

LJN: BZ2653, Hoge Raad , 11/05421

Datum uitspraak: 12-03-2013

Datum 12-03-2013

publicatie:

Rechtsgebied: Straf

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: Tongzoen; "verkrachting" i.d.z.v. art. 242 Sr? HR komt terug van zijn eerder aan art. 242 Sr gegeven interpretatie. De eisen van rechtszekerheid staan er niet aan in de weg dat, hoewel een tongzoen op zichzelf wel het binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking oplevert, deze in redelijkheid niet op één lijn kan worden gesteld met geslachtsgemeenschap of een wat de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbare gedraging, zodat een afgedwongen tongzoen voortaan niet meer als "verkrachting" i.d.z.v. art. 242 Sr kan worden gekwalificeerd. De HR merkt met het oog op de zaken die zijn afgedaan met inachtneming van HR NJ 1998/781 ("tongzoen-arrest") op dat zijn nieuwe uitleg van art. 242 Sr niet kan worden aangemerkt als een voor herziening vereist (nieuw) "gegeven" a.b.i. art. 457.1 onder c Sv, aangezien dat vereiste het oog heeft op een gegeven van feitelijke aard en niet op een gewijzigde rechtsopvatting.

Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

Uitspraak

12 maart 2013

Strafkamer

nr. 11/05421

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Leeuwarden, nevenzittingsplaats Arnhem, van 22 november 2011, nummer 24/002315-09, in de strafzaak tegen: [Verdachte], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1976.

1. Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft mr. J. Boksem, advocaat te Leeuwarden, bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal Aben heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring van het beroep.

2. Beoordeling van het middel

2.1. Het middel strekt blijkens de daarop gegeven toelichting onder meer ten betoge dat het Hof het bewezenverklaarde feit ten onrechte heeft gekwalificeerd als verkrachting.

2.2.1. Aan de verdachte is primair verkrachting (art. 242 Sr), subsidiair feitelijke aanranding van de eerbaarheid (art. 246 Sr) tenlastegelegd.

2.2.2. Het Hof heeft het primair tenlastegelegde bewezenverklaard, in dier voege dat de verdachte:

"op 4 december 2008 te Leeuwarden, in een toiletruimte van het Medisch Centrum Leeuwarden (MCL), door andere feitelikheden [betrokkene] heeft gedwongen tot het ondergaan van handelingen die mede bestonden uit het seksueel binnendringen van het lichaam van [betrokkene]

1], hebbende verdachte

- zijn, verdachtes, tong in de mond van [betrokkene 1] geduwd/gedaan en zodoende [betrokkene 1] getongzoend

en bestaande die andere feitelijkheden hierin dat verdachte in die toiletruimte

- [betrokkene 1] van achteren heeft benaderd (zulks terwijl [betrokkene 1] voorovergebogen een wc aan het schoonmaken was) en vervolgens

- zeer dicht achter [betrokkene 1] is gaan en blijven staan en vervolgens

- [betrokkene 1] bij beide heupen heeft vastgepakt en/of vastgehouden en vervolgens

- in die toiletruimte tegen een muur heeft geduwd en met een hand tegen de buik van [betrokkene 1] heeft geduwd en

- zeer dicht voor/tegen [betrokkene 1] is gaan en blijven staan en

- toen [betrokkene 1] haar telefoontoestel wilde pakken en gebruiken om hulp in te roepen/schakelen, toen zijn, verdachtes, hand op/tegen dat telefoontoestel heeft gelegd en gehouden en voor [betrokkene 1] een bedreigende situatie heeft doen ontstaan."

2.2.3. Het Hof heeft het bewezenverklarde gekwalificeerd als "verkrachting".

2.3. Art. 242 Sr luidt:

"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."

Art. 246 Sr luidt:

"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 even ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie."

2.4. Het middel stelt de vraag aan de orde of - kort gezegd - elk seksueel binnendringen van het lichaam als "verkrachting" in de zin van art. 242 Sr kan worden gekwalificeerd.

2.5. In eerdere rechtspraak heeft de Hoge Raad de kwalificatie "verkrachting" niet beperkt tot bepaalde vormen van seksueel binnendringen van het lichaam. In zijn arrest van 22 februari 1994, LJN ZC9650, NJ 1994/379 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat op grond van de wetsgeschiedenis moet worden aangenomen dat de term "seksueel binnendringen" in art. 242 Sr ieder binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking omvat. In zijn arrest van 21 april 1998, LJN ZD1026, NJ 1998/781 heeft de Hoge Raad vervolgens ontkennend geantwoord op de vraag of wat betreft het toepassingsbereik van die bepaling niettemin een uitzondering moet worden gemaakt voor die gevallen waarin de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen objectief niet op één lijn kan worden gesteld met het binnendringen met een lichaamsdeel in anus of vagina. Naast een verwijzing naar de wetsgeschiedenis werd toen in deze - nadien als "tongzoen-arrest" bekend geworden - beslissing ter ondersteuning van het ontkennende antwoord het volgende overwogen:

"Dat strookt ook met de ratio van die bepaling, te weten de bescherming van de (seksuele) integriteit van het lichaam. Ook ogenschijnlijk minder ernstige vormen van binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking kunnen immers als een ingrijpende aantasting van de lichamelijke integriteit worden ervaren en kunnen even kwetsend zijn als gedwongen geslachtsgemeenschap. Gelet op de aldus door de wetgever beoogde reikwijdte van art. 242 Sr kan de toepasselijkheid van die bepaling dan ook niet afhankelijk worden gesteld van de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen en de aard en de ernst daarvan, nog daargelaten dat een dergelijke differentiatie op gespannen voet zou staan met de eisen die vanuit een oogpunt van rechtszekerheid aan de afgrenzing van de desbetreffende strafbepaling moeten worden gesteld."

2.6. In het bijzonder de in dit tongzoen-arrest neergelegde opvatting heeft van meet af aan vrij algemeen in de wetenschappelijke literatuur kritiek ondervonden en is in de feitenrechtspraak ook

niet steeds gevolgd. Die kritiek houdt naar de kern bezien in dat het bestempelen van een tongzoen als verkrachting in strijd is met het algemene spraakgebruik en buiten het door het begrip verkrachting afgegrensde kader treedt, terwijl in voorkomende gevallen de toepassing van een ander, de seksuele integriteit eveneens beschermend, wettelijk kader meer geëigend kan zijn, bijvoorbeeld feitelijke aanranding van de eerbaarheid als voorzien in art. 246 Sr. Voorts is als bezwaar verwoord dat een veroordeling ter zake van verkrachting als onjuist en onrechtvaardig wordt ervaren omdat een tongzoen in redelijkheid niet op één lijn kan worden gesteld met geslachtsgemeenschap of een - wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit - daarmee vergelijkbare gedraging. Daarbij is ook van belang dat de op het misdrijf van art. 242 Sr gestelde gevangenisstraf aanzienlijk hoger is dan de straf die is bedreigd tegen bijvoorbeeld het misdrijf van art. 246 Sr.

Ten slotte mag worden aangenomen dat de vermelding "verkrachting" op het strafblad van een veroordeelde ernstiger maatschappelijke repercussies heeft dan de vermelding van een minder zwaar beladen benaming.

2.7. In het voorgaande vindt de Hoge Raad grond terug te komen van zijn eerder aan art. 242 Sr gegeven interpretatie door thans te beslissen dat de eisen van rechtszekerheid niet eraan in de weg staan dat, hoewel een tongzoen op zichzelf wel het binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking oplevert, deze in redelijkheid niet op één lijn kan worden gesteld met geslachtsgemeenschap of een wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbare gedraging, zodat een afgedwongen tongzoen voortaan niet meer als "verkrachting" in de zin van art. 242 Sr kan worden gekwalificeerd.

2.8. Uit het vorenoverwogene volgt dat het Hof het bewezenverklaarde ten onrechte heeft gekwalificeerd als verkrachting. Het middel klaagt daarover terecht.

2.9. Met het oog op de zaken die zijn afgedaan met inachtneming van voormeld arrest van 1998, merkt de Hoge Raad nog op dat zijn nieuwe uitleg van art. 242 Sr niet kan worden aangemerkt als een voor herziening vereist (nieuw) "gegeven" als bedoeld in art. 457, eerste lid onder c, Sv aangezien dat vereiste het oog heeft op een gegeven van feitelijke aard en niet op een gewijzigde rechtsopvatting.

3. Slotsom

Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat de bestreden uitspraak niet in stand kan blijven en als volgt moet worden beslist.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de bestreden uitspraak;

ontslaat de verdachte van alle rechtsvervolging ter zake van het overeenkomstig de primaire tenlastelegging bewezenverklaarde;

verwijst de zaak naar het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, opdat de zaak wat betreft de subsidiaire tenlastelegging op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan.

Dit arrest is gewezen door de vice-president A.J.A. van Dorst als voorzitter, en de raadsheren J. de Hullu, H.A.G. Splinter-van Kan, W.F. Groos en N. Jörg, in bijzijn van de griffier S.P. Bakker, en uitgesproken op 12 maart 2013.

Conclusie

Nr. 11/05421

Mr. Aben

Zitting 22 januari 2013

Standpunt c.q. conclusie inzake:

[Verdachte]

Het middel rechtvaardigt geen behandeling in cassatie. Het berust op een verkeerde lezing van de tot het bewijs gebezigde verklaring van de aangeefster, [betrokkene], die als schoonmaakster werkzaam was in het ziekenhuis. Anders dan in de toelichting op het middel wordt betoogd vloeit uit die tot het bewijs gebezigde aangifte voort dat de aangeefster van meet af aan afwijzend reageerde op de avances van de verdachte. Ik citeer:

"Toen stapte hij weer naar voren in mijn richting. Ik zei toen nog een keer tegen hem dat hij weg moest gaan, omdat ik zo mijn werk niet kon doen. Hij bleef gewoon staan. Ik was klaar met het eerste toilet en liep naar het tweede toilet. Maar voor ik daar was, duwde de man mij tegen de muur aan. Hij stond met een hand tegen de muur en met de andere hand tegen mijn buik. Hij stond vrij dicht tegen mij aan, want ik voelde zijn jas tegen mijn lichaam. De man begon mij te zoenen. Eerst in mijn hals en later op mijn mond. Hij probeerde zijn tong in mijn mond te doen, maar dat kon ik een beetje voorkomen door mijn gezicht eerst naar achter te doen en daarna weg te draaien. Ik heb gevoeld dat hij wel zijn tong in mijn mond is geweest. Ik heb hem weer weggeduwd en gezegd dat hij op moest houden en weg moest gaan. De man deed een stap naar achter, maar hij ging niet weg."

De klacht kan klaarblijkelijk niet tot cassatie leiden, omdat het bewijs van de dwang om het seksuele binnendringen (de tongzoen) te ondergaan zonder meer uit dit bewijsmiddel voortvloeit.

Ik stel voor dit beroep af te doen op de voet van artikel 80a RO.

De procureur-generaal
bij de Hoge Raad der Nederlanden,