

Nogmaals de tongzoen

Mr.dr. N. Rozemond

HR 26 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1431, *NJ* 2014/62 m.nt. N. Keijzer (vervolg op HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653, *NJ* 2013/437 m.nt. N. Keijzer, AA 2013, p. 839-845 m.nt. N. Rozemond (AA20130839))

Inleiding

De tongzoen blijft voor strafrechtelijke opwinding zorgen. In zijn arrest van 21 april 1998 besliste de Hoge Raad dat een tongzoen het seksueel binnendringen van het lichaam is in de zin van artikel 242 Sr: een afgedwongen tongzoen is een verkrachting.¹ In zijn arrest van 12 maart 2013 kwam de Hoge Raad op deze beslissing terug: een afgedwongen tongzoen kan niet als verkrachting worden gekwalificeerd.² Uit dit tweede Tongzoen-arrest zou een beperkte strekking kunnen worden afgeleid: de Hoge Raad introduceerde slechts een kwalificatieuitsluitingsgrond in verband met verkrachting in de zin van artikel 242 Sr. De tongzoen zou volgens deze beperkte uitleg wel als misdrijf kunnen worden gekwalificeerd op grond van artikel 243 Sr (seksueel binnendringen van het lichaam van een bewusteloze, onmachtige of geestelijk gestoorde), artikel 244 (seksueel binnendringen van het lichaam van iemand beneden de twaalf jaar) en artikel 245 Sr (seksueel binnendringen van het lichaam van iemand tussen de twaalf en zestien jaar). In zijn arrest van 26 november 2013 besliste de Hoge Raad echter dat een tongzoen evenmin onder deze strafbepalingen kan worden gebracht, hoewel advocaat-generaal Hofstee concludeerde dat het arrest van 12 maart 2013 slechts een beperkte strekking had in verband met artikel 242 Sr.³

In de betreffende strafzaak had het Hof Leeuwarden de verdachte (geboren in 1961) veroordeeld op grond van artikel 245 Sr vanwege het geven van een tongzoen aan

het slachtoffer, dat op het moment van de tongzoen nog geen zestien jaar was. Het Hof Leeuwarden nam zijn beslissing op 25 oktober 2012.⁴ Op dat moment gold nog de oude rechtspraak van de Hoge Raad uit 1998 op grond waarvan een tongzoen wel als seksueel binnendringen van het lichaam kon worden gekwalificeerd. Er was daarom voor de verdediging, het Openbaar Ministerie en het hof geen reden om aandacht te besteden aan deze kwestie, die na het arrest van de Hoge Raad van 12 maart 2013 opeens actueel werd: kan een verdachte die zijn slachtoffer een tongzoen geeft, worden veroordeeld op grond van artikel 245 Sr (of op grond van 243 of 244 Sr)? Verschillende strafrechters hadden na het arrest van 12 maart 2013 een beperkte uitleg aan het arrest van 12 maart 2013 gegeven,⁵ maar de Hoge Raad besliste op 26 november 2013 anders: de tongzoen valt ook niet onder de laatstgenoemde strafbepalingen.

Hieronder volgen de overwegingen van de Hoge Raad, waarin hij zijn eerdere overwegingen aanhaalt uit het arrest van 12 maart 2013, en daarin ook de overwegingen uit het arrest van 21 april 1998, zodat de verschillende redeneringen goed met elkaar kunnen worden vergeleken. In de noot zal ik ingaan op de argumenten die voor en tegen de beslissing van de Hoge Raad pleiten en op een kwestie die in een arrest van 14 januari 2014 aan de orde kwam: kan een tongzoen in samenhang met andere vormen van penetratie wel worden gekwalificeerd als seksueel binnendringen van het lichaam?

1 HR 21 april 1998, *NJ* 1998/781 m.nt. J. de Hullu.

2 HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/437 m.nt. N. Keijzer onder *NJ* 2013/438.

3 Deze beperkte strekking las ik ook in het arrest van de Hoge Raad van 12 maart 2013. Zie mijn noot bij het arrest (AA 2013, p. 843-844 (AA20130843)). Daarmee bevond ik me in het

goede gezelschap van N. Keijzer. Zie punt 4 van zijn noot onder *NJ* 2013/438 en punt 2 van zijn noot onder *NJ* 2014/62.

4 Hof Leeuwarden 25 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY1325.

5 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 21 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1482,

Rb. Zeeland-West-Brabant 24 april 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:3815 en Rechtbank Gelderland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:2474. In andere zin: Hof Den Haag 30 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5112 (tongzoen valt niet onder art. 245 Sr).

Overwegingen van de Hoge Raad

‘2 Beoordeling van het middel

2.1. Het middel klaagt over de kwalificatie van het onder 1 bewezen-verklaarde.

2.2.1. Ten laste van de verdachte is onder 1 bewezenverklaard dat: “hij in de periode van 12 januari 2008 tot 14 april 2008, te Bierum en/of te Spijk, meerdere malen met [betrokkene] (geboren [geboortedatum]1992), die de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet die van zestien jaren had bereikt, buiten echt, ontuchtige handelingen heeft gepleegd, die bestonden uit het seksueel binnendringen van het lichaam van [betrokkene], hebbende verdachte [betrokkene] tongzoenen gegeven.”

2.2.2. Het Hof heeft het onder 1 bewezenverklaarde, onder aanhaling van art. 245 Sr, gekwalificeerd als “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, meermalen gepleegd”.

2.3. HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653, NJ 2013/438 (het zogenoemde tongzoenen II-arrest)⁶ houdt onder meer het volgende in:

“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 wetgeschiedenis 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 ontkenkend 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 wetgeschiedenis werd toen in deze – nadien als ‘tongzoenen-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 toepassing 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 tongzoenen-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 bestemmen van een tongzoenen 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 tongzoenen 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 tongzoenen 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 tongzoenen voortaan niet meer als ‘verkrachting’ in de zin van art. 242 Sr kan worden gekwalificeerd.”

2.4. De Hoge Raad heeft geconstateerd dat dit arrest op één onderdeel tot misverstand en aanleiding heeft gegeven, namelijk wat betreft de zinsnede “hoewel een tongzoenen op zichzelf wel het binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking oplevert”. In die zinsnede heeft de Hoge Raad niet tot uitdrukking willen brengen dat het geven van een tongzoenen zonder meer moet worden aangemerkt als “het seksueel binnendringen van het lichaam” in de zin van de wet, maar heeft hij – in verband met de in dit arrest gegeven regel dat een afgedwongen tongzoenen in de regel voortaan niet meer kan worden gekwalificeerd als verkrachting, doch wel als feitelijke aanranding van de eerbaarheid – slechts het seksuele aspect van een tongzoenen willen benoemen.

Mede gelet op de ook in voormeld arrest genoemde argumenten, te weten dat een tongzoenen 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 en dat in voorkomende gevallen de toepassing van een ander, de seksuele integriteit eveneens beschermend, wettelijk kader meer geëigend kan zijn, vormt het geven van een tongzoenen evenmin voldoende grond voor toepassing van de art. 243, 244 en 245 Sr waarin onder wisselende voorwaarden is strafbaar gesteld het seksueel binnendringen van het lichaam. Wat betreft dat andere, de seksuele integriteit eveneens beschermende wettelijk kader kan worden gedacht aan het aanmerken van een tongzoenen als een ontuchtige handeling in de zin van art. 247 of art. 249 Sr, terwijl buiten het verband van de zedendelicten kan worden gedacht aan het een ander dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden, in de zin van art. 284 Sr.

Een en ander betekent derhalve niet dat – kort gezegd – het enkele geven van een tongzoenen niet tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden, maar wel dat de ernstigste strafbepalingen van titel XIV (Misdrijven tegen de zeden) van Boek II van het Wetboek van Strafrecht daarop niet toepasbaar zijn.

2.5. Het middel is terecht voorgesteld.’

6 De Hoge Raad verwijst hier ten onrechte naar NJ 2013/438. In dat arrest kwam de Hoge Raad niet terug op zijn eerdere rechtspraak, maar paste de Hoge Raad zijn nieuwe jurisprudentie toe: tongzoenen is geen verkrachting, vingeren wel

(zie overweging 4.2 in NJ 2013/438). Het tweede Tongzoenen-arrest is NJ 2013/437 en daarin zijn de door de Hoge Raad weergegeven overwegingen terug te vinden. Verwarrend is dat A-G Aben in zijn conclusie bij NJ 2013/438 een pleidooi hield

voor een restrictieve uitleg van het seksueel binnendringen van het lichaam en de Hoge Raad die restrictieve uitleg volgde in NJ 2013/437, terwijl Aben in die zaak concludeerde tot verwerping van het beroep op grond van art. 80a RO.

Noot

1 De overwegingen uit de arresten van 21 april 1998, 12 maart 2013 en 26 november 2013 laten zien hoe de argumentatie van de Hoge Raad zich in de loop van de tijd ontwikkelt. Op 21 april 1998 legt de Hoge Raad de nadruk op de wetsgeschiedenis van artikel 242 Sr en op het belang van de bescherming van de (seksuele) integriteit van het lichaam van het slachtoffer. Op grond van de parlementaire geschiedenis en de beschermende strekking van artikel 242 Sr kan een tongzoen als verkrachting worden aangemerkt. Op 12 maart 2013 benadrukt de Hoge Raad de betekenis van het begrip verkrachting in het algemene spraakgebruik en de nadelige gevolgen van dat begrip voor de dader. De hierboven aangehaalde overwegingen 2.6 en 2.7 uit het arrest van 12 maart 2013 zijn hierop toegesneden met als conclusie dat een afgedwongen tongzoen niet als verkrachting in de zin van artikel 242 Sr kan worden gekwalificeerd. De Hoge Raad overweegt daarbij dat een tongzoen ‘op zichzelf wel het binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking oplevert’ (overweging 2.7).

Uit die laatste zinsnede zou kunnen worden afgeleid dat de beslissing van de Hoge Raad in het arrest van 12 maart 2013 slechts betrekking had op de kwalificatie van de tongzoen als verkrachting, zoals A-G Hofstee concludeerde voorafgaand aan het arrest van 26 november 2013. In dat laatste arrest benadrukt de Hoge Raad echter een ander argument uit zijn eerdere arrest van 12 maart 2013: een tongzoen ‘kan in redelijkheid niet gelijkgesteld worden met geslachtsgemeenschap of een – wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit – daarmee vergelijkbare gedraging’ (overweging 2.4). Dat is in de ogen van de Hoge Raad het kernargument uit het eerdere arrest in combinatie met het argument dat ook andere strafbepalingen kunnen worden gebruikt om de tongzoen te bestraffen. In het arrest van 12 maart 2013 stond de aanranding van artikel 246 Sr centraal als alternatief voor artikel 242 Sr. In het arrest van 26 november 2013 noemt de Hoge Raad artikel 247 en 249 Sr (en ook art. 284 Sr) als alternatieven voor het vervolgen wegens het geven van een tongzoen aan een persoon die de leeftijd van twaalf maar nog niet die van zestien jaren had bereikt (art. 245 Sr). Ontucht met iemand beneden de zestien jaar valt onder artikel 247 Sr en ontucht met kinderen waarmee de dader een bijzondere relatie heeft, valt onder artikel 249 lid 1 Sr. Ook deze strafbepalingen kennen relatief hoge strafmaxima, die echter niet zo hoog zijn als de maxima van de ‘ernstigste strafbepalingen’ onder de zedenmisdrijven.

Het is echter de vraag of het redelijkheidsargument het sterkste argument uit het arrest van 12 maart 2013 is. Het is op zich niet onredelijk om de gedwongen tongzoen in bepaalde gevallen gelijk te stellen met gedwongen geslachtsgemeenschap, zoals de Hoge Raad zelf deed in het eerste Tongzoen-arrest van 21 april 1998: ‘Ook ogenschijn-

lijk 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’, aldus de Hoge Raad in 1998. Dat was op zich geen onredelijke redenering, zeker niet in het licht van de ruim geformuleerde strafbepaling van artikel 242 Sr en de parlementaire geschiedenis daarvan. Hoe ingrijpend een (afgedwongen) tongzoen is voor het slachtoffer, hangt mede af van de bijzondere omstandigheden van het geval en de wijze waarop het slachtoffer de tongzoen ervaart als een inbreuk op de (seksuele) integriteit van zijn lichaam. Geredeneerd vanuit de bescherming van de seksuele en lichamelijke integriteit van het slachtoffer is het niet zonder meer onredelijk om de tongzoen op één lijn te stellen met geslachtsgemeenschap.

2 De onredelijkheid van het kwalificeren van een tongzoen op grond van artikel 242 Sr wordt vooral veroorzaakt door de wettelijk voorgeschreven kwalificatie van ‘verkrachting’ in combinatie met het stigmatiserende karakter van dat begrip in het algemene spraakgebruik en het gegeven dat de kwalificatie van verkrachting op het strafblad van de veroordeelde ‘ernstiger maatschappelijke repercussies heeft dan de vermelding van een minder zwaar beladen benaming’, aldus de Hoge Raad in het arrest van 12 maart 2013. Deze argumenten gaan niet op bij veroordelingen op grond van artikel 243, 244 en 245 Sr. Bij een veroordeling op grond van die laatste bepaling wordt het feit gekwalificeerd als ‘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’. Dat is een kwalificatie die in het algemene spraakgebruik niet een stigmatiserende betekenis heeft die is te vergelijken met het begrip verkrachting. Waarschijnlijk moet deze kwalificatie eerst in het algemene spraakgebruik worden vertaald voordat de gemiddelde Nederlander begrijpt wat ermee wordt bedoeld.

Een verschil met artikel 242 Sr is verder dat de bepalingen van artikel 243, 244 en 245 Sr de strekking hebben om kwetsbare personen zoals kleine kinderen bijzondere bescherming te bieden tegen inbreuken op de (seksuele) integriteit van hun lichaam. In verband met artikel 244 Sr overwoog de Rechtbank Rotterdam:

‘Bij uitspraak van 8 april 2013’ (LJN: BZ2653) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat tongzoenen aangemerkt kan worden als het seksueel binnendringen van het lichaam, maar dat het niet kan worden gekwalificeerd als verkrachting. Als motivering heeft de HR daaraan, zake-lijk weergegeven, onder meer ten grondslag gelegd dat een tongzoen in het algemeen spraakgebruik niet als verkrachting wordt aangemerkt en dat 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. Zoals hiervoor reeds is overwogen, is verdachte niet verkrachting ten laste gelegd en speelt in deze zaak dus niet de discussie wat in het algemeen spraakgebruik verkrachting wordt genoemd. Bovendien

moet naar het oordeel van de rechtbank het tongzoenen met iemand van beneden de leeftijd van twaalf jaren eerder als een inbreuk op de lichamelijke integriteit worden beschouwd dan een inbreuk op de seksuele integriteit, ervan uitgaande dat kinderen van die leeftijd niet of nauwelijks een seksuele ontwikkeling hebben doorgemaakt. In dit verband wijst de rechtbank erop dat aangeefster slechts 8 jaar oud was ten tijde van het tongzoenen en tegenover haar tante heeft verklaard dat zij het ergste vond dat ze met de verdachte moest tongen. Naar het oordeel van de rechtbank – waar het gaat om de ernst van de inbreuk op de lichamelijke integriteit – kan dan ook geen scherp onderscheid worden gemaakt tussen het geven van een tongzoen en andere vormen van seksueel binnendringen van het lichaam bij iemand beneden de leeftijd van twaalf jaren. Naast het brengen en houden van de vingers in de vagina, kan dus ook het tongzoenen van iemand van beneden de leeftijd van twaalf jaren als seksueel binnendringen met iemand van beneden de leeftijd van twaalf jaren in de zin van artikel 244 Sr worden gekwalificeerd.⁸

Uit deze overweging blijkt dat het slachtoffer van 8 jaar het tongzoenen erger vond dan het (eveneens bewezen-verklaarde) vingeren,⁹ wat volgens de rechtbank kan worden verklaard uit het feit dat kinderen van deze leeftijd niet of nauwelijks een seksuele ontwikkeling hebben doorgemaakt en het hier eerder om een inbreuk op de lichamelijke integriteit gaat dan om een inbreuk op de seksuele integriteit. Dat lijkt op zich geen onredelijke redenering te zijn in het licht van de verklaringen van het slachtoffer en de in het geding zijnde belangen die bijzondere bescherming verdienen bij jonge kinderen. De redenering sluit ook aan bij de beschermde belangen zoals de Hoge Raad deze in zijn arrest van 21 april 1998 omschreef: het gaat om ‘de bescherming van de (seksuele) integriteit van het lichaam’. Deze omschrijving is ruimer dan alleen de *seksuele* integriteit van het slachtoffer. Ook het ruimere belang van de *lichamelijke* integriteit is beschermenswaardig, zoals de Hoge Raad in het arrest van 21 april 1998 ook aangaf: een tongzoen kan ‘als een ingrijpende aantasting van de lichamelijke integriteit worden ervaren’. Waarom de redenering van de Rechtbank Rotterdam onredelijk zou zijn, kan niet zonder meer worden afgeleid uit de arresten van de Hoge Raad van 12 maart en 26 november 2013.

De feiten uit het arrest van het Hof Leeuwarden, dat op 26 november 2013 door de Hoge Raad werd gecasseerd, kunnen eveneens als argumenten worden aangevoerd voor het standpunt dat tongzoenen onderdeel kunnen zijn van langdurig misbruik dat traumatiserend werkt voor het slachtoffer. Het hof overwoog in verband met de strafoplegging:

‘Verdachte was reeds vanaf het vierde levensjaar van die [slachtoffer] haar gym- en (later) turnleraar, tegen wie zij altijd enorm heeft opgekeken. Later kwam zij ook buiten de turnlessen veel bij de verdachte en zijn gezin over de vloer. Zij voelde zich er thuis en kon met verdachte en zijn vrouw ook goed praten over de problemen die zij had. In die omstandigheden heeft verdachte haar vertrouwen gewonnen en haar vervolgens verleid en gebruikt. Verdachte heeft schaamteloos misbruik gemaakt van de kwetsbare situatie waarin [slachtoffer] zich ten opzichte van hem bevond door het grote leef-

tijdsverschil, door haar ambitie om onder zijn begeleiding nationaal turnkampioene te worden en door haar onzekerheid vanwege het feit dat ze op school werd gepest. Hij heeft ten behoeve van de bevrediging van zijn lustgevoelens de verantwoordelijkheid die hij als volwassene ten opzichte van haar had genegeerd. De door verdachte overtreden wetsbepalingen beoogen jeugdigen van een bepaalde leeftijd (zoals [slachtoffer] op dat moment) te beschermen tegen het ondergaan van seksuele handelingen. Door zijn handelwijze heeft verdachte de lichamelijke en seksuele integriteit van [slachtoffer] geschonden, hetgeen in het algemeen door slachtoffers als zeer ingrijpend wordt ervaren en voor hen nadelige psychische gevolgen van lange duur met zich kan brengen. De ingrijpendheid van de bewezen verklaarde feiten voor [slachtoffer] is treffend tot uitdrukking gebracht in de door haar ter terechtzitting van het hof voorgedragen schriftelijke slachtofferverklaring. Hij heeft haar haar jeugd en haar droom om turnkampioene te worden ontnomen.’¹⁰

In het licht van deze feitelijke achtergrond lijkt het in dit geval niet onredelijk om het geven van tongzoenen als het seksueel binnendringen van het lichaam te kwalificeren naast andere vormen van seksueel binnendringen. Het hof wijst daarbij eveneens op de beschermde belangen die in het geding zijn: niet alleen de seksuele integriteit, maar ook de lichamelijke integriteit van jeugdigen van een bepaalde leeftijd.

Een problematisch aspect van het arrest van 26 november 2013 is dat de Hoge Raad geen aandacht besteedt aan de bijzondere belangen die door artikel 243, 244 en 245 Sr worden beschermd en ook niet aan de omstandigheden van het specifieke geval, die deze bijzondere belangen een bepaalde betekenis geven. In het licht van die bijzondere belangen en omstandigheden lijkt het uitgangspunt van het Tongzoen-arrest uit 1998 overtuigender te zijn in verband met deze strafbepalingen. Het is inderdaad niet uitgesloten dat een slachtoffer een tongzoen als een inbreuk op de seksuele en lichamelijke integriteit ervaart die vergelijkbaar zijn met geslachtsgemeenschap of andere vormen van seksueel binnendringen, vooral als het om (jonge) kinderen gaat.

Het probleem van de redenering uit het Tongzoen-arrest van 1998 is niet zozeer de *onredelijkheid* ervan, maar de *ongelijkheid* die zij met zich mee kan brengen. Relatief onschuldige tongzoenen die in incidentele omstandigheden worden gegeven, kunnen onder dezelfde strafbepalingen worden gebracht als tongzoenen die onderdeel zijn van langdurig seksueel misbruik met traumatische gevolgen voor het slachtoffer. Uit die ongelijkheid zou kunnen worden afgeleid dat een tongzoen niet *zonder meer* met geslachtsgemeenschap op één lijn kan worden gesteld. Om die reden zou een bijzondere motivering kunnen worden vereist wanneer een tongzoen volgens de strafrechter vergelijkbaar is met geslachtsgemeenschap: de rechter zou dan nader moeten motiveren waarom een tongzoen in het licht van de bijzondere omstandigheden van het geval en de wijze waarop een inbreuk is gemaakt op de lichamelijke en seksuele integriteit, kan worden gekwalificeerd

8 Rb. Rotterdam 21 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1482.

9 Vingeren valt volgens de Hoge Raad wel onder

het binnendringen van het lichaam in de zin van art. 242 Sr (HR 12 maart 2013, NJ 2013/438).

10 Hof Leeuwarden 25 oktober 2012,

ECLI:NL:GHLEE:2012:BY1325.

als het seksueel binnendringen van het lichaam. De Hoge Raad kiest echter niet voor de lijn van een bijzondere motiveringsplicht,¹¹ maar voor een categorische scheiding van de tongzoen ten opzichte van andere vormen van seksueel binnendringen van het lichaam.

In het licht van de *rechtszekerheid* is de gekozen lijn van de Hoge Raad te rechtvaardigen: het is duidelijk dat de tongzoen niet onder artikel 242, 243, 244 en 245 Sr valt. De rechtszekerheid speelt ook een rol in de arresten van 21 april 1998 en 12 maart 2013, maar dan met tegenovergestelde uitkomsten. In 1998 was de Hoge Raad van oordeel dat de tongzoen op grond van de rechtszekerheid niet van artikel 242 Sr kon worden uitgesloten en in 2013 oordeelde de Hoge Raad dat de rechtszekerheid er niet aan in de weg staat om een tongzoen van artikel 242 Sr uit te sluiten. Rechtszekerheid is echter een ander argument dan de onredelijkheid die de Hoge Raad als kernargument aanvoert om 15 jaar rechtspraak over tongzoenen te wijzigen. Rechtszekerheid is ook een ander argument dan rechtsgelijkheid: in het belang van de rechtszekerheid worden tongzoenen die in ernst mogelijk wel te vergelijken zijn met andere vormen van seksueel binnendringen van de genoemde bepalingen uitgesloten. De rechtszekerheid die de Hoge Raad daarmee creëert, gaat ten koste van de rechtsgelijkheid, die vereist dat beslissingen over de strafwaardigheid van gedragingen mede worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval en de belangen die daarbij in het geding zijn.

3 In het arrest van 12 maart 2013 stelt de Hoge Raad dat een tongzoen ‘op zichzelf wel het binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking oplevert’. In het arrest van 26 november 2013 overweegt de Hoge Raad dat hij daarmee ‘niet tot uitdrukking heeft willen brengen dat het geven van een tongzoen zonder meer moet worden aangemerkt als het seksueel binnendringen van het lichaam in de zin van de wet’. Met de zin uit het arrest van 12 maart 2013 wilde de Hoge Raad ‘slechts het seksuele aspect van een tongzoen benoemen’. Het is niet helemaal duidelijk wat de Hoge Raad daarmee bedoelt en het is ook niet duidelijk wat het strafrechtelijke gevolg van deze overweging is: kan een tongzoen niet langer als het seksueel binnendringen van het lichaam worden aangemerkt in de zin van de wet? Dat zou kunnen betekenen dat een verdachte moet worden vrijgesproken wanneer een tongzoen in een tenlastelegging wordt omschreven als het seksueel binnendringen van het lichaam.¹² De alternatieve redenering is dat het geven van de tongzoen en ook het seksueel binnendringen van het lichaam wel bewezen kunnen worden verklaard wanneer de tongzoen uit de bewijsmiddelen blijkt. In een dergelijk geval kan

het bewezenverklaarde feit niet worden gekwalificeerd als strafbaar feit op grond van artikel 242, 243, 244 of 245 Sr, maar mogelijk wel op grond van artikel 246, 247 of 249 Sr. Uit een arrest van 14 januari 2014 kan worden afgeleid dat de Hoge Raad de problematiek van de tongzoen niet als een bewijskwestie, maar als een kwalificatiekwestie beschouwt. De Hoge Raad overwoog in dat arrest:

2.1. Het middel klaagt over de kwalificatie van het onder 1 bewezenverklaarde.

2.2. Ten laste van de verdachte is onder 1 bewezenverklaard dat:

“hij op 4 augustus 2010 te Zeeland, gemeente Landerd, althans in Nederland, met [slachtoffer 1] (geboren op [geboortedatum] 1996), die de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet die van zestien jaren had bereikt, buiten echt, ontuchtig handelingen heeft gepleegd, die bestonden uit het seksueel binnendringen van het lichaam van [slachtoffer 1], hebbende verdachte zijn penis en zijn tong in de mond van [slachtoffer 1] gebracht en zijn penis en zijn vinger in de vagina van [slachtoffer 1] gebracht.”

2.3. De tenlastelegging is toegesneden op art. 245 Sr. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 26 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1431, beslist dat – kort gezegd – het enkele geven van een tongzoen niet tot toepasselijkheid van art. 245 Sr kan leiden. Nu blijkens de bewezenverklaring geen sprake is van het enkele geven van een tongzoen, heeft het Hof het onder 1 bewezenverklaarde terecht gekwalificeerd als het “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 het seksueel binnendringen van het lichaam”.

2.4. Het middel faalt.

2.5. Opmerking verdient dat in art. 245 Sr ook is strafbaar gesteld het in de daar genoemde gevallen plegen van ontuchtige handelingen die “mede” bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, dus het plegen van handelingen die aan het seksueel binnendringen voorafgaan dan wel daarop volgen of daarmee gepaard gaan (vgl. HR 18 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1456, NJ 1999/541).¹³

In overweging 2.3 geeft de Hoge Raad aan dat het hof het bewezenverklaarde feit terecht heeft *gekwalificeerd* op grond van artikel 245 Sr omdat geen sprake is van het enkele geven van een tongzoen, maar ook van andere vormen van seksueel binnendringen die wel onder artikel 245 Sr vallen. Wanneer de tongzoen als zelfstandig feit zou zijn tenlastegelegd, zou de bewezenverklaarde tongzoen niet als misdrijf in de zin van artikel 245 Sr kunnen worden gekwalificeerd, zo zou hieruit kunnen worden afgeleid. Wanneer de tongzoen in samenhang met andere vormen van seksueel binnendringen wordt tenlastegelegd en bewezenverklaard, is een dergelijke kwalificatie wel mogelijk. Uit overweging 2.5 blijkt dat kwalificatie van een bewezen tongzoen op grond van artikel 245 Sr slechts mogelijk is wanneer de tongzoen voorafgaat aan andere vormen van seksueel binnendringen die wel onder ar-

¹¹ De Hoge Raad volgt wel een dergelijke lijn met een aangescherpte motiveringsplicht als het gaat om bewezenverklaringen van roekeloosheid. Zie HR 22 mei 2012, NJ 2012/488 m.nt. F.W. Bleichrodt, HR 15 oktober 2013, NJ 2014, 26, HR 15 oktober 2013, NJ 2014, 27, HR 15 oktober 2013, NJ 2014, 28, HR 3 december 2013,

NJ 2014, 29 en HR 3 december 2013, NJ 2014, 30 m.nt. N. Keijzer. Zie hierover T. Kooijmans, ‘De roekeloze automobilist’, AA 2014, p. 118-124 (AA20140118). Een dergelijke lijn is eveneens te herkennen in de rechtspraak van de Hoge Raad over het bewijs van voorbedachte raad. Zie HR 28 februari 2012, NJ 2012/518 m.nt. B.F. Keulen, HR

15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:963 en HR 11 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:294.
¹² Hof Den Haag 30 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5112.
¹³ HR 14 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:56.

tikel 245 vallen of wanneer de tongzoen daarop volgt of ermee gepaard gaat. Er moet een duidelijke samenhang in tijd, plaats en handeling zijn tussen de tongzoen en de andere vormen van seksueel binnendringen (hetzelfde geldt in verband met artikel 242, 243 en 244 Sr). Daaruit volgt dat een bewezenverklaring waaruit die samenhang niet blijkt, problematisch kan zijn. Zo verklaarde het Hof Arnhem-Leeuwarden op 6 februari 2014 ten aanzien van de verdachte bewezen dat:

1. hij op verschillende tijdstippen in de periode van 1 januari 2007 tot en met 12 juli 2010 in de gemeenten [gemeente1] en [gemeente2], telkens met [benadeelde] (geboren 12 juli 1994), die de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet die van zestien jaren had bereikt, buiten echt, ontuchtige handelingen heeft gepleegd, die mede bestonden uit het seksueel binnendringen van het lichaam van die [benadeelde], hebbende verdachte
 - zijn, verdachtes, vinger gebracht/geduwd tussen de schaamlippen, van die [benadeelde] en
 - zijn, verdachtes, tong gebracht/geduwd in de mond van die [benadeelde];
 - meermalen de borsten van die [benadeelde] gemasseerd en

- meermalen de borsten en/of schaamlippen en/of de clitoris van die [benadeelde] aangeraakt/betast en
- zijn penis door die [benadeelde] laten betasten en
- naakt op die [benadeelde] heeft gelegen;¹⁴

Uit deze bewezenverklaring blijkt niet dat de tongzoen in samenhang met de andere vorm van seksueel binnendringen (het vingeren dat wel onder art. 245 Sr valt) heeft plaatsgevonden en dat geldt ook voor de andere gedragingen die op zich geen seksueel binnendringen opleveren, zoals het masseren van de borsten van het slachtoffer. Uit de aanduiding van de tijd waarop de feiten zijn gepleegd (op verschillende tijdstippen in de periode van 1 januari 2007 tot en met 12 juli 2010) zou kunnen worden afgeleid dat het om zelfstandige feiten gaat die daarom als zodanig moeten worden gekwalificeerd. Naar mijn mening kunnen de bewezenverklarde gedragingen (op het vingeren na) niet zonder meer worden gekwalificeerd op grond van artikel 245 Sr,¹⁵ zoals het hof in zijn arrest doet, maar wel op grond van artikel 247 Sr: ontuchtige handelingen plegen met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren. ■

¹⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 6 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:821. De strafmotivering in dit arrest levert ook weer argumenten op voor de gelijkstelling van de tongzoen met andere vormen van seksueel binnendringen van het lichaam bij

minderjarigen.
¹⁵ Het is niet uitgesloten dat uit de bewijsmiddelen in deze zaak een samenhang tussen de bewezenverklarde gedragingen blijkt die een kwalificatie van deze gedragingen op grond van art. 245 Sr

rechtvaardigt (vgl. overweging 4.5 in HR 18 mei 1999, *NJ* 1999/541 en punt 12 van de conclusie van A-G Van Dorst bij dit arrest), maar de bewijsmiddelen zijn niet in het gepubliceerde arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden opgenomen.