

EEN ARREST, DAT SCHOFFEERT

* Henc van Maarseveen is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de EUR.

In zijn 150 jarige geschiedenis heeft de HR heel wat arresten gewezen die tot heftige reacties van instemmende of afkeurende aard aanleiding gaven. Toch wekte maar een enkele keer een arrest zo'n brede morele verontwaardiging, dat de politiek moest reageren. Het Zutphense waterleidingarrest uit 1911 is het bekendste voorbeeld. Het leidde tot een wetsontwerp, dat een omschrijving gaf van wat in 1401 BW onder onrechtmatige daad moest worden verstaan. Die omschrijving werd door de tot inkeer gekomen raad in 1919 overgenomen, zodat het wetsontwerp overbodig werd. Dergelijke weldadige ingrepen van de politiek zijn vaker voorgekomen. Is zo'n ingreep thans opnieuw geboden?

Is het arrest van de strafkamer van de HR van 16 juni 1987 ook zodanig immoreel en schadelijk, dat er een politieke reactie dient te volgen? Het volledige arrest is overigens pas begin maart 1988 met conclusie en noot in de NJ gepubliceerd (NJ 1988, 156).

De zaak

Man A heeft (naast zijn huwelijk) een langdurige relatie met vrouw B. A wordt vervolgd wegens verkrachting van B, omdat hij B met geweld en onder bedreiging met verder geweld ('als je blijft tegenwerken, breek ik je arm') heeft genomen. In het strafproces in hoger beroep was niet van belang of dat geweld en die geweldsdreiging konden worden bewezen, want het spitste zich toe op de vraag of de opzet van de man al dan niet voorwaardelijk, erop was gericht de vrouw te dwingen, zodat aan de omschrijving van het verkrachtingsdelict van 242 Sr 'hij, die... eene vrouw dwingt met hem buiten echt vleeschelijke gemeenschap te hebben' zou zijn voldaan. Het Amsterdamse hof sprak de man, op een andere grond dan de rechtbank, vrij, omdat het hof niet eenstemmig ervan overtuigd was dat na de jarenlange relatie, 'een proces van aantrekken en afstoten' de man nog voldoende kon voorzien dat de vrouw 'definitief de relatie met hem wilde verbreken en mitsdien geen vleeselijke gemeenschap meer met hem wilde hebben'. De gedachten-gang van het hof was duidelijk: de vrouw, die een relatie met een man heeft, is gehouden tot seksueel gedogen zolang zij de man niet overduidelijk heeft doen weten, dat zij de relatie wil beëindigen.

In zo'n gedachten-gang zou de huidige straffeloosheid van verkrachting binnen

Kan een arrest schofferen, d.w.z. verkrachten, onteren of schenden? En heeft de beslissing van de HR genomen in het voetspoor van het Amsterdamse hof, over de toelaatbaarheid van verkrachting in vaste, niet-huwelijkse relaties, een schofferend effect? Het redelijke antwoord op die vraag is een onomwonden ja. Het arrest geeft blijk van de opvatting dat vrouwen in relaties door de strafrechter verondersteld moeten worden in beginsel seksueel dienstbaar te zijn aan mannen. Dat schoffeert vrouwen en mannen. De opvatting ontzegt vrouwen de vrije seksuele wilsvorming in relaties. Zij kent mannen een voluntaristische meerwaarde toe, die een fatsoenlijk man zich niet door de strafkamer van de HR laat toeschrijven.

het huwelijk, ook gewaarborgd worden voor verkrachting binnen vaste, niet-huwelijkse relaties. Dat was de Amsterdamse procureur-generaal kennelijk te bot en hij stelde beroep in cassatie in. De strafkamer van de HR vond het echter een zuivere vrijspraak, accordeerde met de gedachten-gang van het hof en verklaarde de P-G niet-ontvankelijk.

Motivering

De strafkamer meende dat het 'dwingen' in 242 Sr pas aanwezig is als het, eventueel voorwaardelijk, opzet van de man mede omvat dat hij de vrouw tegen haar wil neemt. Dat lijkt vanzelfsprekend. Maar het wordt een redenering van twijfelachtig allooi, doordat de raad eraan toevoegt dat geweldsuitoefening of geweldsdreiging niet altijd zodanig opzet behoeft te impliceren. Vervolgens wordt het nog doller door de opmerking, dat de man niet had voorzien dat de vrouw geen seks meer met hem wilde hebben; dat was dan een beslissing omtrent de feiten, waaraan de raad zich gebonden achtte en waarom hij niet tot onzuivere vrijspraak concludeerde.

Dus: al verweert de vrouw zich heftig, al moet de man grof geweld gebruiken om zijn zin te krijgen, opzet om haar tegen haar wil te nemen is er daarom nog niet. Die zou er kennelijk pas zijn als de man de overtuiging heeft dat de vrouw het voorgoed tussen hen uit wil hebben.

Cassatie-techniek

Had de HR anders kunnen oordelen of moet men zijn gram bij het hof halen? Voor mij is het zonneklaar dat de HR het

materieel geheel met het hof eens was. Sterker: hij ging verder dan het hof door aan het element 'dwingen' nog strengere eisen te stellen, zo streng trouwens dat het een vrijwel onbewijsbaar element wordt. Los van mijn opvatting telt dat de P-G cassatiemogelijkheden had aangegeven in zijn schriftuur, A-G Leijten andere cassatiegronden aanvoerde in zijn conclusie en annotator G.E. Mulder op nog weer een andere grond wees. Mogelijkheden waren er dus genoeg. Het arrest kan dan ook onmogelijk verdedigd worden met het argument, dat de strafkamer cassatie-technisch niet anders kon. De waarheid is heel simpel: deze strafkamer kon wel, maar wilde absoluut niet casseren. Men ging vierkant achter het hof staan: zo willen wij vrouwen bejegenen en niet anders!

Nieuwe rechtsvorming

Door het arrest zijn wat nieuwe regels gemaakt:

- de man heeft een strafrechtelijk vrijgeleide voor seksueel geweld in vaste, niet-huwelijkse relaties;
- dat vrijgeleide geldt voor alle vaste, niet-huwelijkse relaties die een man heeft;
- verkrachting binnen vaste, niet-huwelijkse relaties is straffeloos, zolang de vrouw de man niet overtuigend te kennen heeft gegeven de relatie definitief te willen beëindigen;
- de vrouw geniet geen strafrechtelijke bescherming indien zij in zo'n relatie seksueel verkeer weigert;
- gewelddadig seksueel gedrag van een man in zo'n relatie is alleen in excessieve gevallen, nl. wanneer de arm echt gebroken wordt (mishandeling in de zin van 300 Sr) strafbaar.

Als extra verweermiddel voor verdachten van verkrachting kunnen advocaten nu aanvoeren dat de verkrachting binnen een vaste relatie heeft plaatsgevonden; als er maar een spoor van bewijs van een durende relatie is, staat het OM vrijwel machteloos.

Gelijkstelling

In het publiekrecht is een stille ontwikkeling gaande tot een behandeling van niet-huwelijkse relaties op zodanige wijze dat alle voordelen die zo'n relatie boven het huwelijk heeft, worden weggeregeld en dat de nadelen die zo'n relatie vergeleken met het huwelijk heeft worden aangescherpt en zo mogelijk vermeerderd. Daarachter zit de politieke overtuiging dat niet-huwelijkse relaties dienen te worden ontmoedigd opdat het wettelijk huwelijk weer de meest aangewezen vorm voor hetero-relaties wordt. De straffa-

mer van de HR flikt bovendien nog een heel ander kunstje. De straffeloosheid van verkrachting binnen het huwelijk is nogal omstreden, omdat zij berust op een vroegere opvatting over de seksualiteit van de vrouw. De vrouw behoorde in het huwelijk seksueel dienstbaar te zijn aan de man, als hij haar verkrachtte diende de overheid daarbuiten te blijven, het was een privézaak tussen de echtgenoten, werd er gezegd. Strafrechtelijke vrijheid wordt nu door de HR ook toegekend aan mannen ten aanzien van de vrouwen, met wie zij een vaste niet-huwelijkse relatie hebben. Daarin zit de sociale schadelijkheid van het arrest. Het ondersteunt een immorele liefdesopvatting t.a.v. vrouwen, die in de samenleving welig tiert. Daarbij moet ook bedacht worden, dat in veel huwelijkse en niet-huwelijkse relaties feitelijk seksueel geweld ondenkbaar is, omdat het overbodig is geworden, waar de vrouw haar wilsvrijheid heeft opgegeven, alleen aan veinzen, niet aan wilsuitingen denkt.

Emancipatie

Emancipatie van vrouwen en mannen is zowel een proces als een doelstelling. Als men emancipatie reduceert tot een problematiek van gelijke rechten voor vrouwen, miskent men het gegeven dat vrouwen niet op dezelfde wijze als mannen worden behandeld als rechtssubject. De wilsuiting van de vrouw wordt anders uitgelegd dan die van de man. De vrouw wordt niet op haar woord genomen, maar op haar door mannen uitgelegde woord. In die zin is de wilsvrijheid van mannen anders. Met een grof voorbeeld uit de herensociëteit kan dat worden toegelicht: 'als een dame nee zegt, bedoelt ze misschien; als ze misschien zegt bedoelt ze ja; als ze ja zegt is ze geen dame'. Dat is in een nutshell de essentie ook van dit arrest. De vrouw is niet vrij om haar wil te bepalen, omdat zij haar wil rechtens geïnterpreteerd ziet worden door mannen. Geef haar gelijke rechten om al dan niet overeenkomsten aan te gaan, toch beedeelt het recht haar – zeker wanneer het om seksualiteit gaat – anders. De man die ja of nee zegt, wordt in principe daarop aangesproken, de vrouw niet. Anders gezegd: het ontbreekt in het recht aan een gelijk respect voor mannen en vrouwen, zij worden niet gelijk bedeed, de normatieve vooronderstellingen achter de man als rechtssubject zijn andere dan die achter de vrouw als rechtssubject. En dat is het grootste struikelblok voor het emancipatieproces. Zo heeft het dan voor vrouwen geen zin meer om aangifte te doen van verkrachting binnen een relatie. Het vroegere: 'je hebt toch aanleiding geven' wordt nu 'je hebt toch een relatie'. Organisaties als 'Tegen haar wil' en 'Vrouwen tegen verkrachting' moeten hun verwachtingen inzake strafrechtelijke ondersteu-

EEN SCHOFFEREND ARREST

ning – voorzover zij die nog koesterden – terugschroeven. Alle goede wil van politie en OM – met zoveel moeite opgebouwd – wordt door dit arrest onderuit gehaald. Vrouwen zullen hun bescherming nog weer meer moeten zien te krijgen van de presidenten in kort geding en van het civiele recht in het algemeen. Hoe shockerend het arrest voor de vrouwenbeweging is, kan men gewaar worden uit de redactionele beschouwing van Heikelien Verrijn Stuart in *Nemesis*, 1988, nr 2. Dat artikel gaat in op de tegenstelling tussen de vraag van vrouwen om een beetje meer respect voor ook hun seksualiteit en de uitspraak van de HR. In zijn melancholieke ontmoedigdheid steekt dat artikel juridisch-cultureel zo ver uit boven het grove geschut van de strafkamer, dat je als man rood wordt van plaatsvervangende schaamte.

En daarmee is meteen gegeven, dat het arrest geen zaak is tussen de HR en de emancipatiebeweging, maar een conflict tussen de HR en de fatsoenlijke samenleving. Het is evenmin uitsluitend een zaak van mannenrechtspraak over vrouwen. Minstens zo sterk is het mannenrecht-spraak over mannen.

De portretten

De bruutheid van het arrest gaat hand in hand met het seksisme dat erachter schuilt. Is het dan verwonderlijk dat men nieuwsgierig wordt naar de namen van de raadsleden van de strafkamer (de kwalificatie 'raadsheren' hou ik liever in reserve), die deze uitspraak deden? Wie zo schaamteloos mannen en vrouwen brutaliseren, verdienen het de schijnwerpers van de publieke aandacht op zich persoonlijk gericht te krijgen.

Maar mag men eigenlijk wel benieuwd zijn naar de namen? Tenslotte bestaat er het geheim van raadkamer en uit het arrest valt dus niet op te maken of iedereen wel ermede ingestemd heeft. Dat is juist, maar laat onverlet dat geen van de vijf raadsleden zich principieel tegen de beslissing heeft verzet. Wie bij de HR gewetensbezwaren tegen een voorgenomen arrest heeft, kan zich van de zaak laten ontheffen. Als dat – het is onvoorstelbaar – niet zou lukken kan men ook wel op een andere manier ervan af: ziek worden, botweg weigeren of in laatste instantie met ontslag gaan. Men mag dan ook rustig aannemen, dat niemand overwegende gewetensbezwaren heeft gekoesterd. Dus zijn Mrs Bronkhorst, De Waard, Jekens, Beekhuis en Keijzer collectief maar ook individueel aan te spreken op dit arrest. Hun portretten verdienen in de gale-

rij der gerechtigheid vooralsnog geen plaats.

Overruling

Afgezien van alle protest, rijst de vraag hoe dit arrest van tafel is te krijgen. In een nieuwe zaak zou overruling kunnen plaats vinden, zonodig via cassatie in het belang van de wet. Maar dan zou wel eerst de strafkamer van samenstelling moeten worden veranderd. Men hoeft niet meteen te denken aan een vordering van de P-G bij de HR tot ontslag op grond van art. 12 eerste lid onder b Wet RO. Het is wel mogelijk om de betrokken leden uit de strafkamer over te plaatsen naar een ander plekje in de HR, waar hun legal competence wat minder te lijden heeft van hun culturele incompetentie. Want het is die culturele incompetentie, die hen heeft gebracht tot juridische relativering van het recht op lichamelijke zelfbeschikking van de vrouw, wier seksuele wil in een vaste relatie juridisch niet ertoe doet en die haar seksuele autonomie alleen kan herkrijgen door de relatie te beëindigen.

Overigens kan men deze weg naar overruling wel vergeten. Het zou de grootste mogelijke stennis geven en ofschoon de zaak het meer dan waard is, zal ieder er wel voor passen.

Rest dus de wetgever, de meest directe en politieke weg. De minister van Justitie of de Tweede Kamer kunnen voorstellen 242 Sr te wijzigen, bijvoorbeeld aldus: 'Hij die een vrouw met geweld of bedreiging met geweld ertoe brengt geslachtsgemeenschap met hem te hebben, wordt gestraft met ...'.

Het kan een kort, eenvoudig wetsvoorstel zijn. Alleen al de indiening zou de HR misschien tot eenzelfde inkeer kunnen brengen als waarvan hij in 1919 blijk gaf.