

ANNOTATIE

Staat van lichamelijke onmacht. Commentaar bij Hoge Raad 22 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1457.

mr. J.H.J. Verbaan

Annotatie bij Hoge Raad, 22-09-2020, ECLI:NL:HR:2020:1457 (SR-2020-0303)

De verdediging klaagt namens de verdachte, ten aanzien van wie met iemand van wie hij weet dat zij in de staat van lichamelijke onmacht verkeert, handelingen plegen die bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, is bewezen verklaard, over de beslissing van het hof dat een in beslag genomen Apple iPhone 6 aan het verkeer onttrokken is verklaard en dat de bewezenverklaring, voor zover die betrekking heeft op de staat van lichamelijke onmacht waarin de aangeefster verkeerde en de wetenschap van de verdachte daarvan, niet uit de door het hof gebruikte bewijsvoering kan worden afgeleid.

Met betrekking tot laatstgenoemde klacht heeft het hof op grond van de inhoud van het dossier vastgesteld dat de aangeefster met de verdachte op woensdag 28 januari 2015 naar een shotjesbar is gegaan. Zij heeft daar in een kort tijdsbestek 10 tot 15 shotjes en 2 of 3 wodka spa rood gedronken, hetgeen volgens haar verklaring meer was dan zij normaal in een dergelijk tijdsbestek zou drinken. De verdachte heeft ter terechtzitting in eerste aanleg verklaard dat hij daar samen met aangeefster 8 tot 10 shotjes heeft gedronken. Tegen middernacht heeft de aangeefster het initiatief genomen om de bar te verlaten, omdat zij zich niet lekker voelde en wilde gaan slapen. Samen met de verdachte is zij naar een hotel gegaan. De aangeefster heeft verklaard dat zij in het hotel onwel is geworden, heeft overgegeven en op haar buik op het bed is gaan liggen. In die laatste situatie heeft de verdachte met zijn iPhone filmpjes van de

aangeefster gemaakt. Op de iPhone van de verdachte zijn meerdere video's aangetroffen. Al deze video's zijn door de verdachte gemaakt op 29 januari 2015, tussen 0:34:39 uur en 0:54:12 uur. Het hof heeft van die beelden kennisgenomen en geconstateerd dat het proces-verbaal dat van het uitkijken van dit beeldmateriaal is opgemaakt, een accurate weergave van die beelden betreft. De verdachte en/of de aangeefster zijn op deze video's te horen of te zien.

Het hof oordeelt met betrekking tot hetgeen zich in de hotelkamer heeft afgespeeld dat voorafgaand aan en tijdens het moment waarop de verdachte het lichaam van de aangeefster seksueel is binnengedrongen het hof in de eerste plaats uitgaat van hetgeen is waar te nemen op de door de verdachte gemaakte filmbeelden. Op basis daarvan stelt het hof vast dat bij de aangeefster, gedurende de gehele tijdspanne van bijna twintig minuten waarin die filmbeelden zijn vastgelegd, sprake is van een toestand van nagenoeg totale fysieke passiviteit. De waar te nemen verbale uitlatingen van de aangeefster hebben daarnaast een rudimentair karakter – passend bij een staat van verminderd bewustzijn – en duiden naar hun inhoud erop dat de aangeefster door de verdachte met rust gelaten wil worden ('fuck you, ga weg', 'ga van me af, 'laat me slapen', 'hou toch fucking op'). Opvallend is verder dat elke fysieke reactie van de aangeefster op aanrakingen van de verdachte uitblijft, ook waar het gaat om aanrakingen op normaal gesproken heel gevoelige plaatsen (schaamlippen) of op een wijze (likken, slaan) die normaal gesproken een fysieke reactie uitlokt, afgezien van één moment waarop zij na weer een klap daarop haar billen wegdraait. Een en ander wijst erop dat de totale passiviteit van de aangeefster in de gefilmde tijdspanne voortvloeit uit een bij haar bestaande situatie van onmacht, die het haar onmogelijk maakte fysiek weerstand te bieden tegen het seksueel binnendringen van haar lichaam door de verdachte. Dit wordt naar het oordeel van het hof verder geïllustreerd en onderstreept door het feit dat aangeefster bij herhaling dringend heeft verzocht om een deken, maar daarvoor blijkbaar volledig afhankelijk was van de verdachte en niet in staat deze zelf te pakken.

Voor hetgeen ten aanzien van de fysieke onmacht van de aangeefster ten tijde van het seksueel binnendringen door de verdachte is waar te nemen op de door hem gefilmde beelden, kan steun worden gevonden in de door de aangeefster hierover afgelegde verklaringen. Ook die verklaringen bezigt het hof in zoverre voor het bewijs. Dat de door de aangeefster afgelegde verklaringen op andere punten niet volledig consistent zijn, doet naar het oordeel van het hof aan de betrouwbaarheid en bruikbaarheid van haar verklaringen op het voormelde cruciale punt niet af. Datzelfde geldt voor het weten door de aangeefster van een WhatsApp-conversatie met een vriend van haar, nu dat geen betrekking had op de gebeurtenissen op de voor de beoordeling van het aan de verdachte gemaakte verwijt cruciale momenten. Het hof acht niet aannemelijk dat alleen de passieve momenten in de voormelde tijdspanne zijn gefilmd, zoals de verdachte ter terechtzitting in hoger beroep heeft

gesuggereerd, of dat de verbale uitlatingen van de aangeefster moeten worden gezien als onderdeel van een spel van aantrekken en afstoten. Dat gebruik van xtc in combinatie met alcohol de waarneming of beleving door de aangeefster in die zin heeft verstoord dat zij over de gebeurtenissen geen met de werkelijkheid corresponderende verklaring heeft kunnen afleggen, acht het hof niet aannemelijk geworden.

Gelet daarop kan het de verdachte niet zijn ontgaan dat de aangeefster in een situatie van zodanige onmacht verkeerde dat zij niet in staat was fysiek weerstand tegen hem te bieden en te voorkomen dat hij in strijd handelde met haar verbaal tot uitdrukking gebrachte – niet voor enig misverstand vatbare – wil. Dat de verdachte zich maar al te goed bewust is geweest van de situatie waarin de aangeefster zich bevond, leidt het hof mede hieruit af dat de aangeefster in zijn aanwezigheid in korte tijd een grote hoeveelheid alcoholische consumpties tot zich heeft genomen, en hij op een van de beelden aan het begin van de gefilmde tijdspanne aan de aangeefster vraagt ‘Schatje gaat het een beetje?’, hetgeen naar het oordeel van het hof erop duidt dat de verdachte reeds op dat moment weet had van het onwel bevinden van de aangeefster, terwijl hij vervolgens – nadat ten minste ongeveer veertien minuten van totale fysieke passiviteit zijn verstreken en zij verbaal zeer duidelijk heeft gemaakt met rust gelaten te willen worden – seksueel haar lichaam is binnengedrongen.

De Hoge Raad overweegt dat het ten laste gelegde is toegesneden op artikel 243 (oud) Sr. Daarom moet worden aangenomen dat de in de tenlastelegging en de bewezenverklaring voorkomende woorden ‘lichamelijke onmacht’ zijn gebruikt in de betekenis die die woorden hebben in die bepaling. De Hoge Raad haalt genoemde bepaling zoals die luidde ten tijde van het bewezen verklaarde aan en oordeelt dat het oordeel van het hof dat uit de bewijsvoering kan worden afgeleid dat de aangeefster verkeerd heeft in een toestand van lichamelijke onmacht door het nuttigen van een grote hoeveelheid alcohol, en dat de verdachte van die toestand weet had, een en ander als bedoeld in artikel 243 (oud) Sr, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd. Dat het hof ook vaststellingen heeft gedaan die het ‘passend’ acht ‘bij een staat van verminderd bewustzijn’ doet – anders dan de klacht kennelijk betoogt – niet af aan de begrijpelijkheid van het oordeel van het hof dat de aangeefster heeft verkeerd in een toestand van lichamelijke onmacht.

Ten aanzien van eerstgenoemde klacht heeft het hof overwogen dat nu de verdachte van het onder 3 ten laste gelegde zal worden vrijgesproken aan de wettelijke vereisten voor verbeurdverklaring van de onder hem in beslag genomen iPhone niet is voldaan. Tot teruggave van die telefoon komt het echter niet. De onder de verdachte in beslag genomen witte Apple iPhone 6 bevat de voormelde door de verdachte in de hotelkamer, gedeeltelijk heimelijk, opzettelijk en wederrechtelijk vervaardigde foto’s en filmbestanden van de

aangeefster. Deze aan de verdachte toebehorende telefoon zal worden onttrokken aan het verkeer aangezien met behulp daarvan door de verdachte het strafbare feit als bedoeld in artikel 139f onder 1° Sr is begaan, in aanmerking genomen dat de aanwezigheid van een herhaaldelijke filmende telefoon niet op duidelijke wijze door de verdachte kenbaar is gemaakt, en aangezien deze telefoon afbeeldingen bevat die ten gevolge van dit strafbare feit zijn verkregen, zodat teruggave ertoe zou leiden dat de verdachte zich schuldig maakt aan het strafbare feit als bedoeld in artikel 139f onder 2° Sr. Het ongecontroleerde bezit van deze telefoon is daarom in strijd met de wet en met het algemeen belang.

De Hoge Raad haalt artikel 36b lid 1 Sr, artikel 36c Sr en artikel 139f aanhef en onder 1° Sr zoals die luidde ten tijde van het bewezen verklaarde aan en overweegt dat in gevallen waarin de onttrekking aan het verkeer wordt bevolen bij rechterlijke uitspraak als bedoeld in artikel 36b lid 1 aanhef en onder 1° tot en met 3° Sr, met het 'feit' in artikel 36c Sr bedoeld wordt op de rechterlijke uitspraak over een op de voet van artikel 261 Sv ten laste gelegd feit (vgl. ECLI:NL:HR:2009:BG3504). De Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het hof dat de Apple iPhone 6 vatbaar is voor onttrekking aan het verkeer omdat 'met behulp daarvan door de verdachte het strafbare feit als bedoeld in artikel 139f, onder 1°, Sr is begaan', geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad oordeelt dat, nu geen van de aan de verdachte ten laste gelegde feiten is toegesneden op artikel 139f aanhef en onder 1° (oud) Sr, het hof hetgeen hiervoor is overwogen heeft miskend en een onjuiste uitleg heeft gegeven aan de term 'voorwerp met betrekking tot welke, of met behulp van welke, het feit is begaan' als bedoeld in artikel 36c aanhef en onder 2° en 3° Sr.