

Kwetsbare slachtoffers als grondslag voor strafverzwaring

Naar verheldering van “kwetsbaarheid” in het materiële strafrecht²

DD 2024/2

Moet de kwetsbaarheid van slachtoffers grondslag kunnen zijn voor strafverzwaring? Dit artikel laat zien dat de beantwoording van deze vraag in grote mate afhankelijk is van de positie die men inneemt over de theoretische uitleg en normatieve waarde van ‘kwetsbaarheid’ als zodanig. Daarbij wordt in het bijzonder aandacht gevraagd voor een benadering die kwetsbaarheid in de eerste plaats beschouwt als relationeel concept en daarmee concrete handvatten lijkt te bieden voor een nadere doordenking van ‘kwetsbaarheid’ als grondslag voor strafverzwaring.

1. Inleiding

Verdienen kwetsbare slachtoffers extra bescherming via het materiële strafrecht? Vormt de kwetsbare positie van het slachtoffer een rechtvaardiging voor strafverzwaring? En zo ja, welke personen kunnen of moeten in dat geval worden aangemerkt als ‘kwetsbaar’? Het zijn onder meer dit soort vragen die centraal stonden in de oratie van Suzan van der Aa, waarvan de uitgeschreven versie onlangs werd gepubliceerd.³ Van der Aa constateert – en problematiseert – een trend om een groeiend aantal groepen slachtoffers aan te merken als ‘kwetsbaar’, hetgeen gepaard gaat met een groeiend aantal speciale maatregelen om kwetsbare slachtoffers extra te beschermen. Die maatregelen zijn zeer divers. Zij betreffen bijvoorbeeld het verschaffen van extra bescherming tegen de verdachte, het toegang verlenen tot gespecialiseerde hulpverlening, en het toekennen van gratis rechtsbijstand. Bovendien kan de kwetsbaarheid van slachtoffers aanleiding zijn voor een zwaardere straf.⁴ Omdat de kwalificatie als ‘kwetsbaar’ substantiële gevolgen kan hebben voor zowel het slachtoffer, de verdachte als de sanctionering, moeten de betekenis en implicaties van deze kwalificatie volgens Van der Aa beter worden doordacht. Met een focus op het kwetsbare slachtoffer als grondslag voor strafverzwaring, beoogt dit artikel een bijdrage te leveren aan die doordenking.

Ook Jannemieke Ouwerkerk schonk recent aandacht aan de verhouding tussen kwetsbare slachtoffers en strafverzwaring.⁵ Ouwerkerk is kritisch op het verbinden van strafverzwaring aan specifieke slachtofferkenmerken, zoals ras, godsdienst, seksuele gerichtheid, genderidentiteit, handicap en, meer algemeen, kwetsbaarheid. Met verwijzing naar het werk van Martha Fineman, stelt Ouwerkerk dat het codificeren van strafverzwarende effecten voor delicten tegen kwetsbare groepen uiterst ingewikkeld is en bovendien op

1 *Universitair docent, Tilburg University, Department of Criminal Law en postdoc, Universiteit Utrecht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en Utrecht Centre for Accountability and Liability Law. Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en Utrecht Centre for Accountability and Liability Law.*

2 Citeerwijze: S.L.T.J. Ligthart, ‘Kwetsbare slachtoffers als grondslag voor strafverzwaring. Naar verheldering van “kwetsbaarheid” in het materiële strafrecht’, DD 2024/2.

3 S. van der Aa, *Is al het weerloze van waarde? Over het kwetsbare slachtoffer in het straf(proces)recht* (oratie Maas-tricht), Den Haag: Boom juridisch 2023.

4 *Idem*, p. 8.

5 J.W. Ouwerkerk, ‘Strafverzwaring vanwege de persoon van het slachtoffer. Kanttekeningen bij een ontwikkeling’, DD 2023/13.

gespannen voet staat met de idee dat kwetsbaarheid inherent is aan het mens-zijn en dus niet in specifieke eigenschappen tot uitdrukking kan worden gebracht. Volgens Ouwerkerk zouden we de strafwet daarvan beter vrijhouden.⁶

Het betoog van Ouwerkerk prikkelt en gaf aanleiding tot discussie in dit tijdschrift.⁷ Met een focus op discriminatoire delicten, lijkt die discussie vooral te gaan over de vraag of bepaalde slachtofferkenmerken, zoals identiteit en het deel uitmaken van een kwetsbare groep, strafverzwaring zou moeten rechtvaardigen.⁸ Die vraag is van groot belang.⁹ Tegelijkertijd lijkt de beantwoording ervan in grote mate afhankelijk van de positie die men inneemt over de uitleg en normatieve waarde van 'kwetsbaarheid' als zodanig. Daarover bestaat veel discussie.¹⁰ Niet zelden wordt 'kwetsbaarheid' in de literatuur aangeduid als een ambigu of vaag concept, dat bovendien een risico herbergt op stigmatisering en paternalisme.¹¹ Wat is 'kwetsbaarheid'? Welke morele en juridische implicaties vloeien voort uit deze kwalificatie? En in hoeverre leent het kwetsbaarheidsconcept – dat vooral is ontwikkeld in de bio-ethiek en feministische (rechts)filosofie – zich voor toepassing in het Nederlands materiële strafrecht?

Hoewel het strafrecht op verschillende wijzen (expliciet) gebruikmaakt van 'kwetsbaarheid' als grondslag voor strafverzwaring, bleven deze vragen vooralsnog goeddeels onderbelicht.¹² Ouwerkerk verwijst instemmend naar de kwetsbaarheidstheorie van Fineman, maar gaat daarbij niet in op de vraag of die theorie op zichzelf en in verhouding tot andere theorieën overtuigt, en bovendien geschikt is voor toepassing binnen het Nederlands strafrecht. Ook Van der Aa geeft blijk van sympathie voor Finemans kwetsbaarheidstheorie, maar suggereert uiteindelijk een andere benadering in het strafrecht: het zorgvuldiger identificeren van bepaalde kwetsbare subgroepen.¹³

In deze bijdrage beoog ik geen positie in te nemen over de vraag welke theoretische benadering van 'kwetsbaarheid' het meest aanspreekt. Wel beoog ik te laten zien dat verschillende benaderingen aanleiding geven tot verschillende conclusies over de (toegevoegde) waarde van dit concept in het strafrecht en tot een verschillende waardering van de wijze waarop thans strafrechtelijke consequenties worden verbonden aan de kwetsbaarheid van het slachtoffer. Wil men – wetgever en wetenschap – op een zinvolle wijze gebruikmaken van het kwetsbaarheidsconcept in het strafrecht, dan zullen er keuzes moeten worden gemaakt over de uitleg ervan. In dat verband vraag ik, in aanvulling op de interpretaties die Van der Aa en Ouwerkerk volgen, aandacht voor een alternatieve benadering, die kwetsbaarheid in de eerste plaats beschouwt als relationeel concept en (daarmee) concrete

6 Ouwerkerk 2023, p. 165-166.

7 E. Omičević, 'Ageren tegen een niet-bestaand spook. Een Reactie op Ouwerkerk DD 2023/13', DD 2023/35; J.W. Ouwerkerk, 'Naschrift bij "Ageren tegen een niet-bestaand spook." Dupliek op Omičević, DD 2023/35', DD 2023/36.

8 Omičević benadrukt overigens dat het bij het zwaarder straffen van discriminatoire delicten in vergelijking met non-discriminatoire delicten in de kern niet zozeer gaat om strafverzwaring vanwege de persoon of positie van het (kwetsbare) *slachtoffer* – hetgeen de focus is van onderhavig artikel – maar veeleer om de discriminatoire geestesgesteldheid van de *dader*.

9 Zie ook Van der Aa 2023.

10 Zie bijv. C. Mackenzie, W. Rogers & S. Dodds (red.), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford: OUP 2014; M.A. Fineman & A. Gear, *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham: Ashgate 2013.

11 Bijv. W. Rogers, C. Mackenzie & S. Dodds, 'Why Bioethics Needs a Concept Vulnerability', *The International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* 2012, 5, p. 11-38; M.A. Fineman, 'The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition', *Yale Journal of Law & Feminism* 2008, 20, p. 9; J. Herring, *Vulnerable Adults and the Law*, Oxford: OUP 2016, p. 6.

12 Van der Aa 2023.

13 Idem, p. 74.

handvatten lijkt te bieden voor een nadere doordenking van 'kwetsbaarheid' als grondslag voor strafverzwaring.

De opzet van deze bijdrage is als volgt. Paragraaf 2 brengt de betekenis van het 'kwetsbare' slachtoffer als strafverzwaringgrond in het materiële strafrecht in kaart. Paragraaf 3 reflecteert hierop in het licht van drie verschillende theoretische benaderingen van 'kwetsbaarheid'. In paragraaf 4 volgen enkele afsluitende opmerkingen. De analyse in deze bijdrage focust op kwetsbare slachtoffers, maar sommige overwegingen zijn mogelijk ook relevant voor het debat over kwetsbare verdachten.¹⁴

2. Het 'kwetsbare slachtoffer' als strafverzwaringgrond

Wie door het Wetboek van Strafrecht bladert, komt eerst in artikel 248 Sr een expliciete verwijzing tegen naar de kwetsbare positie van bepaalde slachtoffers als strafverzwarende omstandigheid. Lid 3 van dit artikel bepaalt dat de maximaal op te leggen gevangenisstraf voor de daar genoemde delicten, betreffende ontucht met iemand jonger dan zestien jaar, kan worden verhoogd met een derde "indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt." In vergelijkbare zin bepaalt lid 4 van artikel 248 Sr dat de gevangenisstraf voor de daar genoemde zedendelicten begaan tegen een persoon onder de achttien jaar, met een derde kan worden verhoogd als misbruik is gemaakt van de kwetsbare positie van het slachtoffer. Daarbij geldt in beide gevallen dat het maken van 'misbruik' van de kwetsbare positie van een minderjarige geacht wordt besloten te liggen in het strafbare feit dat is gepleegd tegen een minderjarige die zich bevindt in een kwetsbare positie.¹⁵

Deze bepalingen roepen direct enkele vragen op. Wat bedoelt de wetgever in dit verband met het begrip 'kwetsbare positie'? Waaruit kan die kwetsbaarheid bestaan? En waarvoor dient het minderjarige slachtoffer precies kwetsbaar te zijn? Voor seksueel misbruik? Voor de schadelijke gevolgen daarvan? Voor bepaalde vormen van uitbuiting? Of voor het toebrengen van schade in het algemeen? En waarin schuilt precies het verhoogde strafwaardige karakter van het plegen van seksuele handelingen met kwetsbare kinderen in vergelijking met niet of minder kwetsbare kinderen? Zijn er eigenlijk überhaupt kinderen die niet of verminderd kwetsbaar zijn?¹⁶ En als de kwetsbare positie van slachtoffers van zedendelicten kennelijk aanleiding geeft voor strafverzwaring, waarom zijn lid 3 en 4 van artikel 248 Sr dan beperkt tot minderjarigen?¹⁷ Waarom kennen we geen equivalent van deze bepalingen voor zedendelicten waarbij misbruik wordt gemaakt van de kwetsbare positie van meerderjarigen, anders dan artikel 243 Sr?¹⁸

De memorie van toelichting biedt geen helderheid over dit soort vragen. Het gebruik van de term kwetsbaarheid in artikel 248 lid 3 en 4 Sr vloeit voort uit de implementatie van

14 Zie over kwetsbare verdachten o.a. R. Dehaghani, S. Fairclough & L. Mergaerts (red.), *Vulnerability, the Accused, and the Criminal Justice System*, London: Routledge 2023.

15 *Kamerstukken II 2012/13, 33580, 3, p. 15*. Zie ook K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten?*, WODC 2016, p. 254-256.

16 Vgl. Richtlijn voor strafvordering seksueel misbruik van minderjarigen (2015R047), waarin ervan uitgegaan wordt dat elke minderjarige kwetsbaar is in relatie tot seksueel misbruik, omdat minderjarigen zich bevinden in een 'kwetsbare ontwikkelingsfase'.

17 Vgl. Van der Aa 2023, p. 45.

18 De slachtofferkenmerken die worden genoemd in artikel 243 Sr zijn dezelfde als in artikel 247 Sr. De strafverzwarende omstandigheid van artikel 248 lid 4 Sr is ook van toepassing artikel 247 Sr en impliceert daarmee dat kwetsbaarheid van slachtoffers meer omvat dan de slachtofferkenmerken genoemd in artikel 247 en 243 Sr. Zie ook *Kamerstukken II 2012/13, 33580, 3, p. 14*.

Richtlijn 2011/93 EU.¹⁹ Artikel 9 van deze richtlijn noemt een aantal omstandigheden waarmee de rechter in strafverzwarende zin rekening moet kunnen houden bij het bepalen van de straf voor de daar omschreven strafbare feiten betreffende seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen, kinderporno en het benaderen van kinderen voor seksuele doeleinden.²⁰ Eén van die omstandigheden is dat “het strafbare feit werd gepleegd jegens een kind in een bijzonder kwetsbare situatie, zoals een kind met een geestelijke of lichamelijke handicap, in een toestand van afhankelijkheid of in een staat van lichamelijk of geestelijk onvermogen”. In vergelijkbare zin bepaalt artikel 28 van het Verdrag van Lanzarote dat bij de oplegging van sancties voor bepaalde zedendelicten de bijzonder kwetsbare positie van kinderen moet kunnen worden aangemerkt als strafverzwarende omstandigheid. Een algemene definitie van kinderen in een bijzonder kwetsbare situatie geven de richtlijn en het verdrag niet. Een dergelijke definitie vinden we ook niet terug in artikel 248 Sr noch in de memorie van toelichting daarbij. Wel stelt de minister dat de omstandigheid dat sprake is van een kwetsbaar slachtoffer reeds bestanddeel is van de delictsomschrijvingen in de artikelen 243 en 247 Sr.²¹ Die delictsomschrijvingen hebben betrekking op het plegen van seksuele respectievelijk ontuchtige handelingen terwijl men weet dat het slachtoffer “in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijke onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige psychische stoornis, psychogeriatrische aandoening of verstandelijke handicap lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent [bepaalde seksuele handelingen] te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden”. Machielse wijst tevens op artikel 249 Sr, waarin ontucht met misbruik van gezag c.q. van een afhankelijkheidsrelatie strafbaar is gesteld.²² Dit soort slachtofferkenmerken zijn vergelijkbaar met de enkele voorbeelden van kinderen in een bijzonder kwetsbare positie die worden genoemd in artikel 9 Richtlijn 2011/93: kinderen met een geestelijke of lichamelijke handicap, in een toestand van afhankelijkheid of in een staat van lichamelijk of geestelijk onvermogen.

In een recent arrest van 4 april 2023 sprak de Hoge Raad zich uit over de uitleg van het in een ‘kwetsbare positie’ verkeren in de zin van artikel 248 lid 3 Sr.²³ De verdachte was door het Hof Den Bosch veroordeeld voor het plegen van ontuchtige handelingen met een kind van vijftien jaar, (mede) bestaande uit het seksueel binnendringen van het lichaam, waarbij misbruik zou zijn gemaakt van de kwetsbare positie van het slachtoffer (artikel 245 jo. 248 lid 3 Sr). Het middel dat uiteindelijk tot cassatie leidde betrof de uitleg en toepassing van artikel 248 lid 3 Sr. Zoals gezegd verhoogt deze bepaling de maximaal op te leggen gevangenisstraf voor de daarin genoemde zedendelicten met een derde, indien het feit is begaan “tegen een persoon bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.” Het hof kwam tot de conclusie dat aan deze strafverzwarende omstandigheid was voldaan door te wijzen op de jonge leeftijd van het vijftienjarige slachtoffer, het grote leeftijdsverschil met de vierenveertigjarige verdachte, het feit dat verdachte wist dat het slachtoffer nog naar school ging en dat verdachte het slachtoffer mee naar zijn huis heeft genomen om aldaar ontuchtige handelingen te plegen.²⁴ Volgens A-G Hartevelt getuigt dit oordeel niet van een onjuiste rechtsopvatting en is het niet ontoereikend gemotiveerd. Hij verwijst daarbij naar

19 *Kamerstukken II* 2012/13, 33580, 3. Richtlijn 2011/93/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, en ter vervanging van Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad.

20 Zie art. 3 t/m 7 van de richtlijn.

21 *Kamerstukken II* 2012/13, 33580, 3, p. 14.

22 A.J. Machielse in: Noyon/Langemeijer/Rommelink, *Strafrecht*, art. 248 aant 1. Zie ook 248 lid 2 Sr. Zie ook art. 248 lid 2 en 304 lid 1 sub 1 Sr.

23 HR 4 april 2023, *NJ* 2023/251, m.nt. Ten Voorde.

24 *Idem*, r.o. 2.2.

de memorie van toelichting bij artikel 248 lid 3 Sr en de uitleg van ‘kwetsbare personen’ in de zin van artikel 273f lid 3 sub 2 Sr.²⁵ De Hoge Raad denkt daar anders over:

“Artikel 248 lid 3 Sr bevat een strafverzwarende omstandigheid voor de daarin genoemde strafbare feiten, die alle zien op zedenmisdrijven gepleegd tegen minderjarigen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat met die bepaling (...) is beoogd kinderen die in een kwetsbare situatie verkeren extra bescherming te bieden tegen het misbruik van die kwetsbare positie, waarbij bijvoorbeeld gedacht werd aan kinderen met lichamelijke of geestelijke beperkingen. Hieruit volgt dat de enkele omstandigheid dat het feit is gepleegd tegen een minderjarige nog niet meebrengt dat ook deze strafverzwarende omstandigheid zich voordoet.”²⁶

Het oordeel van het hof dat het minderjarige slachtoffer verkeerde in een kwetsbare positie als bedoeld in artikel 248 lid 3 Sr, acht de Hoge Raad in dit licht niet zonder meer begrijpelijk. Het cassatiemiddel slaagt en de zaak wordt terugverwezen.

Met dit arrest biedt de Hoge Raad enige helderheid over de uitleg van ‘personen in een kwetsbare positie’ in de zin van artikel 248 lid 3 Sr. Dat wil zeggen, de Hoge Raad verduidelijkt waar deze strafverzwarende omstandigheid in elk geval *niet* op ziet: de enkele omstandigheid dat het feit is gepleegd tegen een minderjarige brengt – logischerwijs – niet met zich dat misbruik is gemaakt van een (bijzonder) kwetsbare positie van die minderjarige in de zin van artikel 248 lid 3 Sr.²⁷ Daarmee blijft de vraag vooralsnog evenwel open wanneer de strafverzwarende omstandigheid van artikel 248 lid 3 Sr zich wél kan voordoen; wanneer precies sprake kan zijn van een persoon in een kwetsbare positie in de zin van deze bepaling, in aanvulling op de kwetsbaarheden die reeds worden genoemd in artikel 247 en 249 Sr.

Het door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel seksuele misdrijven belooft hierover iets meer helderheid te bieden. Voor bepaalde zedendelicten geldt in dit wetsvoorstel een hogere maximale gevangenisstraf indien het delict is gepleegd tegen een minderjarige ‘in een bijzonder kwetsbare positie’.²⁸ Hieronder wordt volgens de memorie van toelichting in ieder geval – maar niet limitatief – “verstaan een bijzonder kwetsbare positie ten gevolge van een psychische stoornis dan wel verstandelijke of lichamelijke handicap, een situatie van afhankelijkheid of een staat van lichamelijke of geestelijke onmacht.”²⁹ Deze specificatie komt ook expliciet terug in de voorgestelde artikelen 245 en 246 (nieuw) Sr.³⁰

Naast artikel 248 Sr erkent ook artikel 273f lid 3 sub 2 Sr expliciet de relevantie van het ‘kwetsbare’ slachtoffer als strafverzwarende omstandigheid.³¹ Volgens deze bepaling wordt mensenhandel gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaar indien het slachtoffer jonger is dan achttien jaar dan wel een andere persoon is bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.³² Anders dan artikel 248 lid 3 en 4 Sr, beperkt deze bepaling zich niet tot kwetsbare kinderen maar ziet ook op kwetsbare meerderjarigen.

25 Hartevelde, Conclusie voor HR 4 april 2023, *NJ* 2023/251, m.nt. Ten Voorde, onder 4.3-4.10.

26 HR 4 april 2023, *NJ* 2023/251, m.nt. Ten Voorde, r.o. 2.4.1.

27 Zie ook Ten Voorde in zijn noot bij HR 4 april 2023, *NJ* 2023/251.

28 Zie specifiek artikelen 245 lid 1 onder b, 246 lid 1 onder b en 254 lid 1 onder d Sr.

29 *Kamerstukken II* 2022/23, 36222, 3, p. 90-91, 108.

30 Volgens Ten Voorde, in zijn noot bij HR 4 april 2023, *NJ* 2023/251, onder 7 lopen de huidige en voorgestelde wet in dit verband niet uiteen.

31 Het maken van ‘misbruik van een kwetsbare positie’ is overigens ook bestanddeel van art. 273f lid 1 Sr en kan grondslag geven voor het oordeel dat sprake is van mensenhandel.

32 Zie in dit verband ook het voorgestelde artikel 273h lid 1 sub 4 Sr in het conceptwetsvoorstel modernisering en uitbreiding strafbaarstelling mensenhandel, dat de maximale gevangenisstraf voor onder meer mensenhandel verhoogt met een derde indien het feit “wordt begaan tegen een persoon bij wie misbruik van een bijzonder kwetsbare positie wordt gemaakt.”

Artikel 273f lid 3 sub 2 Sr komt voort uit de implementatie van Richtlijn 2011/36/EU inzake voorkoming en bestrijding van mensenhandel.³³ Deze richtlijn strekt onder meer tot het harmoniseren van op te leggen straffen voor mensenhandel binnen de EU. De lidstaten dienen volgens artikel 4 van de richtlijn ervoor zorg te dragen dat op mensenhandel een maximale gevangenisstraf van ten minste vijf jaar wordt gesteld. Die maximumgevangenisstraf dient volgens artikel 4 lid 2 onder a ten minste tien jaar te behelzen in geval van een bijzonder kwetsbaar slachtoffer. Daaronder vallen in elk geval kinderen, die volgens overweging 8 van de richtlijn kwetsbaarder zijn dan volwassenen en derhalve meer risico lopen slachtoffer te worden van mensenhandel. Andere factoren waarmee bij de beoordeling van de kwetsbaarheid van slachtoffers rekening kan worden gehouden zijn volgens overweging 12 van de richtlijn bijvoorbeeld geslacht, zwangerschap, gezondheidsproblemen en handicaps. Volgens artikel 2 lid 2 van de richtlijn wordt met een kwetsbare positie “een situatie bedoeld waarin de betrokkene geen andere werkelijke of aanvaardbare keuze heeft dan het misbruik te ondergaan.” Deze uitleg van ‘kwetsbare positie’ heeft de wetgever overgenomen in artikel 273f lid 6 Sr.³⁴ In de OM Richtlijn voor strafvordering mensenhandel (2021R003) worden enkele specifieke voorbeelden genoemd van relevante factoren voor de kwalificatie ‘slachtoffer in een kwetsbare positie’ in de zin van artikel 273f lid 2 sub 2 Sr, te weten: laagbegaafdheid of een DSM 5-indicatie, jonge leeftijd, geen legale verblijfsstatus, opgelopen trauma, schuldenproblematiek, niet kunnen terugkeren naar land van herkomst en verminderde geestelijke weerbaarheid.

Teneinde bepaalde kwetsbare groepen extra te beschermen tegen ernstige benadeling, beoogt het conceptwetsvoorstel modernisering en uitbreiding strafbaarstelling mensenhandel bovendien een aparte strafbaarstelling te introduceren. Die strafbaarstelling strekt volgens de memorie van toelichting ertoe “aan kwetsbare groepen op de arbeidsmarkt adequate en voldoende specifieke strafrechtelijke bescherming te bieden tegen ernstige arbeid gerelateerde misstanden, waarbij misbruik is gemaakt van de kwetsbare en afhankelijke positie waarin zij verkeren.”³⁵ Het daartoe voorgestelde artikel 273fa Sr luidt als volgt:

“Als schuldig aan ernstige benadeling wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie, degene die door misbruik van uit feitelijke omstandigheden voortvloeiend overwicht of door misbruik van een kwetsbare positie een persoon onder zodanige voorwaarden of zodanige omstandigheden arbeid doet verrichten dat die persoon daardoor ernstig wordt benadeeld.”

Bij kwetsbare groepen denkt de minister in dit verband met name aan arbeidsmigranten die laag of ongeschoold werk verrichten, maar ook aan personen met een verstandelijke beperking en ernstige psychosociale of verslavingsproblemen. Ook kan het gaan om “vluchtelingen die in het kader van hun verblijfstatus werkzaamheden verrichten en wegens taalachterstand en oververtegenwoordiging in tijdelijk werk aan de onderkant van de arbeidsmarkt een kwetsbare positie kunnen innemen.”³⁶

Naast het gebruik van de kwetsbaarheid van slachtoffers als strafverzwaringsgrond in de strafwet, worden kwetsbare slachtoffers ook in sommige strafvorderingsrichtlijnen van het

33 *Kamerstukken II 2011/12, 33309, 3, p. 13.* Zie hierover ook Ten Voorde, in zijn noot bij HR 4 april 2023, NJ 2023/251, onder 2-3; Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 253.

34 *Kamerstukken II 2011/12, 33309, 3, p. 16.*

35 MvT bij conceptwetsvoorstel modernisering en uitbreiding strafbaarstelling mensenhandel, p. 17. Zie hierover ook S.M.A. Lestrade, ‘De strafbaarstelling van mensenhandel, uitbuiting en ernstige benadeling nader beschouwd’, *Bsb* 2023, 3, p. 109-119.

36 MvT bij conceptwetsvoorstel modernisering en uitbreiding strafbaarstelling mensenhandel, p. 15.

OM aangemerkt als grondslag voor een hogere strafeis, soms met een specifiek voorbeeld van een relevante kwetsbaarheid in dat verband.³⁷ Zo merkt de Richtlijn voor strafvordering oplichting (2019R001) de kwetsbaarheid van het slachtoffer aan als strafverzwarende omstandigheid en noemt daarbij als voorbeeld bejaarden en kinderen, personen met een klein inkomen bij wie oplichting extra hard aankomt, en toeristen en buitenlandse werknemers “omdat ze onbekend zijn met de gebruiken die hier heersen”. De Richtlijn voor strafvordering inbraak/insluiting in woning (2015R033) noemt ter concretisering van kwetsbare slachtoffers insluiting in een ziekenhuis of bejaardentehuis. De strafvorderingsrichtlijn voor verkrachting (2012R012) wijst op lichamelijke en/of geestelijke beperkingen, het verkeren in een beschonken toestand en drugsgebruik als relevante factoren voor het bepalen van de kwetsbaarheid van slachtoffers, hetgeen een hogere strafeis rechtvaardigt. Interessant is dat ook de strafvorderingsrichtlijn voor dierenmishandeling en dierenverwaarlozing (2021R005) refereert aan het ‘kwetsbare slachtoffer’ als mogelijk strafverzwarende factor. Daarbij wordt als voorbeeld genoemd jonge of pasgeboren dieren.³⁸ De kwetsbaarheid van slachtoffers als strafverzwarende omstandigheid wordt voorts expliciet erkend maar niet nader gespecificeerd in de strafvorderingsrichtlijnen voor huis- en lokaalvredebreuk (2015R002), brandstichting (2022R007), bedreiging (2022R002), mishandeling (2020R008), poging zware mishandeling (2019R008), openlijke geweldpleging (2019R002), misbruik seksueel beeldmateriaal (2020R003), cybercrime (2018R001), vernieling (2015R015), verduistering in dienstbetrekking (2018R008) en overvallen (2016R001). De Aanwijzing kader voor strafvordering meerderjarigen voorziet voorts in een algemene toelichting op de term ‘kwetsbare slachtoffers’ zoals gebruikt in voornoemde richtlijnen:

“Kwetsbare slachtoffers zijn diegenen die door leeftijd, lichamelijke of verstandelijke beperkingen dan wel door sociaal-culturele omstandigheden in een positie van afhankelijkheid verkeren ten opzichte van hun directe omgeving.”³⁹

De *afhankelijkheid* van slachtoffers, ten opzichte van anderen, wegens bepaalde persoonlijke kenmerken van het slachtoffer, staat in deze definitie duidelijk centraal.⁴⁰ Daarmee lijkt een andere betekenis te worden gegeven aan kwetsbare slachtoffers dan in artikel 273f lid 6 Sr, welke bepaling niet zozeer iemands afhankelijkheid maar vooral de beperkte keuzemogelijkheid van het slachtoffer centraal stelt: “onder kwetsbare positie wordt mede begrepen een situatie waarin een persoon geen andere werkelijke of aanvaardbare keuze heeft dan het misbruik te ondergaan.”⁴¹ Beide definities delen overigens wel een situationele component: het gaat om een bepaalde positie of situatie die doorwerkt in iemands afhankelijkheid respectievelijk keuzemogelijkheid. In het wetsvoorstel seksuele misdrijven worden de afhankelijke positie van het slachtoffer en diens aangetaste mogelijkheid tot

37 Zie in vergelijkbare zin ook de LOVS-oriëntatiepunten en, daarover, ook Van der Aa 2023, p. 20.

38 Welke dieren in strafvorderlijke zin strikt genomen overigens niet kwalificeren als slachtoffer: art. 51a lid 1, onder a, sub 1 Sv. Zie ook art. 2 lid 1 onder a sub i van Richtlijn 2012/29/EU.

39 Zie ook Richtlijn en kader voor strafvordering jeugd en adolescenten, inclusief strafmaten Halt (2021R001) en de OM strafvorderingsrichtlijn voor misbruik seksueel beeldmateriaal (2020R003). Vgl. Ouwerkerk 2023, p. 162, die stelt dat een lage sociaaleconomische status een ‘vergeten’ slachtoffereigenschap lijkt. Aan een lage sociaaleconomische status van het slachtoffer is in de strafwet inderdaad niet expliciet een strafverzarend effect toegekend. Deze factor lijkt wel indirect een rol te kunnen spelen bij de beoordeling van de kwetsbaarheid van slachtoffers door het OM hetgeen kan leiden tot een hogere strafeis. Zie ook de Richtlijn voor strafvordering oplichting, die als kwetsbaar beschouwt personen met een klein inkomen, bij wie de oplichting extra hard aankomt.

40 Vgl. art. 249 Sr en het voorgestelde art. 273fa (nieuw) Sr.

41 Vgl. art. 243 en 247 Sr.

vrijwillig handelen – c.q. lichamelijke of geestelijke onmacht – naast elkaar beschouwd als mogelijke oorzaken van iemands kwetsbare positie, tezamen met het hebben van een psychische stoornis dan wel verstandelijke of lichamelijke handicap.

Al met al levert het voorgaande een weinig samenhangend beeld op betreffende de uitleg van 'kwetsbare slachtoffers' als grondslag voor strafverzwaring in het materiële strafrecht. Een algemene definitie ontbreekt. Welke slachtoffers kwalificeren als kwetsbaar in relatie tot een bepaald (soort) delict, wordt vooral beschreven aan de hand van voorbeelden, zoals bejaarden, kinderen, laagbegaafden, mensen met een DSM-5 classificatie, mensen met schuldenproblematiek, personen met een klein inkomen, arbeidsmigranten die laag- of ongeschoold werk verrichten, toeristen, buitenlandse werknemers, pasgeboren dieren en vluchtelingen die in het kader van hun verblijfstatus werkzaamheden verrichten en wegens taalachterstand en oververtegenwoordiging in tijdelijk werk aan de onderkant van de arbeidsmarkt verkeren. Sommige van deze voorbeelden worden uitsluitend genoemd in relatie tot één specifiek delict, zoals personen met een laag inkomen in relatie tot oplichting en arbeidsmigranten in relatie tot ernstige benadeling. Deze vooronderstelde kwetsbaarheden zijn daarmee kennelijk niet relevant voor andere delicten. Andere kwetsbaarheden, zoals kinderen en mensen met een mentale beperking, worden daarentegen bij meerdere delicten genoemd en lijken daarmee generieker van aard.

Hoe deze kwetsbare groepen zich tot elkaar verhouden en wat hun overkoepelend kenmerk is in relatie tot strafverzwaring blijft evenwel onduidelijk. Waarom is het plegen van bepaalde delicten tegen dit soort kwetsbare slachtoffers *strafwaardiger* dan tegen niet of minder kwetsbare slachtoffers? Waarin schuilt precies dat strafverzwarende karakter?⁴² In de algemene vaststelling dat kwetsbare personen een groter risico lopen op slachtofferschap of op het ondervinden van ernstige gevolgen van een delict, zoals Van der Aa beschrijft?⁴³ Of in de gedachte dat, naast het plegen van het gronddelict, het op enige wijze voordeel trekken uit iemands afhankelijke positie een additioneel moreel verwijt oplevert? Het aanknopen bij een verhoogd risico op slachtofferschap van bepaalde subgroepen overtuigt wat Ouwerkerk betreft niet.⁴⁴ Ik ga hier in de volgende paragraaf nader op in, en zal daarbij laten zien dat de morele verwerpelijkheid van het op oneerlijke wijze voordeel trekken uit iemands afhankelijkheid – veelal aangeduid als 'uitbuiting' – mogelijk een overtuigender rechtvaardiging vormt voor strafverzwaring, althans, dat die rechtvaardiging meer steun lijkt te vinden in de theoretische literatuur over het kwetsbaarheidsconcept.

3. Naar een theorie over 'kwetsbaarheid' als strafverzwaringsgrond

3.1 Inleiding

Wie zoekt naar de betekenis en juridische implicaties van 'kwetsbaarheid', stuit al snel op een uitgebreide verzameling aan Engelstalige literatuur. Daarin is sinds enkele jaren een discussie gaande over de uitleg, toegevoegde waarde en concrete uitwerking van het kwetsbaarheidsconcept, vooral in het kader van de bio-ethiek en feministische (rechts) filosofie. Een enkeling verkende reeds de waarde van dit concept binnen de kaders van het materiële strafrecht.⁴⁵

42 Vgl. Van der Aa 2023, p. 48, over het weinig transparante gebruik van kwetsbaarheid als strafverzwaringsgrond in de rechtspraak.

43 Van der Aa 2023, p. 32-35. Vgl. Richtlijn 2011/36/EU, overweging 8.

44 Ouwerkerk 2023. Zie ook Omičević 2023, p. 474.

45 Herring 2016, hst. 7; S. Singh, 'The Vulnerable (M)other and the Autonomous Legal Subject: Rethinking Vulnerability in Criminal Law', *International Journal of Law in Context* 2023, doi:10.1017/S174455232300023X.

Wat opvalt ten aanzien van het gebruik van ‘kwetsbaarheid’ in het Nederlandse strafrecht – waaraan concrete rechtsgevolgen (kunnen) worden verbonden, zoals strafverzwaring – is dat een bespreking van en positionering binnen de theoretische literatuur over dit concept zo goed als afwezig is.⁴⁶ Dat is opvallend omdat de legitimatie en concrete uitwerking van het kwetsbaarheidsconcept in grote mate afhangen van de kwetsbaarheidstheorie die men volgt. Zonder expliciete aandacht voor de theoretische benadering die leidend is voor de uitleg en toepassing van het kwetsbaarheidsconcept, zijn de legitimatie en toegevoegde waarde van het gebruik ervan in het strafrecht onzeker.

In deze paragraaf bespreek ik drie verschillende theoretische benaderingen van ‘kwetsbaarheid’ en hun mogelijke implicaties voor de uitleg en legitimatie van kwetsbare slachtoffers als strafverzwaringgrond. Ik focus op twee opvattingen over kwetsbaarheid die in de literatuur veelal tegen elkaar worden afgezet, en één benadering die deze twee opvattingen min of meer met elkaar beoogt te verenigen, dat wil zeggen: (1) kwetsbaarheid als label voor bepaalde (sub)populaties, (2) kwetsbaarheid als universeel, ontologisch kenmerk van de mens, en (3) een relationele benadering van kwetsbaarheid die onderscheid maakt tussen verschillende bronnen van kwetsbaarheid.⁴⁷ Hoewel alle drie deze benaderingen kwetsbaarheid in het algemeen beschouwen als ‘vatbaarheid voor schade’, komen zij tot andere conclusies over wie waarom kwetsbaar is en tot welke normatieve consequenties die kwalificatie leidt.

3.2. *Kwetsbaarheid als label voor bepaalde (sub)populaties*

Binnen deze eerste benadering van ‘kwetsbaarheid’ worden sommige groepen mensen categorisch aangemerkt als kwetsbaar en daarmee afgezet tegen groepen die niet kwetsbaar zouden zijn (*labeling approach*). Wie kwetsbaar is wordt vrij eenvoudig bepaald aan de hand van een opsomming van specifieke groepskenmerken, zonder nadere uitleg van wat kwetsbaarheid precies inhoudt en waarom een persoon kwetsbaar is of wordt.⁴⁸ Zij die behoren tot een kwetsbare groep maken aanspraak op extra bescherming ter voorkoming of beperking van schade (*harm*).

Deze benadering wordt veel gebruikt in de bio-ethiek, bijvoorbeeld in richtlijnen ten aanzien van het gebruik van menselijke proefpersonen in biomedisch onderzoek. Dergelijke richtlijnen gaan in de regel uit van een basisnorm voor een standaard, paradigmatisch onderzoekssubject, dat wil zeggen een volwassene, gemiddeld opgeleide, helder denkende, geletterde en zelfvoorzienende persoon. Tegelijkertijd identificeren dit soort richtlijnen vaak specifieke kwetsbaarheden in bepaalde subpopulaties, die daarmee niet voldoen aan de basisnorm en derhalve extra bescherming verdienen. Luna wijst bijvoorbeeld op het Amerikaanse Belmont Rapport,⁴⁹ dat ten aanzien van het selecteren van menselijke onderzoekssubjecten voor biomedisch en gedragsdeskundig onderzoek als volgt acht slaat op de kwetsbaarheid van bepaalde subgroepen:

“One special instance of injustice results from the involvement of vulnerable subjects. Certain groups, such as racial minorities, the economically disadvantaged, the very sick, and the

46 Zie ook Van der Aa 2023, met een pleidooi voor nadere theorievorming.

47 Met deze selectie is geen volledigheid beoogd. Ik focus op deze drie benaderingen omdat benaderingen 1 en 2 het debat over kwetsbaarheid momenteel lijken te domineren, en benadering 3 een van de weinige alternatieve theorieën betreft die benaderingen 1 en 2 niet alleen bekritiseert, maar ook constructief en concreet beoogt aan te vullen en bij te schaven.

48 F. Luna, ‘Elucidating the concept of vulnerability: Layers not labels’, *The International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* 2009, 2.

49 Luna 2009, p. 123-124. Zie ook Rogers, Macken zie & Dodds 2012, p. 14.

institutionalized may continually be sought as research subjects (...). Given their dependent status and their frequently compromised capacity for free consent, they should be protected against the danger of being involved in research”.⁵⁰

Een vergelijkbare benadering zien we onder meer terug in de rechtspraak van het EHRM, dat als specifieke kwetsbare groepen bijvoorbeeld aanmerkt de Roma, mensen met een mentale beperking, mensen met HIV, gedetineerden, ouderen, kinderen, vrouwen en asielzoekers.⁵¹ Het Hof onderstreept daarbij de plicht van staten om personen die behoren tot kwetsbare groepen extra te beschermen.⁵² De kwetsbaarheid van deze groepen is onder meer relevant voor het oordeel onder artikel 3 EVRM of een bepaalde handeling het zogenoemde *minimum level of severity* bereikt en daarmee een schending oplevert van het verbod op foltering, onmenselijke en vernederende behandeling.⁵³ Ten aanzien van de kwetsbare groep ‘gedetineerden’ overwoog het Hof in *Iwánczuk/Polen* bijvoorbeeld dat “It must be further emphasised that the authorities exercise full control over a person held in custody and their way of treating a detainee must, in view of his or her vulnerability, be subjected to strict scrutiny under the Convention.”⁵⁴

Ook in het Nederlands materiële strafrecht lijkt kwetsbaarheid overwegend te worden gebruikt in de zin van het labelen van bepaalde subgroepen die daarmee aanspraak maken op extra bescherming, bijvoorbeeld in de vorm van een specifiek delict (zoals art. 243 Sr) of via een hogere strafbedreiging of strafeis voor bepaalde delicten gepleegd tegen iemand uit een kwetsbare groep (zoals via art. 248 lid 3 Sr resp. OM Richtlijn bedreiging).⁵⁵ Voor zover ‘kwetsbaarheid’ of een persoon in een ‘kwetsbare positie’ wordt gespecificeerd in dit verband, is die specificatie in de regel beperkt tot verschillende lijstjes met voorbeelden van kwetsbare groepen in relatie tot een bepaald delict, zoals kinderen, ouderen, mensen met een DSM-5 classificatie en personen zonder legale verblijfsstatus (paragraaf 2).

Een dergelijke descriptieve, etiketterende benadering van kwetsbaarheid is niet zonder kritiek. Die kritiek heeft onder meer betrekking op het categorische karakter van het kwetsbaarheidsetiket dat wordt geplakt op sommige groepen, hetgeen risico’s op stigmatisering, discriminatie, paternalisme, onder- en overbescherming met zich brengt.⁵⁶ Ben je oud, zwanger, heb je een DSM-5 classificatie of behoort je tot de Roma? Dan ben je kwetsbaar

50 Vgl. art. 243, 247 en 273f lid 6 Sr, waarin eveneens een ‘compromised capacity for free consent’ centraal lijkt te staan.

51 L. Peroni & A. Timmer, ‘Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law’, *Int. J. Const. Law* 2013, 11(4), p. 1056-108; Y. Al Tamimi, ‘The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights’, *JEDH* 2016(5); A. Limanté, ‘Vulnerable Groups in the Case Law of the European Court of Human Rights’, in: A. Limanté & D. Pūraitė-Andriekenė (eds.), *Legal Protection of Vulnerable Groups in Lithuania*, Cham: Springer 2022.

52 Limanté 2022, p. 30.

53 D.J. Harris e.a., *Harris, O’Boyle and Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: OUP 2023, p. 243.

54 EHRM 15 november 2001, 25196/94 (*Iwánczuk v. Poland*), par. 53. De (toenemende) aandacht voor bepaalde kwetsbare groepen in de rechtspraak van het EHRM is enigszins paradoxaal. Mensenrechten zijn immers universeel en vinden hun grondslag in de gedachte dat elke burger kwetsbaar is ten opzichte van de Staat. Tegelijkertijd gaan (eerste generatie) mensenrechten juist uit van een liberaal rechtssubject, dat wordt gezien als vrij, autonoom en in principe niet kwetsbaar. Volgens Gear zijn er evenwel (groepen) mensen die niet passen binnen dit liberale mensbeeld, waardoor zij buiten de reikwijdte vallen van traditionele ‘universele’ mensenrechten. Om dit deels exclusieve karakter van het EVRM te compenseren en effectieve bescherming te bieden aan (groepen) mensen die niet passen binnen het liberale archetype, heeft het EHRM het concept van ‘group vulnerability’ geïntroduceerd in zijn rechtspraak, zo stellen Peroni & Timmer 2013. Zie ook A. Gear, *Redirecting Human Rights*, Cham: Palgrave Macmillan 2010.

55 Zie ook Van der Aa 2023, p. 35.

56 Rogers, Mackenzie & Dodds 2012, p. 18; Van der Aa 2023, p. 41.

en heb je extra bescherming nodig. Maar het is sterk de vraag of elke oude man, zwangere vrouw, Roma en iedereen met een DSM-5 diagnose inderdaad per definitie kwetsbaar is.⁵⁷ Dat kan immers heel goed afhangen van andere identiteitskenmerken en persoonlijke en situationele omstandigheden, die een bepaalde kwetsbaarheid kunnen compenseren of juist versterken. Kwetsbaarheid kan toe- of afnemen, hetgeen onder meer zal afhangen van de context waarin iemands kwetsbaarheid wordt beoordeeld.⁵⁸ Bovendien, zo schrijven Munro en Scoular, kent kwetsbaarheid zowel een objectieve als een subjectieve dimensie. Er zijn (groepen) mensen die zichzelf als kwetsbaar beschouwen terwijl daarvoor geen objectieve aanwijzingen zijn. En evengoed kunnen mensen die behoren tot een bepaalde groep met een naar objectieve maatstaven verhoogd risico op schade, zich niet kwetsbaar voelen.⁵⁹ Die subjectieve dimensie van kwetsbaarheid blijft goeddeels buiten beschouwing wanneer personen aan de hand van groepsidentiteit worden aangemerkt als kwetsbaar. Dit is volgens Munro en Scoular bezwaarlijk omdat:

“interventions which focus exclusively on objective assessments will silence the subjective interpretations of those involved, and this can have the counter-productive effect of further disempowering “the vulnerable” in decisions regarding the appropriateness of, and best mechanisms for, state involvement in their lives.”⁶⁰

Naast deze bezwaren bestaat in de literatuur ook – of: vooral – aandacht voor een meer fundamenteel kritiekpunt op het labelen van bepaalde subgroepen als kwetsbaar, zoals thans gebruikelijk bij de uitleg van ‘kwetsbaarheid’ als strafverzwarringsgrond, namelijk dat zo’n benadering een dichotomie veronderstelt: sommige mensen zijn kwetsbaar, andere niet. Dit druist evenwel in tegen de idee dat kwetsbaarheid een universeel, ontologisch kenmerk is van de mens. Wie de term ‘kwetsbaar’ opzoekt in de *Van Dale*, vindt als eerste betekenis ‘vatbaar voor verwonding of ander onheil’. Welk mens is dat niet?⁶¹ Kwetsbaarheid is niet voorbehouden aan bepaalde subgroepen, maar is universeel en inherent aan elk mens. Een dichotome benadering die onderscheid maakt tussen kwetsbare en niet kwetsbare groepen, overtuigt daarom niet, zo wordt betoogd.⁶²

3.3. *Kwetsbaarheid als universeel, ontologisch kenmerk van de mens*

Zoals gezegd zet deze tweede benadering zich af tegen de idee dat sommige subgroepen kunnen worden aangemerkt als kwetsbaar en andere niet, en dat (alleen) personen die behoren tot een kwetsbare groep aanspraak maken op bepaalde vormen van (extra) bescherming. In plaats daarvan gaat deze benadering ervan uit dat kwetsbaarheid een universele eigenschap is van de mens. Een bekende voorstander van deze opvatting is Fineman, die pleit voor een meer inhoudelijke visie op sociale gelijkheid in de Verenigde Staten en voor een responsievere rol voor de overheid in dat verband.⁶³ Fineman vertrekt vanuit de gedachte dat elk menselijk lichaam “carries with it the ever-present possibility of harm, injury, and misfortune from mildly adverse to catastrophically devastating events, whether

57 Luna 2009, p. 125; Van der Aa 2023, p. 50-51.

58 Luna 2009, p. 124.

59 V.E. Munro & J. Scoular, ‘Abusing Vulnerability? Contemporary Law and Policy Responses to Sex Work in the UK’, *Feminist Legal Studies* 2012, 20, p. 202.

60 Munro & Scoular 2012, p. 202, die hiermee aansluiten bij M. Dunn, I. Clare & A. Holland, ‘To empower or to protect? Constructing the ‘vulnerable adult’ in English law and policy’, *Legal Studies* 2008, 28(2), p. 234-253.

61 Herring 2016, p. 6.

62 Fineman 2008; Herring 2016; Ouwerkerk 2023.

63 Fineman 2008; M.A. Fineman, ‘The Vulnerable Subject and the Responsive State’, *Emory L.J.* 2010, 60, p. 251-275.

accidental, intentional, or otherwise.”⁶⁴ Als individu kunnen we weliswaar proberen ons persoonlijke risico op schade en tegenspoed zoveel mogelijk te beperken, maar dat risico kunnen we niet uitsluiten. Om de kern van ‘kwetsbaarheid’ te begrijpen, zo schrijft Fineman, moeten we ons realiseren dat het zich verwezenlijken van schade en tegenspoed veelal buiten onze individuele beschikkingsmacht ligt. Dit maakt de mens constant afhankelijk van andere mensen en instituties.⁶⁵

Deze vaststelling is voor Fineman essentieel, omdat huidige dominante politieke en juridische theorieën niet zozeer uitgaan van een ‘kwetsbaar rechtssubject’ dat in velerlei opzichten afhankelijk is van anderen, maar juist van een ‘liberaal en autonoom rechtssubject’ dat in staat en verantwoordelijk is om zelfstandig de eigen belangen te behartigen. De idee van het autonome en zelfredzame individu overtuigt wat Fineman betreft niet.⁶⁶ Volgens haar is het ‘kwetsbare subject’ een accurater en vollediger uitgangspunt dat beter aansluit bij de realiteit en centraal zou moeten staan bij de totstandkoming van sociaal beleid.⁶⁷ De reden daarvoor is dat:

“The vulnerable subject approach does what the one-dimensional liberal subject approach cannot: it embodies the fact that human reality encompasses a wide range of differing and interdependent abilities over the span of a lifetime. The vulnerability approach recognizes that individuals are anchored at each end of their lives by dependency and the absence of capacity.”⁶⁸

Volgens Fineman is de implicatie van het centraal stellen van ‘kwetsbaarheid’ in plaats van ‘autonomie’ dat het de Staat responsiever en verantwoordelijker maakt.⁶⁹ Het verplicht om opnieuw en anders na te denken over de wijze waarop de Staat via zijn instituties, zoals het recht, tegemoetkomt aan de noden van het individu. Als men blijft uitgaan van het autonome, onafhankelijke en zelfredzame subject, zal het streven naar sociale gelijkheid blijven falen. In dat geval is het uitgangspunt namelijk dat elk individu in staat is om zelfstandig en in gelijke positie met anderen gebruik te maken van het bestaande sociale systeem.⁷⁰ Ben je daarin niet succesvol? Dan heb je kennelijk onvoldoende verantwoordelijkheid genomen om de kansen die je kreeg te benutten.⁷¹ Een dergelijke benadering is volgens Fineman niet in staat om effectief op te treden tegen substantiële ongelijkheden binnen een samenleving. Haar kwetsbaarheidstheorie is daarvoor geschikter:

“by relying on the myth of the autonomous individual, the formal equality model fails to address substantive inequalities and differential allocations of privilege produced by our institutions. (...) Vulnerability analysis demands that the state give equal regard to the shared vulnerability of all individuals, transcending the old identity categories as a limitation on the recognition that the state has a vital role to play in protecting against discrimination. A vulnerability analysis begins by first considering how the state has responded to, shaped, enabled, or curtailed its institutions.”⁷²

Het tegenovergestelde van kwetsbaarheid is volgens Fineman niet ‘niet-kwetsbaarheid’ (elk individu is immers inherent kwetsbaar), maar *veerkrachtigheid*. Om elk kwetsbaar individu

64 Fineman 2008, p. 9.

65 Idem, p. 9-15; Fineman 2010, p. 255.

66 Zie ook M. Fineman, *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*, New York: New Press 2004.

67 Fineman 2008, p. 11.

68 Idem, p. 12.

69 Idem, p. 13; Fineman 2010.

70 Zie ook Fineman 2010, p. 254.

71 Fineman 2008, p. 18.

72 Idem, p. 19-20.

veerkrachtig te maken, betoogt Fineman dat de Staat ervoor moet zorgdragen dat iedereen in gelijke mate toegang heeft tot instituties die sociale goederen verdelen zoals rijkdom, gezondheid, werk en veiligheid.⁷³ Hoewel elk mens volgens Fineman kwetsbaar is, kunnen sommigen kwetsbaarder zijn dan anderen.⁷⁴

In hoeverre kan de theorie van Fineman relevant zijn voor de verdere ontwikkeling van het kwetsbaarheidsconcept in het Nederlandse materiële strafrecht? De gedachte dat elk mens inherent kwetsbaar is en derhalve bescherming behoeft door de Staat, lijkt ten grondslag te liggen aan het strafrecht als zodanig, dat aan eenieder bescherming biedt tegen potentiële schade, bijvoorbeeld door de strafbaarstelling van mishandeling, diefstal en doodslag. Zoals Herring schrijft: “The very existence of the criminal law acknowledges that we are vulnerable to harms at the hands of others and need protection from it.”⁷⁵

Maar is Finemans theorie mogelijk ook bruikbaar binnen de meer specifiek discussie over kwetsbare slachtoffers en strafverzwaring? Zowel Ouwerkerk als Van der Aa gebruiken het werk van Fineman in dit verband. Zo stelt Ouwerkerk dat kwetsbaarheid inherent is aan het mens-zijn en dus niet in specifieke eigenschappen tot uitdrukking kan worden gebracht; iets waarvan we de strafwet beter zouden vrijhouden.⁷⁶ Van der Aa ziet dat net anders. Zij lijkt het ‘universaliteitsmodel’ van Fineman weliswaar als ideaalbeeld te stellen, maar is van oordeel dat (1) het identificeren van bepaalde kwetsbare groepen met dat model verenigbaar is en (2) voorlopig ook de enige werkbare methode lijkt in de praktijk.⁷⁷

Het gebruik van Finemans theorie door Ouwerkerk en Van der Aa roept enkele vragen op. Allereerst geldt dat die theorie primair is ontwikkeld als argument tegen geïnstitutionaliseerde sociale ongelijkheid.⁷⁸ Fineman pleit voor een actievere overheid die verantwoordelijk is voor het nastreven van materiële gelijkheid, vooral via een eerlijker verdeling van sociale goederen via overheidsinstituties die voor eenieder in gelijke mate toegankelijk zijn.⁷⁹ Dit doet zij specifiek met het oog op de sociale ongelijkheid in de Verenigde Staten. Het is de vraag of en in hoeverre Finemans theorie daarmee ook relevant is voor discussies over strafverzwarringsgronden in het Nederlands materiële strafrecht. Dat is niet direct evident. Ook omdat Fineman zich expliciet afzet tegen de gedachte dat elk individu in principe vrij en autonoom is, hetgeen juist een fundamenteel uitgangspunt is binnen het klassieke schuldstrafrecht.⁸⁰ Ik volg Ouwerkerk in haar stelling dat, als we Fineman volgen en ervan uitgaan dat kwetsbaarheid een universeel kenmerk is van de mens, het uitdrukken van specifieke kwetsbaarheden van bepaalde slachtofferpopulaties en het daaraan verbinden van strafverzwaring, problematisch is. Maar als we Fineman volgen en haar theorie toepassen binnen het materiële strafrecht, dan moeten we daarin ook consistent zijn. Dat betekent onder meer dat we de mens in het strafrecht dan zouden moeten benaderen als *kwetsbaar*

73 Fineman 2010.

74 Idem, p. 268-269.

75 Herring 2016, p. 222.

76 Ouwerkerk 2023, p. 165-166.

77 Van der Aa 2023, p. 74.

78 Welk pleidooi vooral begon met een kritiek op de wijze waarop ‘het gezin’ in de regel wordt gezien als een op zichzelf staand sociaal construct, dat afzonderlijk van de Staat en zelfvoorzienend is, binnen welke private sfeer andere waarden en normen gelden dan in de publieke sfeer en waarbinnen bepaalde, afgeschermd afhankelijkheidsstructuren zijn gecreëerd: Fineman 2004.

79 Zie ook C. Mackenzie, ‘The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability’, in Mackenzie, Rogers & Dodds 2014, p. 48.

80 Het uitgangspunt van het kwetsbare en afhankelijke subject past mogelijk beter bij alternatieve visies op het strafrecht, waarbinnen behandeling en zorg meer centraal staan, bijvoorbeeld zoals beschreven door S. Lighthart & J. Waal, ‘Normering van het risicostrafrecht: Over retributie en het “Quarantaine-model”’, *DD* 2022/47.

en *afhankelijk*, in plaats van een *vrij* en *autonoom*.⁸¹ Een dergelijk alternatief mensbeeld lijkt evenwel op gespannen voet te staan met centrale uitgangspunten en concepten binnen het materiële strafrecht, zoals verwijtbaarheid, schuld en (on)toerekenbaarheid. Hoewel Finemans theorie dus inderdaad een argument kan opleveren tegen het labelen van bepaalde (vooronderstelde) kwetsbare groepen die daarmee aanspraak maken op extra bescherming, is het de vraag of deze theorie effectief kan worden toegepast binnen het Nederlands materieel strafrecht, omdat beide uitgaan van een fundamenteel ander mensbeeld. Anders dan Ouwerkerk stelt Van der Aa dat het identificeren van bepaalde kwetsbare groepen wel verenigbaar is met de universaliteittheorie van Fineman. Het nader specificeren van verschillende kwetsbare groepen in het strafrecht wijst Van der Aa derhalve niet principieel van de hand, met de hoop dat in dat verband ruimte ontstaat voor differentiëring en maatwerk.⁸² Fineman erkent inderdaad dat tussen kwetsbare individuen verschil kan bestaan in *de mate van kwetsbaarheid* die zij ervaren:

“a final and somewhat paradoxical point about vulnerability: while human vulnerability is universal, constant, and complex, it is also particular. While all human beings stand in a position of constant vulnerability, we are individually positioned differently. (...) As a result, our vulnerabilities range in magnitude and potential at the individual level. Vulnerability, therefore, is both universal and particular; it is experienced uniquely by each of us.”⁸³

Dit is op zichzelf een interessante nuance op Finemans centrale uitgangspunt dat kwetsbaarheid een universeel kenmerk is van elk mens. Sommige mensen kunnen op basis van bepaalde persoonlijke eigenschappen kennelijk kwetsbaarder zijn dan andere. Tegelijkertijd wordt deze nuance beschouwd als belangrijke zwakte van Finemans theorie, omdat in grote mate onduidelijk blijft hoe *specifieke* kwetsbaarheid zich volgens haar verhoudt tot *universele* kwetsbaarheid, en op welke wijzen beide vormen tot andere verplichtingen van de Staat zouden moeten leiden.⁸⁴ Rogers, Mackenzie en Dodds suggereren een alternatieve benadering, die deels voortborduurde op het werk van Fineman, maar waarin het onderscheid tussen universele en specifieke kwetsbaarheid mogelijk overtuigender kan worden geoperationaliseerd.⁸⁵ Die benadering bespreek ik in de volgende paragraaf.

3.4. Een relationele benadering van kwetsbaarheid

Rogers, Mackenzie en Dodds zijn het met Fineman eens dat kwetsbaarheid een universele dimensie heeft.⁸⁶ Tegelijkertijd erkennen zij dat sommige personen kwetsbaarder zijn dan andere. Beide veronderstellingen vragen volgens Rogers, Mackenzie en Dodds om conceptuele verduidelijking. Waarom brengt universele kwetsbaarheid bepaalde verplichtingen met zich? Welke verplichtingen zijn dat precies? En waarom gelden er bijzondere verplichtingen ten opzichten van personen die kwetsbaarder zijn dan andere?⁸⁷ Voor de be-

81 Volgens Fineman is *elk mens* inherent kwetsbaar en afhankelijk. Daarvoor is dus niet relevant of een kwetsbaar individu in een specifieke strafzaak wordt aangemerkt als verdachte of slachtoffer (twee kwalificaties die elkaar overigens ook niet hoeven uit te sluiten). Beiden zijn mens en dus kwetsbaar en afhankelijk. Vgl. Singh 2023.

82 Van der Aa 2023, p. 17, 74. Met verwijzing naar Fineman & Gear 2013.

83 Fineman 2010, p. 268-269. Zie ook Fineman 2008, p. 10.

84 Rogers, Mackenzie & Dodds 2012, p. 20; Munro & Scoular 2012, p. 196; C. Mackenzie, ‘The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability’, in Mackenzie, Rogers & Dodds 2014, p. 38.

85 Rogers, Mackenzie & Dodds 2012; Mackenzie, Rogers & Dodds 2014, p. 2-29.

86 Het erkennen van onze gedeelde, universele kwetsbaarheid biedt volgens deze auteurs grondslag voor solidariteit en draagt bij aan het vermijden van wij-zij-denken: Rogers, Mackenzie & Dodds 2012, p. 32.

87 Rogers, Mackenzie & Dodds 2012, p. 20.

antwoording van deze vragen knopen Rogers, Mackenzie en Dodds aan bij het werk van Goodin, die kwetsbaarheid beschouwt als een *relationeel* concept, dat verband houdt met iemands vatbaarheid om *door een ander* te worden geschaad in zijn of haar persoonlijke belangen.⁸⁸ Het is vanwege dit relationele karakter dat de kwetsbaarheid van persoon A leidt tot speciale verantwoordelijkheid van persoon B ten opzichte van wie persoon A kwetsbaar is. Deze gedachte leidt Goodin tot zijn *principle of protecting the vulnerable*:

“If A’s interests are vulnerable to B’s actions and choices, B has a special responsibility to protect A’s interests; the strength of this responsibility depends strictly upon the degree to which B can affect A’s interests.”⁸⁹

Deze verplichting om de belangen van kwetsbare personen te beschermen geldt volgens Goodin eerst en vooral ten aanzien van zogenoemde ‘vitale belangen’, zoals voedsel, onderdak, en fysieke en mentale gezondheid.⁹⁰ Interessant is dat Goodin kwetsbaarheid expliciet in verbinding brengt met uitbuiting (*exploitation*), hetgeen hij definieert als het ‘op oneerlijke wijze voordeel halen uit anderen’.⁹¹ Kwetsbaarheid en afhankelijkheid zijn volgens Goodin op zichzelf niet moreel verwerpelijk: “What is really wrong with them is that they necessarily create opportunities for the strong to exploit the weaknesses of those who are vulnerable and dependent.”⁹² Het morele bezwaar tegen uitbuiting baseert Goodin op de notie van eerlijkheid (*fairness*). Zo is het bijvoorbeeld “*unfair* to exploit the deficiency of the imbecile (...) just as it would be unfair, and not just ordinary dishonest, to steal from a blind man”.⁹³

Rogers, Mackenzie en Dodds volgen in grote lijnen de analyse van Goodin: kwetsbaarheid is een relationeel concept dat in verschillende situaties kan leiden tot verschillende morele verplichtingen en daarmee dus contextafhankelijk is. Wel menen Rogers, Mackenzie en Dodds dat Goodin onvoldoende aandacht schenkt aan de noties van autonomie en *agency*.⁹⁴ Door de nadruk te leggen op het *beschermen* van kwetsbare personen tegen schade en uitbuiting en niet zozeer op het *bevorderen* van hun autonomie en *agency*, zet Goodins benadering de deur open voor ongerechtvaardigde vormen van paternalisme.⁹⁵ Volgens Rogers, Mackenzie en Dodds zouden verplichtingen die voortvloeien uit de kwetsbaarheid van personen telkens moeten worden afgewogen tegen verplichtingen die voortvloeien uit de noties van autonomie en *agency*. Anders dan Fineman, zetten Rogers, Mackenzie en Dodds

88 R.E. Goodin, *Protecting the Vulnerable*, Chicago: University of Chicago Press 1985, p. 111-113.

89 Goodin 1985, p. 118 (zie ook p. 206). Dit principe maakt bijvoorbeeld duidelijk waarom ouders speciale verantwoordelijkheid hebben ten opzichte van hun kinderen: Rogers, Mackenzie & Dodds 2012, p. 20.

90 Goodin 1985, p. 111; Rogers, Mackenzie & Dodds 2012, p. 22. Vgl. de ‘welfare interests’ van J. Feinberg, *Harm to Others*, Oxford: OUP 1984.

91 Goodin 1985, p. 193.

92 Idem.

93 Idem, p. 194 (originele cursivering), met verwijzing naar S.I. Benn, ‘Egalitarianism and the equal consideration of interests’, in J.R. Pennock & J.W. Chapman (red.), *Nomos IX equality*, New York: Atherton 1967, p. 71. Zie ook M. Zwolinski, B. Ferguson & A. Wertheimer, ‘Exploitation’, in E.N. Zalta & U. Nodelman (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2022 Edition).

94 Rogers, Mackenzie & Dodds 2012, p. 23.

95 Idem. Ten aanzien van kwetsbaarheid als grondslag voor strafverzwaring is het risico op paternalisme mogelijk minder evident. De mogelijkheid tot strafverzwaring beperkt immers niet zozeer de vrijheid van het slachtoffer, maar van de dader. Wel zou kunnen worden betoogd dat de wetgever met deze strafverzwaringgrond lijkt te impliceren dat kwetsbare slachtoffers behoefte hebben aan een zwaardere bestraffing van hun dader. Het is sterk de vraag of de wetgever dit voor bepaalde groepen slachtoffers zou moeten bepalen. Het bezwaar van paternalisme lijkt in elk geval van toepassing op sommige strafbaarstellingen die ertoe strekken bepaalde kwetsbare groepen te beschermen, zoals de mogelijke strafbaarstelling van prostitutiebezoek en van bepaald sekswerk: Munro & Scouler 2012. Vgl. Szuhai, ‘Wet regulering sekswerk’, *NJB* 2021/2812.

het kwetsbare subject dus niet af tegen het autonome subject, maar beogen zij die twee met elkaar te verenigen.⁹⁶ Uiteindelijk komen Rogers, Mackenzie en Dodds tot een taxonomie van drie verschillende, deels overlappende bronnen van kwetsbaarheid: inherente, situationele en pathogene kwetsbaarheid.⁹⁷ Dit onderscheid kan volgens de auteurs bijdragen aan het identificeren van de juiste reactie op verschillende typen kwetsbaarheden,⁹⁸ en kan daarmee mogelijk relevant zijn voor de discussie over 'kwetsbaarheid' als grondslag voor strafverzwaring.

Inherente kwetsbaarheden zijn onlosmakelijk verbonden aan het mens-zijn. Zij ontstaan onder meer uit onze belichaming en afhankelijkheid van anderen. Zo is bijvoorbeeld elk mens kwetsbaar voor honger, dorst, slaapgebrek, fysieke en emotionele schade en sociaal isolement. *Situationele* kwetsbaarheden zijn daarentegen context-specifiek. Zij ontstaan door persoonlijke, sociale, politieke, economische of ecologische situaties van (groepen) mensen.⁹⁹ Zo is elk mens bijvoorbeeld inherent kwetsbaar voor fysieke en emotionele schade, maar zijn gedetineerden vanwege de situatie van machtsongelijkheid waarin zij verkeren in het bijzonder kwetsbaar voor onmenselijke en vernederende behandeling, hetgeen in nog sterkere mate geldt voor gedetineerden met een psychische stoornis.¹⁰⁰ Inherente en situationele kwetsbaarheid brengen morele en politieke verplichtingen met zich teneinde kwetsbare personen te ondersteunen en bepaalde vormen van (situationele) kwetsbaarheden te vermijden. Daarbij zou volgens Rogers, Mackenzie en Dodds als uitgangspunt moeten gelden dat interventies telkens strekken tot het mogelijk maken of herstellen van autonomie en *agency*, hetgeen volgens hen het best kan worden bereikt door de betreffende kwetsbare (groep) personen actief te betrekken bij het nemen van maatregelen.¹⁰¹

Anders dan interventies die autonomie en *agency* verstevigen, kunnen sommige interventies ook juist nieuwe kwetsbaarheden creëren of bestaande kwetsbaarheden verergeren.¹⁰² Dergelijke *pathogene* kwetsbaarheden typeren zich door het ondermijnen van iemands autonomie of het verergeren van het gevoel van machteloosheid en zijn volgens Mackenzie, Rogers en Dodds ethisch extra problematisch.¹⁰³ Zij kunnen onder meer ontstaan als gevolg van vooroordelen of misbruik in persoonlijke relaties en sociale overheersing, onderdrukking of politiek geweld. Als concreet voorbeeld noemen zij mensen met een cognitieve beperking, die situationeel kwetsbaar zijn vanwege hun zorgbehoeften en daarmee vatbaar voor pathogene vormen van kwetsbaarheid, zoals een verhoogd risico op seksueel misbruik door een verzorger.¹⁰⁴

Op het eerste gezicht lijkt een relationele benadering van kwetsbaarheid, zoals van Rogers, Mackenzie en Dodds, vrij concrete handvatten te bieden voor een nadere doordenking van

96 Rogers, Mackenzie & Dodds 2012, p. 23. Zij verstaan autonomie in dit verband in de zin van 'relationele autonomie'. Zie in het bijzonder Mackenzie 2014.

97 Zie ook Mackenzie 2014, p. 39-40 die laat zien hoe deze verschillende vormen zich tot elkaar kunnen verhouden in een concreet geval.

98 Rogers, Mackenzie & Dodds 2012; Mackenzie, Rogers & Dodds 2014.

99 Inherente en situationele kwetsbaarheid kunnen dispositioneel of daadwerkelijk aanwezig zijn. Elk mens is bijvoorbeeld dispositioneel kwetsbaar voor honger. Maar de meeste mensen in welvarende landen worden niet daadwerkelijk blootgesteld aan levensbedreigende honger, in tegenstelling tot degenen die niet over de middelen beschikken om in hun dagelijkse voedingsbehoeften te voorzien: Rogers, Mackenzie & Dodds 2012, p. 24.

100 Vgl. ECHR 15 november 2001, 25196/94 (*Iwańczuk v. Poland*), par. 53. Zie ook artikel 254, lid 1 onder b sub 2 (nieuw) Sr in het wetsvoorstel seksuele misdrijven.

101 Rogers, Mackenzie & Dodds 2012, p. 25.

102 Vgl. Munro & Scoular 2012.

103 Mackenzie, Rogers & Dodds 2014, p. 9. Door Goodin 1985, p. 203 aangeduid als "all those morally unacceptable vulnerabilities and dependencies which we should, but have not yet managed to, eliminate." Zie ook Mackenzie 2014, p. 39.

104 Rogers, Mackenzie & Dodds 2012, p. 25. Vgl. in dit verband art. 249 lid 2 sub 3 Sr en art. 254 (nieuw) Sr in het wetsvoorstel seksuele misdrijven.

het kwetsbaarheidsconcept waar Van der Aa in haar oratie voor pleit. Deze benadering lijkt in ieder geval in staat nadere duiding te geven aan de legitimatie van het gebruik van 'kwetsbare slachtoffers' als strafverzwarringsgrond, zonder af te doen aan de idee dat elk mens inherent kwetsbaar is. Die legitimatie zou namelijk in verband kunnen worden gebracht met het *relationele* karakter van kwetsbaarheid dat typerend is voor de benadering van Rogers, Mackenzie en Dodds.¹⁰⁵ Het feit dat persoon A situationeel kwetsbaar is voor persoon B, brengt extra verantwoordelijkheid met zich voor persoon B. Voldoet B niet aan de verplichtingen die uit die extra verantwoordelijkheid voortvloeien, dan kan dat B worden verweten en daarmee mogelijk dienen als legitimatie voor strafverzwaring.

Meer specifiek kan ook aansluiting worden gezocht bij de idee dat (bijzonder) kwetsbare personen vatbaar(er) zijn voor uitbuiting – c.q. het op oneerlijke wijze voordeel halen uit een ander – waarin volgens Goodin het moreel problematische karakter van 'kwetsbaarheid' schuilt.¹⁰⁶ Uitbuiting wordt in het algemeen beschouwd als moreel verwerpelijk en zou daarmee mogelijk kunnen dienen als legitimatie voor strafverhoging. De *Stanford Encyclopedia of Philosophy* stelt ten aanzien van uitbuiting bijvoorbeeld het volgende:

“In the sense in which most philosophers use the term, exploitation necessarily (conceptually) involves unfairness. This sense of exploitation is thus a moralized term. To judge that someone is engaged in exploitation is already to pass a moral judgment on them—to say that they are acting wrongly (at least in a pro tanto sense).”¹⁰⁷

Het *schaden* van een slachtoffer door het plegen van een delict legitimeert straf. Als men bij het plegen van een delict daarenboven misbruikt maakt van de kwetsbare positie van het slachtoffer – c.q. het slachtoffer uitgebuit – is dat bovendien *unfair* hetgeen een additioneel moreel verwijt oplevert en derhalve aanleiding zou kunnen geven voor een zwaardere straf. In aanvulling daarop is het denkbaar te betogen dat uitbuiting van kwetsbare personen in sommige relaties, in geval van pathogene kwetsbaarheid, extra afkeuringswaardig is en dus een (nog) hogere straf rechtvaardigt.¹⁰⁸ Het onderscheid tussen situationele en pathogene kwetsbaarheid kan hier mogelijk behulpzaam zijn voor het nader specificeren van verschillende vormen of gradaties van uitbuiting in relatie tot verschillende gradaties in strafverzwaring. Denkbaar is bijvoorbeeld dat het misbruik maken van iemand met een cognitieve beperking (situationele kwetsbaarheid) op zichzelf aanleiding kan zijn voor strafverzwaring en dat de ruimte voor strafverzwaring toeneemt indien het misbruik plaatsvindt in een specifieke zorgrelatie (pathogene kwetsbaarheid), zoals tussen arts en patiënt of verzorger en cliënt in een begeleid wonen-project. In dit opzicht zou de relationele benadering van Rogers, Mackenzie en Dodds mogelijk een zinvolle bijdrage kunnen leveren aan het verduidelijken en legitimeren van het gebruik van kwetsbaarheid als strafverzwarringsgrond, en daarmee tegemoet kunnen komen aan Van der Aa's pleidooi voor meer transparantie in dit verband.

105 Een relationele benadering van kwetsbaarheid lijkt in het conceptwetsvoorstel modernisering en uitbreiding strafbaarstelling mensenhandel evenwel expliciet te worden afgewezen: “Bij ‘misbruik van uit feitelijke omstandigheden voortvloeiend overwicht’ ligt het accent op het relationele aspect van de ongelijkwaardige positie tussen de betrokkenen. (...) Bij ‘misbruik van een kwetsbare positie’ speelt dat relationele karakter geen of in mindere mate een rol. Omstandigheden die kwalificeren als zo'n kwetsbare positie zijn: illegale binnenkomst of illegaal verblijf, een ongedocumenteerde status, verslaving aan verdovende middelen dan wel de aanwezigheid van een psychische of lichamelijke beperking” (p. 31).

106 Goodin 1985, p. 77.

107 Zwolinski, Ferguson & Wertheimer 2022, onder 2.2.

108 Vgl. artikel 249 Sr en 254 (nieuw) Sr in het wetsvoorstel seksuele misdrijven.

Tegelijkertijd geeft deze benadering ook aanleiding tot kritische reflectie op de wijze waarop kwetsbaarheid als strafverzwarringsgrond thans is vormgegeven in het Nederlandse strafrecht: delictsafhankelijk en weinig consistent. Is het slachtoffer een bijzonder kwetsbaar kind? Dan is dat volgens artikel 248 lid 3 en 4 Sr indicatief voor strafverhoging ten aanzien van de daar genoemde zedendelicten. Dat geldt evenwel niet voor bijzonder kwetsbare meerderjarigen en ook niet voor kwetsbare kinderen die slachtoffer zijn van andere delicten, zoals gijzeling, dwang, mishandeling en kinderdoodslag. Dit (ogenschijnlijk) willekeurige onderscheid lijkt lastig te rechtvaardigen in het licht van de relationele benadering. Immers, als de legitimatie van strafverzwaring in geval van misbruik van iemands kwetsbare positie schuilt in het uitbuitende en daarmee oneerlijke karakter van de tenlastegelegde gedraging, dan zou de toepasbaarheid van deze strafverzwarringsgrond in principe niet afhankelijk moeten zijn van het precieze delict dat de dader tegen het kwetsbare slachtoffer heeft gepleegd. Uitbuiting levert als zodanig een aanvullend moreel verwijt op. Of men nu ontucht pleegt met een fysiek beperkte minderjarige of steelt van een blinde, in beide gevallen is sprake van situationele kwetsbaarheid en leidt het misbruik maken daarvan tot uitbuiting.¹⁰⁹ Indien de morele verwerpelijkheid van uitbuiting de legitimatie zou zijn van het strafverhogende effect van 'kwetsbare slachtoffers', dan zou deze strafverzwarringsgrond in principe toepasbaar moeten zijn op elk delict waarbij sprake is van uitbuiting van een bijzonder kwetsbaar persoon.

Eerder bekritiseerden ook Van der Aa en Ouwerkerk het inconsistente gebruik van 'kwetsbare slachtoffers' als strafverzwarringsgrond. Volgens Van der Aa is het bijvoorbeeld onduidelijk waarom bepaalde groepen slachtoffers in de LOVS-oriëntatiepunten voor volwassenen worden aangemerkt als 'kwetsbaar' en indicatief voor strafverhoging, terwijl die groepen in de oriëntatiepunten voor minderjarigen niet (allemaal) worden herhaald.¹¹⁰ Ouwerkerk hekelt vooral de inconsistentie in de relevantie van verschillende typen of bronnen van kwetsbaarheid. Zo kan een handicap of minderjarigheid van het slachtoffer wettelijk wel aanleiding zijn voor strafverzwaring, maar iemands lage sociaaleconomische positie niet.¹¹¹ Volgens Ouwerkerk zouden we slachtofferkenmerken zoals kwetsbaarheid daarom beter überhaupt niet aanmerken als wettelijke grondslag voor strafverzwaring.¹¹² Van der Aa pleit daarentegen voor een nadere en zorgvuldigere uitwerking van de rol van kwetsbare slachtoffers in het strafrecht, met meer ruimte voor maatwerk en differentiëring.

In het kader van de relationele benadering van kwetsbaarheid van Rogers, Mackenzie en Dodds, zou ik geneigd zijn aan te sluiten bij de suggestie van Van der Aa. Die benadering erkent enerzijds onze universele kwetsbaarheid, hetgeen aanleiding geeft tot solidariteit, en differentieert tegelijkertijd verschillende bronnen die specifieke personen in bepaalde relaties extra kwetsbaar kunnen maken, hetgeen een verplichting met zich brengt voor anderen (inclusief de Staat) om die personen extra te beschermen. Een dergelijke bescherming kan onder meer worden nagestreefd door hogere strafbedreiging voor delicten gepleegd tegen bijzonder kwetsbare personen.¹¹³ In het nastreven van consistentie zou in dit verband onder meer kunnen worden gedacht aan de introductie van een algemene

109 Daarbij geldt vermoedelijk dat niet bij elk strafbaar feit gepleegd tegen een bijzonder kwetsbaar persoon per definitie sprake is van misbruik van diens kwetsbaarheid en uitbuiting. Vergelijk bijvoorbeeld diefstal van een portemonnee uit de hand van een blinde en diefstal van geld of virtuele goederen van een blinde in het kader van resp. phishing en een computerspel.

110 Van der Aa 2023, p. 45. Vgl. ook de strafvorderingsrichtlijnen van het OM.

111 Ouwerkerk 2023, p. 162.

112 Met verwijzing naar Fineman 2008 en met uitzondering van minderjarige slachtoffers.

113 De effectiviteit van die bescherming hangt onder meer af van de effectiviteit van generale en speciale preventie als zodanig.

strafverzwaringsgrond in geval van misbruik van een ‘kwetsbaar slachtoffer’,¹¹⁴ of aan de introductie van een algemene strafbaarstelling van ‘uitbuiting’.¹¹⁵ Een verkenning van deze mogelijkheden gaat het bestek van dit artikel te buiten, maar vraagt – afhankelijk van de kwetsbaarheidstheorie die men volgt – om meer aandacht en discussie. Daarbij zou onder meer aandacht kunnen uitgaan naar de verhouding tussen uitbuiting van kwetsbare personen als grondslag voor strafverzwaring en de strafbaarstelling van bepaalde vormen van uitbuiting zoals via artikel 273f Sr en het voorgestelde artikel 273fa (nieuw) Sr.

4. Afsluiting

Zowel Van der Aa als Ouwerkerk constateert een toenemende aandacht voor het ‘kwetsbare’ slachtoffer in relatie tot strafverzwaring. Welk slachtoffer om welke reden precies kwetsbaar is en waarom die kwetsbaarheid een hogere straf rechtvaardigt, is voornamelijk in grote mate onduidelijk. Van der Aa pleit daarom voor nadere doordenking van het kwetsbaarheidsconcept in het Nederlands strafrecht. Die doordenking vergt onder meer een keuze over welke theoretische benadering van kwetsbaarheid leidend zou moeten zijn in het strafrecht. Ten aanzien van kwetsbaarheid als strafverzwaringsgrond lijkt momenteel een etiketterende benadering heersend. De kritiek op een dergelijke benadering is echter dat het categorische karakter van het kwetsbaarheidsetiket risico’s op stigmatisering, discriminatie, paternalisme, onder- en overbescherming met zich brengt. Bovendien vooronderstelt deze opvatting een dichotomie tussen kwetsbare en niet kwetsbare personen, hetgeen op gespannen voet staat met de idee dat elk mens inherent kwetsbaar is. Mogelijk dat een relationele benadering, zoals van Rogers, Mackenzie en Dodds, geschikter is voor een verdere doordenking van het kwetsbaarheidsconcept in het strafrecht. Een dergelijke benadering erkent de universele kwetsbaarheid van de mens en biedt tevens ruimte voor het specificeren van bepaalde factoren die een individu extra kwetsbaar kunnen maken. Bovendien, door kwetsbaarheid duidelijk in verband te brengen met (de morele verwerpelijkheid van) uitbuiting, biedt deze benadering concrete handvatten om toe te werken naar een transparantere theorie over het strafverzwarende karakter van de kwetsbaarheid van bepaalde slachtoffers.

114 Dit kan in de strafwet, bijvoorbeeld in Titel III van het Wetboek van Strafrecht, of daarbuiten, bijvoorbeeld in de Aanwijzing kader voor strafvordering meerderjarigen of in de LOVS-oriëntatiepunten. Een mogelijk onderdeel van de introductie van zo’n algemene strafverzwaringsgrond in de strafwet, is dat de kwetsbaarheid van het slachtoffer ten opzichte van de verdachte, en het daarvan gemaakte misbruik door de verdachte, moeten worden bewezen, hetgeen ook procedurele waarborgen met zich brengt. De vrees dat een dergelijke wettelijke strafverzwaringsgrond ongelijkheid in de hand zou kunnen werken omdat het sommige kwetsbare groepen wel maar andere niet includeert, waar Ouwerkerk 2023 op wijst, lijkt binnen de relationele benadering van kwetsbaarheid minder relevant. Die benadering hanteert immers geen *labeling approach*, maar erkent dat elk individu inherent kwetsbaar is en onderscheidt vervolgens twee aanvullende bronnen van verhoogde kwetsbaarheid die op eenieder van toepassing kunnen zijn.

115 Vgl. Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen kinderen, *Consultatiereactie op het wetsvoorstel modernisering en uitbreiding strafbaarstelling mensenhandel*, 25 april 2023; S.M.A. Lestrade & C.R.J.J. Rijken, ‘Mensenhandel en uitbuiting nader bepaald’, *DD* 2014/64.