een seksuele handeling te weigeren vanwege of om redenen die verband houden met zijn psychische stoornis. Een dergelijke weigering kan worden bemoeilijkt wanneer de persoon niet in staat is om bewust te kiezen of hij instemt met de seksuele handeling, omdat hij onvoldoende inzicht heeft in de aard of redelijkerwijs te voorziene gevolgen van wat er wordt gedaan, of om enige andere reden, of hij niet in staat is om een dergelijke keuze kenbaar te maken.²⁰² De uitdrukking 'elke andere reden' is zeer breed en kan verschillende interpretaties omvatten. Bovendien is deze interpretatie sterk afhankelijk van de persoon en de specifieke situatie. Een persoon met een psychische stoornis kan op een bepaald moment niet in staat zijn om te weigeren, terwijl diezelfde persoon op een ander moment of in een andere situatie wellicht wel het vermogen kan hebben om te kiezen door de wisselende impact van een psychische stoornis op een individu.²⁰³ Een persoon met een psychische stoornis heeft bijvoorbeeld voldoende inzicht in de aard van de betrokken seksuele handeling en wat de voorzienbare gevolgen ervan kunnen zijn wanneer hij bij geslachtsgemeenschap zich bewust is van de risico's op zwangerschap en de mogelijkheid om een seksueel overdraagbare ziekte op te lopen, bij anale geslachtsgemeenschap aan de mogelijkheid van pijn en letsel, ...²⁰⁴

¹⁹⁹ Wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 17.

²⁰⁰ I. WATTIER, "L'atteinte à l'intégrité sexuelle, le viol, le voyeurisme et la diffusion non consentie de contenus à caractère sexuel" in M.A. BEERNAERT, N. BLAISE, H.D. BOSLY, E. BOURCELET, M.L. CESONI, N. COLLETE-BASECQZ, S. DALESSANDRO, I. DALESSANDRO, I. DE LA SERNA, C. DE VALKENEER, P. MAGNIEN, A. MASCHIETTO, A. MASSET, S. NEVEU, S. VAIRON, D. VANDERMEERSCH, C. VANDRESSE en I. WATTIER (eds.), *Les infractions volume 3 : Les infractions contre l'intégrité sexuelle, l'ordre des familles, la moralité publique, les mineurs et les personnes vulnérables*, Brussel, Larcier, 2024, 139.

²⁰¹ Art. 75(2)(e) Sexual Offences Act 2003

²⁰² Art. 30(1) Sexual Offences Act 2003

²⁰³ Court of Appeal (VK) 30 juli 2009, R v. C, *UKHL* 42.

²⁰⁴ Art. 30(2) Sexual Offences Act 2003

2.4.2 Dwang, geweld en bedreiging

2.4.2.1 Dwang

90. Het concept van dwang in een seksuele context wordt niet uitgebreid gespecificeerd in het *Belgisch recht*. Volgens de rechtsleer situeren daden van dwang zich op het morele vlak, zelfs zonder dat daartoe sprake moet zijn van veruitwendigde fysieke of zelfs verbale handelingen. De dader wekt bij het slachtoffer angst op voor een naderend kwaad om zo het slachtoffer te dwingen toegeeflijk te zijn en zich niet te verzetten tegen zijn handelingen.²⁰⁵ Dwang kan dus diverse vormen aannemen. Angst valt ook onder de uitsluitingsgrond van de kwetsbare toestand doordat angst niet enkel beperkt is tot de situaties van verbazing. Het omvat namelijk ook de vrees voor de functie die een persoon in de samenleving vervult of de rol die hij speelt in het leven van het slachtoffer.²⁰⁶

91. Er is geen sprake van een vrijwillige deelname naar *Zweeds recht* wanneer de dader ernstig misbruik maakt van zijn machtspositie ten opzichte van het slachtoffer. De wetgever verduidelijkt niet wat hij met 'ernstig misbruik' bedoelt. Er wordt wel een onderscheid gemaakt in de ernst van het misbruik door het gebruik van geweld of ernstige bedreigingen, de betrokkenheid van meerdere personen en of de dader, gezien de gebruikte methode of de jonge leeftijd van het slachtoffer of anderszins, blijkt heeft gegeven van een bijzondere meedogenloosheid of wreedheid.²⁰⁷ Emotionele chantage en psychologische manipulatie kunnen ook onder het toepassingsgebied vallen.²⁰⁸ Opvallend is dat dwang niet expliciet wordt benoemd.

92. Een van de voorwaarden van het dwangmodel in het *huidig Nederlands recht* is dat de situatie voor het slachtoffer werkelijk onvermijdbaar is (*supra* nr. 49-51).²⁰⁹ De vereiste van onvermijdbaarheid wordt echter niet gemakkelijk aangenomen²¹⁰. Hierbij is de perceptie van de situatie in hoofde van de verdachte doorslaggevend.²¹¹ Zo was er geen sprake van dwang in de situatie waarbij de vader seksuele handelingen verrichtte met zijn dochter tussen haar vijftiende tot negentiende levensjaar²¹² en wanneer het slachtoffer bewusteloos was ten tijde van de penetratie²¹³. Anderzijds kan godvruchtigheid een vorm van psychische druk opleveren waardoor het slachtoffer zich niet meer aan de seksuele handelingen kan onttrekken.²¹⁴

²⁰⁵ Cass. 9 oktober 2012, *T.Strafr.* 2013, 115, noot G. SCHOORENS.

²⁰⁶ I. WATTIER, "L'atteinte à l'intégrité sexuelle, le viol, le voyeurisme et la diffusion non consentie de contenus à caractère sexuel" in M.A. BEERNAERT, N. BLAISE, H.D. BOSLY, E. BOURCELET, M.L. CESONI, N. COLLETE-BASECQZ, S. DALESSANDRO, I. DALESSANDRO, I. DE LA SERNA, C. DE VALKENEER, P. MAGNIEN, A. MASCHIETTO, A. MASSET, S. NEVEU, S. VAIRON, D. VANDERMEERSCH, C. VANDRESSE en I. WATTIER (eds.), *Les infractions volume 3 : Les infractions contre l'intégrité sexuelle, l'ordre des familles, la moralité publique, les mineurs et les personnes vulnérables*, Brussel, Larcier, 2024, 137.

²⁰⁷ Hoofdstuk 6, sectie 1(3) Zweeds Strafwetboek (officiële Engelse vertaling), www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf.

²⁰⁸ I. WATTIER, "L'atteinte à l'intégrité sexuelle, le viol, le voyeurisme et la diffusion non consentie de contenus à caractère sexuel" in M.A. BEERNAERT, N. BLAISE, H.D. BOSLY, E. BOURCELET, M.L. CESONI, N. COLLETE-BASECQZ, S. DALESSANDRO, I. DALESSANDRO, I. DE LA SERNA, C. DE VALKENEER, P. MAGNIEN, A. MASCHIETTO, A. MASSET, S. NEVEU, S. VAIRON, D. VANDERMEERSCH, C. VANDRESSE en I. WATTIER (eds.), *Les infractions volume 3 : Les infractions contre l'intégrité sexuelle, l'ordre des familles, la moralité publique, les mineurs et les personnes vulnérables*, Brussel, Larcier, 2024, 141.

²⁰⁹ Hoge Raad (NL) 16 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7650.

²¹⁰ Hoge Raad (NL) 12 december 2006, *Nederlands Juristenblad* 2007, 170.

²¹¹ Hoge Raad (NL) 27 november 2018, *Nederlands Jurisprudentie* 2019/241, 3924-3926, noot N. ROZEMOND.

²¹² Hoge Raad (NL) 12 maart 2013, *Nederlandse Jurisprudentie* 2013/438, 437, noot N. KEIJZER.

²¹³ R. KOOL en A. JONGENOTTER, "Verkrachting: what's in a name?", *Nederlands Juristenblad* 2021, afl. 2, (90) 93.

²¹⁴ Hoge Raad (NL) 27 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:427.

93. In het *toekomstig Nederlands recht* is het gebruik van dwang geen voorwaarde meer voor de strafbaarstelling, maar een gekwalificeerde (strafverzwarende) vorm van de opzetsdelicten.²¹⁵ In de nieuwe wetgeving is het voldoende dat iemand een zodanige druk uitoefent op een ander, waardoor deze persoon niet volledig vrij is in het maken van keuzes. Deze druk kan vele vormen aannemen en kan worden toegepast met diverse middelen. Het beperken van de handelingsmogelijkheden kan bijvoorbeeld plaatsvinden door fysieke belemmeringen, zoals vastbinden, opsluiten, intimidatie of het dwingen naar afgelegen locaties. Het verminderen van keuzes kan ook voortkomen uit het creëren van afhankelijkheidsrelaties, zoals door manipulatie of emotionele chantage. Of een bepaalde handeling als dwang wordt beschouwd, hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval en de concrete feiten die daarbij betrokken zijn.²¹⁶

Daarnaast kan de wil ontbreken binnen een ongelijkwaardige verhouding, zelfs als er geen expliciete weerstand is. Deze situatie doet zich vaak voor wanneer de initiator van het seksuele contact een hiërarchische of vertrouwenspositie inneemt ten opzichte van de ander. In een dergelijke hoedanigheid wordt aangenomen dat men zich bewust is van de impact die de eigen positie heeft op het vermogen van de ander om zich vrijelijk uit te drukken. Als binnen een dergelijke functionele afhankelijkheidsrelatie dan toch seksueel toenadering wordt gezocht, dan zal dit in de regel plaatsvinden in de laakbare wetenschap dat bij die ander de wilsbepaling onder (sterke) invloed staat van (de wil van) de initiator en kan aldus van een vrije wilsuiting geen sprake zijn. Wanneer er sprake is van een juridische gezagsrelatie of een professionele hulpverlenings- of zorgrelatie tussen de betrokkenen, is de afhankelijkheidspositie van de ander in beginsel al vastgesteld.²¹⁷

94. Het is minder waarschijnlijk dat de dader wordt vervolgd voor het gebruik van dwang in het *Engels recht* tenzij de rechtbanken een meer dynamische interpretatie geven aan de definitie van toestemming.²¹⁸

2.4.2.2 Geweld

95. Geweld in een seksuele context wordt niet nader besproken in het *Belgisch recht*. In een ander onderdeel van het Belgisch Strafwetboek, dat eerder betrekking heeft op vermogensmisdrijven, is er evenwel een onderdeel opgenomen met als titel "Betekenis van sommige in dit wetboek voorkomende uitdrukkingen" onder hoofdstuk I, dat zich bezighoudt met "diefstal en afpersing". Artikel 483 van het Strafwetboek biedt daarbij een definitie van geweld en bedreiging die kan worden toegepast op gevallen van dwang met betrekking tot seksuele handelingen, aangezien het geen uitbreiding van de strafwet betreft.²¹⁹

²¹⁵ Art. 243(2) Wet seksuele misdrijven, NS 27 maart 2024.

²¹⁶ MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 84.

²¹⁷ MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 18.

²¹⁸ T. O'MALLEY en E. HOVEN, "Concent in the law relating to sexual offences" in K. AMBOS, A. DUFF, J. ROBERTS en T. WEIGEND, *Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, 160-161.

²¹⁹ L. LANGBEEN, "Geweld en bedreigingen in art. 373 Sw.", *RW* 1954-1955, (1281) 1288; B. SPRIET en G. MARLIER, "Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting in het begin van de 21ste eeuw (2000-2012)" in F.

Artikel 483 van het Strafwetboek definieert geweld als “*daden van fysieke dwang gepleegd op personen*”. Daarnaast valt psychologisch geweld ook onder het toepassingsgebied van artikel 417/5.²²⁰ Vereist is dat het geweld een invloed heeft op de wilsvrijheid van het slachtoffer. Dit geweld hoeft niet noodzakelijkerwijs tijdens de seksuele handeling plaats te vinden, maar kan er ook aan voorafgaan met als doel seksuele handelingen te bewerkstelligen. Nadat toestemming is gegeven, kan de uitsluitingsgrond van geweld niet meer worden ingeroepen. Uiteraard kan de toestemming op elk moment worden ingetrokken (*supra* nr. 59).²²¹

96. In het *Zweeds recht* wordt geweld beschouwd als een strafverzwarringsgrond.²²² Onder geweld wordt “*het veroorzaken van lichamelijk letsel, ziekte, pijn, hulpeloosheid of een vergelijkbare toestand*” verstaan. Typische voorbeelden die in de literatuur worden aangehaald zijn duwen of slaan van het slachtoffer, het immobiliseren van een persoon, het uit elkaar trekken van iemands benen of het vasthouden van een persoon die de ruimte waar de situatie zich voordoet wil verlaten.²²³ Het is niet duidelijk of psychisch geweld ook onder het Zweeds recht valt.

97. Geweld wordt in het *huidig Nederlands recht* gezien als een vorm van dwang dat aanwezig moet zijn voor de strafbaarstelling (*supra* nr. 49-51).²²⁴ Het wordt gedefinieerd als “*het gebruik van fysieke kracht, waarbij het slachtoffer lichamelijke schade ondervindt*”.²²⁵ Deze kracht kan worden uitgeoefend met het eigen lichaam of met behulp van objecten. Voorbeelden van fysiek geweld zijn onder andere het hardhandig vastgrijpen, slaan, schoppen, bijten of aan de haren trekken van iemand.²²⁶ Doordat de Nederlandse wetgever spreekt van het gebruik van fysieke kracht, valt psychisch geweld buiten het toepassingsgebied van geweld. In het *toekomstig Nederlands recht* is het gebruik van dwang, niet meer vereist om van een strafbare gedraging te spreken. Geweld wordt in het toekomstig recht beschouwd als een gekwalificeerde (strafverzwarende) vorm van de opzetdelicten.²²⁷

VERBRUGGEN, B. SPRIET en R. VERSTRAETEN (eds.), *Themis, Straf- en Strafprocesrecht*, afl. 79, Brugge, die Keure, 2013, 97.

²²⁰ I. WATTIER, “L’atteinte à l’intégrité sexuelle, le viol, le voyeurisme et la diffusion non consentie de contenus à caractère sexuel” in M.A. BEERNAERT, N. BLAISE, H.D. BOSLY, E. BOURCELET, M.L. CESONI, N. COLLETE-BASECQZ, S. DALESSANDRO, I. DALESSANDRO, I. DE LA SERNA, C. DE VALKENEER, P. MAGNIEN, A. MASCHIETTO, A. MASSET, S. NEVEU, S. VAIRON, D. VANDERMEERSCH, C. VANDRESSE en I. WATTIER (eds.), *Les infractions volume 3 : Les infractions contre l’intégrité sexuelle, l’ordre des familles, la moralité publique, les mineurs et les personnes vulnérables*, Brussel, Larcier, 2024, 140.

²²¹ T. Henrion, “Le viol et l’atteinte à l’intégrité sexuelle” in C. Albery, T. Bayet, E. Bourcelet, J. Buisseret, N. Colette-basecqz, S. Cornelusse, E. Delhaise, T. Henrion, T. Moreau, E. Querton, A. Roelandt, H. Sax, D. Vandermeersch, L. Van Innis, S. Wattier (eds.), *Droit pénal sexuel. Nouvelles dispositions et approche pratique des acteurs de terrain*, Limal, Anthemis, 2023, 54.

²²² Hoofdstuk 6, sectie 1(1) Zweeds Strafwetboek (officiële Engelse vertaling), www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf.

²²³ *Hand.* Kamer 11 november 2004, nr. 2004/05:45, 134.

²²⁴ Art. 242 Wetboek van Strafrecht, NS 15 januari 1886.

²²⁵ Hoge Raad (NL) 16 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3040.

²²⁶ MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 85

²²⁷ Art. 243(2) Wet seksuele misdrijven, NS 27 maart 2024.

98. In het *Engels recht* heerst er een weerlegbaar vermoeden dat toestemming in hoofde van het slachtoffer ontbreekt wanneer er sprake is van geweld of het slachtoffer onrechtmatig wordt vastgehouden.²²⁸ Het geweld jegens het slachtoffer of een derde partij moet zich voordoen tijdens de seksuele interactie of direct daarvoor.²²⁹

2.4.2.3 Bedreiging

99. Ook voor de definitie van bedreiging kan er voor het *Belgisch recht* verwezen worden naar artikel 483 van het Strafwetboek (*supra* nr. 95). Onder bedreiging wordt naar *Belgisch recht* "alle middelen van morele dwang door het verwekken van vrees voor een dreigend kwaad" verstaan. Het Hof van Cassatie voegt hieraan toe dat bedreiging ook kan worden beschouwd als 'morele dwang'. Net zoals bij geweld moeten de bedreigingen van een voldoende ernst zijn om het slachtoffer te weerhouden van het maken van een vrije keuze. De bedreigingen moeten voldoende angst opwekken bij het slachtoffer voor ernstige en onmiddellijke schade in de nabije toekomst.²³⁰ Het is niet vereist dat dwang zich richt op de fysieke integriteit van een persoon. Dwang tegen materiële of intellectuele eigendommen valt hier eveneens onder.²³¹

100. In het *Zweeds recht* wordt de vrijwillige deelname uitgesloten wanneer de dader gebruik maakt van bedreigingen.²³² Deze bedreigingen kunnen diverse vormen aannemen, variërend van directe bedreigingen tegen het leven of de gezondheid van het slachtoffer tot het in gevaar brengen van andere vergelijkbare belangen. Deze bedreigingen kunnen ook gericht zijn op het beschadigen van eigendommen van het slachtoffer of het dreigen met schade aan derden. Er zijn enige interpretatiekwesties ontstaan met betrekking tot het misdrijf van verkrachting in het kader van gewelddadige relaties. Hierbij moet de vraag gesteld worden of het slachtoffer in deze relatie vrijwillig seksuele handelingen kan verrichten met de dader. In de voorbereidende werken is erop gewezen dat er periodes kunnen zijn in dergelijke relaties zonder bedreiging of geweld en dat er in deze gevallen ook sprake kan zijn van vrijwillige deelname aan geslachtsgemeenschap.²³³

101. In het *Engels recht* heerst er een weerlegbaar vermoeden dat er geen sprake is van toestemming wanneer de dader dreigt met geweld tegen het slachtoffer of een derde.²³⁴ Wanneer er wordt bedreigd met geweld moet er voldaan zijn aan de eis van onmiddellijkheid, waardoor het dreigen met toekomstig geweld bij een strikte interpretatie buiten het toepassingsgebied valt. Bovendien moet de dreiging specifiek gericht zijn op geweld, waardoor bedreigingen met betrekking tot het welzijn van een kind, evenals financiële dwang, buiten het toepassingsgebied van dit artikel vallen.²³⁵

²²⁸ Art. 75(2)(c) Sexual Offences Act 2003

²²⁹ Art. 75(2)(a) en (b) Sexual Offences Act 2003.

²³⁰ Cass. 24 mei 1965, *Pas.* 1965, 1030-1036.

²³¹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 320.

²³² Hoofdstuk 6, sectie 1(1) Zweeds Strafwetboek (officiële Engelse vertaling), www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf.

²³³ L. WEGERSTAD, "Sex Must Be Voluntary: Sexual Communication and the New Definition of Rape in Sweden", *German Law Journal* 2021, afl. 22, (734) 745.

²³⁴ Art. 75(2)(a) en (b) Sexual Offences Act 2003.

²³⁵ S. PEGG en A. DAVIES, *Sexual offences law and consent*, Londen, Routledge, 2016, 62.

102. Bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid wordt in het *huidig Nederlands recht* gezien als een vorm van dwang dat aanwezig moet zijn voor de strafbaarstelling (*supra* nr. 49-51).²³⁶ In het *toekomstig Nederlands recht* is het gebruik van dwang geen voorwaarde meer voor de strafbaarstelling. Hierdoor is bedreiging een gekwalificeerde (strafverzwarende) vorm van de opzetsdelicten.²³⁷ Het bedreigen van iemand kan plaatsvinden door daden of door bedreigende taal. Het is essentieel dat het slachtoffer, gezien de omstandigheden, daadwerkelijk angst voelt voor de uitvoering van de bedreiging. Bedreigingen kunnen variëren van dreigen met een wapen tot het uiten van doodsb bedreigingen of bedreigingen met geweld. Bedreiging kan ook betrekking hebben op acties die niet direct tegen het slachtoffer gericht zijn, maar tegen anderen.²³⁸

2.4.3 Verrassing

103. Het Hof van Cassatie heeft het begrip 'verrassing' naar *Belgisch recht* meermaals geïnterpreteerd als een situatie waarin het slachtoffer geen kans krijgt om zich te verzetten tegen onverwachte en plotselinge onzedelijke handelingen die het niet vrijwillig accepteert. Deze daden werden beschouwd als een vorm van geweld en duiden op het ontbreken van een geldige toestemming.²³⁹ Het fenomeen *stealth* zou ook onder deze interpretatie of de hierna besproken 'list' kunnen vallen.²⁴⁰

104. Naar *Zweeds recht* ontbreekt de mogelijkheid tot een vrijwillige deelname in situaties waarin iemand wordt verrast door een seksuele handeling, zoals tijdens een medische ingreep of in een drukke mensenmenigte. In deze situatie heeft het slachtoffer namelijk geen of slechts een beperkte keuze.²⁴¹ Ook in het toekomstig *Nederlands recht* kan een onverwachte handeling de wilsbekwaamheid van het slachtoffer in het gedrang brengen.²⁴² De dader is zich in dit geval bewust van de aantasting van de seksuele integriteit en tracht de ander niet de mogelijkheid te geven om hierover zijn wil te uiten.²⁴³

²³⁶ Art. 242 Wetboek van Strafrecht, *NS* 15 januari 1886.

²³⁷ Art. 243(2) Wet seksuele misdrijven, *NS* 27 maart 2024.

²³⁸ MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 85

²³⁹ Cass. 9 oktober 2012, *T.Strafr.* 2013, 115, noot G. SCHOORENS; Cass. 24 mei 2011, AR P.10.1977.N; Cass. 9 oktober 2010, AR P.11.2120.N; Cass. 6 oktober 2004, *JT* 2005, 100.

²⁴⁰ MvT bij het wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 19.

²⁴¹ C. LERNESTEDT en M. KAGRELL, "The Swedish move towards (in)voluntariness", in T. HÖRNLE, *Sexual assault*, Oxford, Oxford University Press, 2023, 177.

²⁴² MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 17-18.

²⁴³ MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 88; *Hand.* Kamer 10 maart 2023, 36222, nr. 7, 21.

2.4.4 List

105. SPRIET en MARLIER definiëren een list in het kader van seksuele handelingen in het *Belgisch recht* als het “bewuste en opzettelijke bedrog door de dader, met als doel het verkrijgen van een ongeldige toestemming door het slachtoffer”. Deze misleiding kan plaatsvinden voorafgaand aan de seksuele handeling of zelfs op het moment van de seksuele handeling zelf.²⁴⁴ In vele gevallen zal de dader een valse hoedanigheid aannemen die bij het slachtoffer vertrouwen wekt. Een bekend voorbeeld in de rechtspraak hiervan is de dader die zich voordeed als behandelend gynaecoloog en met dergelijke list het slachtoffer heeft verkracht.²⁴⁵ Het is niet noodzakelijkerwijs vereist dat de list effectief was.²⁴⁶ Een leugen kan worden aangemerkt als een list, bijvoorbeeld indien de dader door het verzwijgen van zijn hiv-besmetting zijn partner ertoe heeft gebracht in te stemmen met seksuele handelingen.²⁴⁷ Echter is het vereist dat aangetoond wordt dat het achtergehouden van de informatie doorslaggevend is voor het geven van toestemming voor seksuele penetratie. Als het slachtoffer niet expliciet heeft gevraagd naar de seropositieve status van de partner, geen bezwaar heeft geuit en de partner hierover heeft gezwegen, dan kan dit zwijgen op zichzelf niet worden beschouwd als list.²⁴⁸

106. In het *huidig Nederlands recht* blijkt dat een list niet altijd voldoende is om aan de vereisten van dwang te voldoen (*supra* nr. 49-51). De rechtspraak hanteert een strenge benadering van deze eis. Dit werd duidelijk in de zaak waarin de verdachte, onder het mom van een ritueel om de relatie tussen zijn zoon en het slachtoffer te herstellen, het geblinddoekte slachtoffer alcohol gaf en vervolgens geslachtsgemeenschap met haar had. Vervolgens had het slachtoffer ook geslachtsgemeenschap met andere personen in de kamer, zonder dat zij zich hiervan bewust was. Dergelijke seksuele misleiding valt buiten de sfeer van de huidige zedendelicten, aangezien er geen sprake van dwang was.²⁴⁹ Naar *toekomstig Nederlands recht* kan een leugen wel een invloed hebben op de uiting van de vrije wil.²⁵⁰ Deze misleiding dient echter van voldoende gewicht te zijn en rechtstreeks verband te houden met de seksuele integriteit van de andere partij.²⁵¹ Toch blijft de invulling hiervan nog steeds beperkt. De Nederlandse wetgever heeft dit bewust gedaan aangezien de beantwoording van de vraag of er sprake is van een ontbrekende wil in sterke mate afhankelijk is van de omstandigheden. Daarnaast valt misleiding met betrekking tot voorbehoedsmiddelen, anders dan *stealth* (*supra* nr. 73), buiten het toepassingsgebied.²⁵²

²⁴⁴ B. SPRIET en G. MARLIER, “Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting in het begin van de 21ste eeuw (2000-2012)” in F. VERBRUGGEN, B. SPRIET en R. VERSTRAETEN (eds.), *Themis, Straf- en Strafprocesrecht*, afl. 79, Brugge, die Keure, 2013, 110.

²⁴⁵ Corr. Brussel 24 november 1969, *JT* 1970, 121-123.

²⁴⁶ Corr. Antwerpen 25 juni 2008, *T. Strafr.* 2009, 174, noot S. VANDROMME.

²⁴⁷ Corr. Hasselt 16 november 2018, *Limb.Rechtsl.* 2019, afl. 2, 153, noot I. DELBROUCK.

²⁴⁸ B. SPRIET, S. CAREEL en M. WALGRAEVE, “Actueel seksueel strafrecht: Aanranding van de eerbaarheid, verkrachting, voyeurisme” in S. CAREEL, L. COLLAGE, J. HUYSMANS, M. KNOPS, B. SPRIET, F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN en M. WALGRAEVE (eds.), *Themis, Straf- en strafprocesrecht*, nr. 122, Brussel, Intersentia, 2022, 27-28;

²⁴⁹ Hoge Raad (NL) 9 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9177.

²⁵⁰ MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 88.

²⁵¹ MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 88; *Hand.* Kamer 10 maart 2023, 36222, nr. 7, 92.

²⁵² *Hand.* Kamer 10 maart 2023, 36222, nr. 7, 92-93.

107. Naar *Engels recht* heerst een onweerlegbaar vermoeden dat het slachtoffer niet instemde met de seksuele handeling wanneer de dader het slachtoffer opzettelijk heeft misleid met betrekking tot de aard of het doel van de handeling.²⁵³ De rechtbanken hanteren een zeer strikte interpretatie. Zo worden de gevallen van misleiding met betrekking tot de aard van de handeling beperkt tot situaties waarin de beklaagde het slachtoffer misleidt over de fysieke aard van de handeling. Voorbeelden van dergelijke situaties in de rechtspraak zijn het doen geloven dat er een medische behandeling wordt uitgevoerd om zo geslachtsgemeenschap met het slachtoffer te hebben²⁵⁴, een leerling laten geloven dat zijn luchtdoorgang wordt geopend en zijn zangprestatie verbetert door geslachtsgemeenschap te hebben²⁵⁵ en het geval waarin een vader zich voordoeft als een jonge vrouw om zijn ex-schoonzoons aan te zetten tot het verrichten van seksuele handelingen via de webcam om hem zo op een later moment te kunnen chanteren²⁵⁶.

De interpretatie over het doel blijkt soms complex te zijn. Zo was er geen misleiding met betrekking tot het doel in het geval waarin de dader zijn ex-vriendin overhaalde om seksuele handelingen te verrichten via de webcam, terwijl hij zich voordeed als een Amerikaanse man, om haar later te kunnen chanteren in naam van deze fictieve persoon. In dit geval was er geen sprake van misleiding over het doel, omdat ten minste een deel van het door de verdachte toegegeven doel seksueel van aard was, waardoor er geen duidelijke misleiding met betrekking tot het doel was.²⁵⁷ Daarnaast heeft de rechtspraak geoordeeld dat een leugen over onvruchtbaarheid²⁵⁸, het valselijk voordoen van een affectieve relatie²⁵⁹ en het scenario waarbij de dader het slachtoffer overhaalde om geslachtsgemeenschap te hebben door te dreigen met een politieboete en zelfmoord²⁶⁰, niet worden beschouwd als gevallen van misleiding over de aard van de handeling. Hieruit blijkt dat de rechtspraak zich duidelijk heeft uitgesproken tegen een te brede uitlegging van deze wetsbepaling.

108. Daarnaast heerst er in het *Engels recht* ook een onweerlegbaar vermoeden dat het slachtoffer niet instemde met de handeling wanneer de dader het slachtoffer opzettelijk heeft aangezet tot het geven van toestemming voor de desbetreffende handeling door zich voor te doen als een persoon die de klager persoonlijk bekend was.²⁶¹ De wetgever heeft deze voorwaarde opgenomen om te voorkomen dat het vermoeden van toestemming ontstaat wanneer een individu zich ten onrechte voordoeft als een bekende persoonlijkheid waar het slachtoffer louter door wordt aangetrokken.²⁶² De term 'persoonlijk bekend' is echter niet duidelijk gedefinieerd. Dit roept vragen op over de reikwijdte ervan: omvat het alle personen die het slachtoffer persoonlijk heeft ontmoet, of geldt het ook voor personen waarmee het slachtoffer een langdurige correspondentie heeft gehad, zelfs als het slachtoffer ze nooit fysiek heeft ontmoet?

²⁵³ Art. 76(2)(a) Sexual Offences Act 2003

²⁵⁴ High Court of Justice (VK) 3 februari 1877, *The queen v. Flattery*, 2 QB 410.

²⁵⁵ Court of Appeal (VK) 11 december 1922, *R. v. Williams*, 1 KB 340.

²⁵⁶ Court of Appeal (VK) 18 februari 2008, *R. v. SD*, *EWCA Crim* 527.

²⁵⁷ Court of Appeal (VK) 26 April 2013, *EWCA* 832.

²⁵⁸ Court of Appeal (VK) 23 juli 2020, *R. v. Lawrance*, *EWCA Crim* 971.

²⁵⁹ High Court of Justice (VK) 14 december 2018, *R. (on the application of Monica) v DPP*, *EWHC* 3508.

²⁶⁰ Court of Appeal (VK) 11 juli 2007, *R. v. Jheeta*, *EWCA Crim* 1699.

²⁶¹ Art. 76(2)(b) Sexual Offences Act 2003

²⁶² D. ORMEROD en K. LAIRD, *Smith, Hogan & Ormerod's Criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 815.

109. Naar *Zweeds recht* moet er een onderscheid worden gemaakt tussen misleiding dat een vrijwillige deelname wel of niet uitsluit. Een vrijwillige deelname wordt uitgesloten door het zich voordoen als de partner van het slachtoffer in een donkere kamer. Hoewel de commissie voorstelde om dit in de wet op te nemen, werd dit niet gevolgd door de regering. De regering hield echter vol dat sommige van de ernstigere gevallen van deze decepties onder het oneigenlijk gebruik van een bijzonder kwetsbare situatie zouden vallen, waardoor ze wellicht niet uitsluitend onder de algemene noemer van een niet vrijwillige deelname zouden vallen. Andere vormen van seksuele misleiding, zoals met betrekking tot het gebruik van voorbehoedsmiddelen of seksueel overdraagbare aandoeningen, vallen buiten het strafrechtelijke toepassingsgebied.²⁶³

In een andere zaak deelde het slachtoffer online haar verlangen om geslachtsgemeenschap te hebben met een totaal onbekende persoon, waarop de dader, die haar persoonlijk kende, zich voordeed als een vreemdeling. Ze spraken af om elkaar te ontmoeten en geslachtsgemeenschap te hebben. Tijdens deze ontmoeting droeg het slachtoffer een blinddoek waardoor ze daadwerkelijk geloofde dat ze intiem was met een vreemde. De dader verklaarde dat hij niet van plan was om het slachtoffer te informeren over zijn ware identiteit, omdat hij geloofde dat ze nooit vrijwillig geslachtsgemeenschap met hem zou hebben gehad. Ondanks dat de omstandigheden van dit geval afwijken van die welke typisch in de voorbereidende werken worden besproken, oordeelde de rechtbank dat het bedrog een bijzonder kwetsbare situatie voor het slachtoffer creëerde en daarom als verkrachting moet worden beschouwd.²⁶⁴

2.4.5 Andere strafbare gedraging

110. In de oorspronkelijke versie van het wetsvoorstel streefde de Belgische wetgever ernaar een extra lid toe te voegen aan de definitie van toestemming, waarin specifieke omstandigheden werden genoemd die de geldigheid van toestemming zouden ondermijnen:

*"Toestemming is er evenmin wanneer de seksuele handeling is gepleegd ten nadele van iemand die in een kwetsbare toestand verkeert ten gevolge van bewusteloosheid, slaap, angst, invloed van alcohol, verdovende middelen, psychotrope stoffen of van enige andere substantie met een soortgelijke uitwerking, een ziekte of een lichamelijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid waardoor de vrije wil is aangetast."*²⁶⁵

²⁶³ C. LERNESTEDT en M. KAGRELL, "The Swedish move towards (in)voluntariness", in T. HÖRNLE (ed.), *Sexual assault*, Oxford, Oxford University Press, 2023, 176.

²⁶⁴ Supreme Court (SE) 11 juli 2019, *NJA* 2019 s. 668, noot C. LERNESTEDT en M. KAGRELL.

²⁶⁵ MvT bij het wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 17.

111. Zowel de expertencommissie als VERMEULEN vonden het overbodig om bovenstaande situaties op te nemen in het de wetsbepaling. Er werd gewezen op het gevaar dat de opsomming mogelijk onvolledig zou zijn en dat het vermelden ervan in de toelichting van het wetsvoorstel afdoende zou zijn, gezien de niet-limitatieve aard van de opsomming.²⁶⁶ Ondanks de opmerkingen koos de wetgever ervoor om in het daadwerkelijke wetsartikel toch te verwijzen naar omstandigheden waarin toestemming (mogelijks) wordt uitgesloten.

112. Om toch tegemoet te komen aan de bezorgdheden, heeft de wetgever ervoor gekozen om 'of een andere strafbare gedraging' toe te voegen aan de bepaling. Hiermee wil de wetgever het signaal geven dat deze lijst aan situaties als lijst niet-limitatief geïnterpreteerd moet worden.²⁶⁷ Tijdens de parlementaire voorbereiding diende DE WIT een amendement in met als doel het begrip te verduidelijken. Ze betoogde dat de oorspronkelijke bewoording de mogelijkheid van misinterpretatie in de hand werkte. De minister van Justitie heeft gereageerd door te stellen dat de andere strafbare gedragingen worden gedefinieerd in het Strafwetboek. Het amendement werd uiteindelijk verworpen.²⁶⁸

113. Momenteel blijven er tal van vragen bestaan met betrekking tot dit concept. Het blijft onduidelijk wanneer een seksuele handeling al dan niet het resultaat is van enige andere strafbare gedraging en of dit automatisch betekent dat de toestemming daarbij wordt uitgesloten. De memorie van toelichting vermeldt echter dat als een niet-consensuele seksuele handeling gepaard gaat met een andere strafbare gedraging, er ofwel sprake zal zijn van een verzwarende omstandigheid (bv. foltering, opsluiting of zwaar geweld) ofwel van een samenloopkwestie (bv. in de hypothese van belaging, uitbuiting van prostitutie,...).²⁶⁹

²⁶⁶ J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, Die Keure/La Charte, 2019, 246; G. VERMEULEN, "Seksuele toestemming in het nieuwe seksueel strafrecht: onvolkomen, inconsistente en aarzelende progressie" in G. VERMEULEN, L. BYN en S. DE COENSEL (eds.), *Seksuele autonomie, normativiteit, exploitatie en deviantie: criminologische en juridische verkenningen*, Antwerpen, Gompel&Svacina, 2022, 34.

²⁶⁷ MvT bij het wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 18.

²⁶⁸ Amendement nr. 26 (S. DE WIT) op het wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2021-2022, nr. 55-2141/006, 55-56.

²⁶⁹ MvT bij het wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 17.

2.5 Seksuele meerderjarigheid

2.5.1 Principe

114. In het *Belgisch recht* heeft de wetgever er tevens voor gekozen om in artikel 417/6 van het Strafwetboek een aparte bepaling op te nemen die specifiek ingaat op de voorwaarden voor toestemming verleend door minderjarigen:

"§ 1. Onder voorbehoud van paragraaf 2 wordt een minderjarige die de volle leeftijd van zestien jaar niet heeft bereikt, niet geacht uit vrije wil te kunnen toestemmen.

§ 2. Een minderjarige die de volle leeftijd van veertien jaar heeft bereikt, maar niet de volle leeftijd van zestien jaar, kan uit vrije wil toestemmen indien het leeftijdsverschil met de andere persoon niet meer dan drie jaar bedraagt.

Er is geen misdrijf tussen minderjarigen die de volle leeftijd van veertien jaar hebben bereikt en die met wederzijdse toestemming handelen wanneer het onderlinge leeftijdsverschil meer dan drie jaar bedraagt.

§ 3. Een minderjarige kan nooit uit vrije wil toestemmen indien:

1° de dader een bloedverwant of aanverwant is in de rechte opgaande lijn of een adoptant of een bloedverwant of aanverwant in de zijlijn tot en met de derde graad of ieder ander persoon die een soortgelijke positie heeft in het gezin of ongeacht welke persoon die gewoonlijk of occasioneel met de minderjarige samenwoont en die over die minderjarige gezag heeft, of

2° de daad mogelijk is gemaakt doordat de dader gebruik heeft gemaakt van een erkende positie van vertrouwen, gezag of invloed ten aanzien van de minderjarige, of

3° de daad wordt beschouwd als een daad van ontucht of prostitutie als bedoeld in onderafdeling 2 van afdeling 2, luidende "Seksuele uitbuiting van minderjarigen met het oog op prostitutie"."

115. Uit bovenstaande bepaling kan worden afgeleid dat de seksuele meerderjarigheid in België is vastgesteld op zestien jaar. Dit betekent dat een minderjarige geldig kan toestemmen met een seksuele handeling vanaf deze leeftijd. Beneden deze leeftijdsgrens bestaat er principieel een onweerlegbaar vermoeden van gebrek aan toestemming. Elke seksuele daad op een minderjarige beneden de leeftijd van zestien, zal als een verkrachting worden beschouwd. Op het dit principe heeft de wetgever enkele corrigerende elementen aangenomen.

116. In het *huidig en toekomstig Nederlands recht* wordt de seksuele meerderjarigheid eveneens vastgesteld op zestien jaar.²⁷⁰ Hoewel er in het *Engels recht* geen specifiek wetsartikel is dat expliciet de leeftijdsgrens vastlegt, kan de grens van zestien jaar wel worden afgeleid uit de bepaling die seksuele activiteiten met minderjarigen strafbaar stelt.²⁷¹ Enkel in het *Zweeds recht* is er gekozen om de seksuele meerderjarigheidsgrens lager te leggen, namelijk op vijftien jaar. Onder deze leeftijd kan er geen sprake zijn van een vrijwillige deelname en zal de andere partij zich strafbaar maken aan verkrachting.²⁷² In elk van deze rechtssystemen vinden ook correctieve elementen hun plaats.

2.5.2 Afwijkingen

117. Er is geen sprake van een misdrijf naar *Belgisch recht* wanneer een veertien- of vijftienjarige, afwijkend van de gebruikelijke leeftijdsgrens van zestien jaar, toestemming geeft voor seksuele handelingen indien het leeftijdsverschil met de tegenpartij niet meer dan drie jaar bedraagt. Hier was tijdens de parlementaire voorbereiding heel wat discussie rond. Het oorspronkelijke wetsvoorstel suggereerde aanvankelijk een verschil van twee jaar.²⁷³ De expertencommissie ROZIE-VANDERMEERSCH stelde voor om dit verschil op te trekken tot maximaal vijf jaar.²⁷⁴ Hierbij werd het standpunt van de expertencommissie ondersteund door bepaalde rechtsleer.²⁷⁵ De wetgever stond voor de uitdaging om een balans te vinden tussen de autonomie van de minderjarige enerzijds en de bescherming ervan anderzijds. De wetgever hield bij deze afweging rekening met de kwetsbaarheid van kinderen voor mogelijke beïnvloeding door oudere personen en besloot om het toegestane leeftijdsverschil binnen die leeftijdscategorie vast te leggen op drie jaar.²⁷⁶

Bij het berekenen van het leeftijdsverschil moet de exacte geboortedatum van beide partners in aanmerking worden genomen en niet alleen het geboortjaar.²⁷⁷ Dit betekent dat er situaties kunnen ontstaan waarin een veertienjarige legale seksuele relaties kan hebben met één zeventienjarige, maar niet met een andere vanwege het feit dat hun geboortedata net meer dan drie jaar uit elkaar liggen.²⁷⁸

²⁷⁰ Art. 247 Wetboek van Strafrecht, *NS* 15 januari 1886; MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 96.

²⁷¹ Art. 9 Sexual Offences Act 2003

²⁷² Hoofdstuk 6, sectie 7 Zweeds Strafwetboek (officiële Engelse vertaling), www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf.

²⁷³ Wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 154.

²⁷⁴ J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH en J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Naar een nieuw strafwetboek? Het voorstel van de commissie tot hervorming van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 42.

²⁷⁵ B. SPRIET, S. CAREEL en M. WALGRAEVE, "Actueel seksueel strafrecht: Aanranding van de eerbaarheid, verkrachting, voyeurisme" in S. CAREEL, L. COLLAGE, J. HUYSMANS, M. KNOPS, B. SPRIET, F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN en M. WALGRAEVE (eds.), *Themis, Straf- en strafprocesrecht*, nr. 122, Brussel, Intersentia, 2022, 16.

²⁷⁶ Wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 3.

²⁷⁷ M. COP en T. Henrion, *Het nieuwe seksueel strafrecht. Artikelsgewijze bespreking van de hervorming anno 2022*, Leuven, LeA Uitgevers, 2022, 13.

²⁷⁸ *Hand.* Kamer 2020-21, 23 december 2021, nr. 55-2141/006, 59.

118. Om aan bovenstaand probleem tegemoet te komen is er in het *Belgisch recht* een bijkomende rechtvaardigheidsgrond uitgewerkt. Minderjarigen die de leeftijd van veertien jaar hebben bereikt, kunnen consensuele seksuele relaties aangaan, zelfs indien het leeftijdsverschil meer dan drie jaar bedraagt. Deze specifieke uitzondering lijkt alleen betrekking te hebben op veertienjarigen, aangezien bij een vijftienjarige én een leeftijdsverschil van meer dan drie jaar het niet meer gaat om een seksuele handeling tussen minderjarigen.²⁷⁹ Hypothetisch gezien is het dus mogelijk dat er zich situaties zullen voordoen waarin een voordien nochtans wettige seksuele relatie met eenzelfde partner een strafbaar karakter krijgt zodra de zeventienjarige meerderjarig wordt.

119. In het *Zweeds recht* wordt er gebruik gemaakt van een "close in age"-vrijstelling. Op deze manier wil de Zweedse wetgever tegemoet komen aan situaties waarin minderjarigen consensuele seksuele handelingen met elkaar stellen en de leeftijd van beide deelnemers aanzienlijk dicht bij elkaar liggen maar de leeftijd van een of beide deelnemers onder de wettelijke leeftijd ligt waarop iemand vrijwillig kan deelnemen.²⁸⁰ De wetgever geeft hier echter geen richtlijn mee over hoe 'aanzienlijk dicht' moet worden geïnterpreteerd, waardoor dit aan de rechterlijke macht wordt overgelaten.

120. Het *huidig Nederlands recht* kent geen gelijkaardige afwijking. Niettemin wordt er in de rechtspraak een uitzondering aangenomen voor minderjarigen tussen de twaalf en zestien jaar, waarbij een zekere mate van gelijkwaardigheid wordt erkend.²⁸¹ Deze strafuitsluitingsgrond voor leeftijdsgenoten in een gelijkaardige situatie wordt erkend in het *toekomstig Nederlands recht*.²⁸² Onder een leeftijdsgenoot wordt een persoon met een gering leeftijdsverschil verstaan. 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. Zo kan een zeventienjarige de leeftijdsgenoot van een vijftienjarige zijn. In de memorie van toelichting wordt hierbij wel benadrukt dat een ruimere invulling maatschappelijk niet als wenselijk wordt beschouwd.²⁸³ De gelijkwaardigheid van het desbetreffende geval moet worden beoordeeld aan de hand van de specifieke omstandigheden die van toepassing zijn. Daarbij wordt opnieuw rekening gehouden met het leeftijdsverschil, maar ook het verschil in (cognitieve en/of seksuele) ontwikkelingsniveau en de levensfase worden in aanmerking genomen. Andere factoren die relevant kunnen zijn bij de beoordeling van de gelijkwaardigheid zijn het consensuele karakter, het bestaan van een (seksuele) relatie en de aard van de seksuele handelingen.²⁸⁴ Of onder een 'seksuele relatie' iets anders wordt verstaan dan 'affectieve relatie' wordt uit de memorie van toelichting niet duidelijk.

²⁷⁹ M. COP en T. Henrion, *Het nieuwe seksueel strafrecht. Artikelsgewijze bespreking van de hervorming anno 2022*, Leuven, LeA Uitgevers, 2022, 13.

²⁸⁰ Hoofdstuk 6, sectie 4 Zweeds Strafwetboek (officiële Engelse vertaling), www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf.

²⁸¹ Hoge Raad (NL) 15 maart 2016, *Nederlands Juristenblad* 2016, 2265-2270; Hoge Raad (NL) 9 oktober 2018, *Nederlands Juristenblad* 2018, 7045-7056.

²⁸² Art. 251(2) Wet seksuele misdrijven, *NS* 27 maart 2024.

²⁸³ MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 31-32, 96.

²⁸⁴ MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 96.

121. In het *Engels recht* zijn er geen uitzonderingen voorzien voor minderjarigen onder de zestien jaar die consensuele seksuele handelingen stellen. Wel is er geen sprake van een misdrijf wanneer de tegenpartij redelijkerwijs gelooft dat de minderjarige ouder is dan zestien jaar.²⁸⁵ Deze uitzonderingsgrond is niet van toepassing op seksuele activiteiten met minderjarigen jonger dan dertien jaar, aangezien zij geacht worden nooit te kunnen instemmen.²⁸⁶

2.5.3 Uitsluitingsgronden

2.5.3.1 Incestueuze betrekkingen

122. In het geval van incestueuze betrekkingen kan een minderjarige naar *Belgisch recht* onder geen enkele omstandigheid geldig toestemmen met seksuele handelingen. Onder deze categorie vallen zowel bloedverwanten of aanverwanten in de rechte opgaande lijn en adoptanten, als bloedverwanten of aanverwanten in de zijlijn tot en met de derde graad. Daarnaast omvat het iedere persoon die een vergelijkbare positie bekleedt binnen het gezin, alsook personen die gewoonlijk of incidenteel met de minderjarige samenwonen en gezag over de minderjarige uitoefenen.²⁸⁷

123. Zowel naar *huidig* als *toekomstig Nederlands recht* zijn de uitzonderingsgronden gelijklopend. De leeftijdsgrens van zestien jaar wordt opgetrokken naar achttien jaar wanneer de seksuele handeling gesteld wordt jegens een eigen kind, een kind dat wordt verzorgd of opgevoed alsof het tot het eigen gezin behoort, een kind waarover het gezag wordt uitgeoefend of een kind waarvan de zorg, waakzaamheid of opleiding wordt toevertrouwd.²⁸⁸ Ook in het *Engels recht* wordt de leeftijdsgrens opgetrokken naar achttien jaar wanneer er sprake is van een seksuele activiteit met een familielid.²⁸⁹ Hieronder vallen adoptie-, pleeg- en stiefouders, grootouders, broers, zussen, neven, nichten, tantes en ooms. Deze grond wordt verder uitgebreid wanneer de persoon in kwestie deel uitmaakt van hetzelfde huishouden als de minderjarige, of een actieve rol speelt bij de zorg, opvoeding en toezicht op de minderjarige, zowel in het verleden als in het heden.²⁹⁰ Het *Zweeds recht* gaat iets minder ver door de leeftijdsgrens enkel op te trekken tot achttien jaar wanneer de minderjarige een nakomeling van de betrokken persoon is of deze persoon in een daarmee vergelijkbare relatie met de minderjarige staat.²⁹¹

²⁸⁵ Art. 9(1)(c)(i) Sexual Offences Act 2003

²⁸⁶ Art. 5 Sexual Offences Act 2003

²⁸⁷ Art. 417/6, § 3, 1° Sw.

²⁸⁸ Art. 248(2) Wetboek van Strafrecht, *NS* 15 januari 1886; art. 246(a) Wet seksuele misdrijven, *NS* 27 maart 2024.

²⁸⁹ Art. 25 Sexual Offences Act 2003

²⁹⁰ Art. 27 Sexual Offences Act 2003

²⁹¹ Hoofdstuk 6, sectie 6, lid drie Zweeds Strafwetboek (officiële Engelse vertaling), www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf.

2.5.3.2 Erkende positie van vertrouwen

124. Een minderjarige kan naar *Belgisch recht* niet geldig instemmen met een seksuele handeling wanneer een persoon gebruik maakt van zijn erkende positie van vertrouwen, gezag of invloed. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan leraren, priesters, artsen, maatschappelijke werkers, ... in het kader van de uitoefening van hun functie.²⁹² Het louter bestaan van de positie *an sich* is niet voldoende. De dader dient zijn positie te hebben misbruikt om de minderjarige aan te zetten tot het stellen van seksuele handelingen.²⁹³ Op dit moment blijft het nog onduidelijk wat precies wordt bedoeld met "*gebruik maken van*". Dit aspect zal verder moeten worden verduidelijkt door de rechtspraak.

125. Ook naar *Nederlands recht* is er geen sprake van een vrije wil wanneer een persoon belast is met het gezag over de minderjarige of aan hem de zorg, waakzaamheid of opleiding wordt toevertrouwd. Het is echter niet vereist dat een persoon gebruik maakt van deze positie.²⁹⁴ Daarnaast wordt de leeftijdsgrens opgetrokken wanneer het kind zich in een bijzonder kwetsbare positie bevindt, onder andere ten gevolge van een fysieke of mentale stoornis. In dit geval is het wel vereist dat er sprake is van misbruik uit de feitelijke verhouding voortvloeiend overwicht.²⁹⁵ In het *Engels recht* wordt de leeftijdsgrens opgetrokken naar achttien jaar wanneer personen in een positie van gezag, zoals leraars en verzorgers, betrokken zijn. Ook naar Engels recht is het niet vereist dat een persoon gebruik maakt van deze positie.²⁹⁶

2.5.3.3 Daden van ontucht of prostitutie

126. Naar *Belgisch recht* heerst er een onweerlegbaar vermoeden van afwezigheid van toestemming voor minderjarigen bij seksuele handelingen die worden beschouwd als daden van ontucht of prostitutie. Hieronder vallen de gedragingen omschreven in de artikelen 417/25 tot en met 417/42 van het Strafwetboek. Ook naar *Nederlands recht* wordt de vrije wil van minderjarigen uitgesloten wanneer er gebruik wordt gemaakt van giften en geld of indien het kind seksuele handelingen stelt met een derde tegen betaling.²⁹⁷ Ook het *Zweeds recht* kent een gelijkaardige wetsbepaling.²⁹⁸

²⁹² Omz. COL PG 9 juni 2022 betreffende de wet van 21 maart 2022 houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 30 maart 2022, met inwerkingtreding op 1 juni 2022, https://justitie.belgium.be/nl/document/omzendbrief_9_juni_2022_seksueel_strafrecht, 20.

²⁹³ Omz. COL PG 9 juni 2022 betreffende de wet van 21 maart 2022 houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 30 maart 2022, met inwerkingtreding op 1 juni 2022, https://justitie.belgium.be/nl/document/omzendbrief_9_juni_2022_seksueel_strafrecht, 20.

²⁹⁴ Art. 248(2) Wetboek van Strafrecht, *NS* 15 januari 1886; art. 246(1)(a) Wet seksuele misdrijven, *NS* 27 maart 2024.

²⁹⁵ Art. 248(4) Wetboek van Strafrecht, *NS* 15 januari 1886; art. 246(1)(b) Wet seksuele misdrijven, *NS* 27 maart 2024.

²⁹⁶ Art. 16-24 Sexual Offences Act 2003.

²⁹⁷ Art. 248(3) en 248b Wetboek van Strafrecht, *NS* 15 januari 1886; art. 246(1)(d) Wet seksuele misdrijven, *NS* 27 maart 2024.

²⁹⁸ Hoofdstuk 6, sectie 9 Zweeds Strafwetboek (officiële Engelse vertaling), www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf.

2.5.4 Sexting

127. De afwijkingen op de seksuele meerderjarigheid is niet doorheen heel de Belgische Strafwet doorgetrokken. Afdeling twee van de wet "De seksuele uitbuiting van minderjarigen" heeft namelijk de bescherming van alle minderjarige slachtoffers tegen seksuele uitbuiting als uitgangspunt.²⁹⁹ Doordat artikel 417/6 van het Strafwetboek niet van toepassing is op deze afdeling, kunnen minderjarigen in principe niet legaal aan sexting deelnemen. Op dit principe heeft de wetgever een uitzondering voorzien. Artikel 417/49 van het Strafwetboek bepaalt dat minderjarigen boven de volle leeftijd van zestien jaar, met wederzijdse toestemming, zelf seksuele beelden en opnames kunnen maken, delen en bezitten. Deze rechtvaardigingsgrond weerspiegelt de realiteit, waarin sexting met wederzijdse toestemming een onderdeel vormt van de seksuele ontplooiing van minderjarigen.³⁰⁰

128. Nochtans had Child Focus erom verzocht om ervoor te zorgen dat er ook geen sprake is van een misdrijf boven de leeftijd van veertien jaar wanneer het leeftijdsverschil maximum twee jaar is. Op deze manier kunnen minderjarigen tussen de leeftijd van veertien en zestien jaar ook seksuele beelden met elkaar uitwisselen zolang dit past binnen hun seksuele ontwikkeling. Hierbij werd er als argument aangehaald dat ze immers ook geslachtsgemeenschap met elkaar mogen hebben.³⁰¹ De wetgever is hier niet op ingegaan. De wetgever is van oordeel dat veertien- tot zestienjarigen zich vaak niet bewust zijn van het feit dat seksuele beelden het risico met zich meedragen altijd te blijven bestaan.³⁰² Deze situatie benadrukt de noodzaak van een zorgvuldige afweging tussen bescherming en autonomie bij minderjarigen in het digitale tijdperk.

129. Het *toekomstig Nederlands* recht heeft wel een strafuitsluitingsgrond geïntroduceerd voor vormen van sexting die bestaan uit de uitwisseling van zelfgemaakt beeldmateriaal tussen jongeren onderling vanaf de leeftijd van twaalf jaar.³⁰³ Vereist is dat de jongere die beeldmateriaal van een ander vervaardigt, in bezit heeft, of aanbiedt aan een ander een leeftijdsgenoot is en het vervaardigen, bezitten en aanbieden plaatsvindt in het kader van een gelijkwaardige situatie tussen beide partijen. Dit wordt beoordeeld in overeenstemming met de afwijking van de seksuele meerderjarigheidsgrens (*supra* nr. 120). Bovendien moet het beeldmateriaal bedoeld zijn voor persoonlijk gebruik. Deze strafuitsluitingsgrond is in overeenstemming met het huidige beleid van het openbaar ministerie.³⁰⁴ Ook het *Zweeds recht* heeft een strafuitsluitingsgrond gecreëerd voor gevallen waarin sprake is van een gering leeftijds- en ontwikkelingsverschil tussen de minderjarige en de andere partij, waarbij ook andere relevante omstandigheden in acht genomen moeten worden.³⁰⁵

²⁹⁹ Wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 63-64.

³⁰⁰ *Hand.* Kamer 2020-21, 23 december 2021, nr. 55-2141/006, 292.

³⁰¹ *Hand.* Kamer 2020-21, 23 december 2021, nr. 55-2141/006, 45.

³⁰² *Hand.* Kamer 2020-21, 23 december 2021, nr. 55-2141/006, 98.

³⁰³ Art. 251, lid twee Wet seksuele misdrijven, *NS* 27 maart 2024

³⁰⁴ MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 63-64.

³⁰⁵ Hoofdstuk 6, sectie 14, eerste lid Zweeds Strafwetboek (officiële Engelse vertaling), www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf.

2.6 Onachtzaamheidsmidrijven

130. In het *Zweeds recht* zijn onachtzaamheidsmisdriven terug te vinden, namelijk *negligent rape*³⁰⁶ en *sexual abuse*³⁰⁷. Hierdoor kan een bepaalde handeling als verkrachting of aanranding beschouwd worden indien een persoon het nalaat om de vrijwillige deelname in hoofde van de andere partij na te gaan. De dader kan niet ontkomen aan vervolging door louter te beweren dat hij niet op de hoogte was van het ontbreken van de toestemming van het slachtoffer. Elke persoon heeft namelijk de verantwoordelijkheid om actief de toestemming van de tegenpartij te verifiëren. Doordat er geen algemeen opzet voor dit soort misdriven is vereist, zijn er een breder scala aan situaties vatbaar voor strafrechtelijke vervolging.³⁰⁸

131. In Zweden heeft het Hooggerechtshof zich tot dusver slechts tweemaal gebogen over de toepassing van de vraag welke gedragingen wijzen op een niet vrijwillige deelname en wat subjectief vereist is voor respectievelijk opzettelijke en nalatige verkrachting. In een van de zaken had het slachtoffer op voorhand expliciet aangegeven geen seksuele interactie te willen met de dader. Na hun ontmoeting liet het slachtoffer de dader bij haar in het appartement overnachten vanwege de afstand die hij nog zou moeten afleggen tot zijn eigen woning. De dader kroop 's nachts in haar bed, begon haar te strelen en had toen geslachtsgemeenschap met haar. Het slachtoffer hield de hele tijd een passieve houding aan. De juridische vraag die hier werd gesteld was of de dader zich dit had gerealiseerd of grof nalatig was geweest met betrekking tot de niet vrijwillige deelname. Zo verklaarde hij dat, ondanks het slachtoffer een passieve houding aannam, hij dacht dat ze vrijwillig aan de seksuele handelingen deelnam. Opzettelijke verkrachting kon hierdoor niet worden vastgesteld. Het Hooggerechtshof stelde echter dat de boodschap die de eiseres had gestuurd, waarin ze aangaf geen seks te willen hebben met de gedaagde, hem reden moet hebben gegeven om aan te nemen dat ze geen interesse had in seks die avond. Het Hooggerechtshof concludeerde dat de gedaagde zich had gerealiseerd dat er een risico bestond dat de eiseres niet vrijwillig meedeed en dus grove nalatigheid had gepleegd met betrekking tot dat feit.³⁰⁹

³⁰⁶ Hoofdstuk 6, sectie 1a Zweeds Strafwetboek (officiële Engelse vertaling), www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf.

³⁰⁷ Hoofdstuk 6, sectie 2-3 Zweeds Strafwetboek (officiële Engelse vertaling), www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf.

³⁰⁸ L. BYN, "Seksuele toestemming over de grenzen heen" in G. VERMEULEN, L. BYN en S. DE COENSEL (eds.), *Seksuele autonomie, normativiteit, exploitatie en deviantie*, Antwerpen, Gompel&Svacina, 2022, 56-57.

³⁰⁹ Supreme Court (SE) 11 juli 2019, *NJA* 2019 s. 668, noot C. LERNESTEDT en M. KAGRELL.

In een vergelijkbare zaak draaide het om een handeling waarbij de gedaagde zich niet had gerealiseerd dat er een risico bestond dat het slachtoffer niet vrijwillig meedeed. Ook hier stond de juridische vraag of de gedaagde redelijkerwijs had moeten erkennen dat er een risico was op onvrijwillige deelname van het slachtoffer. Door de passiviteit van het slachtoffer, in combinatie met het gewelddadige karakter van de seksuele handelingen, had de verweerder zich moeten realiseren dat er een risico bestond dat eiseres niet vrijwillig meedeed. Echter, aangezien het Hooggerechtshof oordeelde dat er geen andere tekenen van een niet vrijwillige deelname waren, was de passiviteit onvoldoende om strafrechtelijke aansprakelijkheid vast te stellen.³¹⁰ Dit kan erop wijzen dat de meeste problemen met de Zweedse wet betrekking zullen hebben op de toepassing van verkrachting door nalatigheid. Het lijkt aannemelijk dat nalatige verkrachting, althans in sommige gevallen, zou kunnen dienen als een soort van 'middenweg' tussen partijen in situaties waarin onduidelijkheid bestaat over wat de verdachte wist of vermoedde met betrekking tot de het niet vrijwillig deelnemen aan de handelingen.³¹¹

132. In het Brå-rapport werd er onderzoek gedaan naar de uitspraken van alle Zweedse arrondissementsrechtbanken met betrekking tot het misdrijf van verkrachting. Volgens dit rapport steeg het aantal gerapporteerde verkrachtingsdelicten na de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving. Daarnaast lag het aantal veroordelingen voor opzettelijke verkrachting in 2019 75 procent hoger dan in 2017. Toch is de wetgever niet helemaal geslaagd in zijn opzet. Van de 391 zaken met betrekking tot (poging) verkrachting die in de periode tussen 2018 en 2020 werden behandeld, werden er slechts 31 vonnissen geïdentificeerd als gevallen van *negligent rape*.³¹²

Een eerste verklaring hiervoor is dat het voor een rechter een hele uitdaging is om het onderscheid te maken tussen opzettelijke handelingen en een nalatigheid. Het laagste niveau van opzet, naar Belgisch recht algemeen opzet³¹³, impliceert dat de verdachte zich bewust is van het risico dat het slachtoffer niet vrijwillig deelneemt, maar dit risico onverschillig negeert, met de gedachte dat hij hoe dan ook zou doorgaan. Anderzijds vereist de hoogste vorm van nalatigheid, naar Belgisch recht onachtzaamheid³¹⁴, dat de verdachte het risico opmerkt dat het slachtoffer niet vrijwillig deelneemt, maar onterecht denkt dat dit niet het geval is.³¹⁵

³¹⁰ Supreme Court (SE), *NJA* 2022 s. 237, onuitg., aangehaald door C. LERNESTEDT en M. KAGRELL, "The Swedish move towards (in)voluntariness", in T. HÖRNLE (ed.), *Sexual assault*, Oxford, Oxford University Press, 2023, 180.

³¹¹ C. LERNESTEDT en M. KAGRELL, "The Swedish move towards (in)voluntariness", in T. HÖRNLE, *Sexual assault*, Oxford, Oxford University Press, 2023, 179.

³¹² L. WALLIN, S. UHNOO, Å. WETTERGEN en M. BLADINI, "Capricious credibility – legal assessments of voluntariness in Swedish negligent rape judgements", *Nordic journal of criminology* 2021, afl. 22, (3) 8.

³¹³ R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 47.

³¹⁴ R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 49-51.

³¹⁵ L. WALLIN, S. UHNOO, Å. WETTERGEN en M. BLADINI, "Capricious credibility – legal assessments of voluntariness in Swedish negligent rape judgements", *Nordic journal of criminology* 2021, afl. 22, (3) 10.

Daarnaast neemt de rechter de geloofwaardigheid van het slachtoffer als uitgangspunt in zijn beoordeling, aangevuld met de verklaring van andere getuigen met wie het slachtoffer na de gebeurtenis heeft gesproken. Onderzoek van de Universiteit van Gotenburg toont aan dat deze beoordelingen kunnen worden beïnvloed door stereotype denkwijzen over gender en seksualiteit. Rechters lijken emoties te gebruiken als een indicator van geloofwaardigheid, waarbij traditionele verwachtingen over emotionele reacties een rol spelen: angst en verdriet worden vaker verwacht van vrouwen, terwijl woede wordt geassocieerd met mannen. Het oordeel van de rechter over de innerlijke vrijwilligheid van het slachtoffer lijkt vaak te worden beïnvloed door haar emotionele reactie na de verkrachting, wat op zijn beurt het oordeel over haar geloofwaardigheid beïnvloedt.³¹⁶ Hieruit blijkt dat de begrippen 'vrijwilligheid' en 'nalatigheid' nauw samenhangen met 'geloofwaardigheid'.

133. Ook in het toekomstig *Nederlands recht* wordt er een onderscheid gemaakt in het moreel element van de verkrachting en aanranding door het invoegen van twee nieuwe misdrijven: opzetaanranding³¹⁷ en opzetverkrachting³¹⁸. De opzetvariant doet zich voor indien iemand 'weet' dat bij die ander daartoe de wil ontbreekt. Daarvan is er sprake indien een persoon zich bewust is van de mogelijkheid dat bij de ander de wil daartoe ontbreekt en diegene die mogelijkheid eenvoudigweg accepteert. Signalen van een ontbrekende wil kunnen verbaal of non-verbaal zijn, zoals het uiten van "nee" of "ik wil dit niet", zich in een staat van fysieke bevrozing bevinden of het wegdraaien van het lichaam. Hoe duidelijker de signalen van een ontbrekende positieve wil zijn en hoe langduriger deze zich voordoen, hoe eerder de conclusie zich zal opdringen dat er sprake is van opzet.³¹⁹ De Nederlandse Raad van State heeft echter zijn bezorgdheden geuit over de gevallen waarin de staat van bevrozing geen duidelijke veruitwendigingen krijgt.³²⁰ De schuldvariant van doet zich voor indien iemand seksuele handelingen verricht met een ander, terwijl diegene "ernstige reden heeft om te vermoeden" dat bij de ander de wil daartoe ontbreekt. De schuldvariant treedt op wanneer iemand zich ervan bewust is dat de ander mogelijk geen toestemming geeft voor seksueel contact, maar de situatie toch verkeerd inschat door niet adequaat te informeren bij de ander. De vereiste zorgvuldigheid wordt afgemeten aan de oplettendheid en weldenkendheid die van de gemiddelde mens wordt verwacht. Er wordt nagegaan of van de gemiddelde mens mag worden verwacht dat diegene in de gegeven situatie waarin iemand duidelijke signalen van een ontbrekende wil bij de ander opmerkt, zich bewust zou zijn geweest van het risico seksueel contact te (gaan) hebben met een persoon die dat niet wil.³²¹ Wanneer deze indicaties aanwezig zijn, wordt van degene die het seksuele contact initieert verwacht dat deze persoon het contact onmiddellijk stopzet en de wil van de andere partij verder bevraagt. Er rust dus een soort onderzoeksplicht op diegene die het seksuele contact initieert om ervoor te zorgen dat de handelingen wederzijds gewenst zijn om schuldaanranding en/of schuldverkrachting te voorkomen.³²²

³¹⁶ L. WALLIN, S. UHNOO, Å. WETTERGEN en M. BLADINI, "Capricious credibility – legal assessments of voluntariness in Swedish negligent rape judgements", *Nordic journal of criminology* 2021, afl. 22, (3) 13-14.

³¹⁷ Art. 241 Wet seksuele misdrijven, NS 27 maart 2024.

³¹⁸ Art. 243 Wet seksuele misdrijven, NS 27 maart 2024.

³¹⁹ *Hand.* Kamer 8 januari 2024, 36222, nr. E, 1-3.

³²⁰ Adv.RvS afdeling advisering van 8 juni 2022 inzake wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), nr. W16.21.0368/II, 9.

³²¹ *Hand.* Kamer 8 januari 2024, 36222, nr. E, 3.

³²² MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele

3 Evaluatie

3.1 Toestemmingspremissie

3.1.1 Voorwaarden

134. Zoals eerder al werd aangehaald, vormt seksuele autonomie het uitgangspunt van het nieuwe seksueel strafrecht. In het tweede onderdeel van dit werk werd deze notie gedefinieerd als: “*seksuele autonomie is het vermogen van een persoon om vrijelijk beslissingen te nemen over alle aspecten van zijn seksualiteitsbeleving, met inachtneming van de seksuele autonomie van een ander*” (*supra* nr. 29-32). Seksuele autonomie zal fungeren als het leidende criterium bij het evalueren van het derde deel.

135. Bij een nadere analyse van de Belgische definitie kunnen twee essentiële criteria worden onderscheiden waaraan toestemming moet voldoen: de toestemming moet gegeven zijn uit vrije wil en deze moet op ieder moment kunnen worden ingetrokken (*supra* nr. 59). Volgens rechtsleer moeten deze criteria worden aangevuld opdat er sprake kan zijn van een geldige toestemming. Deze dient voorafgaand, geïnformeerd, ondubbelzinnig en specifiek te zijn (*supra* nr. 66, 68, 71 en 76).

136. Door de erkenning van het concept van vrije wil en de invloed van omstandigheden op deze wil, biedt de Belgische wetgever ruimte voor een genuanceerde beoordeling van de rechtspraak in verschillende situaties. Hoewel het belangrijk is om de seksuele autonomie van individuen te beschermen door duidelijke grenzen te stellen aan wat als geldige toestemming kan worden beschouwd, bestaat het gevaar dat de balans doorslaat naar een situatie waarin de drempel voor het erkennen van toestemming te hoog wordt gelegd. De vergelijking met het rechtssysteem van Engeland illustreert de valkuilen van een overdreven restrictieve benadering en benadrukt de noodzaak om de balans te bewaren, zodat individuen in staat zijn om hun seksuele autonomie uit te oefenen binnen een kader dat zowel beschermend als toegankelijk is. Een te strikte interpretatie door de rechtspraak van wat als geldige toestemming wordt beschouwd, kan leiden tot een klimaat van wantrouwen en terughoudendheid in seksuele interacties, wat de vrije expressie van seksualiteit kan belemmeren.

137. Dat de toestemming geïnformeerd moet zijn, benadrukt het belang van voorlichting en bewustwording over seksuele rechten. Ondanks de nadruk op geïnformeerde toestemming in de wetgeving, blijft de taak van de wetgever onvoltooid. Het is essentieel dat de wetgever ook aandacht besteedt aan voorlichting en bewustwording over seksuele rechten en toestemming, in lijn met het model dat in Zweden wordt gehanteerd (*supra* nr. 70). Dit kan niet alleen helpen om misverstanden te verminderen, maar ook de seksuele weerbaarheid van individuen te vergroten. Het stelt individuen in staat om weloverwogen beslissingen te nemen en draagt daarmee bij aan het vergroten van het respect voor de seksuele autonomie van elk individu.

misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3, 15-16; R. TER HAAR, L. KESTELOO en N.A. KORTHALS, “De strafbaarstelling van seks tegen de wil: een eerste verkenning van het juridische landschap”, *Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht* 2019, afl. 37, (244) 136.

138. De Belgische wetgever geeft ook een duidelijk signaal door te stellen dat uit het loutere gebrek aan verweer geen toestemming afgeleid mag worden. Hiermee wordt er tegemoet gekomen aan situaties waarin er sprake is van verkrachttingsverlamming. Daarnaast waarborgt de mogelijkheid tot het intrekken van toestemming dat individuen eigenaar blijven van hun lichaam en seksualiteit doordat zij op elk moment hun grenzen kunnen aangeven en zo hun welzijn kunnen beschermen. Bovendien komt de Belgische wetgever hiermee al tegemoet aan de kwaliteitseisen die de recent goedgekeurde EU-richtlijn ter bestrijding van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld stelt (*supra* nr. 35).

139. In het licht van seksuele autonomie is het van belang om te erkennen dat het concept van toestemming voor seksuele handelingen niet altijd kan worden afgedwongen met dezelfde formele vereisten als bijvoorbeeld bij de algemene verordening gegevensbescherming. Hoewel het wenselijk is dat toestemming duidelijk en expliciet wordt gegeven, moet er ook ruimte zijn voor non-verbale communicatie, impliciete signalen en contextuele factoren bij het beoordelen van toestemming in seksuele interacties. Er moet dus een evenwicht zijn tussen het waarborgen van duidelijke en wederzijdse toestemming en het respecteren van de complexiteit en individualiteit van seksuele interacties. De Belgische wetgever heeft in dit geval dus niet gekozen voor een strikte 'ja is ja'-model maar voldoet wel aan de vereisten voor *affirmative consent* (*supra* nr. 33). Ook de voorwaarde dat toestemming voor een bepaalde seksuele handeling niet automatisch impliceert dat er ook toestemming is gegeven voor andere handelingen, is van groot belang in het kader van seksuele autonomie.

140. Uit bovenstaande uiteenzetting kan worden geconcludeerd dat de toestemmingspremissie in overeenstemming is met het beginsel van seksuele autonomie, doordat het individu in staat stelt om vrijelijk beslissingen te nemen over hun seksualiteit, rekening houdend met de complexiteit van menselijke relaties en omstandigheden. Toch kunnen er ook enkele bedenkingen gemaakt worden bij artikel 417/5 van het Strafwetboek. De definitie is geen strikte definitie in de zin van het woord. Het omschrijft eerder wat toestemming niet inhoudt. Daarom was de titel 'gebrek aan toestemming' beter op zijn plaats geweest dan 'definitie van toestemming met betrekking tot het seksueel zelfbeschikkingsrecht'.

141. Daarnaast heeft het uitgebreid opnemen van meerdere hypothesen waarin geen sprake is of kan zijn van toestemming in de definitie geleid tot een aanzienlijke lengte van het wetsartikel. Dit heeft het risico met zich meegebracht dat de duidelijkheid van de definitie in het gedrang komt.³²³ Naar mijn mening had de wetgever deze niet-limitatieve lijst beter kunnen opnemen in de memorie van toelichting, in plaats van rechtstreeks in het wetsartikel zelf. Door deze benadering zou de definitie beknopter en daardoor overzichtelijker blijven, terwijl de memorie van toelichting ruimte biedt voor een meer uitgebreide uitleg en verduidelijking van de verschillende hypothesen en situaties waarin toestemming niet geldig is.

³²³ A. KARCHER en O. BASTYNS, "L'atteinte à l'intégrité sexuelle et le viol" in A. RIZZO (ed.), *Le nouveau droit pénal sexuel*, Brussel, Larcier, 2022, 124-125.

142. Op basis van bovenstaande bedenking zou ik artikel 417/5 van het Strafwetboek als volgt herschrijven: *“Toestemming is een uiting van de vrije wil. Dit wordt beoordeeld in het licht van de omstandigheden van de zaak. Toestemming kan niet worden afgeleid uit de loutere ontstentenis van verweer van het slachtoffer. Toestemming strekt zich slechts uit tot de specifieke handeling waarvoor zij is verleend. Toestemming moet voorafgaand aanwezig zijn en kan worden ingetrokken op elk ogenblik voor of tijdens de seksuele handeling. Voordat toestemming wordt verleend, dient de betrokkene volledig inzicht te hebben in de omvang en gevolgen van deze toestemming.”.*

3.1.2 Onachtzaamheidsmisdriften: een gemiste kans?

143. Zowel Zweden als Nederland hebben onachtzaamheidsmisdriften ingevoerd in hun strafwetgeving (*supra* nr. 130 en 133), waardoor ook seksuele handelingen strafbaar kunnen worden gesteld wanneer een persoon verzuimt om de vrijwillige deelname of vrije wil van de andere partij te verifiëren. Door niet langer een algemeen opzet als schuldvorm te vereisen voor dergelijke misdriften is een breder scala aan situaties potentieel onderhevig aan strafrechtelijke vervolging. Hoewel deze nalatigheidsmisdriften theoretisch gezien veelbelovend lijken voor de bescherming van seksuele autonomie, blijkt uit Zweeds onderzoek dat de invoering van onachtzaamheidsmisdriften zowel positieve als uitdagende aspecten met zich meebrengt.

144. De introductie van deze nalatigheidsmisdriften heeft in Zweden geleid tot een toename van het aantal gerapporteerde gevallen van verkrachting (*supra* nr. 132). Het succes van deze wetgeving blijft echter beperkt, omdat vooralsnog weinig van de resulterende aanklachten uiteindelijk tot veroordelingen hebben geleid. Het onderscheid maken tussen opzettelijke handelingen en nalatigheid blijkt een complexe taak voor de rechter te zijn. Daarnaast blijkt uit Zweeds onderzoek dat de begrippen 'vrijwilligheid' en 'nalatigheid' nauw verbonden zijn met 'geloofwaardigheid'. Dit suggereert dat hoewel het concept van nalatigheid in theorie veelbelovend lijkt, de praktische uitvoering gecompliceerd is. Niettemin wijst de stijging in het aantal klachten op een verschuiving in de perceptie van toestemming en seksualiteit. Uiteindelijk streeft deze wetgeving ernaar individuen aan te moedigen om de verantwoordelijkheid voor het onderzoeken van de toestemming van anderen serieus te nemen, wat een positieve stap voorwaarts betekent voor de bescherming van de seksuele autonomie van andere individuen.

3.2 Seksuele meerderjarigheid

145. De benadering van seksuele autonomie binnen het Belgisch strafrecht verschilt aanzienlijk tussen minder- en meerderjarigen. Dit kan grotendeels verklaard worden vanwege de kwetsbaarheid van deze minderjarigen. Het is begrijpelijk dat er voorzichtigheid geboden wordt bij het toekennen van volledige seksuele autonomie aan minderjarigen. Toch lijkt het erop dat de Belgische wetgever te ver is gegaan in het beschermen van minderjarigen. De seksuele meerderjarigheidsgrens is vastgelegd op zestien jaar (*supra* nr. 115). In bepaalde gevallen zal een minderjarige van veertien of vijftien jaar ook geldig kunnen toestemmen met een seksuele handeling. Deze formulering doet de vraag rijzen wat er gebeurt wanneer twee minderjarigen onder de veertien jaar geslachtsgemeenschap hebben. In zo'n geval is het onduidelijk wie als slachtoffer moet worden beschouwd en wie als dader. De voorbereidende werken maken duidelijk dat het niet de bedoeling van de wetgever is om consensuele seksuele handelingen tussen minderjarigen te bestraffen.³²⁴ Toch is het niet duidelijk waarom de wetgever dan heeft nagelaten om een uitgebreidere bepaling op te nemen. Want wat gebeurt er indien de vervolgende magistraat toch streng optreedt? Deze vraag blijft onbeantwoord en kan leiden tot rechtsonzekerheid in dergelijke gevallen.

De Nederlandse wetgever heeft een absolute ondergrens vastgesteld van twaalf jaar, afhankelijk van het leeftijdsverschil met de andere partij (*supra* nr. 120). De Zweedse wetgever heeft de seksuele meerderjarigheid vastgelegd op vijftien jaar maar maakt gebruik van een "close in age"-vrijstelling. Deze vrijstelling is van toepassing wanneer minderjarigen consensuele seksuele handelingen met elkaar stellen en de leeftijd van een of beide deelnemers onder de seksuele meerderjarigheidsgrens ligt, maar de leeftijden van beide partijen toch nog aanzienlijk dicht bij elkaar liggen (*supra* nr. 119). Het zou bevorderlijk zijn geweest voor de seksuele autonomie van minderjarigen als de Belgische wetgever een meer soepelere houding had aangenomen ten opzichte van consensuele seksuele handelingen tussen minderjarigen.

146. Afwijkend van de seksuele meerderjarigheidsgrens van zestien jaar, staat het Belgisch recht een veertienjarige toe om geldig toestemming te geven voor seksuele handelingen, op voorwaarde dat het leeftijdsverschil met de andere persoon niet meer dan drie jaar bedraagt (*supra* nr. 117). Sommigen hebben ervoor gepleit dat de wetgever, met het oog op de seksuele autonomie van minderjarigen, een ruimere marge van vijf jaar had moeten hanteren. In het belang van de seksuele autonomie van minderjarigen zou een ruimere marge van vijf jaar wenselijk zijn geweest. In dit opzicht wordt nog steeds bescherming geboden aan minderjarigen door de meerderjarigheidsgrens in bepaalde gevallen te verhogen wanneer zij kwetsbaar zijn (*supra* nr. 112, 124 en 126). Bovendien wordt in de parlementaire voorbereiding erkend dat jongeren tussen veertien en zestien jaar zich doorgaans bewust zijn van hun handelingen en in staat zijn om grenzen te stellen met betrekking tot seksuele activiteiten.³²⁵

³²⁴ MvT bij het wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 11.

³²⁵ MvT bij het wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001, 12 en 137.

147. De Belgische wetgever heeft ook een lacune gecreëerd in de wetgeving die de seksuele autonomie van minderjarigen kan beperken. Zo kan een veertienjarige op een legale manier seksuele handelingen stellen met een minderjarige, waarmee het leeftijdsverschil meer dan drie jaar bedraagt (*supra* nr. 118). De wetgever heeft verzuimd in overweging te nemen dat een minderjarige op een gegeven moment de meerderjarigheid bereikt, wat betekent dat een voorheen legale seksuele relatie plots strafbaar wordt. Het zou interessant zijn geweest als de Belgische wetgever, net zoals zijn Nederlandse tegenhanger, de strafuitsluitingsgrond had uitgebreid voor een "*leeftijdsgenoot die seksuele handelingen verricht binnen een gelijkwaardige situatie*" (*supra* nr. 120). Het bepalen van een gelijkwaardige situatie vergt een zorgvuldige evaluatie van de omstandigheden van het geval, inclusief het leeftijdsverschil, maar ook het verschil in cognitief en/of seksueel ontwikkelingsniveau en de levensfase van de betrokken individuen. Om rechtszekerheid te waarborgen, zou de Belgische wetgever kunnen overwegen een specifiek leeftijdsverschil als richtlijn vast te leggen, terwijl de uiteindelijke beoordeling nog steeds bij de rechter blijft liggen. Dit zou een duidelijk signaal van de wetgever zijn, terwijl tegelijkertijd ruimte blijft voor een individuele beoordeling van elke zaak.

148. Tot slot belemmert het gebrek aan consistentie in de seksuele meerderjarigheidsgrens binnen het Belgisch strafrecht de seksuele autonomie van minderjarigen (*supra* nr. 127), vooral in een tijdperk waarin seksuele ontwikkeling vaak een digitale dimensie krijgt. Uit een tweejaarlijks onderzoek blijkt dat tien procent van de leerlingen uit het vijfde en zesde leerjaar al eens een seksueel getinte foto van zichzelf verstuurde.³²⁶ Het heersende taboe rond dit onderwerp kan het werkelijke aantal gevallen zelfs verhullen. Bovendien blijkt uit het onderzoek dat sexting toeneemt naarmate jongeren ouder worden. Vooral vanaf het derde en vierde middelbaar neemt sexting significant toe.³²⁷ Velen van hen zullen dan niet de wettelijk vereiste leeftijd van zestien jaar hebben. Naast het feit dat hier de seksuele autonomie van minderjarigen geschonden wordt, roept dit de vraag op of het strafrecht het meest geschikte middel is om jongeren te beschermen tegen de mogelijke negatieve gevolgen van sexting. 79 procent van de kinderen in de derde graad lager onderwijs en 51 procent van de jongeren in het secundair onderwijs gaven in een bevraging aan nooit les te hebben gehad over sexting.³²⁸ Educatie zou dus als een effectiever instrument kunnen dienen om jongeren te beschermen en hen bewust te maken van de eventuele risico's en gevolgen van consensuele sexting. Daarnaast is het teleurstellend dat de eigenlijke wettekst geen rekening houdt met de aanbeveling van Child Focus, waarin er geen sprake van een misdrijf zou zijn boven de leeftijd van veertien jaar wanneer het leeftijdsverschil met de seksuele partner maximum twee jaar bedraagt. Het combineren van deze benadering met seksuele voorlichting en sensibilisering biedt een beter evenwicht tussen het respecteren van seksuele autonomie en het beschermen van minderjarigen tegen de risico's van sexting.

³²⁶ X, De digitale leefwereld van kinderen, 2020, <https://drive.google.com/file/d/12D3iqTTIaXpLy5EleIqs-u19AKsX8mtr/view>.

³²⁷ X, De digitale leefwereld van jongeren, 2020, <https://drive.google.com/file/d/11GMITZWn7j4mAm0U5gfbj2LUN7611MLf/view>.

³²⁸ X, De digitale leefwereld van kinderen en jongeren, 2022, https://assets.mediawijs.be/2022-05/apestaartjaren_2022_210x210_issuu.pdf.

149. In tegenstelling tot België hanteren zowel Nederland als Zweden een meer toegankelijke benadering in hun wetgeving ter bevordering van seksuele autonomie. In het toekomstige Nederlands recht kunnen minderjarigen vanaf twaalf jaar deelnemen aan sexting, mits dit plaatsvindt binnen een gelijkwaardige situatie tussen beide partijen en het beeldmateriaal bedoeld is voor persoonlijk gebruik. Het Zweeds recht hanteert een gelijkaardige benadering voor situaties waarin sprake is van een gering leeftijds- en ontwikkelingsverschil tussen minderjarigen (*supra* nr. 129).

Besluit

150. De hervorming van het seksueel strafrecht was onontbeerlijk om te voldoen aan internationale en Europese normen. Het gedateerde dwangmodel voldeed niet langer aan de eisen om de complexiteit van seksuele misdrijven adequaat aan te pakken in de huidige Belgische samenleving. Als uitgangspunt voor het nieuwe seksueel strafrecht koos de wetgever voor het principe van seksuele autonomie. Vanuit een rechtsvergelijkend perspectief wordt deze keuze als logisch beschouwd, aangezien zowel het Zweeds als het Engels seksueel strafrecht, en binnenkort ook het Nederlands, gebaseerd zijn op het beginsel van seksuele autonomie en zelfbeschikkingsrecht. In deze thesis wordt seksuele autonomie omschreven als *“het vermogen van een persoon om vrijelijk beslissingen te nemen over alle aspecten van zijn seksualiteitsbeleving, met inachtneming van de seksuele autonomie van een ander”*.

151. Bij een nadere analyse van de Belgische definitie kunnen twee essentiële criteria worden onderscheiden waaraan toestemming moet voldoen: de toestemming moet gegeven zijn uit vrije wil en deze moet op ieder moment kunnen worden ingetrokken. Volgens rechtspraak en rechtsleer moeten deze criteria worden aangevuld opdat er sprake kan zijn van een geldige toestemming. Deze dient voorafgaand, geïnformeerd, ondubbelzinnig en specifiek te zijn. De kwaliteitseisen die de wetgever heeft gesteld aan seksuele toestemming dragen bij aan het bevorderen van seksuele autonomie.

152. Het is echter betreurenswaardig dat de wetgever heeft nagelaten om al deze kwaliteitseisen, die reeds in de rechtspraak zijn aanvaard, op te nemen in de definitie. Hoewel deze normen wel worden aangehaald in de memorie van toelichting, blijft het een tekortkoming dat zij geen rechtstreekse plaats hebben gevonden in de wetstekst. Tegelijkertijd heeft de wetgever er wel voor gekozen om uitsluitingsgronden op te nemen in de definitie, wat de duidelijkheid van de wet in gevaar brengt. Om deze redenen zou ik artikel 417/5 van het Strafwetboek als volgt herschrijven: *“Toestemming is een uiting van de vrije wil. Dit wordt beoordeeld in het licht van de omstandigheden van de zaak. Toestemming kan niet worden afgeleid uit de loutere ontstentenis van verweer van het slachtoffer. Toestemming strekt zich slechts uit tot de specifieke handeling waarvoor zij is verleend. Toestemming moet voorafgaand aanwezig zijn en kan worden ingetrokken op elk ogenblik voor of tijdens de seksuele handeling. Voordat toestemming wordt verleend, dient de betrokkene volledig inzicht te hebben in de omvang en gevolgen van deze toestemming.”*. Deze kwaliteitseisen moeten, om rechtsonzekerheid te vermijden, wel nog nader worden toegelicht in de memorie van toelichting.

153. Daarnaast is het een gemiste kans dat de wetgever bij het opstellen van het nieuwe seksuele strafrecht heeft nagelaten om onachtzaamheidsmisdrijven op te nemen, zoals dat wel het geval is in het seksueel strafrecht van Zweden en Nederland. In Zweden heeft dit geleid tot een mentaliteitsverandering. Het opnemen van onachtzaamheidsmisdrijven zou bovendien kunnen helpen bij het verminderen van 'woord tegen woord'-discussies, door de onderzoeksplicht die op beide partijen rust. Hierbij is het echter niet de bedoeling dat de bewijslast naar de verdachte verschuift.

154. Ook met betrekking tot de seksuele meerderjarigheid kunnen enkele bedenkingen worden gemaakt. De seksuele meerderjarigheidsgrens is vastgelegd op zestien jaar. Onder specifieke voorwaarden kunnen veertien- of vijftienjarigen instemmen met een seksuele handeling. Hoewel het niet de bedoeling van de wetgever lijkt te zijn om consensuele seksuele handelingen tussen minderjarigen onder de veertien jaar te bestraffen, blijft het onduidelijk waarom er geen uitgebreidere bepaling is opgenomen. Een benadering zoals die van Nederland of Zweden, met respectievelijk een absolute ondergrens van 12 jaar en een "close in age"-vrijstelling, zou wellicht beter zijn geweest voor de seksuele autonomie van minderjarigen.

155.. Bovendien is de uitzondering waarin een veertienjarige rechtsgeldig kan instemmen met een seksuele handeling te restrictief geformuleerd, waarbij het leeftijdsverschil niet meer dan drie jaar mag bedragen. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd er nog gepleit voor een grotere marge van vijf jaar. Dit zou beter aansluiten bij de werkelijke seksuele ontwikkeling van minderjarigen, aangezien veertien- tot zestienjarigen doorgaans bewust zijn van hun handelingen en in staat zijn grenzen te stellen met betrekking tot seksuele activiteiten. Daarnaast heeft de wetgever een lacune gecreëerd doordat een veertienjarige op legale wijze seksuele handelingen kan verrichten met een minderjarige, zelfs als het leeftijdsverschil meer dan drie jaar bedraagt. Dit leidt tot het risico dat een voorheen legale relatie plots strafbaar wordt voor een van beide partners wanneer een van hen meerderjarig wordt.

156. Het zou wenselijk zijn geweest als de Belgische wetgever, net zoals onze noorderburen, de strafuitsluitingsgrond had uitgebreid voor leeftijdsgenoten die seksuele handelingen verrichten binnen een gelijkwaardige situatie. Een specifiek leeftijdsverschil als richtlijn zou kunnen worden vastgelegd, met ruimte voor individuele beoordeling door de rechter. Dit zou niet alleen zorgen voor rechtszekerheid, maar ook voor een duidelijk signaal van de wetgever met respect voor de seksuele autonomie van minderjarigen.

157. De uitzonderingen op de seksuele meerderjarigheidsgrens zijn niet doorgetrokken doorheen heel de strafwet. Vooral in een tijdperk waarin seksuele ontwikkeling vaak een digitale dimensie krijgt, treedt de wetgever te beschermend op bij sexting. Hierdoor wordt er geen rekening gehouden met de seksuele autonomie van minderjarigen. Bovendien rijst de vraag of het strafrecht het meest geschikte middel is om jongeren te beschermen tegen de mogelijke negatieve gevolgen van sexting. Onderzoek wijst namelijk uit dat de huidige leeftijdsgrens jongeren niet weerhoudt van het deelnemen aan sexting. Het lijkt daarom dat educatie een effectiever instrument zou kunnen zijn om jongeren te beschermen en hen bewust te maken van de eventuele risico's en gevolgen van consensuele sexting.

158. In tegenstelling tot België hebben zowel Nederland als Zweden rekening gehouden met seksuele autonomie bij sexting tussen minderjarigen. Zo kunnen minderjarigen naar toekomstig Nederlands recht vanaf twaalf jaar deelnemen aan sexting, mits dit plaatsvindt binnen een gelijkwaardige situatie tussen beide partijen en het beeldmateriaal bedoeld is voor persoonlijk gebruik. Het Zweeds recht hanteert een gelijkaardige benadering voor situaties waarin sprake is van een gering leeftijds- en ontwikkelingsverschil tussen minderjarigen.

159. Er moet dus worden geconcludeerd dat de voorwaarden die de wetgever heeft opgesteld voor de toestemmingspremissie zijn opgesteld met de seksuele autonomie in het achterhoofd. Echter komt dit niet volledig tot uiting artikel 417/5 van het Strafwetboek doordat deze voorwaarden niet expliciet worden benoemd. Bovendien is de wetgever te ver gegaan bij het vaststellen van de regels omtrent de seksuele meerderjarigheid, waarbij er een gebrek aan evenwicht is tussen de seksuele autonomie van minderjarigen en hun bescherming.

Bibliografie

1 Internationaal/Europees

1.1 Wetgeving

Richtlijn van het Europees en de Raad ter bestrijding van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, 25 april 2024, PE-CONS 33/24, 2022/0066(COD).

Voorstel (Comm.) voor een richtlijn van het Europees Parlement en de raad ter bestrijding van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, 8 maart 2022, COM(2022)105 def - 2022/0066(COD).

MvT bij het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, *CETS* 11 mei 2011, nr. 210.

General comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health, *UN Doc. E/C.12/GC/22*.

Declaration of sexual rights, <https://worldsexualhealth.net/wp-content/uploads/2013/08/Declaration-of-Sexual-Rights-2014-plain-text.pdf>.

1.2 Rechtspraak

EHRM 24 januari 2017, Paradiso and Campanelli v. Italy, nr. 25358/12.

EHRM 12 April 2016, R.B. v. Hungary, nr. 64602/12.

EHRM 17 februari 2005, K.A. en A.D. v. België, nr. 42758/98.

EHRM 4 december 2003, M.C. v. Bulgarije, nr. 39727/98.

EHRM 9 januari 2003, L. and V. v. Austria, nr. 39392/98.

EHRM 26 november 2002, E. and others v. United Kingdom, nr. 33218/96.

EHRM 29 April 2002, Pretty v. the United Kingdom, nr. 2346/02.

EHRM 26 februari 2002, Fretté v. France, nr. 36515/97.

EHRM 31 juli 2000, A.D.T. v. The United Kingdom, nr. 35765/97.

EHRM 16 februari 2000, Amann v. Switzerland, nr. 27798/95.

EHRM 21 december 1999, Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, nr. 33290/96.

EHRM 27 september 1999, *Smith and Grad v. United Kingdom*, nr. 33985/96.

EHRM 26 oktober 1998, *Norris v. Ireland*, nr. 10581/83.

EHRM 25 september 1997, *Aydin v. Turkey*, nr. 23178/94.

EHRM 16 December 1992, *Niemetz v. Germany*, nr. 13710/88.

EHRM 22 april 1993, *Modinos v. Cyprus*, nr. 15070/89.

EHRM 26 maart 1985, *X and Y v. Nederland*, nr. 8978/80.

EHRM 22 oktober 1981, *Dudgeon V United Kingdom*, nr. 7525/76.

EHRM 19 mei 1976, *Brüggemann and Scheuten v. Germany*, nr. 6959/75.

2 België

2.1 Wetgeving

Gecoördineerde Grondwet, *BS* 17 februari 1994.

Belgisch Strafwetboek 8 juni 1867, *BS* 15 oktober 1867.

Wet 21 maart 2022 houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *BS* 30 maart 2022.

Wet 1 maart 2016 houdende instemming met het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, gedaan te Istanbul op 11 mei 2011, *BS* 9 juni 2016.

Wet 1 februari 2016 tot wijziging van diverse bepalingen wat de aanranding van de eerbaarheid en het voyeurisme betreft, *BS* 19 februari 2016.

Wet van 4 juli 1989 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf verkrachting, *BS* 18 juli 1989.

MB 22 december 2020 houdende oprichting van de Commissie tot hervorming van het strafrecht, *BS* 20 januari 2021.

MB 30 oktober 2015 houdende oprichting van de Commissie tot hervorming van het strafrecht, *BS* 29 december 2015.

MvT bij het wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001.

Hand. Kamer 2023-24, 22 februari 2024, PLEN 292.

Hand. Kamer 2020-21, 23 december 2021, nr. 55-2141/006.

Hand. Kamer 2020-21, 4 november 2020, nr. 55-1580/016, 24.

Wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2141/001.

Wetsvoorstel tot instelling van een nieuw Strafwetboek (boek 1 en 2), *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 1011/001.

Amendement nr. 26 (S. DE WIT) op het wetsontwerp houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, *Parl.St.* Kamer 2021-2022, nr. 55-2141/006, 55-56.

2.2 Rechtspraak

Cass. 9 oktober 2012, *T.Strafr.* 2013, 115, noot G. SCHOORENS.

Cass. 24 mei 2011, AR P.10.1977.N.

Cass. 9 oktober 2010, AR P.11.2120.N.

Cass. 30 oktober 2007, *Pas.* 2007, 1913.

Cass. 17 oktober 2007, *RW* 2008-09, afl. 14, 572, noot B. KETELS.

Cass. 25 september 2007, *RW* 2007-08, 1503.

Cass. 6 oktober 2004, *JT* 2005, 100.

Cass. 24 mei 1965, *Pas.* 1965, 1030-1036.

Corr. Brussel (Fr.) 14 maart 2023, 2023/1476, onuitg., aangehaald door COP, M., "Toestemming in het seksueel strafrecht: meer dan alleen «nee is nee»", *RW* 2023-24, afl. 18, 687.

Corr. Henegouwen (afd. Bergen) 25 oktober 2021, *JLMB* 2021, 1880-1887.

Corr. Hasselt 16 november 2018, *Limb.Rechtsl.* 2019, 153, noot I. Delbrouck.

Corr. Kortrijk 23 juni 2009, *TGR* 2010, 202.

Corr. Antwerpen 25 juni 2008, *T. Strafr.* 2009, 174, noot S. VANDROMME.

Corr. Brussel 24 november 1969, *JT* 1970, 121-123.

2.3 Rechtsleer

2.3.1 Boeken

COP, M. en HENRION, T., *Het nieuwe seksueel strafrecht. Artikelsgewijze bespreking van de hervorming anno 2022*, Leuven, LeA Uitgevers, 2022, 110 p.

DE NAUW, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 471 p.

DIERICKX, A., *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 561 p.

GEENS, K., *De sprong naar het recht voor morgen. Hercodificatie van de basiswetgeving*, Brussel, FOD Justitie, 2016, 85 p.

KESTEMONT, L., SCHOUKENS, P., HENDRICKX, K. en TERRYN, E. (eds.), *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2021, 144 p.

MCGREGOR, J., *Is it Rape? On Acquaintance Rape and Taking Women's Consent Seriously*, Londen, Routledge, 2005, 278 p.

ROZIE, J., VANDERMEERSCH, D., DE HERDT, J., DEBAUCHE, M. en TAEYMANS, M., *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot Hervorming van het Strafrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 610 p.

VERSTRAETEN, R. en VERBRUGGEN, F., *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 577 p.

2.3.2 Tijdschriften

CHIESA, L.E., "Solving the Riddle of Rape by Deception", *Yale Law & Policy Review* 2017, afl. 35, 407-460.

DE NAUW, A., "Overzicht rechtspraak bijzonder strafrecht 1998-1999: Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting", *T. Strafr.* 2000, 89-99.

HERRING, J., "Mistaken Sex", *Criminal Law Review* 2005, 511-524

LANGBEEN, L., "Geweld en bedreigingen in art. 373 Sw.", *RW* 1954-1955, 1281-1290.

LEARY, M., "Affirmatively replacing rape culture with consent culture", *Texas Tech Law Review* 2016, afl. 49:1, 1-56.

LIÉGEOIS, V., "De (negatieve) definitie van toestemming in het nieuw seksueel strafrecht. Een interdisciplinaire, juridisch-terminologische analyse", *T.Strafr.* 2023, afl. 3, 139-153.

ROZIE, J. en VANDERMEERSCH, D., "Ontslag van de twee leden van de Commissie tot hervorming van het Strafwetboek", *NC* 2018, 522-524.

SCHEIDEGGER, N., "Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception", *German law review* 2021, 769-783.

SCHULHOFER, J., "Rape in the Twilight Zone: When Sex is Unwanted but not Illegal", *Suffolk University Law Review* 2005, afl. 38, 412-423.

TER HAAR, R., KESTELOO, L. en KORTHALS, N., "De strafbaarstelling van seks tegen de wil: een eerste verkenning van het juridische landschap", *Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht* 2019, 244-253.

VANDROMME, S., "Stealth is verkrachting", *Juristenkrant* 2017, afl. 349, 16.

VAN KEMPEN, P.H.P.H.M.C., "Van overcriminalisering naar een strafwaardigheidsbeginsel. Over onder meer doxing, seksuele misdrijven, euthanasie en verboden bezitsdelicten", *Delikt en Delinkwent* 2022, afl. 5, 381-405.

VALENTINER, D.S., "The human right to sexual autonomy", *German law journal* 2021, 703-717.

YUNG, C.R., "Rape Law Fundamentals", *Yale Journal of Law & Feminism* 2014, afl. 26, 1-47.

2.3.3 Verzamelwerken

DERUYCK, F. en DE NAUW, A., "[Misdaden en wanbedrijven tegen personen] Misbruik van de zwakke toestand van personen" in DERUYCK, F. en DE NAUW, A (eds.), *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 374-377.

KARCHER, A. en BASTYNS, O., "L'atteinte à l'intégrité sexuelle et le viol" in A. RIZZO (ed.), *Le nouveau droit pénal sexuel*, Brussel, Larcier, 2022, 109-141.

MERCKX, D., "Verkrachting – het misdrijf" in X, *Comm.Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 67-126.

SELLERS, M., "An introduction to the value of autonomy in law" in M. SELLERS (ed.), *Autonomy in the law*, Dordrecht, Springer, 2007, 1-9.

SPRIET, B. en MARLIER, G., "Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting in het begin van de 21ste eeuw (2000-2012)" in VERBRUGGEN, F. SPRIET, B. en VERSTRAETEN, R. (eds.), *Themis, Strafen en Strafprocesrecht*, afl. 79, Brugge, die Keure, 2013, 81-155.

SPRIET, B., CAREEL S. en WALGRAEVE, M., "Actueel seksueel strafrecht: Aanranding van de eerbaarheid, verkrachting, voyeurisme" in CAREEL, S., COLLAGE, L., HUYSMANS, J., KNOPS, M., SPRIET, B., VERBRUGGEN, F., VERSTRAETEN R. en WALGRAEVE, M. (eds.), *Themis, Straf- en strafprocesrecht*, nr. 122, Brussel, Intersentia, 2022, 1-71.

VERMEULEN, G., "Seksuele toestemming in het nieuwe seksueel strafrecht: onvolkomen, inconsistente en aarzelende progressie" in VERMEULEN, G., BYN, L. en DE COENSEL, S. (eds.), *Seksuele autonomie, normativiteit, exploitatie en deviantie: criminologische en juridische verkenningen*, Antwerpen, Gompel&Svacina, 2022, 25-47.

WATTIER, I., "L'atteinte à l'intégrité sexuelle, le viol, le voyeurisme et la diffusion non consentie de contenus à caractère sexuel" in M.A. BEERNAERT, M.A., BLAISE, N., BOSLY, H.D., BOURCELET, E., CESONI, M.L., COLLETE-BASECQZ, N., DALESSANDRO, S., DALESSANDRO, I., DE LA SERNA, I., DE VALKENEER, C., MAGNIEN, P., MASCHIETTO, A., MASSET, A., NEVEU, S., VAIRON, S., VANDERMEERSCH, D., VANDRESSE C. en WATTIER, I. (eds.), *Les infractions volume 3 : Les infractions contre l'intégrité sexuelle, l'ordre des familles, la moralité publique, les mineurs et les personnes vulnérables*, Brussel, Larcier, 2024, 98-306.

2.4 Varia

BROMWICH, D. en MILLUM, J., "Lies, Control, and Consent: A Response to Dougherty and Manson", *Ethics* 2018, afl. 128(2), 446-461.

LACEY, N., *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, Londen, Bloomsbury, 1998, 320 p.

CANNOOT, P., *The right to personal autonomy regarding sex (characteristics), gender (identity and/or expression) and sexual orientation: towards an inclusive legal system*, doctoraatsthesis UGent, 2019, 588 p., <https://biblio.ugent.be/publication/8631237>.

DE DIJN, H., "Autonomie en zelfbeschikkingsrecht", *Streven: algemeen cultureel tijdschrift* 2010, 205-215.

LACEY, N., *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, Londen, Bloomsbury, 1998, 320 p.

MADHLOOM, O., *Protecting Autonomy in Non-consensual Sexual Offences: A Kantian Critique*, doctoraatsthesis De Montfort University, 2014, 185 p., <https://dora.dmu.ac.uk/items/80ee5978-a64f-4856-abb6-01093b21de9f>.

MÖLLER, A., SÖNDERGAARD, H.P. en HELSTRÖM, L., "Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting posttraumatic stress disorder and severe depression", *Acta Obstetrica et Gynecologica* 2017, afl. 96, 932-938.

Omz. COL PG 9 juni 2022 betreffende de wet van 21 maart 2022 houdende wijzigingen aan het Strafwetboek met betrekking tot het seksueel strafrecht, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 30 maart 2022, met inwerkingtreding op 1 juni 2022, https://justitie.belgium.be/nl/document/omzendbrief_9_juni_2022_seksueel_strafrecht.

SCHILLEBEECKX, Y., "Mijn naam is niet Hey Sexy", De Morgen 2015, <https://www.demorgen.be/nieuws/mijn-naam-is-niet-hey-sexy~b4beff0a/?referrer=https://www.google.com/>. x

TEAM JUSTITIE, "Hervorming seksueel strafrecht", 2021, www.teamjustitie.be/2021/04/02/hervorming-seksueel-strafrecht/.

VERPLAETSE, J. en DELMOTTE, C., *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie*, Antwerpen, Maklu, 2015, 243 p.

VIDLER, J., "Ostensible consent and the limits of sexual autonomy", *Macquarie Law Journal* 2017, afl. 6, 104-127.

WERTHEIMER, A., *Consent to Sexual Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 310 p.

X, De digitale leefwereld van jongeren, 2020, <https://drive.google.com/file/d/11GMiTZWn7j4mAm0U5gfbj2LUN7611MLf/view>.

X, De digitale leefwereld van kinderen en jongeren, 2022, https://assets.mediawijs.be/2022-05/apestaartjaren_2022_210x210_issuu.pdf.

X, "Koning Filip aanvaardt ontslag regering-Michel, regering in lopende zaken en geen vervroegde verkiezingen", De Morgen 2018, www.demorgen.be/nieuws/koning-filip-aanvaardt-ontslag-regering-michel-regering-in-lopende-zaken-en-geen-vervroegde-verkiezingen~bab248b0/.

X, "Marc Didden blikt terug op #WijOverdrijvenNiet", 2015, <https://charliemag.be/wereld/marc-didden/>.

3 Zweden

3.1 Wetgeving

Zweeds Strafwetboek (officiële Engelse vertaling), <https://www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf>.

Hand. Kamer 11 november 2004, nr. 2004/05:45.

3.2 Rechtspraak

Supreme Court (SE), NJA 2022 s. 237, onuitg., aangehaald door LERNESTEDT, C. en KAGRELL, M., "The Swedish move towards (in)voluntariness", in HÖRNLE, T. (ed.), *Sexual assault*, Oxford, Oxford University Press, 2023, 180.

Supreme Court (SE) 11 juli 2019, NJA 2019, 668, noot C. LERNESTEDT en M. KAGRELL

3.3 Rechtsleer

3.3.1 Tijdschriften

BLADINI, M. en SVEDBERG ANDERSON, W., "Swedish rape legislation from use of force to voluntariness - critical reflections from an everyday life perspective", *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice* 2020, 95-125.

WALLIN, L., UHNOO, S., WETTERGEN, Å. en BLADINI, M., "Capricious credibility – legal assessments of voluntariness in Swedish negligent rape judgements", *Nordic journal of criminology* 2021, afl. 22, 3-22.

WEGERSTAD, L., "Sex Must Be Voluntary: Sexual Communication and the New Definition of Rape in Sweden", *German Law Journal* 2021, afl. 22, 734-752.

3.3.2 Verzamelwerken

BYN, L. "Seksuele toestemming over de grenzen heen" in VERMEULEN, G., BYN, L. en DE COENSEL, S. (eds.), *Seksuele autonomie, normativiteit, exploitatie en deviantie*, Antwerpen, Gompel&Svacina, 2022, 47-63.

LERNESTEDT, C. en KAGRELL, M., "The Swedish move towards (in)voluntariness", in T. HÖRNLE (ed.), *Sexual assault*, Oxford, Oxford University Press, 2023, 163-184.

3.3.3 Varia

X, "Betekenis 'participation'", www.vandale.nl/gratis-woordenboek/engels-nederlands/vertaling/participation.

X, "Betekenis 'voluntary'", www.vandale.nl/gratis-woordenboek/engels-nederlands/vertaling/voluntary.

4 Nederland

4.1 Wetgeving

Wet seksuele misdrijven, NS 27 maart 2024.

Wetboek van Strafrecht, NS 15 januari 1886.

KB van 25 maart 2024 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet seksuele misdrijven, *NS* 27 maart 2024.

Hand. Kamer 8 januari 2024, 36222, nr. E.

Hand. Kamer 13 juni 2023, 36222, nr. 12

Hand. Kamer 10 maart 2023, 36222, nr. 7.

MvT bij de wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), *Parl.St.* Kamer 2022-2023, 36222, nr. 3.

Hand. Kamer, 22 mei 2019, nr. 2574955.

Omz. 1 december 2012 voor strafvordering verkrachting (Art. 242 Sr), <https://wetten.overheid.nl/BWBR0032282/2012-12-01>.

Adv.RvS afdeling advisering van 8 juni 2022 inzake wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven), nr. W16.21.0368/II.

4.2 Rechtspraak

Hoge Raad (NL) 9 oktober 2018, *Nederlands Juristenblad* 2018, 7045-7056.

Hoge Raad (NL) 15 maart 2016, *Nederlands Juristenblad* 2016, 2265-2270.

Hoge Raad (NL) 27 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:494.

Hoge Raad (NL) 12 maart 2013, *Nederlandse Jurisprudentie* 2013/438, 437, noot N. KEIJZER.

Hoge Raad (NL) 16 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7650.

Hoge Raad (NL) 9 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9177.

Hoge Raad (NL) 12 december 2006, *Nederlands Juristenblad* 2007, 170.

Hoge Raad (NL) 16 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3040.

Rb. Rotterdam 14 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2092.

4.3 Rechtsleer

4.3.1 Boeken

LINDENBERG, K. en VAN DIJK, A.A., *Herziening van de zedendelicten? Een analyse van Titel XIV, Tweede Boek, Wetboek van Strafrecht met het oog op samenhang, complexiteit en normstelling*, WODC, Ministerie van Justitie, 2015, 744 p.

LINDENBERG, K., *Strafbare dwang. Over het bestanddeel 'dwingen' en strafbaarstellingen van dwang, in het bijzonder art. 284 Sr.*, Apeldoorn, Maklu, 2007, 314 p.

4.3.2 Tijdschriften

HAMERS, L., SCHREURS, L. en VAN DER HAM, J., "Dwang bij misdrijven tegen de zeden in het afgelopen decennium. Gezichtspunten uit de rechtspraak met het oog op een toekomstig wetsvoorstel", *Delikt en Delinkwent* 2019, afl. 9, 756-781.

KOOL, R. en JONGENOTTER, A., "Verkrachting: what's in a name?", *Nederlands Juristenblad* 2021, afl. 2, 90-97.

LIGTHART, S.L.T.J., "Kwetsbare slachtoffers als grondslag voor strafverzwaring", *Delikt en Delinkwent* 2024, afl. 2, 11-29.

LENTJES, N., "Een verkenning van het bestanddeel 'de wil ontbreekt' uit de Wet seksuele misdrijven", *Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht* 2023, afl. 4, 204-216.

TER HAAR, R., KESTELOO, L. en KORTHALS, N.A., "De strafbaarstelling van seks tegen de wil: een eerste verkenning van het juridische landschap", *Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht* 2019, afl. 37, 244-253.

4.3.4 Verzamelwerken

LINDENBERG, K., "Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een 'Nein heißt Nein'" in Gritter, E. (ed.), *Modern Strafrecht: Contributions to the National Criminal Law Day 2017*, Groningen, Kluwer, 2019, 1-31.

5 Engeland

5.1 Wetgeving

Sexual Offences Act 2003

Explanatory Notes Relating to the Sexual Offences Act 2003, Commentary on Sections, www.legislation.gov.uk.

Hand. House of Commons 2002-2003, 24 juni 2003, HC 639.

5.2 Rechtspraak

Court of Appeal (VK) 23 juli 2020, R. v. Lawrance, *EWCA Crim* 971.

Court of Appeal (VK) 29 november 2013, R. v. Kamki, *EWCA Crim* 2335.

Court of Appeal (VK) 26 april 2013, *EWCA Crim* 832.

Court of Appeal (VK) 27 maart 2013, Mohamed v. SSHD, *EWHC Crim* 559.

Court of Appeal (VK) 2 november 2011, R. v. Ciccarelli (Yuri), *EWCA Crim* 2665.

Court of Appeal (VK) 30 juli 2009, R v. C, *UKHL* 42.

Court of Appeal (VK) 4 maart 2008, Kirk v. R, *EWCA Crim* 434.

Court of Appeal (VK) 18 februari 2008, R. v. SD, *EWCA Crim* 527.

Court of Appeal (VK) 11 juli 2007, R. v. Jheeta, *EWCA Crim* 1699.

Court of Appeal (VK) 26 maart 2007, R. v. Bree, *EWCA Crim* 804.

Court of Appeal (VK) 11 december 1922, R v. Williams, 1 KB 340.

High Court of Justice (VK) 14 december 2018, R. (on the application of Monica) v DPP, *EWHC* 3508.

High Court of Justice (VK) 24 april 2013, R. (on the application of F) v DPP, *EWHC* 945.

High Court of Justice (VK) 2 november 2011, Assange v Swedish Prosecution Authority, *EWHC* 2849.

High Court of Justice (VK) 3 februari 1877, The queen v. Flattery, 2 QBD 410.

5.3 Rechtsleer

5.3.1 Boeken

ALLEN, M.J. en EDWARDS, I., *Criminal Law*, Oxford (VK), Oxford University Press, 2021, 656 p.

ORMEROD D. en LAIRD, K., *Smith, Hogan, & Ormerod's Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 1158 p.

PEGG, S. en DAVIES, A., *Sexual offences law and consent*, Londen, Routledge, 2016, 234 p.

5.3.2 Tijdschriften

BOHLANDER, M., "Mistaken consent to sex, Political Correctness and Correct Policy, *Journal of Criminal law* 2007, afl. 71, 412-426.

ELVIN, J., "The Concept of Consent under the Sexual Offences Act 2003", *The Journal of Criminal Law* 2008, afl. 72, 519-536.

5.3.3 Verzamelwerken

HERRING, J., "The Sexual Offences Act 2003 England and Wales" in HÖRNLE, T., *Sexual assault*, Oxford, Oxford University Press, 2023, 117-139.

O'MALLEY, T. en HOVEN, E., "Concent in the law relating to sexual offences" in AMBOS, K., DUFF, A., ROBERTS J. en WEIGEND, T., *Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, 135-171.

5.3.4 Varia

HOME OFFICE, "Setting the Boundaries. Reforming the law on sex offences.", <https://lawbore.net/articles/setting-the-boundaries.pdf>.

X, "Betekenis 'consent'", <https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/engels-nederlands/vertaling/consent>.

Bijlage I. Relevante artikelen Zweeds Strafwetboek

Chapter 6: On sexual crimes

Section 1

A person who performs vaginal, anal or oral intercourse, or some other sexual act that in view of the seriousness of the violation is comparable to sexual intercourse, with a person who is not participating voluntarily is guilty of rape and is sentenced to imprisonment for at least three and at most six years. The same applies to a person who induces another person who is not participating voluntarily to undertake or submit to such an act. When assessing whether participation is voluntary or not, particular consideration is given to whether voluntariness was expressed by word or deed or in some other way. A person can never be considered to be participating voluntarily if:

1. their participation is a result of assault, other violence or a threat of a criminal act, a threat to bring a prosecution against or report another person for an offence, or a threat to give detrimental information about another person;
2. the perpetrator improperly exploits the fact that the person is in a particularly vulnerable situation due to unconsciousness, sleep, grave fear, the influence of alcohol or drugs, illness, bodily injury, mental disturbance or otherwise in view of the circumstances; or
3. the perpetrator induces the person to participate by seriously abusing the person's position of dependence on the perpetrator.

If the offence is less serious, the sentence is imprisonment for at least six months and at most four years.

If an offence referred to in the first paragraph is gross, the person is guilty of gross rape and is sentenced to imprisonment for at least five and at most ten years. When assessing whether the offence is gross, particular consideration is given to whether the perpetrator used violence or a threat of a particularly serious nature, or whether more than one person assaulted the victim or took part in the assault in some other way, or whether, in view of the method used or the young age of the victim or otherwise, the perpetrator exhibited particular ruthlessness or brutality.

Section 1a

A person who commits an act referred to in Section 1 and is grossly negligent regarding the circumstance that the other person is not participating voluntarily is guilty of negligent rape and is sentenced to imprisonment for at most four years.

If, in view of the circumstances, the act is less serious, the person is not held responsible.

Section 2

A person who performs a sexual act other than those referred to in Section 1 with a person who is not participating voluntarily is guilty of sexual assault and is sentenced to imprisonment for at least six months and at most two years. The same applies to a person who induces another person who

is not participating voluntarily to undertake or submit to such an act. When assessing whether participation was voluntary or not, Section 1, first paragraph, third and fourth sentences apply.

If the offence is less serious, the sentence is imprisonment for at most one year.

If the offence is gross, the person is guilty of gross sexual assault and is sentenced to imprisonment for at least one year and at most six years. When assessing whether the offence is gross, particular consideration is given to whether the perpetrator used violence or a threat of a particularly serious nature, or whether more than one person assaulted the victim or took part in the assault in some other way, or whether, in view of the method used or the young age of the victim or otherwise, the perpetrator exhibited particular ruthlessness or brutality.

Section 3

A person who commits an act referred to in Section 2 and is grossly negligent regarding the circumstance that the other person is not participating voluntarily is guilty of negligent sexual assault and is sentenced to imprisonment for at most four years. If, in view of the circumstances, the act is less serious, the person is not held responsible.

Section 4

A person who performs vaginal, anal or oral intercourse, or another sexual act that in view of the seriousness of the violation is comparable to sexual intercourse, with a child under fifteen years of age is guilty of rape of a child and is sentenced to imprisonment for at least three and at most six years. The same applies to a person who, by improper means, induces the child to undertake or submit to such an act.

The first paragraph also applies to a person who commits an act referred to there against a child who has attained fifteen but not eighteen years of age and who is the perpetrator's descendant, or is being brought up by or has a comparable relationship with the perpetrator, or for whose care or supervision the perpetrator is responsible by decision of a public authority.

If an offence referred to in the first or second paragraph is gross, the person is guilty of gross rape of a child and is sentenced to imprisonment for at least five and at most ten years. When assessing whether the offence is gross, particular consideration is given to whether the perpetrator used violence or a threat of a criminal act, or whether more than one person assaulted the child or took part in the assault in some other way, or whether, in view of the method used or the child's young age or otherwise, the perpetrator exhibited particular ruthlessness or brutality.

Section 7

A person who, in cases other than those previously referred to in this Chapter, has vaginal intercourse with their own child or its descendant, is guilty of sexual intercourse with a descendant and is sentenced to imprisonment for at most two years.

A person who, in cases not previously referred to in this Chapter, has vaginal intercourse with a full sibling is guilty of sexual intercourse with a sibling and is sentenced to imprisonment for at most one year.

The provisions of this Section do not apply to a person who has been induced to commit the act by unlawful coercion or some other improper means.

Section 8

A person who promotes or exploits the performance of or participation in sexual posing by a child under fifteen years of age is guilty of exploitation of a child for sexual posing and is sentenced to imprisonment for at most two years. The same applies to a person who places the child, or exploits the fact that some other person has placed the child, in a situation that involves sexual posing.

The first paragraph also applies to a person who commits an act referred to there against a child who has attained fifteen but not eighteen years of age, if the posing is liable to damage the child's health or development.

If the offence is gross, the person is guilty of gross exploitation of a child for sexual posing and is sentenced to imprisonment for at least six months and at most six years. When assessing whether the offence is gross, particular consideration is given to whether the offence concerned large-scale activities, brought considerable gain or involved ruthless exploitation of the child.

Section 9

A person who, in cases other than those previously referred to in this Chapter, induces a child under eighteen years of age to undertake or submit to a sexual act in return for payment, is guilty of exploitation of a child through the purchase of a sexual act and is sentenced to imprisonment for at least six months and at most four years.

If the offence is less serious, the sentence is imprisonment for at most one year.

The provisions in the first and second paragraphs also apply if the payment was promised or made by another person.

Section 13

Responsibility provided for in this Chapter for an act committed against a person under a certain age is also assigned to a person who did not have intent but was negligent regarding the circumstance that the other person had not attained that age.

Section 14

A person who has committed an act under Section 5 or Section 6, second paragraph against a child under fifteen years of age, or under Section 8, first paragraph or Section 10, first paragraph, first sentence is not held responsible if it is obvious that the act did not involve an assault on the child in

view of the slight difference in age and development between the person who committed the act and the child, and the other circumstances.

This also applies to a person who has committed an act under Section 10a, if it aimed at an act referred to in the first paragraph which, if it had been completed, would in accordance with what is stated in that paragraph obviously not have involved an assault on the child.

Bijlage II. Relevante artikelen Nederlands Strafwetboek

Artikel 242

Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het ondergaan van handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt als schuldig aan verkrachting gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 243

Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijke onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige psychische stoornis, psychogeriatrische aandoening of verstandelijke handicap lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden, handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 246

Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, wordt, als schuldig aan feitelijke aanranding van de eerbaarheid, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 247

Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamenlijk onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige psychische stoornis, psychogeriatrische aandoening of verstandelijke handicap 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 een derde verleidt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.

Artikel 248

1 De in de [artikelen 240b, 242 tot en met 247, 248a tot en met 248f, 249](#) en [250](#) bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit wordt gepleegd door twee of meer verenigde personen.

2 De in de artikelen [240b, 242 tot en met 247](#) en [248a tot en met 248f](#) bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen zijn kind, een kind over wie hij het gezag uitoefent, een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorend tot zijn gezin, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte.

3 De in de [artikelen 240b, 244, 245, 247](#), voor zover het betreft met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren buiten echt ontuchtige handelingen plegen of laatstgemelde tot het plegen of dulden van zodanige handelingen buiten echt met een derde verleiden [248a tot en met 248f, 249, eerste](#)

[lid](#), en [250](#) bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.

4 De in de [artikelen 242, 246](#) en [249, tweede lid](#), bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.

5 De in de [artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid](#), en [250](#) bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.

6 De in de [artikelen 242, 243, 246, 247](#) en [249, tweede lid](#), bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar en het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.

7 Indien een der in de [artikelen 240b, 243, 245 tot en met 247, 248a, 248b, 248f](#) en [249](#) omschreven misdrijven zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft of daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is, wordt gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.

8 Indien een der in de [artikelen 240b, 242, 243 tot en met 247, 248a, 248b, 248f](#) en [249](#) omschreven misdrijven de dood ten gevolge heeft, wordt gevangenisstraf van ten hoogste achttien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.

Artikel 248a

Hij die door giften of beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding een persoon die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt of iemand die zich, al dan niet met een technisch hulpmiddel, waaronder een virtuele creatie van een persoon die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, voordoet als een persoon die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, opzettelijk beweegt ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

Artikel 248b

Hij die ontucht pleegt met iemand die zich beschikbaar stelt tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling en die de leeftijd van zestien jaren maar nog niet de leeftijd van achttien jaren heeft bereikt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

Artikel 248f

Hij die door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid, het plegen van ontucht door een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 249

1 Hij die ontucht pleegt met zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.

2 Met dezelfde straf wordt gestraft:

1°.de ambtenaar die ontucht pleegt met een persoon aan zijn gezag onderworpen of aan zijn waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen;

2°.de bestuurder, arts, onderwijzer, beambte, opzichter of bediende in een gevangenis, rijksinrichting voor kinderbescherming, weeshuis, ziekenhuis, of instelling van weldadigheid, die ontucht pleegt met een persoon daarin opgenomen;

3°.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.

3 Met een ambtenaar wordt gelijkgesteld een persoon in de openbare dienst van een vreemde staat die in Nederland op door het volkenrecht toegelaten wijze zijn bediening uitoefent.

Artikel 250

1 Wordt gestraft:

1°.met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie, hij die het plegen van ontucht door zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert;

2°.met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie, hij die, buiten de gevallen genoemd onder 1°, het plegen van ontucht door een minderjarige wiens minderjarigheid hij kent of redelijkerwijs moet vermoeden, met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert.

2 Indien de schuldige van het plegen van het misdrijf een gewoonte maakt, kunnen de gevangenisstraffen met een derde worden verhoogd.

Bijlage III. Relevante artikelen Wet seksuele misdrijven

Artikel 240

Als schuldig aan schuldaanranding wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie, degene die met een persoon seksuele handelingen verricht terwijl diegene ernstige reden heeft om te vermoeden dat bij die persoon daartoe de wil ontbreekt.

Artikel 241

1. Als schuldig aan opzetaanranding wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie, degene die met een persoon seksuele handelingen verricht terwijl diegene weet dat bij die persoon daartoe de wil ontbreekt.

2. Als schuldig aan gekwalificeerde opzetaanranding wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaar of geldboete van de vijfde categorie, degene die zich schuldig maakt aan het misdrijf omschreven in het eerste lid, voorafgegaan door, vergezeld van of gevolgd door dwang, geweld, of bedreiging.

Artikel 242

Als schuldig aan schuldverkrachting wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie, degene die met een persoon seksuele handelingen verricht, welke handelingen bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, terwijl diegene ernstige reden heeft om te vermoeden dat bij die persoon daartoe de wil ontbreekt.

Artikel 243

1. Als schuldig aan opzetverkrachting wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie, degene die met een persoon seksuele handelingen verricht, welke handelingen bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, terwijl diegene weet dat bij die persoon daartoe de wil ontbreekt.

2. Als schuldig aan gekwalificeerde opzetverkrachting wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie, degene die zich schuldig maakt aan het misdrijf omschreven in het eerste lid, voorafgegaan door, vergezeld van of gevolgd door dwang, geweld of bedreiging.

Artikel 244

Voor de toepassing van de misdrijven omschreven in de artikelen 240 tot met 243 ontbreekt bij een persoon in ieder geval de wil tot seksuele handelingen indien diegene in een staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijke onmacht verkeert of een zodanige psychische stoornis, psychogeriatrische aandoening of verstandelijke handicap heeft dat deze niet of onvolkomen in staat is een wil te bepalen of kenbaar te maken omtrent de seksuele handelingen of daartegen weerstand te bieden.

Artikel 246

1. Als schuldig aan verkrachting in de leeftijdscategorie van zestien tot achttien jaren wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie, degene die met een kind in de leeftijd van zestien tot achttien jaren seksuele handelingen verricht, welke handelingen bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam:

- a. indien het feit wordt begaan jegens een kind van diegene, van een kind dat wordt verzorgd of opgevoed als behorend tot het gezin van diegene, van een kind waarover diegene het gezag uitoefent of van een anderszins aan de zorg, waakzaamheid of opleiding van diegene toevertrouwd kind of van een aan diegene ondergeschikt kind;
- b. indien het feit wordt begaan jegens een kind in een bijzonder kwetsbare positie, waaronder in ieder geval wordt verstaan een bijzonder kwetsbare positie ten gevolge van een psychische stoornis dan wel verstandelijke of lichamelijke handicap, een situatie van afhankelijkheid of een staat van lichamelijke of geestelijke onmacht;
- c. indien het feit wordt begaan met misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht, met gebruikmaking van giften of beloften van geld of goed of met misleiding; of
- d. indien dat kind zich beschikbaar stelt tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling.

2. Als schuldig aan gekwalificeerde verkrachting in de leeftijdscategorie van zestien tot achttien jaren wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie, degene die zich schuldig maakt aan het misdrijf omschreven in het eerste lid, voorafgegaan door, vergezeld van of gevolgd door dwang, geweld of bedreiging.

Artikel 251

1. Degene die een kind beneden de leeftijd van zestien jaren of een persoon die zich voordoeft als een kind beneden de leeftijd van zestien jaren:

- a. indringend mondeling of schriftelijk seksueel benadert op een wijze die schadelijk te achten is voor kinderen beneden de leeftijd van zestien jaren;
- b. getuige doet zijn van een handeling of een visuele weergave van seksuele aard of met een onmiskenbaar seksuele strekking op een wijze die schadelijk te achten is voor kinderen beneden de leeftijd van zestien jaren; of
- c. een ontmoeting voorstelt voor seksuele doeleinden en enige handeling onderneemt tot het verwezenlijken van die ontmoeting,
wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.

2. Niet strafbaar is degene die als leeftijdsgenoot de in het eerste lid, aanhef en onder c, bedoelde gedraging begaat in het kader van een gelijkwaardige situatie tussen diegene en dat kind, voor zover dat kind ten minste de leeftijd van twaalf jaren heeft bereikt.

Bijlage IV. Relevante artikelen Sexual Offences Act 2003 (SOA)

Art. 25 Sexual activity with a child family member

(1) A person (A) commits an offence if—

- (a) he intentionally touches another person (B),
- (b) the touching is sexual,
- (c) the relation of A to B is within section 27,
- (d) A knows or could reasonably be expected to know that his relation to B is of a description falling within that section, and
- (e) either—
 - (i) B is under 18 and A does not reasonably believe that B is 18 or over, or
 - (ii) B is under 13.

(2) Where in proceedings for an offence under this section it is proved that the other person was under 18, the defendant is to be taken not to have reasonably believed that that person was 18 or over unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he reasonably believed it.

(3) Where in proceedings for an offence under this section it is proved that the relation of the defendant to the other person was of a description falling within section 27, it is to be taken that the defendant knew or could reasonably have been expected to know that his relation to the other person was of that description unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he knew or could reasonably have been expected to know that it was.

(4) A person guilty of an offence under this section, if aged 18 or over at the time of the offence, is liable—

- (a) where subsection (6) applies, on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding 14 years;
- (b) in any other case—
 - (i) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;
 - (ii) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.

(5) Unless subsection (4) applies, a person guilty of an offence under this section is liable—

- (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;
- (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 5 years.

(6) This subsection applies where the touching involved—

- (a) penetration of B's anus or vagina with a part of A's body or anything else,
- (b) penetration of B's mouth with A's penis,
- (c) penetration of A's anus or vagina with a part of B's body, or
- (d) penetration of A's mouth with B's penis.

Art. 27 Family relationships

(1) The relation of one person (A) to another (B) is within this section if—

- (a) it is within any of subsections (2) to (4), or
- (b) it would be within one of those subsections but for [\[F1\]](#)section 39 of the Adoption Act 1976 or] section 67 of the Adoption and Children Act 2002 (c. 38) (status conferred by adoption).

(2)The relation of A to B is within this subsection if—

- (a)one of them is the other’s parent, grandparent, brother, sister, half-brother, half-sister, aunt or uncle, or
- (b)A is or has been B’s foster parent.

(3)The relation of A to B is within this subsection if A and B live or have lived in the same household, or A is or has been regularly involved in caring for, training, supervising or being in sole charge of B, and—

- (a)one of them is or has been the other’s step-parent,
- (b)A and B are cousins,
- (c)one of them is or has been the other’s stepbrother or stepsister, or
- (d)the parent or present or former foster parent of one of them is or has been the other’s foster parent.

(4)The relation of A to B is within this subsection if—

- (a)A and B live in the same household, and
- (b)A is regularly involved in caring for, training, supervising or being in sole charge of B.

(5)For the purposes of this section—

- (a)“aunt” means the sister or half-sister of a person’s parent, and “uncle” has a corresponding meaning;
- (b)“cousin” means the child of an aunt or uncle;
- (c)a person is a child’s foster parent if
 - (i)he is a person with whom the child has been placed under section 22C of the Children Act 1989 in a placement falling within subsection (6)(a) or (b) of that section (placement with local authority foster parent),
 - (ia)he is a person with whom the child has been placed under section 59(1)(a) of that Act (placement by voluntary organisation),]
 - (ib)he is a person with whom the child has been placed under section 81 of the Social Services and Well-being (Wales) Act 2014 in a placement falling within subsection (6)(a) or (b) of that section (placement with a local authority foster parent),]
 - (ii)he fosters the child privately, within the meaning given by section 66(1)(b) of that Act;
- (d)a person is another’s partner (whether they are of different sexes or the same sex) if they live together as partners in an enduring family relationship;
- (e)“step-parent” includes a parent’s partner and “stepbrother” and “stepsister” include the child of a parent’s partner.

Art. 28 Sections 25 and 26: [F1exception for spouses and civil partners]

(1)Conduct by a person (A) which would otherwise be an offence under section 25 or 26 against another person (B) is not an offence under that section if at the time—

- (a)B is 16 or over, and
- (b)A and B are lawfully married [F2or civil partners of each other].

(2)In proceedings for such an offence it is for the defendant to prove that A and B [F3were at the time lawfully married or civil partners of each other].

Art. 30 Sexual activity with a person with a mental disorder impeding choice

(1) A person (A) commits an offence if—

- (a) he intentionally touches another person (B),
- (b) the touching is sexual,
- (c) B is unable to refuse because of or for a reason related to a mental disorder, and
- (d) A knows or could reasonably be expected to know that B has a mental disorder and that because of it or for a reason related to it B is likely to be unable to refuse.

(2) B is unable to refuse if—

- (a) he lacks the capacity to choose whether to agree to the touching (whether because he lacks sufficient understanding of the nature or reasonably foreseeable consequences of what is being done, or for any other reason), or
- (b) he is unable to communicate such a choice to A.

(3) A person guilty of an offence under this section, if the touching involved—

- (a) penetration of B's anus or vagina with a part of A's body or anything else,
- (b) penetration of B's mouth with A's penis,
- (c) penetration of A's anus or vagina with a part of B's body, or
- (d) penetration of A's mouth with B's penis, is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

(4) Unless subsection (3) applies, a person guilty of an offence under this section is liable—

- (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or to a fine not exceeding the statutory maximum or both;
- (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.

Art. 74 "Consent"

For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice.

Art. 75 Evidential presumptions about consent

(1) If in proceedings for an offence to which this section applies it is proved—

- (a) that the defendant did the relevant act,
- (b) that any of the circumstances specified in subsection (2) existed, and
- (c) that the defendant knew that those circumstances existed, the complainant is to be taken not to have consented to the relevant act unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he consented, and the defendant is to be taken not to have reasonably believed that the complainant consented unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he reasonably believed it.

(2) The circumstances are that—

- (a) any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, using violence against the complainant or causing the complainant to fear that immediate violence would be used against him;
- (b) any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, causing the complainant to fear that violence was being used, or that immediate violence would be used, against another person;

(c)the complainant was, and the defendant was not, unlawfully detained at the time of the relevant act;

(d)the complainant was asleep or otherwise unconscious at the time of the relevant act;

(e)because of the complainant's physical disability, the complainant would not have been able at the time of the relevant act to communicate to the defendant whether the complainant consented;

(f)any person had administered to or caused to be taken by the complainant, without the complainant's consent, a substance which, having regard to when it was administered or taken, was capable of causing or enabling the complainant to be stupefied or overpowered at the time of the relevant act.

(3)In subsection (2)(a) and (b), the reference to the time immediately before the relevant act began is, in the case of an act which is one of a continuous series of sexual activities, a reference to the time immediately before the first sexual activity began.

Art. 76 Conclusive presumptions about consent

(1)If in proceedings for an offence to which this section applies it is proved that the defendant did the relevant act and that any of the circumstances specified in subsection (2) existed, it is to be conclusively presumed—

(a)that the complainant did not consent to the relevant act, and

(b)that the defendant did not believe that the complainant consented to the relevant act.

(2)The circumstances are that—

(a)the defendant intentionally deceived the complainant as to the nature or purpose of the relevant act;

(b)the defendant intentionally induced the complainant to consent to the relevant act by impersonating a person known personally to the complainant.

Art. 79 Part 1: general interpretation

(1)The following apply for the purposes of this Part.

(2)Penetration is a continuing act from entry to withdrawal.

(3)References to a part of the body include references to a part surgically constructed (in particular, through gender reassignment surgery).

(4)"Image" means a moving or still image and includes an image produced by any means and, where the context permits, a three-dimensional image.

(5)References to an image of a person include references to an image of an imaginary person.

(6)"Mental disorder" has the meaning given by section 1 of the Mental Health Act 1983 (c. 20).

(7)References to observation (however expressed) are to observation whether direct or by looking at an image.

(8)Touching includes touching—

(a)with any part of the body,

(b)with anything else,

(c)through anything, and in particular includes touching amounting to penetration.

(9)"Vagina" includes vulva.

(10)In relation to an animal, references to the vagina or anus include references to any similar part.]