

ANNOTATIE

## **Ontuchtige handelingen in de zin van artikel 245 Sr.**

***mr. J.H.J. Verbaan***

*Annotatie bij Hoge Raad, 09-10-2018, ECLI:NL:HR:2018:1884 (SR-2018-0368)*

De verdediging klaagt namens verdachte, ten aanzien van wie het in vereniging, met iemand die de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet die van zestien jaren heeft bereikt, buiten echt, ontuchtige handelingen plegen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam is bewezenverklaard, onder meer dat het hof ten onrechte, althans onbegrijpelijk, geoordeeld heeft dat de bewezenverklarde handelingen 'ontuchtige handelingen' in de zin van artikel 245 Sr opleveren. Het hof heeft ten aanzien van de bewezenverklaring overwogen dat de raadsman ter terechtzitting bij het hof vrijspraak van de gehele tenlastelegging heeft bepleit, omdat er geen sprake zou zijn van ontuchtige handelingen. Daartoe heeft de raadsman – verkort weergegeven – aangevoerd dat aangeefster de handelingen vrijwillig heeft ondergaan, dat de personen in geringe mate in leeftijd verschillen en dat onder jongeren hedendaags een andere seksuele moraal geldt.

Het hof verenigt zich met de bewijsmotivering van de rechtbank die luidt dat artikel 245 Sr tot bescherming van de seksuele integriteit van personen strekt die gelet op hun jeugdige leeftijd in het algemeen geacht moeten worden niet of onvoldoende in staat te zijn zelf die integriteit te bewaken en de draagwijdte van hun gedrag in dit opzicht te overzien. Dit artikel beschermt deze jeugdige personen ook tegen verleiding die mede van henzelf kan uitgaan. Het is vaste jurisprudentie dat onder omstandigheden aan seksuele handelingen met een minderjarige tussen de twaalf en zestien jaren het ontuchtige karakter kan ontbreken. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn indien die handelingen vrijwillig plaatsvinden tussen personen die slechts in geringe mate in leeftijd verschillen. Daarbij geldt als maatstaf of de desbetreffende seksuele

handeling algemeen als sociaal-ethisch is aanvaard. De rechtbank verwijst in dit kader naar ECLI:NL:HR:2010:BK4794.

Uit bovenstaande bewijsmiddelen blijkt dat verdachte heeft erkend dat hij de vagina en de borsten van het slachtoffer heeft betast (over haar shirt/bh en onderbroek) en zich eveneens door het slachtoffer heeft laten pijpen en dat een betrokkene eveneens geslachtsgemeenschap met haar heeft gehad. Ook blijkt daaruit dat verdachte haar billen heeft betast. De rechtbank is er niet van overtuigd dat verdachte en de medeverdachten het slachtoffer hebben gedwongen tot het ondergaan van deze seksuele handelingen. Ook is de rechtbank er niet van overtuigd dat het slachtoffer deze handelingen onvrijwillig heeft ondergaan. Op grond van de bovenstaande bewijsmiddelen acht de rechtbank echter wel wettig en overtuigend bewezen dat het initiatief tot het verrichten van de seksuele handelingen uitging van verdachte en de medeverdachten. Hun verklaringen dat zij in de stacaravan zaten en het slachtoffer geheel uit zichzelf binnenkwam, acht de rechtbank niet geloofwaardig. Op grond van de verklaringen van het slachtoffer, de betrokkene en (vooral) een andere betrokkene gaat de rechtbank ervan uit dat de verdachten (of een deel van hen) voor de stacaravan stonden, het slachtoffer riepen, seksueel getinte opmerkingen tegen haar maakten en haar uitnodigden de stacaravan binnen te komen. In de stacaravan waren het de verdachten die (in het kader van het spel) de uit te voeren seksuele handelingen bedachten en het slachtoffer opdroegen deze te ondergaan. Van ten minste één van deze opdrachten (het aanraken van de blote borsten) heeft zij gezegd dat zij dit niet wilde. De rechtbank acht het (mede daarom) niet aannemelijk dat het vervolgens het slachtoffer zou zijn geweest die verdachten meenam naar het kamertje en hen opdroeg zich door haar te laten pijpen of seks met haar te hebben. De rechtbank gaat er op grond van die verklaringen van het slachtoffer en betrokkene van uit dat het verdachte en medeverdachten waren die het slachtoffer meenamen naar het kamertje. Voorts acht de rechtbank op grond van de verklaring van het slachtoffer wettig en overtuigend bewezen dat het initiatief tot het pijpen en de geslachtsgemeenschap uitging van verdachte en medeverdachten. Daarbij neemt de rechtbank mede in aanmerking dat verdachte het slachtoffer heeft opgetild en naar het kamertje heeft gebracht. Verder neemt de rechtbank daarbij in aanmerking dat uit de bewijsmiddelen blijkt dat een betrokkene zich in de woonkamer heeft afgetrokken om zijn penis stijf te maken. Daar leidt de rechtbank uit af dat hij daarna seksuele handelingen wilde verrichten met het slachtoffer. Ondanks het geringe leeftijdsverschil tussen het slachtoffer en de verdachten (verdachte zelf is enkele dagen jonger dan het slachtoffer) en de omstandigheid dat niet bewezen wordt geacht dat het slachtoffer de seksuele handelingen onvrijwillig heeft ondergaan, is de rechtbank toch van oordeel dat deze seksuele handelingen in strijd zijn met de sociaal-ethische norm. Daartoe overweegt zij dat het slachtoffer op initiatief van verdachte en twee van de medeverdachten zeer vergaande seksuele handelingen met hen heeft verricht. Deze seksuele handelingen hebben zeer kort na

elkaar plaatsgevonden en bestonden er onder meer uit dat zij hen heeft gepijpt en zij geslachtsgemeenschap met twee van hen heeft gehad. Dit terwijl het slachtoffer de verdachten niet of nauwelijks kende en zij met geen van hen een affectieve relatie had. Dat dit (ook onder jongeren) niet sociaal-ethisch is aanvaard, vindt naar het oordeel van rechtbank steun in de omstandigheid dat het slachtoffer in de week na het voorval op school werd uitgemaakt voor hoer en slet.

Het hof is, anders dan de raadsman, derhalve van oordeel dat in onderhavige casus geen sprake is van sociaal aanvaardbaar gedrag, maar van ontuchtige handelingen. Daartoe neemt het hof naast de bovengenoemde omstandigheden ook in aanmerking dat de verdachte en zijn medeverdachten getalsmatig ruim in de meerderheid waren zodat van een een-op-eensituatie, waarin jongelui in experimentele zin onderling wel eens seksuele gedragingen verrichten, geen sprake is geweest. Daarnaast bevond aangeefster zich in een kleine ruimte met deze vier jongens, waardoor het voor haar moeilijker was om weerstand te bieden aan de seksuele toespelingen. De vier jongens namen het initiatief tot het spelen van een spelletje waarin aangeefster de hoofdrol werd toebedeeld. Zij was diegene bij wie alle opdrachten – die ten opzichte van de seksuele integriteit van aangeefster geleidelijk steeds van ingrijpender aard waren – verricht moesten worden. Uiteindelijk heeft zij zeer vergaande seksuele handelingen met hen moeten verrichten en ondergaan, welke handelingen ook nog zeer kort na elkaar plaatsvonden. Het voorgaande maakt dat er geen sprake is geweest van seksueel contact op basis van gelijkwaardigheid. In tegenstelling tot hetgeen de raadsman heeft gesteld, is het hof van oordeel dat de omstandigheid dat het slachtoffer al enige seksuele ervaring had opgedaan met haar toenmalige vriend, in dit kader volstrekt irrelevant is en dit het ontuchtige karakter van de handelingen van verdachte en zijn medeverdachten geenszins wegneemt.

De Hoge Raad overweegt dat de telastelegging en bewezenverklaring zijn toegesneden op artikel 245 Sr en dat de daarin voorkomende uitdrukking ‘ontuchtige handelingen’ dus moet worden geacht aldaar te zijn gebezigd in dezelfde betekenis als daaraan in artikel 245 Sr toekomt en haalt de bepaling aan. De Hoge Raad overweegt dat het in ECLI:NL:HR:2010:BK4794 heeft overwogen dat artikel 245 Sr blijkens de wetsgeschiedenis strekt tot bescherming van de seksuele integriteit van personen die gelet op hun jeugdige leeftijd in het algemeen geacht moeten worden niet of onvoldoende in staat te zijn zelf die integriteit te bewaken en de draagwijdte van hun gedrag in dit opzicht te overzien. Artikel 245 Sr beschermt deze jeugdige personen ook tegen verleiding die mede van henzelf kan uitgaan. Onder omstandigheden kan aan seksuele handelingen met een persoon tussen de twaalf en zestien jaren het ontuchtig karakter ontbreken. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn indien die handelingen vrijwillig plaatsvinden tussen personen die slechts in geringe mate in leeftijd verschillen. Een scherpe afgrenzing van dergelijke omstandigheden valt in haar algemeenheid

niet te geven. Zoals uit de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis blijkt, heeft de wetgever bij de totstandkoming van artikel 245 Sr in dit opzicht als maatstaf voor ogen gestaan of de desbetreffende seksuele handeling algemeen als sociaal-ethisch is aanvaard. Uit het voorgaande vloeit voort dat het bij de beantwoording van de vraag of sprake is van dergelijke omstandigheden die meebrengen dat seksuele handelingen niet als ontuchtig kunnen worden aangemerkt, in belangrijke mate aankomt op de aan de feitenrechter voorbehouden weging en waardering van de omstandigheden van het geval. Het oordeel daaromtrent kan in cassatie slechts in beperkte mate worden getoetst.

De Hoge Raad overweegt dat het blijkens zijn overwegingen heeft vastgesteld dat (i) de verdachte samen met anderen het initiatief nam tot het spelen van een spel waarin het slachtoffer werd opgedragen met hen steeds verdergaande seksuele handelingen te verrichten, (ii) het slachtoffer zich op dat moment in een zeer kleine ruimte – een stacaravan – bevond met vier jongens en (iii) de vergaande seksuele handelingen zeer kort na elkaar plaatsvonden en werden verricht met meerdere personen, onder wie de verdachte, die het slachtoffer niet of nauwelijks kende en met wie zij geen affectieve relatie had. Het hof heeft voorts overwogen dat, gelet op voornoemde omstandigheden, tussen de verdachte, de andere jongens en het slachtoffer – niettegenstaande het geringe tussen hen bestaande leeftijdsverschil – geen sprake is geweest van seksueel contact op basis van gelijkwaardigheid. De Hoge Raad oordeelt dat, tegen de achtergrond van het belang dat artikel 245 Sr beoogt te beschermen en in licht van hetgeen door het hof is vastgesteld, het oordeel van het hof dat de seksuele handelingen ‘ontuchtige handelingen’ als bedoeld in artikel 245 Sr zijn, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl het ook niet onbegrijpelijk is.