

Hoofdstuk 3

De tongzoenjurisprudentie en wetsinterpretatie in het strafrecht

Khalid van Willigenburg^{*}

3.1 Inleiding

De Hoge Raad is vorig jaar teruggekomen op zijn vaste jurisprudentie dat een afgedwongen tongzoen verkrachting in de zin van artikel 242 Sr oplevert. De cassatierichter motiveerde deze beslissing met een beroep op de betekenis van de kwalificatie ‘verkrachting’ in het maatschappelijke verkeer. In het algemene spraakgebruik wordt volgens de Hoge Raad bij verkrachting niet gedacht aan minder ingrijpende schendingen van de seksuele integriteit als een ongewenste tongzoen. Het maatschappelijke stigma dat kleeft aan veroordeling voor ‘verkrachting’ past daarmee niet bij de strafwaardigheid van een vergrijp als het opdringen van een tongzoen aan een ander. Hier komt bij dat er delictsomschrijvingen met een lager strafmaximum zijn waar dit gedrag onder gebracht kan worden, zoals feitelijke aanranding van de eerbaarheid in de zin van artikel 246 Sr.¹

De Hoge Raad kiest voor een beperkte uitleg van de strafwet. Bij een afgedwongen tongzoen loopt een veroordeling voor ‘verkrachting’ uit de pas met de betekenis die in het maatschappelijke verkeer aan deze kwalificatie wordt toegekend. Daarnaast ‘dwingt’ het wettelijke systeem niet tot een ruime uitleg van het verkrachtingsartikel, omdat iemand die een afgedwongen tongzoen geeft op basis van strafbepalingen met een lager strafmaximum kan worden vervolgd en veroordeeld. Bij deze stand van zaken, zo lijkt de Hoge Raad te zeggen, dient artikel 242 Sr beperkter te worden geïnterpreteerd dan voorheen. Op het eerste gezicht *lijkt* het wellicht of de Hoge Raad op basis van een grammaticale uitleg van het verkrachtingsartikel tot deze beslissing komt. Hij knoopt immers aan bij de betekenis die ‘verkrachting’ naar algemeen spraakgebruik heeft. (Ik zal verderop uiteenzetten waarom ik meen dat schijn hier bedriegt.)

In het oude standaardarrest uit 1998 speelde teleologische wetsinterpretatie echter een belangrijke rol (in samenhang met wetshistorische argumentatie). In dit arrest bepaalde de Hoge Raad dat een afgedwongen tongzoen wel verkrachting op kon leveren. Deze ruime lezing van het verkrachtingsartikel voor een belangrijk deel gerechtvaardigd door een beroep op de ratio van artikel 242 Sr. Deze ratio werd door de Hoge Raad gezocht in ‘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

* Khalid van Willigenburg is promovendus aan de Vrije Universiteit Amsterdam en verwacht eind 2014 te promoveren op een proefschrift over precedentwerking en casuïstiek in het materiële strafrecht.

1. Zie voor dit alles NJ 2013/437, r.o. 2.6.

van de lichamelijke integriteit worden ervaren en kunnen even kwetsend zijn als gedwongen geslachtsgemeenschap.² Hier lijkt de Hoge Raad het belang van een adequate strafrechtelijke bescherming van slachtoffers van ongewenste seksuele intimiteit te laten prevaleren boven het beginsel van een beperkte uitleg van de strafwet.

Wie beide arresten naast elkaar legt, zal wellicht een patroon menen te ontdekken tussen de gebruikte methoden van wetsinterpretatie en de reikwijdte van het strafrecht. Inzet van een klassieke, als behoudend te boek staande methode als de grammaticale lijkt in het *tweede Tongzoen*-arrest (2013) tot een restrictieve interpretatie van het verkrachtingsartikel te leiden. Het gebruik van een techniek zoals teleologische interpretatie, waarin geabstraheerd wordt van de specifieke bewoordingen van de wet, leidt in het *eerste Tongzoen*-arrest (1998) tot een ruimere uitleg van artikel 242 Sr. In dit arrest lijkt de Hoge Raad meer gewicht toe te kennen aan de rechtsbescherming van slachtoffers. Teleologische interpretatie gaat dus ten koste van het beginsel dat de strafwet beperkt moet worden uitgelegd, maar hier staat tegenover dat de rechter beter in staat is rekening te houden met maatschappelijke belangen als de strafrechtelijke bescherming van slachtoffers van ongewenste seksuele intimiteit. Teleologie, een ruime uitleg van de strafwet en de mogelijkheid om het strafrecht aan te passen aan maatschappelijke ontwikkelingen (zoals de 'opkomst van het slachtoffer') lijken aldus een cluster te vormen dat tegenover een cluster staat van klassieke interpretatiemethoden als de grammaticale, een beperkte uitleg van de strafwet en een eveneens beperkte mate van maatschappelijke responsiviteit. (Ik meen echter dat schijn ook hier bedriegt.)

Wetsinterpretatie in het strafrecht wordt tegenwoordig gezien als een eclectische bezigheid, waarin de rechter op basis van allerlei verschillende methoden de wet kan uitleggen. Naast meer traditionele methoden als de grammaticale en wetshistorische, kan de rechter een strafbepaling ook in het licht van de ratio van de wet interpreteren (teleologie) of zelfs naar redelijkheid uitleggen.

Er lijkt hierbij geen rangorde te zijn tussen de verschillende interpretatiemethoden.³ Van de strafrechter wordt niet verwacht dat hij of zij bijvoorbeeld eerst probeert de grammaticale methode toe te passen en pas wanneer die methode geen soelaas biedt over te gaan tot andere interpretatiemethoden, waarbij eerst de wetsgeschiedenis aan bod komt en pas daarna de teleologische interpretatie. De heersende leer lijkt te zijn dat de verschillende methoden *tegelijkertijd* mogen worden gebruikt, waarbij bijvoorbeeld een wetshistorische lezing kan worden ondersteund door een teleologische interpretatie.

Het lijkt wellicht voor de hand te liggen om aan methoden als de grammaticale en de wetshistorische een meer 'gesloten' karakter toe te schrijven. Het kenmerkende aan deze methoden is dat de taalkundige of door de wetgever bedoelde betekenis van een bepaald wetsartikel centraal staat. Deze methoden kunnen als 'gesloten' worden gezien, omdat zij geen betrekking hebben op de vraag hoe een strafbepaling

2. Zie HR 21 april 1998, NJ 1998/781, r.o. 5.1.

3. Aldus o.a. J. de Hullu, in: *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 98.

moet worden uitgelegd om de achterliggende maatschappelijke belangen te beschermen. Het gaat bij de grammaticale en wetshistorische methode om de (taalkundige of door de wetgever bedoelde) betekenis van de bewoordingen die in een bepaald artikel worden gebruikt. Het achterliggende maatschappelijke doel van de wet speelt *als zodanig* geen rol bij de grammaticale en wetshistorische interpretatiemethode. Wanneer uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever meent dat een bepaald artikel op een bepaalde manier moet worden uitgelegd om zijn achterliggende ratio te dienen, dan is daarmee vanuit het oogpunt van de wetshistorische methode de kous af. Deze methode ziet niet op de vraag of de achterliggende ratio van een bepaling ook daadwerkelijk is gediend met de uitleg die de wetgever aan zijn artikel geeft. Hiertegenover staan de teleologische en redelijke wetsuitleg, waarin de vraag naar het achterliggende, maatschappelijke doel of nut van een strafbepaling wel centraal staat. Deze interpretatietechnieken kunnen daarom worden gezien als meer 'open' dan de grammaticale en wetshistorische methoden.

In het licht hiervan zou al snel de gedachte kunnen opkomen dat de verschillende methoden wel degelijk in een zekere rangorde tot elkaar staan. De strafrechter mag een combinatie van interpretatiemethoden gebruiken, maar de *samenstelling* van die combinatie lijkt nog altijd van belang. Naarmate de nadruk meer ligt op een teleologische of zelfs redelijke wetsuitleg wordt het strafrecht meer 'open' en naarmate de nadruk meer ligt op methoden als de grammaticale en wetshistorische wordt het strafrecht meer 'gesloten'. Om deze reden zou gesteld kunnen worden dat er in het strafrecht in wezen nog altijd een hiërarchische relatie is tussen de verschillende methoden. De grammaticale en wetshistorische methoden hebben een meer behoudend karakter, omdat bij het gebruik van die methoden (wordt geprobeerd) dichter bij de daadwerkelijke betekenis van de wet te blijven dan bij teleologische en redelijke wetsuitleg het geval is. In het licht van het beginsel dat de strafwet restrictief moet worden uitgelegd, zou dat betekenen dat een combinatie van interpretatiemethoden waarin het zwaartepunt ligt op meer behoudende vormen van wetsuitleg in beginsel te prefereren valt boven een samenstelling van argumenten waarin bijvoorbeeld een redelijke wetsuitleg de boventoon voert.

Ik zal aan de hand van de tongzoenjurisprudentie van de Hoge Raad betogen dat de bovenstaande gedachtegang onjuist is. Ik probeer twee aan elkaar gerelateerde stellingen te verdedigen:

1. De gedachte dat bepaalde interpretatiemethoden naar hun aard meer aansprakelijkheidsverruimend werken dan andere interpretatiemethoden is in zijn algemeenheid onjuist.
2. De verschillende interpretatiemethoden onderscheiden zich niet van elkaar door de mate waarin zij geschikt zijn om het strafrecht aan te passen aan veranderende maatschappelijke opvattingen.

In de keuze voor deze twee stellingen liggen *belangrijke beperkingen* besloten. Het legaliteitsbeginsel en de verhouding tussen de wetgevende en rechterlijke macht zullen in dit essay niet worden besproken. Dit betekent dat ik een teleologische en redelijke wetsuitleg *niet* in verband zal brengen met overwegingen van legaliteit, machtenscheiding of de democratische legitimatie van de strafrechtspraak. Waar

het mij hier om gaat, is dat een redelijke wetsuitleg als zodanig niet op gespannen voet staat met *het beginsel van restrictieve wetsuitleg*. De verhouding tussen redelijke wetsuitleg en andere juridische begrippen en beginselen laat ik buiten beschouwing.

3.2 **Het eerste Tongzoen-arrest**

In het *eerste Tongzoen-arrest*⁴ besliste de Hoge Raad zoals gezegd dat ook een afgedwongen tongzoen verkrachting oplevert in de zin van artikel 242 Sr. In dit wetartikel wordt ‘verkrachting’ gedefinieerd als het ‘seksueel binnendringen van het lichaam’ tegen (kort gezegd) de wil van het slachtoffer. De Hoge Raad meende dat ook een tongzoen moest worden aangemerkt als een vorm van het binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking. Deze uitspraak van de Hoge Raad kan contra-intuïtief overkomen. Bij verkrachting zullen de meeste mensen niet meteen denken aan een afgedwongen tongzoen. De beslissing in het *eerste Tongzoen-arrest* zou daarom kunnen worden gezien als oneigenlijk. Hier wordt door de Hoge Raad iets als ‘verkrachting’ betiteld dat in wezen niet als zodanig gekwalificeerd kan worden. Het bereik van de strafwet lijkt door de uitleg van de Hoge Raad te ruim te worden.

Deze uitspraak van de Hoge Raad heeft dan ook veel kritiek ondervonden in de literatuur. Deze kritiek komt er in de kern op neer dat het verkrachtingsartikel in wezen ziet op meer ingrijpende schendingen van de lichamelijke integriteit, zoals afgedwongen geslachtsgemeenschap of afgedwongen orale seks. Hoewel het geven van een tongzoen onmiskenbaar een seksuele of erotische strekking heeft, kan een ongewenste tongzoen redelijkerwijs niet op een lijn worden geplaatst met seksuele handelingen waarbij kort gezegd de geslachtsdelen zijn betrokken. De gemiddelde rechtsgenoot zou een afgedwongen tongzoen niet kwalificeren als verkrachting. De juridische en ‘maatschappelijke’ kwalificatie van een afgedwongen tongzoen zou hierdoor te veel uiteenlopen. Het sociale stigma dat aan een veroordeling voor ‘verkrachting’ kleeft zou volgens critici van het *eerste Tongzoen-arrest* niet passen bij de aard en ernst van het geven van een ongewenste tongzoen. Het bestanddeel ‘seksueel binnendringen van het lichaam’ zou daarom volgens de critici zo moeten worden geïnterpreteerd dat alleen handelingen die met verkrachting in enge zin (afgedwongen geslachtsgemeenschap) vergelijkbaar zijn er onder zouden vallen.

Vanuit rechtsmethodologisch oogpunt gebeurt er iets interessants in het *eerste Tongzoen-arrest*. De *ruime uitleg* die aan het verkrachtingsartikel wordt gegeven, is voor een belangrijk deel het gevolg van het gebruik van interpretatiemethoden die als relatief *behoudend* te boek staan. (Of althans meer behoudend zijn dan de methode van redelijke wetsuitleg, die mijns inziens centraal staat in het *tweede Tongzoen-arrest*. Ik zal dit verderop toelichten.) De motivering van de Hoge Raad in het *eerste Tongzoen-arrest* steunt mijns inziens primair op de wetshistorische betekenis van het zojuist genoemde bestanddeel ‘seksueel binnendringen van het lichaam’. De Hoge Raad stelt in zijn motivering voorop dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever geen beperkingen heeft willen aanbrengen ten aanzien van de wijze waarop het lichaam wordt binnengedrongen. Volgens de Hoge Raad ‘dwingt de wetsgeschie-

4. Zie HR 21 april 1998, NJ 1998/781.

denis tot de opvatting dat de wetgever voor wat de toepassing van art. 242 Sr betreft geen beperking heeft willen aanbrengen in de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen.⁵

De wetsgeschiedenis is overigens minder ‘dwingend’ dan de Hoge Raad doet voorkomen. Aanvankelijk werd verkrachting gedefinieerd als afgedwongen ‘vleselijke gemeenschap’.⁶ Pas later werd gekozen voor ‘seksueel van het binnendringen van het lichaam’ als bestanddeel. De reden hiervoor is wellicht slechts wetssystematisch of redactioneel van aard. Betoogd zou kunnen worden dat de wetgever wilde dat ‘seksueel binnendringen’ in het verkrachtingsartikel zou worden begrepen als ‘vleselijke gemeenschap’ en wellicht ook met daarmee vergelijkbare handelingen zoals orale seks.⁷ Of dit zo is valt evenwel niet met zekerheid te zeggen. In de wetsgeschiedenis wordt niet met zoveel woorden gezegd dat ‘seksueel binnendringen’ slechts om systematische redenen is opgenomen en verkrachting in wezen nog altijd beperkt is tot ‘vleselijke gemeenschap’. In zijn annotatie bij het *eerste Tongzoen-arrest* stelt De Hullu dan ook ‘dat men van de desbetreffende wetsgeschiedenis veel kan zeggen — als men vriendelijk gestemd is, noemt men deze open en spannend, onvriendelijk uitgedrukt komen kwalificaties als onduidelijk en warrig in aanmerking —, maar men kan moeilijk met de Hoge Raad de wetsgeschiedenis als zo eenduidig en krachtig opvatten dat zij “dwingt” tot de opvatting dat de wetgever geen beperking heeft willen aanbrengen in de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen.’⁸

De Hoge Raad *ondersteunt* zijn wetshistorische argument met een beroep op de ratio of het achterliggende doel van het verkrachtingsartikel. Zijn wetshistorische lezing van artikel 242 Sr ‘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.’⁹

De Hoge Raad lijkt hier de wetshistorische methode voorop te stellen. Er ontstaat pas een probleem wanneer het gebruik van die traditionele interpretatiemethode tot resultaten leidt die evident haaks staan op de ratio of het achterliggende doel van de bepaling. Het lijkt dus in de eerste plaats te gaan om de betekenis die de wetgever aan zijn bewoordingen geeft. Voor het ‘verbeteren’ van de wet op basis van een teleologische uitleg is pas plaats wanneer duidelijk is dat de resultaten van een wetshistorische (en/of grammaticale) interpretatie geen recht doen aan de achterliggende doelstellingen van het verkrachtingsartikel. Aangezien de door de wetgever beoogde uitleg van het bestanddeel ‘seksueel binnendringen van het lichaam’ niet haaks staat op de achterliggende ratio van de bepaling, dient een

5. Zie HR 21 april 1998, NJ 1998/781, r.o. 5.1.

6. H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel*, Haarlem: Tjeenk Willink 1891, p. 305.

7. Zie HR 21 april 1998, NJ 1998/781, punt 5.5 t/m punt 5.7 van de conclusie van Machielse.

8. Zie punt 2 van de annotatie bij NJ 1998/781.

9. Zie eveneens HR 21 april 1998, NJ 1998/781, r.o. 5.1. Cursivering toegevoegd.

wetshistorische uitleg in casu te prevaleren. Teleologische interpretatie lijkt met andere woorden een ondergeschikte, negatieve functie te hebben in het *eerste Tongzoen-arrest*. De wetshistorische en grammaticale methode geven de doorslag, tenzij evident is dat de uitkomst van deze methoden niet past bij de achterliggende ratio van de bepaling.

3.3 Het *tweede Tongzoen-arrest*

In het *tweede Tongzoen-arrest*¹⁰ komt de Hoge Raad terug op zijn vaste rechtspraak dat een tongzoen verkrachting in de zin van artikel 242 Sr oplevert. De Hoge Raad overweegt ‘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.’ De Hoge Raad wijst er voorts op ‘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.’¹¹

Het resultaat van deze beslissing van de Hoge Raad is dat de reikwijdte van het verkrachtingsartikel wordt beperkt. Een afgedwongen tongzoen valt niet langer onder artikel 242 Sr. Op het eerste gezicht lijkt het *tweede Tongzoen-arrest* daarom behoudend te zijn. De Hoge Raad sluit deze keer wel aan bij de betekenis die de term verkrachting naar normaal spraakgebruik heeft. Hierdoor komt de juridische kwalificatie van een afgedwongen tongzoen meer overeen met de betekenis die aan een dergelijke gedraging wordt toegekend in het maatschappelijke verkeer.

Maar ook in het *tweede Tongzoen-arrest* is sprake van een tegenstelling tussen de aard van het aansprakelijkheidsresultaat en de aard van de methode. De beperking die de Hoge Raad aanbrengt wordt niet gemotiveerd op basis van de tekst van de wet en/of de wetsgeschiedenis. Dit klinkt wellicht vreemd, omdat ik zojuist heb gesteld dat de Hoge Raad in het *tweede Tongzoen-arrest* aansluiting zoekt bij de betekenis die de term ‘verkrachting’ naar normaal spraakgebruik heeft. Dat lijkt op een grammaticale interpretatie van de wet. De wet definieert verkrachting echter als een vorm van het binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking. De Hoge Raad gaat in het *tweede Tongzoen-arrest* geheel voorbij aan deze op zichzelf ruime definitie en vervangt de wettelijke definitie met de betekenis die de term ‘verkrachting’ naar normaal spraakgebruik heeft. Ik meen dat dit geen voorbeeld is van de toepassing van de grammaticale interpretatiemethode. Een rechter die de grammaticale methode gebruikt, probeert in kaart te brengen wat de bestanddelen van een bepaalde delictomschrijving naar normaal spraakgebruik betekenen. De grammaticale (en wetshistorische) betekenis van het bestanddeel ‘seksueel binnendringen van het lichaam’ speelt echter geen enkele rol in de overwegingen

10. Zie HR 12 maart 2013, NJ 2013/437.

11. Zie voor beide citaten r.o. 2.6.

van de Hoge Raad. Wat de cassatierechter hier doet, laat zich vergelijken met een interpretatie van het diefstalartikel, waarbij bestanddelen als ‘goed’ en ‘wegnemen’ geheel worden genegeerd en op basis van de betekenis van ‘diefstal’ naar normaal spraakgebruik wordt bepaald waar de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid liggen.

Kan het *tweede Tongzoen*-arrest dan worden gezien als een toepassing van de teleologische interpretatiemethode? Ik meen van niet. Het kenmerkende aan een teleologische wetsuitleg is dat de rechter een ratio achter een bepaald wetsartikel construeert en de wettelijke bepaling vervolgens conform die ratio uitlegt. In het *eerste Tongzoen*-arrest deed de Hoge Raad dit door het beschermen van de (seksuele) integriteit van het lichaam aan te merken als de ratio achter artikel 242 Sr. Op deze wijze probeerde de Hoge Raad zijn ruime, wetshistorische lezing van het artikel te ondersteunen met een beroep op het achterliggende doel van het verkrachtingsartikel.

In het *tweede Tongzoen*-arrest onderbouwt de Hoge Raad zijn beslissing echter niet met een beroep op ‘de’ ratio van artikel 242 Sr. Het *tweede Tongzoen*-arrest lijkt eerder een voorbeeld te zijn van wat in de strafrechtliteratuur redelijke wetsinterpretatie wordt genoemd.¹² Hierbij kiest de rechter voor een lezing van de wet die alles overwegende aanvaardbaar is, ook wanneer op basis van de meer traditionele interpretatiemethoden een andere lezing meer voor de hand zou liggen. De Hoge Raad overweegt in rechtsoverweging 2.7 ‘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.’

Hier lijkt de Hoge Raad te zeggen dat een tongzoen op zichzelf voldoet aan de definitie die de wetgever aan verkrachting geeft, maar dat het onredelijk is om een tongzoen gelijk te stellen met verkrachting. De Hoge Raad doet geen beroep op de ratio achter artikel 242 Sr, anders dan hij in het *eerste Tongzoen*-arrest deed. Het *tweede Tongzoen*-arrest moet daarom niet worden gezien als een illustratie van de toepassing van de teleologische methode.

Redelijke wetsinterpretatie (het *tweede Tongzoen*-arrest) en teleologische interpretatie (het *eerste Tongzoen*-arrest) delen echter een belangrijk kenmerk. Bij het gebruik van beide methoden wordt geabstraheerd van de grammaticale betekenis van de woorden in de delictsomschrijving en de betekenis die de wetgever aan de door hem gebruikte bewoordingen toekent. Wanneer de rechter een wettelijke bepaling zuiver teleologisch interpreteert, laat hij de specifieke bewoordingen van de delictsomschrijving achter zich en richt hij zich op een in meer algemene termen geformuleerde ratio van de bepaling. In plaats van zich te richten op de grammaticale of wetshistorische betekenis van het bestanddeel ‘seksueel binnendringen van het

12. Zie hierover o.a. M.J. Borgers, ‘Redelijke wetsuitleg en strafrechtelijke aansprakelijkheid’, AA 2008, p. 229-236.

lichaam', formuleert de rechter een ratio als de bescherming van de seksuele integriteit van het lichaam die ten grondslag zou liggen aan het verkrachtingsartikel. Vervolgens stelt de rechter zichzelf de vraag of een afgedwongen tongzoen kan worden aangemerkt als een inbreuk op de seksuele integriteit van het lichaam. Luidt het antwoord bevestigend, dan kan een veroordeling volgen voor verkrachting in de zin van artikel 242 Sr.

In het *eerste Tongzoen-arrest* paste de uitkomst van deze teleologische interpretatie bij het resultaat van een grammaticale interpretatie en misschien ook bij het resultaat van een wetshistorische duiding van deze bepaling. Dit kan echter anders zijn. Wanneer uit de parlementaire geschiedenis duidelijk zou kunnen worden afgeleid dat zowel de minister als de Eerste en Tweede Kamer het er over eens waren dat onder het 'seksueel binnendringen van het lichaam' geen afgedwongen tongzoen zou worden begrepen, kan op basis van de teleologische methode worden geabstraheerd van de bedoeling van de wetgever. Een tongzoen kan dan worden aangemerkt als een schending van de seksuele integriteit van het lichaam en daarom toch onder het verkrachtingsartikel worden gebracht. Bij teleologische interpretatie wordt opgestegen naar een hoger abstractieniveau van waaruit, *methodologisch* gezien, voorbij kan worden gegaan aan de exacte bewoordingen van de wet en de betekenis die de wetgever blijkens de wetsgeschiedenis aan de door hem gekozen formulering toedichtte. (De *wenselijkheid* van het laten prevaleren van een teleologische interpretatie die haaks staat op de tekst van de wet en/of de bedoeling van de wetgever is een andere kwestie.)

Argumentatie op basis van redelijke wetsuitleg heeft een met teleologische argumentatie vergelijkbare structuur. De rechter past de wet toe op basis van een (vaak niet-geëxpliciteerde) algemene maatstaf van redelijkheid. In het *tweede Tongzoen-arrest* lijkt het beginsel dat de strafrechtelijke en maatschappelijke kwalificatie van gedragingen zo veel mogelijk overeen dienen te komen te fungeren als deze maatstaf. In het licht van dat algemene beginsel is het onredelijk om een tongzoen als verkrachting te kwalificeren, wanneer een tongzoen in het maatschappelijke verkeer niet wordt opgevat als een vorm van verkrachting.

In de Angelsaksische strafrechtliteratuur wordt dit beginsel aangeduid als het *principle of fair labelling*. Een belangrijk argument voor het respecteren van dit beginsel is 'that offence names communicate information about the offender to a number of different bodies – the public, agencies both within and outside the criminal justice system - and that members of these groups may form opinions or make decisions about the offender that turn on the information received.'¹³ Denk bijvoorbeeld aan de consequenties die een vermelding van een veroordeling voor 'verkrachting' op het strafblad kan hebben voor iemand die na zijn straf te hebben uitgezeten op zoek gaat naar werk. De Hoge Raad wijst er in rechtsoverweging 2.6 van het *tweede Tongzoen-arrest* dan ook op dat '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.' Wanneer het in wezen 'slechts' gaat om een afgedwongen tongzoen, passen de

13. J. Chalmers & F. Leverick, 'Fair Labelling in Criminal Law', *Modern Law Review* 2008, p. 238.

maatschappelijke gevolgen van een veroordeling voor ‘verkrachting’ niet bij de ernst van het vergrijp.

Het *tweede Tongzoen*-arrest kan ook, op een nog hoger abstractieniveau, worden gezien als een *toepassing* van het klassieke *uitgangspunt dat de strafwet restrictief moet worden uitgelegd*. De betekenis die de kwalificatie ‘verkrachting’ in het maatschappelijke verkeer heeft fungeert hierbij als ijkpunt. Aangezien de strafrechtelijke kwalificatie voor een afgedwongen tongzoen onder de oude rechtspraak sterk uiteen zou lopen met de ‘maatschappelijke kwalificatie’, meent de Hoge Raad dat het toepassingsbereik van het verkrachtingartikel te ruim is geworden.

Wat de tongzoenjurisprudentie van de Hoge Raad laat zien, is dat de verhouding tussen de verschillende interpretatiemethoden, de mate waarin geabstraheerd wordt van de wet(sgeschiedenis) en de reikwijdte van de strafwet complex is. In het *eerste Tongzoen*-arrest komt de Hoge Raad op basis van een (al dan niet overtuigend) wetshistorisch argument tot de conclusie dat een afgedwongen tongzoen verkrachting oplevert en ondersteunt dit argument met een teleologische interpretatie van het verkrachtingsartikel. Hoewel de Hoge Raad geen beroep doet op de letter van de wet, is het bovendien zeer verdedigbaar dat een tongzoen naar normaal spraakgebruik een vorm van het ‘seksueel binnendringen van het lichaam’ is. Een grammaticale interpretatie van artikel 242 Sr lijkt daarmee ook steun te bieden aan de beslissing van de Hoge Raad in het *eerste Tongzoen*-arrest. De bewoordingen van de wet en de wijze waarop de wetgever zijn bepaling zou hebben begrepen lijken een wezenlijke rol te spelen in dit arrest. Er wordt hiernaast een teleologisch argument gebruikt, maar het gaat hier om de ratio achter *artikel 242 Sr in het bijzonder*, en niet om de vraag welke interpretatie van de wet, alles overwegende, redelijk is.

Teleologische interpretatie staat hier bovendien niet op zichzelf. Het beroep op de ratio van de bepaling fungeert niet als een paardenmiddel waarmee de bedoeling van de wetgever gepasseerd kan worden. Het gaat om een ondersteunend argument, in de zin dat de teleologische interpretatie van de Hoge Raad zijn wetshistorische lezing aanvult. Strikt genomen had de Hoge Raad ook zonder het teleologische argument tot hetzelfde resultaat kunnen komen. (De wetsgeschiedenis is wellicht niet ‘dwingend’, maar het kan niet worden uitgesloten dat de lezing van de Hoge Raad juist is.) De Hoge Raad stelt zich daarom in het *eerste Tongzoen*-arrest vooral op als een trouwe vertolker van de wet. Het resultaat van deze exercitie is echter, paradoxaal genoeg, een vrij *ruime* uitleg van artikel 242 Sr.

In het *tweede Tongzoen*-arrest lijken de wettelijke definitie van verkrachting, de (taalkundige) bedoeling van de wetgever en de ratio *achter artikel 242 Sr* (in plaats van het materiële strafrecht als geheel) geen enkele rol te spelen. De Hoge Raad bepaalt op basis van een redelijke wetsuitleg dat een afgedwongen tongzoen niet als verkrachting kan worden gekwalificeerd. Bij redelijke wetsuitleg wordt in (nog) verdergaande mate geabstraheerd van de wet, omdat aansluiting wordt gezocht bij (al dan niet geëxpliciteerde) beginselen die de ratio achter het specifieke wetsartikel overstijgen. De gedachte dat de strafrechtelijke en de maatschappelijke kwalificatie van ongeoorloofd gedrag niet te veel uiteen zou moeten lopen ziet niet op de ratio van een *specifiek wetsartikel*, maar op het hele materiële strafrecht. Het is

dus niet zo dat vanuit rechtsmethodologisch oogpunt het enige verschil tussen het *eerste* en *tweede Tongzoen*-arrest schuilt in de afwezigheid van wethistorische (en grammaticale) interpretatie. De Hoge Raad abstraheert ook van de ratio van artikel 242 Sr door een beroep te doen op de maatschappelijke consequenties van een strafrechtelijke kwalificatie die niet past bij het normale spraakgebruik. Het resultaat van deze exercitie is echter, paradoxaal genoeg, een meer *beperkte* uitleg van artikel 242 Sr.

3.4 Conclusie

De relatie tussen de verschillende interpretatiemethoden, de mate van maatschappelijke responsiviteit en de omvang van strafrechtelijke aansprakelijkheid is complex. In het *eerste Tongzoen*-arrest komt de Hoge Raad tot een uitleg van artikel 242 Sr die ruimer is dan de betekenis die de Hoge Raad aan datzelfde artikel toekent in het *tweede Tongzoen*-arrest. In het *eerste Tongzoen*-arrest gebruikte de Hoge Raad hierbij een wethistorisch en een (ondersteunend) teleologisch argument. In het *tweede Tongzoen*-arrest lijkt de Hoge Raad geheel voorbij te gaan aan de wettelijke definitie van verkrachting als het ‘seksueel binnendringen van het lichaam’ en op basis van redelijke wetsuitleg tot de conclusie te komen dat een afgedwongen tongzoen geen verkrachting in de zin van artikel 242 Sr oplevert. De Hoge Raad *abstraheert* in het *tweede Tongzoen*-arrest in *sterkere mate* van de tekst van de wet en de bedoeling van de wetgever dan hij deed in het *eerste Tongzoen*-arrest, maar de uitkomst is een *meer beperkte uitleg* van artikel 242 Sr.

In het licht van het beginsel dat de strafwet restrictief moet worden uitgelegd, is in dit geval de methode van redelijke wetsuitleg te prefereren boven een combinatie van een wethistorisch en een (ondersteunend) teleologisch argument. Er is in dit opzicht geen rangorde van interpretatiemethoden. Een combinatie van argumenten waarbij in mindere mate wordt geabstraheerd van de tekst en de bedoeling van de wetgever kan in gevallen zoals het *eerste Tongzoen*-arrest ruimer uitpakken dan een interpretatie waarin afstand wordt genomen van de definitie van de wetgever en redelijke wetsuitleg de boventoon lijkt te voeren.

Er kan evenmin worden gezegd dat het *tweede Tongzoen*-arrest getuigt van meer maatschappelijke responsiviteit dan het *eerste Tongzoen*-arrest. Het *eerste Tongzoen*-arrest is destijds door sommige auteurs opgevoerd als een voorbeeld van een arrest waarin de Hoge Raad zich tot op zekere hoogte bereid toont te abstraheren van de tekst van de wet en de bedoeling van de wetgever om op basis van een teleologische redenering de rechtsbescherming van slachtoffers van ongewenste seksuele intimiteit te vergroten.¹⁴ In het *tweede Tongzoen*-arrest lijkt een ander maatschappelijk belang te prevaleren: het tegengaan van ongerechtvaardigde sociale stigmatisering van veroordeelden. De Hoge Raad lijkt daarmee in beide arresten oog te hebben voor de maatschappelijke belangen die op het spel staan. Ik meen dat dit *niet* het gevolg is van het feit dat teleologische interpretatie (het *eerste Tongzoen*-arrest) en redelijke wetsuitleg (het *tweede Tongzoen*-arrest) aan elkaar verwant zijn. Het resultaat in het *eerste Tongzoen*-arrest had namelijk ook bereikt kunnen worden met een

14. Zie met name K. Rozemond, ‘Legaliteit in het materiële strafrecht’, *RMThemis* 1999, p. 117-130.

grammaticale uitleg van het bestanddeel 'seksueel binnendringen van het lichaam'. Naar normaal spraakgebruik is het geven van een tongzoen immers een vorm van het seksueel binnendringen van het lichaam. De tongzoenjurisprudentie laat daarmee zien dat in sommige gevallen zelfs de grammaticale methode kan worden ingezet om het strafrecht aan te passen in het licht van sociale ontwikkelingen en gewijzigde maatschappelijke opvattingen.

In hoeverre de inzet van bepaalde interpretatiemethoden het bereik van de strafwet vergroot of getuigt van een 'open' of 'gesloten' houding van de strafrechter ten opzichte van maatschappelijke ontwikkelingen zal daarom van geval tot geval verschillen. De grammaticale en wetshistorische interpretatiemethoden zijn naar hun aard niet minder aansprakelijkheidsverruimend dan de teleologische en redelijke wetsuitleg en staan niet in de weg aan een evolutie van het strafrecht in het licht van maatschappelijke ontwikkelingen.

