



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Strafbaarstelling van sexchatting en sextortion onder de loep. De meerwaarde van een empirisch perspectief

Cleiren, C.P.M.; Voorde, J.M. ten; Waas, W. van

Citation

Cleiren, C. P. M., Voorde, J. M. ten, & Waas, W. van. (2019). Strafbaarstelling van sexchatting en sextortion onder de loep. De meerwaarde van een empirisch perspectief. *Strafblad*, 17(2), 69-76. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/73611>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/73611>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

21. Strafbaarstelling van sexchatting en sextortion onder de loep

De meerwaarde van een empirisch perspectief

PROF. MR. C.P.M. CLEIREN, PROF. MR. J.M. TEN VOORDE EN MR. W. VAN WAAS

Digitalisering heeft geleid tot nieuwe verschijningsvormen van seksueel gedrag. De vraag naar strafbaarstelling van deze gedragingen kan niet gelegitimeerd worden met moraliteit, nu een gedeelde moraal ten aanzien van seksualiteit en begrenzing van de digitale wereld ontbreekt. In de strafrechtswetenschap wordt een rationele onderbouwing veelal gegeven door de criteria voor strafbaarstelling, in het bijzonder het schadebeginsel en de maxime van ultimum remedium. In deze bijdrage wordt aan de hand van de potentiële strafbaarstelling van sexchatting en sextortion geïllustreerd dat deze criteria nopen tot het benutten van empirische onderzoeksresultaten uit niet-juridische wetenschappen.

Introductie

Een van de terugkerende discussiepunten binnen zowel de strafrechtswetenschap als de politiek vormt de vraag welke gedragingen wel en welke niet onder het bereik van het strafrecht zouden moeten vallen. Die discussies worden sterk beïnvloed door maatschappelijke ontwikkelingen. Zo leiden ontwikkelingen in de aard en vormen van de criminaliteit, in het type en in de hoeveelheid potentiële slachtoffers van gedrag geregeld tot vragen of er niet een passende of passender strafbepaling zou moeten worden gerecreëerd om ongewenst gedrag te beheersen.

De afgelopen jaren zien we dergelijke vragen sterk opkomen ten aanzien van onder meer de digitale wereld en van veranderende opvattingen over seksuele relaties tussen personen. Dit zijn gevoelige thema's waarover de opvattingen sterk uiteen lopen. De veranderingen op deze maatschappelijke terreinen zijn ingrijpend en raken zo goed als alle burgers in hun persoonlijke levenssfeer. De zichtbaar en voelbaar snelle ontwikkelingen op het terrein van de zeden zijn onlosmakelijk verbonden met de grote verschuivingen in morele opvattingen. Voor velen gaan die te snel, voor anderen 'passen' ze bij een vrije wereld waarin iedereen zichzelf moet kunnen zijn. Een gedeeld moreel kompas ontbreekt, hetgeen meebrengt dat zelfs nauwelijks meer te bepalen valt wat nog als seksueel gedrag kan of mag worden beschouwd. En juist daarom kan seksueel gedrag in potentie iedereen ongewenst in zijn persoonlijk leven aantasten. De digitalisering van onze wereld gaat eveneens razendsnel en biedt en creëert ongekende mogelijkheden om de leefwereld van iedere burger binnen te dringen. Een gedeelde moraal over de grenzen aan die mogelijkheden is nog nauwelijks ontwikkeld. Inbreuken op de persoonlijke

levenssfeer via de digitale wegen lijken de burger deels nog 'te overkomen' en worden door hem 'ondergaan'.

Deze op zichzelf van elkaar losstaande maatschappelijke ontwikkelingen blijken in de dagelijkse leefwereld met elkaar verweven te raken en elkaar in die verwevenheid te versterken. Aantasting van lijf en eerbaarheid openbaart zich in 'jonge' verschijningsvormen zoals 'grooming', 'sexchatting' en 'sextortion'. Bij deze gedragingen spelen zowel digitalisering als moraal een rol. Waar een gedeelde moraal op het gebied van seksuele gedragingen én ten aanzien van de begrenzing van de digitale wereld ontbreekt, wordt het nog complexer om bij deze vervlechting van de beide ontwikkelingen te bepalen waar grenzen van het maatschappelijk aanvaardbare kunnen en mogen worden getrokken. Deze complexiteit laat evenwel onverlet dat tegelijkertijd de roep om strafbaarstelling van dergelijke 'jonge' verschijningsvormen van seksueel gedrag wel om antwoorden vraagt. Vormt het strafrecht een passend instrument voor de aanpak van dergelijk gedrag? Wat is passend in een domein waarin de persoonlijke leefwereld van elke burger in geding kan zijn, maar waar geen gedeelde moraal bestaat om de grenzen te bepalen? Om de beantwoording van de vraag naar strafbaarstelling van dergelijke gedragingen te legitimeren komt men er dus niet met moraliteit. Het hoeft ook geen betoog dat onderbuikgevoelens niet legitimerend kunnen zijn voor een keuze voor strafbaarstelling. Strafbaarstelling maakt immers ingrijpend overheidsoptreden mogelijk waarmee inbreuken kunnen worden gemaakt op grondrechten van burgers. Als zulke grote belangen op het spel staan, mag van de wetgever een rationele en vooral genuanceerde blik worden verwacht.

Het hierboven genoemde grooming is inmiddels al tot strafbaar feit verheven (art. 248e WvSr). Strafbaarstelling van sexchatting en sextortion zit in de pijn, maar daarover is nog veel onduidelijk.¹ Deze gedragingen kenmerken zich zowel door digitalisering als door veranderende opvattingen over seksueel gedrag. In een brief aan de Tweede Kamer omschrijft de minister sexchatting als: ‘Het op een indringende en vergaande seksualiserende wijze communiceren via internet.’ Sextortion omschrijft de minister als: ‘Gedrag waarbij seksueel materiaal wordt vergaard waarmee de afgebeelde vervolgens wordt afgeperst of zwartgemaakt’.² De gedragingen lijken qua strafwaardigheid sterk met elkaar overeen te komen. Sexchatting is uitdrukkelijk gekoppeld aan de digitale wereld, sextortion niet perse, maar blijkt in de praktijk veelal wel via die weg te worden gerealiseerd. Beide gedragingen raken bovendien zeer sterk aan de persoonlijke levenssfeer van slachtoffers. Nu de voorstellen voor strafbaarstelling van sexchatting en sextortion nog niet in de vorm van wetsvoorstellen zijn geopenbaard, is het nog geen gepasseerd station om aandacht te vragen voor een empirisch perspectief op de plannen van de minister.

Deze bijdrage is er niet op gericht om een oordeel uit te spreken of een positie in te nemen over de al dan niet wenselijkheid van strafbaarstelling van deze beide gedragingen. We proberen aan de hand van deze twee – potentiële – delicten te illustreren welke meerwaarde een empirisch perspectief op het proces van strafbaarstelling heeft of kan hebben. Dat het daarmee impliciet ook een bijdrage zal kunnen leveren aan de kwaliteit van de discussie over de strafbaarstelling van deze twee – potentiële – delicten zou vanuit de legitimiteit wel winst zijn.

Een rationeel wetenschappelijke benadering van strafbaarstelling

Vanuit de strafrechtswetenschap wordt voor een rationeel wetenschappelijke benadering van strafbaarstelling vaak aangesloten bij een denkschema dat veelal wordt aangeduid als ‘criteria voor strafbaarstelling’. Dit denkschema omvat zowel criteria met een normatieve lading als criteria met een meer objectieve statuus of referentie. Dat betekent dat een beoordeling op basis van deze criteria plaatsvindt met behulp van onderlinge weging en afstemming van juridisch systematische, juridisch normatieve en ‘evidence based’ argumenten. Tezamen vormen die criteria een ‘interdisciplinair’ instrumentarium om tot een verantwoorde, evenwichtige en legitieme afweging te komen bij een actuele maatschappelijke vraag of gedrag strafbaar moet worden gesteld

of niet en mogelijk ook in welke omvang en vorm.³ De voorstellen tot strafbaarstelling van sexchatting en sextortion lenen zich goed om langs de lat van dergelijke criteria te leggen. Voor die criteria oriënteren we ons hier op die criteria die in de Nederlandse strafrechts-wetenschappelijke literatuur zijn ontwikkeld.⁴ Om het interdisciplinaire karakter van de gewogen toets inzichtelijk te maken en dus een verbinding te maken tussen de juridische en de sociaalwetenschappelijke benadering, beperken we ons in deze bijdrage tot twee criteria: het schadebeginsel en de maxime ultimum remedium. Deze keuze is in belangrijke mate ingegeven door het gegeven dat een wetenschappelijk verantwoorde toets met behulp van deze beide criteria niet of nauwelijks kan worden gegarandeerd als geen gebruik wordt gemaakt van op empirisch onderzoek gebaseerde, ‘evidence based’ argumenten.

Evenals bij de maxime van ultimum remedium, geldt dat schade slechts kan worden vastgesteld met behulp van empirisch onderzoek.

Het schadebeginsel zou men kunnen duiden als een juridisch concept dat slechts kan worden ingevuld en toegepast met behulp van bevindingen uit andere wetenschappen die via empirische onderzoeksresultaten kenbaar en toepasbaar zijn. Daarmee kan de toets van schadelijkheid van het potentieel strafbaar te stellen gedrag of de gevolgen van dat gedrag als een van de te wegen argumenten worden meegenomen. Een toets aan de maxime van ultimum remedium staat of valt eveneens bij het in acht nemen van empirische kennis over alternatieve modaliteiten van aanpak van ongewenst gedrag. We vangen deze bijdrage aan met een bespreking van deze twee toetsingsinstrumenten en de begrippen sexchatting en sextortion, om vervolgens de voorgestelde strafbaarstellingen aan die instrumenten te toetsen en met elkaar te vergelijken. We realiseren ons dat we ons daarbij slechts kunnen baseren op de door de minister gegeven omschrijvingen van de gedragingen en op ‘feiten van algemene bekendheid’. Daarnaast zijn we ons ervan bewust

1 Kamerstukken II 2017/18, 29279, nr. 427.

2 Kamerstukken II 2015/16, 29279, nr. 300, p. 3.

3 C.P.M. Cleiren, ‘Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidige tijdgewricht’, en J.P. van der Leun, ‘Strafbaarstelling en evidence vanuit criminologisch perspectief’, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012, p. 12.

4 Het moreel verwerpelijk karakter van het gedrag, het tolerantiecriteria, het principe van ultimum remedium, het schade-principe, de handhaafbaarheid, effectiviteit en de frequentie van het gedrag. Zie L.H.C. Hulsman, ‘Criteria voor strafbaarstelling’, in: *Strafrecht te-recht? Over dekriminalisering en depenalisering*, Baarn: Uitgeverij in den Toorn 1972, p. 80-92; J.M. van Bemmelen, ‘Positieve criteria voor strafbaarstelling’, in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 1-14; Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten. Een crimineel-politieke studie* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987; R. Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel* (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1998.

dat we niet zelf het empirisch onderzoek hebben verricht, maar gebruik maken van bestaande onderzoeksresultaten van sociaalwetenschappelijk onderzoek. We verwijzen naar een zogeheten systematische literatuurstudie, een binnen de sociale wetenschappen erkende onderzoeksmethode waarmee wordt getracht de stand van zaken op een bepaald onderzoeksthema zo goed mogelijk in kaart te brengen.⁵ Tegelijkertijd realiseren we ons ook dat we niet kunnen uitsluiten dat het beeld niet compleet of volledig toereikend is.

Criteria voor strafbaarstelling: schadebeginsel en ultimum remedium

Schadebeginsel

Het schadebeginsel is een in de filosofie ontwikkeld principe dat erop is gericht de overheid te beperken in zijn inmening in het leven van burgers.⁶ Voor het strafrecht betekent dat dat het een waarborg is om moralisme en paternalisme te voorkomen. Met andere woorden: ‘Overheidsdwang is (...) niet geoorloofd om een individu tot moreel juist gedrag te brengen (*moralisme*) of om te voorkomen dat hij zichzelf schaadt (*paternalisme*)’.⁷ Zeker in de huidige tijd, waarin het denken in termen van risico en voorzorg een vlucht heeft genomen, is van belang wat onder schade moet worden begrepen. Het komt erop neer dat door een bepaalde gedraging een rechtsbelang in een slechtere toestand wordt gebracht dan voorheen. Om voor strafbaarstelling in aanmerking te komen, moet het rechtsbelang als een door het strafrecht te beschermen rechtsbelang worden gewaardeerd.⁸ Vervolgens wordt verdedigd dat naast directe schade ook indirecte schade aan het betreffende rechtsbelang als schade kan worden begrepen. In de literatuur worden drie gradaties van indirecte schade, in de Angelsaksische literatuur ook wel ‘remote harms’ genoemd, onderscheiden: abstracte gevaarzettingsdelicten, gedragingen die zelf niet schadelijk zijn maar die andere gedragingen die wel strafbaar zijn kunnen veroorzaken en gedragingen die slechts schadelijk zijn wanneer de gedragingen zich in groten getale voordoen.⁹ Evenals bij de maxime van ultimum remedium, geldt dat schade, toekomstige schade daaronder begrepen, slechts kan worden vastgesteld met behulp van empirisch onderzoek.

Ultimum remedium

Binnen het strafrecht is het gebruikelijk te werken met de maxime van ultimum remedium.¹⁰ Hoewel daar de laatste jaren aan wordt getornd, is de waarde van deze maxime nog steeds groot. Strafrecht blijft immers een heel ingrijpend instrument. Zij noopt de wetgever tot terughoudendheid bij de keuze voor strafbaarstelling. Daarin ligt besloten dat de wetgever zich van strafbaarstelling moet onthouden als andere, juridische en/of buiten-juridische middelen, die minder vergaand zijn, voorhanden zijn. En ook al zouden andere middelen niet kunnen werken, dan betekent dat niet automatisch dat het strafrecht wel ingezet zou moeten worden. De maxime brengt ook mee dat de wetgever moet bezien of de strafbaar te stellen gedragingen niet reeds vallen onder een bestaande delictomschrijving. In zoverre waakt de maxime tegen een uitdijend strafrecht, ook in de vorm van strafbaarstelling van gedragingen die reeds op grond van het geldend recht strafbaar zijn gesteld.

De maxime van ultimum remedium is aan erosie onderhevig, in ieder geval sinds de minister en het Openbaar Ministerie een volgens hen beter bij het tijdsgewricht passend maxime hebben geïntroduceerd: het optimum remedium. De minister formuleert dat als volgt: ‘In de “optimum-remediumgedachte” is van belang dat voor een reactie op ongewenst gedrag de werkzame, werkbare en passende middelen beschikbaar zijn en dat van geval tot geval voor een bepaald middel of een mix van middelen wordt gekozen. In concrete casuïstiek zal het “optimum remedium” betekenen dat de professionals in samenwerking met inzet van hun specifieke disciplines concluderen tot de meest passende reactie op een misdrijf: een betekenisvolle afdoening richting slachtoffer, dader en maatschappij.’¹¹ Met optimum remedium is de maxime van ultimum remedium verder toegespitst. Inzet van het strafrecht wordt niet bij voorbaat uitgesloten en vormt niet zonder meer het laatste redmiddel. Met optimum remedium wordt benadrukt dat het strafrecht soms zelfs het optimum is. Strafbbaarstelling is echter niet bij voorbaat het optimum. Dat hangt blijkens het citaat af van ‘concrete casuïstiek’, waarbij verschillende belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen. Opvallend is dat de minister het belang van werkzame, werkbare en passende middelen benadrukt. In het licht van de introductie van deze bijdrage merken wij op dat de minister met deze uitleg de wetgever impliciet verplicht om sociaalwetenschappelijk onderzoek aan strafbaarstelling vooraf te laten gaan.

5 Zie daarover D. Gough, S. Oliver en J. Thomas, *An introduction to systematic reviews*, Londen: Sage 2012.

6 Hedendaagse opvattingen zijn schatplichtig aan: J.S. Mill, *On Liberty*, Kitchener: Batoche Books 2001 (oorspronkelijk 1859).

7 C.W. Maris van Sandelingenambacht, ‘Recht & moraal. De Hoge Raad tijdens de seksuele revolutie’, *Ars Aequi* 2005, p. 808.

8 C.P.M. Cleiren en J.M. ten Voorde, ‘Harmonising legal interests. Legal interests under criminal law in a multilevel legal order’, in: J.W. Ouwkerk e.a. (red.), *The Future of EU Criminal Justice Policy and Practice*, Leiden: Brill 2019, p. 121-142.

9 A.P. Simester en A. von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Oxford: Hart Publishing 2011.

10 J.H. Crijns, ‘Strafrecht als ultimum remedium. Levend leidmotief of archaïsch desideratum’, *Ars Aequi* 2012, 8, p. 11-18; C.P.M. Cleiren, ‘Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidig tijdsgewricht’, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012, p. 12.

11 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, nr. 334, p. 12.

Sexchatting en sextortion nader bekeken

Alvorens we de voorgestelde strafbaarstellingen toetsen aan het schadebeginsel en de maxime van ultimum remedium, bakenen we sexchatting en sextortion verder af door kritisch te kijken naar de wijze waarop de minister beide gedragingen heeft omschreven.

Sexchatting

In de hierboven gegeven omschrijving van sexchatting vallen twee zaken op. In de eerste plaats blijkt uit de omschrijving dat het moet gaan om *communicatie* via het internet. Het gebruik van het woord ‘communiceren’ impliceert dat sexchatting interactie vereist tussen minimaal twee personen. Het louter versturen van een seksueel getint bericht – zonder dat dit beantwoord wordt – is geen sexchatting, maar sexting. Voor de voltooiing van de gedraging die wordt omschreven als sexting is een dergelijke tweezijdige interactie niet vereist. In de tweede plaats valt uit de omschrijving op te maken dat de communicatie niet enkel *seksualiserend* moet zijn, maar *indringend en vergaand*. Hieruit volgt dat luchtige seksuele toenaderingen geen sexchatting opleveren.¹²

Op basis van deze studies ontstaat het beeld dat sexchatting in de meeste gevallen door jongeren zelf als positief wordt ervaren en past binnen de normale seksuele ontwikkeling.

Met deze twee afbakeningen in het achterhoofd, zijn er talloze varianten van sexchatting denkbaar. Communicatie via het internet kan immers op veel verschillende manieren gestalte krijgen. Hierbij kan allereerst onderscheid gemaakt worden tussen beeldcommunicatie en verbale communicatie. Bij beeldcommunicatie kan het gaan om het sturen van foto's of video's. Foto's kunnen permanent opgeslagen of tijdelijk van aard zijn, zoals het geval is bij het sociale medium Snapchat. Videocommunicatie kan bestaan uit livestreambeelden of reeds vastgelegde en verzonden beelden. Bij verbale communicatie zijn gesproken en geschreven berichten mogelijk. Ook gesproken berichten kunnen permanent of tijdelijk van aard zijn. Denk bijvoorbeeld aan respectievelijk ingesproken berichten via WhatsApp en bellen via WhatsApp. Bij geschreven berichten kan onder andere worden gedacht aan e-mails of chats.

Opvallend is dat in de omschrijving die de minister hanteert niets wordt vermeld over de leeftijd van de dader of het slachtoffer, terwijl uit brieven aan de Tweede Kamer volgt

dat alleen wordt bedoeld op strafbaarstelling van sexchatting met minderjarigen.¹³ Een ander opmerkelijk aspect is dat in de omschrijving geen onderscheid gemaakt wordt tussen vrijwillige of onvrijwillige communicatie. Een mogelijke reden hiervoor kan zijn dat indringende en vergaande communicatie over seks met minderjarigen al strafwaardig genoeg wordt geacht, ongeacht de (mate van) vrijwilligheid.

Sextortion

Sextortion omschrijft de minister als: ‘Gedrag waarbij seksueel materiaal wordt vergaard waarmee de afgebeelde vervolgens wordt afgeperst of zwartgemaakt’.¹⁴ Ook sextortion kan op verschillende manieren plaatsvinden. ‘Seksueel materiaal’ bestaat bijvoorbeeld uit naaktfoto's of filmpjes waarop seksuele handelingen van het slachtoffer zichtbaar zijn. Dit materiaal wordt blijkens de omschrijving ‘vergaard’. Dit kan op verschillende manieren: doordat de afperser de beelden zelf maakt, of doordat het slachtoffer het seksuele materiaal zelf heeft verstuurd. Ook kan de afperser het beeldmateriaal hebben vergaard via het hacken van de computer of smartphone waarop het materiaal is opgeslagen. Met het seksuele materiaal wordt het slachtoffer volgens de omschrijving ‘afgeperst of zwartgemaakt’. Afpersing kan verscheidene doelen hebben, te weten het verschaffen van geld of goederen, het vergaren van meer seksueel materiaal of het verkrijgen van (meer) seksuele diensten. Dit laatste kan zowel hands-off (via de webcam) als hands-on (in de fysieke wereld) geschieden.

Toetsing van beide gedragingen en aan het schadebeginsel

Sexchatting

De minister stelt dat de schade die bij sexchatting ontstaat tweeledig is. Enerzijds beschouwt hij sexchatting als een gedraging die rechtstreeks schade toebrengt aan de betrokken minderjarige, doordat de seksuele ontwikkeling van het kind wordt doorkruist. Zo bezien is sexchatting een krenkingsdelict en op zichzelf al een vorm van seksueel misbruik. Anderzijds merkt de minister sexchatting aan als een gedraging waardoor gevolgschade kan optreden, doordat het een ‘drempelverlagend effect kan hebben en tot lichamelijke of webcam-misbruik kan leiden’.¹⁵ In dit opzicht is sexchatting een gevaarzettingsdelict dat betrekking heeft op de voorfase van seksueel misbruik.¹⁶

De veronderstelling van de minister dat bij sexchatting altijd sprake is van directe schade is niet gestoeld op (sociaal)wetenschappelijke literatuur. Uit Nederlands onderzoek van Rutgers en Soa Aids Nederland komt naar voren dat sexchatting ook leuk kan zijn.¹⁷ Zo vindt 70% van de

12 J.M. ten Voorde, ‘Strafbaarstelling van nieuwe vormen van ongewenste seksuele gedragingen in Nederlandse zedenwetgeving’, in: G. van Haegenborgh e.a., *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen 2016*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 200.

13 *Kamerstukken II 2015/16, 29279*, nr. 300, p. 9; *Kamerstukken II 2017/18, 29279*, nr. 427, p. 2.

14 *Kamerstukken II 2015/16, 29279*, nr. 300, p. 3.

15 *Kamerstukken II 2015/16, 29279*, nr. 300, p. 9.

16 Zie Ten Voorde 2016, p. 234-237.

17 H. de Graaf e.a., *Seks onder je 25: Seksuele gezondheid van jongeren in Nederland anno 2017*, Rutgers/Soa Aids Nederland 2017, p. 189.

2137 ondervraagde Nederlandse jongens en 35% van de 2693 benaderde Nederlandse meisjes onder de 25 jaar het leuk als iemand een naaktfoto of seksfilmpje van zichzelf stuurt.¹⁸ De situatie dat iemand een naaktfoto of seksfilmpje van je maakt, vindt 49% van de ondervraagde jongens en 60% van de ondervraagde meisjes leuk. Het vragen om een naaktfoto of seksfilmpje van jezelf vindt 40% van de ondervraagde jongens leuk en 45% niet leuk en niet vervelend, tegenover respectievelijk 19% en 31% van de ondervraagde meisjes. Ook het zien van iemands geslachtsdelen of het aanschouwen van iemand die masturbeert tijdens een videochat wordt door de meerderheid van de jongens (respectievelijk 63% en 60%) als leuk beschouwd. Bij meisjes ligt dit percentage iets lager (respectievelijk 36% en 37%).¹⁹ Verder blijkt uit minder recent Nederlands onderzoek dat 68,2% van de ruim 2.000 ondervraagde Nederlandse jongeren tussen de 8 en 18 jaar seksueel getinte vragen via het internet ‘gewoon leuk’ vindt. Het merendeel blijkt vanuit een positieve afweging in te gaan op een seksueel verzoek, omdat zij de ander leuk vinden, of dergelijke gesprekken als spannend ervaren. Slechts 9,6% ging in gesprek wegens sociale druk of onzekerheid. Dit bleken met name meisjes, basisschoolleerlingen en vmbo’ers te zijn.²⁰ Minderjarigen nemen uit nieuwsgierigheid zelf veel initiatief tijdens sexchatting en een deel van hen realiseert zich daarbij ook dat zij contact hebben met een meerderjarige.²¹

Internationaal onderzoek schetst een vergelijkbaar beeld over (het gebrek aan) directe schade door sexchatting, hoewel hierin veelal geen onderscheid gemaakt wordt tussen sexchatting en sexting. Klettke, Hallford en Mellor vergeleken al het beschikbare internationale onderzoek over sexting en kwamen tot de conclusie dat sexting niet per definitie negatief is. Iemand die aan sexting heeft deelgenomen blijkt positiever tegen sexting aan te kijken dan iemand die er geen ervaring mee heeft. Sexting wordt weliswaar geassocieerd met een grotere kans op seksueel risicogedrag, zoals onveilige seks, maar dit betreft geen causale relatie. Het is dan ook goed denkbaar dat sexchatting geen oorzaak, maar juist een uiting is van risicovol seksueel gedrag.²² Op basis van deze studies ontstaat het beeld dat sexchatting in de meeste gevallen door jongeren zelf als positief wordt ervaren en dat het past binnen de normale seksuele ontwikkeling. Online gesprekken over seks kunnen leuk, leerzaam en spannend zijn. Sexchatting wordt in de beeldvorming gepresenteerd als een groot gevaar, mogelijk omdat het overgerapporteerd wordt zodra het mis gaat.²³ In de praktijk blijkt sexchatting niet zonder

meer direct schadelijk te zijn. Vanuit het perspectief van het schadebeginsel impliceert dit dat de wetgever zich moet buigen over de vraag hoe omvattend zij schade wil duiden. Het is dan vooral nog de vraag of sexchatting kan worden beschouwd als een vorm van seksueel misbruik als zodanig.

Hiervoor zagen we dat er naast directe schade meerdere gradaties van indirecte schade worden onderscheiden, die elk voor zich om een beslissing van de wetgever vragen.²⁴ Over de veronderstelde indirecte schade, te weten de kans dat sexchatting uitmondt in seksueel misbruik, is geen wetenschappelijk onderzoek voorhanden. Sexchatting zal alleen escaleren tot een seksueel delict indien de afzender een kwade intentie heeft. In die gevallen biedt de strafbaarstelling grooming (art. 248e WvSr) echter reeds ruime strafrechtelijke bescherming. Het ligt dan ook niet voor de hand om sexchatting alleen op grond van mogelijke gevolgschade die bij een kwade intentie kan ontstaan strafbaar te stellen. Het is te gemakkelijk om zonder wetenschappelijke onderbouwing te stellen dat sexchatting indirect schadelijk is. Men kan het wellicht moreel verwerpelijk vinden als een volwassene met kinderen via internet communiceert over seks, maar ingevolge het schadebeginsel is dit onvoldoende als rechtvaardiging voor strafbaarstelling. Pas als er een wetenschappelijke onderbouwing is dat sexchatting indirecte schade oplevert, levert dat voor de wetgever een legitimatie op om strafbaarstelling op het schadebeginsel te baseren.

Sextortion

Bij de gedraging sextortion staat niet ter discussie dat er schade optreedt. Over hoe deze schade moet worden geduid, valt echter wel het een en ander te zeggen. De minister beoogt met strafbaarstelling van sextortion de seksuele integriteit en het seksuele zelfbeschikkingsrecht te beschermen. De schade die ontstaat bij sextortion is echter van een andere aard.

Het brengt gevoelens van machteloosheid, angst en ‘slaaf zijn’ met zich mee, schade van voornamelijk psychische aard. Ook wordt de privacy van het slachtoffer geschonden. Alleen wanneer het slachtoffer akkoord gaat met de dreigementen zal de seksuele integriteit geschonden worden; in alle andere gevallen is vooral de persoonlijke vrijheid in het geding. Sextortion is dan ook een delict dat eerder de persoonlijke vrijheid en privacy aantast dan dat het gezien kan worden als een vorm van seksueel geweld. Een aparte strafbaarstelling van sextortion in de zedentitel ligt, bezien vanuit het schadebeginsel, dan ook niet in de rede.

Toetsing van beide gedragingen aan de maxime van ultimum remedium

We toetsen sexchatting en sextortion aan de maxime van ultimum remedium door twee vragen te beantwoorden: 1) in hoeverre vallen de gedragingen onder reeds bestaande strafbepalingen? en 2) zijn er andersoortige en – voor

18 Idem, p. 176.

19 Idem, p. 177.

20 J. Kerstens & H. de Graaf, ‘Jongeren en online seksuele activiteiten’, in: J. Kerstens & W. Stol, *Jeugd en Cybersafety. Online slachtoffer- en daderschap onder Nederlandse jongeren*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2012, p. 153-156.

21 Idem, p. 173.

22 B. Klettke, D.J. Hallford & D.J. Mellor, ‘Sexting Prevalence and Correlates: A Systematic Literature Review’, *Clinical Psychology Review* 2013, p. 51.

23 Kerstens De Graaf 2012, p. 173.

24 Simester en Von Hirsch 2011.

dader en slachtoffer – minder ingrijpende modaliteiten van aanpak dan het strafrecht voorhanden?

Valt sexchatting onder reeds bestaande strafbepalingen?

De gedragingen die de minister duidt als sexchatting vallen soms onder de strafbaarstelling van het misdrijf schennis van de eerbaarheid (art. 239 WvSr). Dit misdrijf is alleen van toepassing wanneer sprake is van visueel of fysiek contact ('zien' of 'voelen'). Aanwezigheid in dezelfde ruimte is niet vereist; waarneembaarheid is doorslaggevend.²⁵ Dit impliceert dat varianten van de gedraging die de minister duidt als sexchatting die via een afbeelding, geschrift of door gesproken woord plaatsvinden, niet onder het bereik van artikel 239 WvSr vallen.²⁶ Wel kan uit feitenrechtspraak afgeleid worden dat onder een afbeelding niet een live beeldverbinding kan worden begrepen.²⁷ Dat zou betekenen dat gedragingen die voor een webcam worden begaan, wel onder artikel 239 WvSr vallen.²⁸ De gedragingen die de minister duidt als sexchatting zijn op dit moment dus alleen strafbaar op grond van artikel 239 WvSr wanneer deze plaatsvinden via een livestream verbinding.²⁹

De stelling van de minister dat seksuele afpersing met een ander doel dan het verkrijgen van meer seksuele gunsten naar Nederlands recht niet strafbaar is, houdt geen stand.

Voor het vervolgen van sexchatting zou men ook gebruik kunnen maken van het misdrijf belaging (art. 285b WvSr). Ook hier geldt echter dat de gedragingen die de minister duidt als sexchatting niet onder alle omstandigheden onder de delictsomschrijving van artikel 285b WvSr vallen. Belaging veronderstelt namelijk stelselmatigheid, terwijl de gedragingen die de minister duidt als sexchatting zich ook eenmalig kunnen voordoen. Daarnaast ontbreekt bij belaging de instemming van de belaagde, terwijl de als sexchatting benoemde gedragingen ook vrijwillig (kunnen) plaatsvinden. Verder is belaging niet ambtshalve, maar alleen op klacht vervolgbaar. Een klacht is aan zekere vormen gebonden,³⁰ wat meebrengt dat de uitoefening van het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie

mede wordt 'geleid' door de daarbij behorende vormvereisten. Indien je de gedragingen die de minister beschouwt als sexchatting zou willen vervolgen via het delict belaging, dient er een klacht te zijn.

De door de minister als sexchatting omschreven gedragingen worden derhalve niet volledig gedekt door de huidige delictsomschrijvingen van het Wetboek van Strafrecht.³¹ Hieruit valt af te leiden dat het strafbaar stellen van de gedragingen die de minister duidt als sexchatting leidt tot ruimere strafrechtelijke bescherming. Indien de seksualiserende communicatie via een afbeelding, geschrift of gesproken woord plaatsvindt, evenals wanneer het eenmalig of vrijwillig is, of als een klacht ontbreekt, is het op grond van de huidige bepalingen van het Wetboek van Strafrecht niet strafbaar.

Valt sextortion onder reeds bestaande strafbepalingen?

De stand van zaken ten aanzien van sextortion is anders. De gedraging die de minister aanduidt als sextortion is op dit moment in iedere voorstelbare variant reeds strafbaar op grond van verschillende in het WvSr voorkomende misdrijven.

In de eerste plaats kan het misdrijf dwang (art. 284 WvSr) worden toegepast. Dwang is blijkens artikel 284 WvSr het 'door bedreiging met geweld of andere feitelijkheden dwingen iets te doen, te laten of te dulden'. Het openbaren van seksueel materiaal kan beschouwd worden als 'een andere feitelijkheid', nu hiermee bedoeld wordt op een handeling die tot een zodanige psychische druk kan leiden dat het slachtoffer daar geen weerstand aan kan bieden.³² Het is goed voorstelbaar dat het openbaren van seksueel beeldmateriaal een dergelijke psychische druk kan opleveren.

Daarnaast zijn de gedragingen die door de minister worden geduid als sextortion strafbaar op grond van het delict afdreiging voor zover met de handeling het verkrijgen van online beeldmateriaal wordt beoogd. Van afdreiging is ingevolge artikel 318 WvSr sprake wanneer iemand 'met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen, door (bedreiging met) smaad(schrift) of openbaring van een geheim wordt gedwongen om goederen af te staan of gegevens ter beschikking te stellen'. Het openbaren van seksueel materiaal kan worden gelijkgesteld met het openbaren van een geheim, aangezien het in beide gevallen gaat om iets waarvan men niet wil dat de buitenwereld hier weet van krijgt. Ook valt de intentie om (meer) seksueel materiaal of seksuele gunsten te verkrijgen onder het 'oogmerk om zichzelf of een ander wederrechtelijk te bevoordelen', aangezien 'bevoordelen' in de jurisprudentie ruimer wordt uitgelegd dan alleen dingen met economische waarde;

25 HR 29 juni 1942, NJ 1942/661.

26 HR 9 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8452, NJ 2004/273.

27 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 1 bij art. 239 Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014). Zie ook Kool, DD 2010/80; Rb. Haarlem 24 december 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AR8212; Rb. Breda 23 juli 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BB089; Rb. 's-Gravenhage 14 september 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB3919; Rb. 's-Gravenhage 29 februari 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BC5528; Rb. Arnhem 15 april 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM1167; Rb. Midden-Nederland 11 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2777 (poging); Hof Den Haag 19 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:863; Rb. Midden-Nederland 5 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1007.

28 Zie bijv. Rb. Haarlem 24 december 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AR8212.

29 HR 9 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8452.

30 Zie daarover HR 4 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2242.

31 We gaan ervan uit dat het hier sexchatting betreft waarbij een meerderjarige de afbeeldingen verstuurt. Voor minderjarigen biedt art. 240b WvSr een zodanig ruim bereik dat de meeste vormen van sexchatting hieronder zullen vallen.

32 P.P.J. van der Meij, Commentaar op art. 284 Sr, aant. 9c, in: C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst en Commentaar Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

ook middelen waarmee de grenzen van het maatschappelijk betamelijke verre worden overschreden zijn hiervoor voldoende.³³ Als laatste aandachtspunt moet opgemerkt worden dat het vergaren van seksueel materiaal of online seksuele diensten kan worden gezien als het ‘ter beschikking stellen van gegevens’. Uit jurisprudentie kan worden opgemaakt dat webcambeelden kunnen worden beschouwd als een weergave van feiten die overdraagbaar zijn.³⁴ Wanneer de gedragingen die de minister duidt als sextortion tot doel hebben het verkrijgen van offline seksuele diensten, is er van terbeschikkingstelling van gegevens geen sprake en is afdreiging niet aan de orde. Om die reden zijn die gedragingen alleen strafbaar via artikel 318 WvSr als het verkrijgen van *online* beeldmateriaal wordt nagestreefd.

De strafbepalingen die de gedragingen die volgens de minister sextortion opleveren op dit moment strafbaar maken, vallen buiten Titel XIV van het Tweede Boek van het WvSr, ‘Misdrijven tegen de zeden’. Maar uit het voorafgaande volgt dat de stelling van de minister dat seksuele afpersing met een ander doel dan het verkrijgen van meer seksuele gunsten naar Nederlands recht niet strafbaar is, geen stand houdt. Neemt men daarnaast in ogenschouw dat met de lopende herziening van de zedenwetgeving onder meer wordt beoogd om overlapping van strafbaarstellingen tegen te gaan, dan ligt het niet erg in de rede om een nieuwe strafbaarstelling te creëren voor gedragingen die de minister kwalificeert als sextortion.³⁵

Zijn er andersoortige en minder ingrijpende modaliteiten van aanpak dan het strafrecht?

Aanwending van het strafrecht is niet de enige manier waarop online ongewenst seksueel gedrag kan worden bestreden.³⁶ Dat alternatieven niet alleen in theorie denkbaar zijn, maar ook in de praktijk toegepast worden, blijkt uit de toelichting van de minister op de ‘Hernieuwde aanpak online seksueel kindermisbruik’ van februari 2018.³⁷ Deze aanpak heeft betrekking op het seksueel benaderen van kinderen alsmede sextortion van minderjarigen en ziet dus precies op het type gedragingen die de minister duidt als sexchatting en sextortion. Het plan schrijft naast opsporing en vervolging ook alternatieve maatregelen voor, te weten publiek-private samenwerkingen en andere preventieve acties. De ratio achter publiek-private samenwerkingen is dat niet alleen de overheid, maar ook het bedrijfsleven een verantwoordelijkheid heeft in het voorkomen van online seksueel misbruik. Sexchatting kan bijvoorbeeld mede worden voorkomen door speciale *klantblocking-software* te ontwikkelen, waarbij bepaalde groepen internetgebruik-

kers op sommige sites worden geblokkeerd. Hiermee wordt het online benaderen van kinderen bemoeilijkt. Ten aanzien van sextortion kunnen bedrijven een rol spelen door het seksuele materiaal zo snel mogelijk te verwijderen van het internet. Wanneer het niet mogelijk is om seksueel materiaal te verspreiden, valt het afpersmiddel immers weg. Het OM heeft – zeker in samenwerking met het openbaar bestuur en bedrijfsleven – zeer veel mogelijkheden om de ‘Hernieuwde aanpak online seksueel kindermisbruik’ nader en ook anders vorm te geven dan via het strafrecht. Zo kunnen bedrijven, internetdiensten en andere betrokkenen via overleg, scholing, campagnes en voorlichting op hun verantwoordelijkheden worden gewezen. Er bestaan bovendien diverse mogelijkheden om hen ook op die verantwoordelijkheden aan te spreken en bij het nalaten daaraan gevolg te geven aan te pakken. Toezicht op en handhaving van internetdiensten die deze verantwoordelijkheid nalaten en zo sexchatting en sextortion faciliteren is reeds mogelijk via het bestuursrecht.³⁸ Voor wat betreft andere preventieve acties kan gedacht worden aan programma’s die gericht zijn op het weerbaar maken van de kinderen zelf en maatregelen die ouders in staat stellen om hun kinderen beter te monitoren.

Contraproductieve werking van de inzet van strafrecht?

Rechtszaken die betrekking hebben op zedendelicten leiden vaak tot ‘moral panic’. Overheden en burgers kunnen in paniek raken wanneer zij in aanraking komen met vergripen van personen die zij als zeer bedreigend beschouwen voor de samenleving.³⁹ De negatieve manier waarop wordt gereageerd op afwijkend gedrag kan leiden tot stigmatisering, uitstoting of agressieve tegenreacties van betrokken daders en dus tot verergering van de problemen.⁴⁰ Er zijn diverse studies waarin bewijs wordt gevonden voor het belang van sociale steun voor afname van gewelddadige recidive onder zowel psychiatrische patiënten als zedendelinquenten.⁴¹ Verder is gebleken dat stabiele huisvesting en sociale steun verband houden met een vermindering van seksuele recidive onder zowel daders met minderjarigen als slachtoffer, als verkrachters van volwassenen.⁴² Deze resultaten zijn niet zo verwonderlijk, aangezien sociale steun en stabiele huisvesting direct verband houden met bekende criminogene factoren voor zedendelinquenten, zoals

33 HR 9 februari 1971, ECLI:NL:PHR:1971:AB4227; Hofstee/Noyon/Remmelink/Langemeijer, *Strafrecht*, art. 317 Sr, aant. 13c.

34 Hof Arnhem 8 februari 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV8128.

35 Het OM kan immers deskundig en creatief genoeg worden geacht om de reeds bestaande strafbaarstellingen optimaal te benutten.

36 We laten andere rechtsgebieden buiten beschouwing, omdat die om diverse redenen niet voor de hand liggen.

37 ‘Hernieuwde aanpak online seksueel misbruik’, 7 februari 2018, *Strct.* 2018, 19415, p. 3.

38 ‘Hernieuwde aanpak online seksueel misbruik’, 7 februari 2018, *Strct.* 2018, 19415, p. 3 en 7.

39 S. Cohen, *Folk devils and moral panics: the creation of the Mods and Rockers*, Oxford: Martin Robertson 1980.

40 Zie M. Boone e.a., *Gevangene van het verleden. Crisissituaties na de terugkeer van zedendelinquenten in de samenleving*, Politie & Wetenschap/Willem Pompe Instituut/Erasmus Universiteit 2014, p. 18.

41 Zie S.E. Estroff e.a., ‘The influence of social networks and social support on violence by persons with serious mental illness’, *Hospital and Community Psychiatry* 1994, afl. 45, p. 21-34; K. Gutiérrez-Lobos e.a., ‘Violent sex offenders lack male social support’, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 2001, p. 70-82.

42 Zie D. Grubin, ‘Inferring predictors of risk: Sex offenders’, *International Review of Psychiatry* 1997, p. 225-231; G.M. Willis, ‘The quality of community reintegration planning for child molesters: Effects on sexual recidivism’, *ATSA Forum* 2008, p. 15-22.

eenzaamheid, negatieve sociale invloeden en instabiliteit in levensstijl. Ook sociale inbedding in werk is onderkend als een factor die samenhangt met positieve aanpassing in de samenleving en recidivereductie.⁴³ Met het inzetten van strafrecht kunnen sociale mechanismen evenwel ook kapot worden gemaakt. Strafbaarstelling brengt daarnaast nog andere risico's met zich mee, zoals sociale uitsluiting, stigmatisering van de dader, maar bij dit type seksuele delicten ook van slachtoffers. Ook komt het strafrecht altijd pas achteraf in beeld, dat wil zeggen wanneer de schade is berokkend.⁴⁴ Toepassing van het strafrecht is dan ook niet steeds de 'meest betekenisvolle afdoening richting slachtoffer, dader en maatschappij' en kan in geval van seksuele delicten ook contraproductief werken.

Bevindingen

Zoals in de inleiding werd aangegeven probeerden we aan de hand van de potentiële strafbaarstelling van sexchatting en sextortion te illustreren welke meerwaarde een empirisch perspectief kan hebben voor het proces van strafbaarstelling. De bevindingen zijn opvallend, en wel in die zin dat de uitkomst van de twee toetsen van deze op het eerste gezicht sterk verwante gedragingen niet met elkaar overeenkomen. Geen van beide – potentiële – strafbaarstellingen doorstaat de toets aan de beide gekozen criteria: het schadebeginsel en de maxime van ultimum remedium. Maar, beide strafbaarstellingen wel op één, maar niet op hetzelfde toetsingscriterium. Sexchatting doorstaat de toets aan de maxime van ultimum remedium, maar sextortion niet. Sexchatting doorstaat echter niet de toets aan het schadebeginsel, sextortion wel. Het toepassen van deze beide criteria voor strafbaarstelling maakt het dus mogelijk om, mede met behulp van empirische onderzoeksresultaten uit andere wetenschappen, tot een veel gedifferentieerder en genuanceerder beoordeling te komen dan op het eerste gezicht viel te verwachten.

Het toepassen van deze beide criteria voor strafbaarstelling maakt het mogelijk om tot een veel gedifferentieerder en genuanceerder beoordeling te komen.

Voor de toets aan de twee hier gehanteerde criteria voor strafbaarstelling is, zoals in de inleiding ter verantwoor-

ding van de keuze werd aangegeven, van belang dat zij niet slechts kunnen worden toegepast met een louter juridisch systematische of normatieve invulling. Deze criteria nopen tot het benutten van empirische onderzoeksresultaten, voortvloeiend uit onderzoek binnen andere wetenschappen dan de juridische. De uitkomsten van de twee hier uitgevoerde toetsen – hoe beperkt ook – wijzen op de meerwaarde van een empirisch perspectief voor het proces van strafbaarstelling. De uitkomsten zijn verrassend, gedifferentieerd en genuanceerd en zouden – als ze al niet zouden leiden tot het afzien van strafbaarstelling – ook aanleiding kunnen geven tot nadere overdenking van de reikwijdte van de delictomschrijving of bijvoorbeeld tot het opnemen van (strafbaarheid beperkende) bestanddelen die relevant geachte omstandigheden omschrijven.

Dit alles geeft aanleiding om te concluderen dat het verstandig is om steeds, en zeker bij dit type nieuwe delicten, de toets aan de hier toegepaste criteria uit te voeren alvorens tot opstelling en vaststelling van een strafbaarstelling te komen. De criteria voor strafbaarstelling, ingevuld met die criteria die gebruik maken van 'evidence based' wetenschappelijk onderzoek, kunnen blijkbaar – zoals het concept van criteria voor strafbaarstelling beoogt – ten aanzien van min of meer omliggende plannen tot strafbaarstelling daadwerkelijk bijdragen aan een genuanceerd perspectief.

Over de auteurs



Prof. mr. C.P.M. Cleiren

is hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden.



Prof. mr. J.M. ten Voorde

is bijzonder hoogleraar strafrechtsfilosofie (leerstool Leo Polak) aan de Rijksuniversiteit Groningen en universitair hoofddocent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden.



Mr. W. van Waas

Willemijn van Waas behaalde in 2018 cum laude haar master Nederlands recht, specialisatie Straf- en strafprocesrecht en is thans bezig aan de afronding van haar master Criminologie. Haar masterscriptie vormde de basis voor deze bijdrage.

43 Zie J.H. Laub, en R.J. Sampson, 'Understanding desistance from crime', *Crime and Justice* 2001, afl. 28, p. 1-69; C. Kruttschnitt, C. Uggen, en K. Shelton, 'Predictors of desistance among sex offenders: The interaction of formal and informal social controls', *Justice Quarterly* 2000, afl. 17, p. 61-88.

44 'Aanwijzing kinderpornografie', 18 april 2016, *Stcrt.* 2016, 19415, par. 1.4.