



**rijksuniversiteit
groningen**

faculteit rechtsgeleerdheid

**Masterscriptie:
De rechtmatigheid van virtuele kinderpornografie**

Sarah Anna Reinders
S2112604
Master Strafrecht en Criminologie
Scriptiebegeleider: Mr. E. Gritter
Drachten, maart 2014

Voorwoord

Na mijn HBO opleiding Forensic Sciences succesvol te hebben afgerond, heb ik gekozen voor de Master Strafrecht en Criminologie, omdat ik na jaren de forensische kant van criminaliteit te hebben onderzocht, ook geïnteresseerd ben geraakt in de juridische en de criminologische kant van criminaliteit. Het was een hele omschakeling om van een bèta-opleiding naar een alfa-opleiding te gaan, maar het was een unieke ervaring. Met het afronden van deze masterscriptie is nu het einde van mijn Master in zicht en kijk ik er naar uit om mijn kennis in de praktijk te gaan toepassen.

Voor mijn masterscriptie heb ik het onderwerp ‘virtuele kinderpornografie’ gekozen. Dit deed ik na aanleiding van het zien van een uitzending van het televisieprogramma ‘De Wereld Draait Door’. Tijdens de uitzending pleitte een seksuoloog voor het legaliseren van virtuele kinderpornografie. Het onderwerp sprak mij direct aan vanwege de onduidelijkheid in de rechtspraak. In deze scriptie heb ik een literatuur onderzoek gedaan naar de rechtmatigheid van de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie. Dit onderzoek is voor mij een leerzaam en uitdagend avontuur geworden, waar ik met plezier aan gewerkt heb.

Deze scriptie had ik echter nooit kunnen schrijven zonder de motivatie en inspiratie van mijn vriend en familie. Daarnaast wil ik in het bijzonder de heer E. Gritter bedanken voor de prettige, professionele, ondersteunende en motiverende samenwerking. Mede door deze ondersteuning werd het schrijven van mijn scriptie een leuke en boeiende ervaring. Bedankt!

Inhoudsopgave

Inleiding	4
Hoofdstuk 1: Een introductie op artikel 240b Sr.....	6
1.1. Inleiding.....	6
1.2. Pornografie vanaf 1886.....	6
1.3. Pornografie in de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw	7
1.4. Het omslagpunt	7
1.5. Aanscherping van artikel 240b Sr.....	8
1.6. De strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie	9
1.7. De uitspraak van het Amerikaanse Hoogerechtshof.....	12
1.8. Recente wetwijzigingen betreffende artikel 240b Sr.....	13
1.9. Het huidige kinderpornografie artikel.....	13
1.9.1. <i>Afbeelding</i>	13
1.9.2. <i>Schijnbaar betrokken</i>	14
1.9.3. <i>Seksuele gedraging</i>	14
1.9.4. <i>Kennelijk</i>	15
1.10. Strafuitsluitingsgronden	17
1.11. Theorieën over pornografie	17
Hoofdstuk 2: Virtuele kinderpornografie getoetst aan het legaliteitsbeginsel.....	19
2.1. Inleiding.....	19
2.2. Het legaliteitsbeginsel	19
2.3. Het lex certa beginsel	20
2.4. Analogie vs. extensieve interpretatie.....	21
2.5. Artikel 7 EVRM.....	22
2.6 Virtuele kinderporno getoetst aan het lex certa beginsel.....	23
2.7. Hoe virtuele kinderpornografie te interpreteren	24
2.8. Het OM.....	26
Hoofdstuk 3: De vrijheid van meningsuiting en recht op privacy	28
3.1. Inleiding.....	28
3.2. Grondrechten	28
3.3. Vrijheid van meningsuiting	29
3.4. De beperkingsclausule.....	30
3.5. Recht op privacy.....	31
3.6. Virtuele kinderpornografie getoetst aan artikel 10 EVRM	33
3.7. Virtuele kinderpornografie getoetst aan artikel 8 EVRM	35
Conclusie.....	37
Literatuurlijst.....	41

Inleiding

Op 31 oktober 2012 was seksuoloog Erik van Beek te gast in het televisieprogramma ‘*De Wereld Draait Door*’. Hij pleitte voor het legaliseren van virtuele kinderpornografie. Volgens van Beek zijn er twee soorten pedofielen. De praktiserende pedofiel en de niet praktiserende pedofiel. De praktiserende pedofiel misbruikt kinderen en de niet praktiserende pedofiel bevredigt zijn lustgevoelens door te kijken naar kinderpornografie zonder zelf kinderen te misbruiken. In de categorie van de niet praktiserende pedofiel zijn er pedofielen die erg worstelen met hun geaardheid. Ze weten dat ze niet aan kinderen mogen zitten en vinden het vaak ook niet kunnen, maar zitten wel tegen de grens aan om kinderen te gaan misbruiken.

Zowel echte kinderpornografie als virtuele kinderpornografie is strafbaar gesteld in artikel 240b van het wetboek van Strafrecht (hierna: Sr). Het verbod van virtuele kinderpornografie kan volgens de seksuoloog tot frustratie leiden. In het televisieprogramma werd de vergelijking gemaakt met een heteroseksuele man die nooit meer naar een afbeelding van een vrouw mag kijken laat staan die mag aanraken, ook dit zou tot frustratie leiden. Door virtuele kinderpornografie te legaliseren heeft de niet praktiserende pedofiel, volgens de seksuoloog, een onschadelijke uitlaatklep, waardoor hij minder snel gefrustreerd raakt en niet overgaat tot misbruik van kinderen. Er bestaat namelijk een kans dat de niet praktiserende pedofiel praktiserend wordt. Door virtuele kinderpornografie te legaliseren zou het misbruik van echte kinderen kunnen worden teruggedrongen. In de uitzending barstte direct de discussie los tussen de tafelgasten over het wel of niet legaliseren van virtuele kinderpornografie. De tafeldame en politica Gerdi Verbeet was fel tegen het legaliseren van virtuele kinderpornografie, maar ook op verschillende internetfora is de kritiek op het voorstel van Erik van Beek fors.

Kinderpornografie is een gevoelig onderwerp in Nederland en bijna iedereen is bekend met de Amsterdamse zedenzaak, waarbij de crèchemedewerker Robert M. rond de tachtig jonge kinderen seksueel misbruikte.¹ Dit misbruik werd in vele gevallen vastgelegd op foto's of films. In zijn woning werden verschillende harde schijven ontdekt, die vol stonden met afbeeldingen van seksueel misbruik van kinderen. De Amsterdamse zedenzaak heeft geleid tot de ontdekking van een groot internationaal kinderpornografienetwerk. Helaas is Robert M. niet de enige. Het misbruik van kinderen laat diepe sporen na en kinderen kunnen voor het leven getraumatiseerd zijn. Het grote verschil tussen echte kinderpornografie en virtuele kinderpornografie is dat er bij virtuele kinderpornografie geen slachtoffer betrokken is. Toch vinden de meeste mensen in Nederland dat alles wat met kinderpornografie te maken heeft, zwaar gestraft moet worden, maar juridisch gezien ligt dit genuanceerder en moet er gekeken worden naar feiten en omstandigheden en niet naar emoties.

Onder kinderpornografie worden afbeeldingen verstaan waarop seksuele gedragingen te zien zijn, waarbij iemand is betrokken of schijnbaar is betrokken die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt. Het moet gaan om een specifieke afbeelding, waarin seksueel misbruik van kinderen of een onnatuurlijke houding van een kind centraal in beeld wordt gebracht.² Het bestanddeel ‘schijnbaar betrokken’ in artikel 240b Sr is in 2002 toegevoegd en heeft betrekking op virtuele kinderpornografie.³ Hiermee wordt de strafbaarstelling van de al bestaande echte kinderpornografie aangevuld.

De rechtvaardiging van de uitbreiding van artikel 240b Sr in 2002 om virtuele kinderpornografie strafbaar te stellen is de bewijspositie van het Openbaar Ministerie (hierna: OM) te versterken. Het OM hoeft niet langer het bewijs te leveren dat het om echte kinderen gaat in pornografisch beeldmateriaal. Dit bewijs is namelijk aan de hand van het beschikbare beeldmateriaal soms niet te leveren, omdat virtuele kinderpornografie niet altijd te

¹ Willems 2011

² Kamerstukken I 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 8.

³ Wet van 13 juli 2002, stb. 388

onderscheiden is van echte kinderpornografie. Ook zou het deel uitmaken van dezelfde markt waarin onderling geruild wordt.⁴ Daarnaast is een andere belangrijke reden dat het kind niet alleen beschermd moet worden tegen de betrokkenheid bij de productie van kinderpornografie, maar ook tegen gedrag waarbij kinderen aangemoedigd of verleid worden deel te nemen aan seksueel gedrag of gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert.⁵

Bij strafbare virtuele kinderpornografie moet het gaan om een realistische afbeelding van een niet bestaand kind, waarbij de afbeelding niet van echt te onderscheiden is.⁶ Volgens de wetgever is kinderpornografie als schilderij, computeranimatie, tekening of in strip- of cartoonvorm niet aan te merken als virtuele kinderpornografie, omdat deze het kenmerk van levensechtheid mist.⁷ Deze uiting van afbeeldingen beoogt niet levensecht seksueel misbruik van kinderen weer te geven en valt daarom buiten de reikwijdte van art 240b Sr.⁸ Het gaat de wetgever er om dat creatieve uitingen van de menselijke geest niet onnodig ingeperkt worden en er geen inbreuk wordt gemaakt op de grondrechten van de persoonlijke levenssfeer en vrijheid van meningsuiting.⁹ Maar is dat wel zo? Wordt er door virtuele kinderpornografie te verbieden niet een inbreuk gemaakt op deze belangrijke grondrechten? In de zaak van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 4 februari 2008¹⁰ kwam de rechter met een strenger criterium dan de wetgever. Hier werd een virtueel filmpje strafbaar geacht, omdat het filmpje door een gemiddeld kind wellicht niet van echt te onderscheiden zou zijn. Dit is een ander criterium dan dat van de wetgever. Was dit criterium wel voorzienbaar voor de verdachte? In de zaak van de rechtbank Rotterdam van 31 maart 2011, oordeelde de rechter een virtuele afbeelding strafbaar 'wanneer deze dermate realistisch is dat deze gebruikt zou kunnen worden als aanmoediging van kinderen om deel te nemen aan seksueel gedrag of gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert'.¹¹ Mede door deze uitspraken is er rechtsonzekerheid ontstaan over virtuele kinderpornografie. Is het bestanddeel 'schijnbaar betrokken' wel voldoende duidelijk en precies? Of is het in strijd met het legaliteitsbeginsel? De centrale vraag in deze scriptie luidt dan ook: *Is het strafbaar stellen van virtuele kinderporno wel rechtmatig?*

In het eerste hoofdstuk van deze scriptie zal de geschiedenis van de (virtuele) kinderpornowetgeving worden besproken. Hierbij zal ook worden gekeken naar het huidige artikel 240b Sr en de belangrijkste bestanddelen van het artikel. Het doel hiervan is inzicht te krijgen hoe de wetgeving tot stand is gekomen. Vervolgens zal in hoofdstuk twee artikel 240b Sr getoetst worden aan het legaliteitsbeginsel. Daarna zal in hoofdstuk drie onderzocht worden of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie in strijd is met de vrijheid van meningsuiting en of deze een inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van mensen. Tot slot zal in het laatste hoofdstuk, de conclusie, een antwoord gegeven worden op de centrale vraag binnen deze scriptie.

⁴ Kamerstukken I 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 3.

⁵ Kamerstukken I 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 2.

⁶ HR 12 maart 2013, LJN BY9719.

⁷ Kamerstukken I 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 2.

⁸ Kamerstukken I 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 2.

⁹ Kamerstukken I 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 8.

¹⁰ Rb. 's-Hertogenbosch 4 februari 2008, LJN BC3225.

¹¹ Rb. Rotterdam 31 maart 2011, LJN BP9776.

Hoofdstuk 1: Een introductie op artikel 240b Sr.

1.1. Inleiding

In het eerste hoofdstuk van deze scriptie wordt de ontstaansgeschiedenis van artikel 240b Sr behandeld. Kennis van de geschiedenis is belangrijk om de problematiek van virtuele kinderpornografie beter te begrijpen. Verder wordt er gekeken naar de belangrijkste ontwikkelingen rond de strafbaarstelling van (virtuele) kinderpornografie, maar ook naar de redenen en het doel van de strafbaarstelling. Ter verduidelijking worden de belangrijkste bestanddelen van artikel 240b Sr in dit hoofdstuk nader uitgelegd.

1.2. Pornografie vanaf 1886

Het Wetboek van Strafrecht is in 1886 in werking getreden. Het strafrecht werd destijds door liberale opvattingen beheerst en men vond dat het beschermen van individuen tegen eigen zedenbederf geen taak van de wetgever was. Deze behoefte alleen te waken tegen het kwetsen van iemand anders eerbaarheid. Pornografie in het algemeen werd strafbaar gesteld in artikel 240 Sr. De strekking van het destijds geldende artikel 240 Sr was om individuen te beschermen tegen opgedrongen confrontatie met pornografie en luidde als volgt:

*Hij die eenige voor de eerbaarheid aanstootelijke afbeelding of vliegend blaadje waarvan hij den inhoud kent, verspreidt, openlijk ten toon stelt, aanslaat of ter verspreiding in voorraad heeft, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van ten hoogste driehonderd gulden.*¹²

Deze liberale opvatting heeft ongeveer 25 jaar stand gehouden en veranderde pas in het begin van de twintigste eeuw. De verandering in deze gedachtegang leidde in 1911 tot een verandering in de zedenwetgeving. Het ging de wetgever niet langer meer om de bescherming van de vrijheid van het individu, maar om het herstel van de zedelijke orde.¹³ Artikel 240 Sr werd zo aangepast dat ook geschriften, voorwerpen en de vervaardigers van pornografie onder de strafbepaling vielen. Dit was in overeenstemming met een internationaal verdrag,¹⁴ gesloten op 4 mei 1910, waarbij Nederland partij was.¹⁵ Hierdoor werd de zedenwetgeving mede op aandringen van het buitenland strenger.¹⁶

Zo kwamen de artikelen 240bis en 451bis in 1911 nieuw in het Wetboek van Strafrecht. In artikel 240bis Sr werd het aanbieden of verstrekken van een aanstotelijk geschrift, afbeelding of voorwerp aan personen beneden de achttien jaar strafbaar gesteld. Het verschil met artikel 240 Sr was dat artikel 240bis Sr het aanbieden of verstrekken van één object strafbaar stelde en artikel 240 Sr sprak over verspreiden van pornografisch materiaal, dus meerdere objecten. Artikel 240bis Sr was een verscherping van de strafbaarstelling om jongeren te beschermen tegen zedenbederf. Artikel 451bis Sr zag toe op de strafbaarstelling van dezelfde categorie objecten, alleen had het artikel een ander uitgangspunt, namelijk dat het pornografisch materiaal geschikt moet zijn 'om de zinnelijkheid van de jeugd te prikkelen'.¹⁷ Hiermee werden objecten bedoeld die verderfelijk kunnen zijn voor het kindergemoed, maar volwassenen niet hoeven te schaden.

¹² Kamerstukken II 1979/80, 15836, nr. 4, p. 9.

¹³ Kamerstukken II 1979/80, 15836, nr. 4, p. 9.

¹⁴ Verdrag tot bestrijding van de handel in vrouwen en meisjes.

¹⁵ Trb.1995, nr. 209.

¹⁶ Kamerstukken II 1979/80, 15836, nr. 4, p. 9.

¹⁷ Kamerstukken II 1979/80, 15836, nr. 4, p. 9.

1.3. Pornografie in de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw

In de jaren zestig veranderde de denkwijze over seksuele uitingen. De preutsheid in Nederland maakte plaats voor een vrijmoedige denkwijze over seks. In tijdschriften, boeken en op de televisie werd steeds meer bloot getoond. De grens, of iets aanstotelijk was voor de eerbaarheid, werd steeds vager, wat zorgde voor bewijsproblemen bij het OM.¹⁸ Hierover kwam pas meer duidelijkheid voor het OM in de jaren zeventig met het Chick-arrest. Hierin gaf de Hoge Raad de volgende definitie van eerbaarheid in de zin van artikel 240 Sr: *‘met eerbaarheid wordt bedoeld de eerbaarheid als algemeen begrip zoals dat moet worden opgevat naar de hier te lande heersende zeden, welke worden bepaald door de bij een belangrijke meerderheid van het Nederlandse volk op dit punt levende opvattingen’*.¹⁹ De veranderde maatschappelijke ontwikkelingen wierpen een mildere blik op de wederrechtelijkheid van bepaalde seksuele uitingen. Een goed voorbeeld hiervan is het Deep Throat-arrest. In deze zaak werd de verdachte vervolgd voor het vertonen van een seksfilm in een bioscoop, wat ‘openlijk tentoonstellen’ opleverde in de zin van artikel 240 Sr. De Hoge Raad oordeelde dat er van aanstotelijk voor de eerbaarheid geen sprake was, omdat de vertoning uitsluitend toegankelijk was voor personen vanaf achttien jaar en ouder. Deze personen waren van te voren op de hoogte van de seksscènes in de film en zij gingen vrijwillig naar de film toe.²⁰

In de jaren zestig en zeventig was er nog geen aparte strafbaarstelling voor kinderpornografie en vielen deze afbeeldingen onder artikel 240 Sr. Kinderen werden pas later als slachtoffer gezien. In deze jaren werd aangenomen dat kinderen vanaf twaalf jaar volwassen genoeg waren om vrijwillig seksuele contacten met volwassenen aan te gaan.²¹ In de jaren zeventig ontstonden er wel langzaamaan maatschappelijke discussies over pedofilie en met name over de schadelijkheid ervan. Destijds waren er ook verenigingen die pleitten voor afschaffing van de strafbaarheid van pedofilie. Een voormalig senator van de Partij van de Arbeid was een lange tijd het boegbeeld van één van deze verenigingen.²² Dit geeft aan dat er toen nog behoorlijk tolerant werd gedacht over pedofilie.

1.4. Het omslagpunt

In de jaren tachtig vertaalde de veranderde denkwijze over seksuele uitingen zich in de wetgeving. In 1985 werd artikel 240 Sr afgezwakt en werden ‘geschriften’ in de zin van dit artikel niet langer aanstotelijk voor de eerbaarheid geacht.²³ Een geschrift moet namelijk gelezen worden en daarom is er niet snel sprake van een ongewilde confrontatie. Verder werd in 1985 artikel 240a in het wetboek van strafrecht opgenomen. Dit artikel beschermt jeugdigen tegen de vertoning van afbeeldingen die schadelijk zijn te achten voor personen beneden de zestien jaar.²⁴ Hiermee werden niet alleen pornografische afbeeldingen bedoeld, maar ook gewelddadige beelden.

De gematigde houding omtrent kinderpornografie was in 1984 nog te zien, toen de Hoge Raad een verdachte van het verschepen van grote partijen kinderpornografie naar het Verenigd Koninkrijk niet wilde uitleveren, omdat het feit in Nederland geen strafbaar feit opleverde. De aanvrager van de pornografie was op de hoogte dat het kinderpornografie betrof en vrijwillige kennisneming van pornografie was niet strafbaar gesteld in Nederland.²⁵

¹⁸ Kamerstukken II 1979/80, 15836, nr. 4, p. 10.

¹⁹ HR 17 november 1970, LJN AB5129.

²⁰ HR 28 november 1978, LJN AC6417.

²¹ Sorgdrager 2003, p. 12.

²² Sorgdrager 2003, p. 61.

²³ Kamerstukken II 1979/80, 15836, nr. 4, p. 12.

²⁴ Kamerstukken II 1980/81, 15836, nr. 6, p. 8.

²⁵ HR 30 oktober 1984, LJN AD7435.

Het uitgangspunt destijds was dat de Staat geen zedenmeester moest spelen. Met het verbod op ongewenste confrontatie met pornografie moest worden volstaan.²⁶

In de jaren tachtig werd er steeds vrijer gedacht over ‘gewone’ pornografie, maar er kwam een omslagpunt in het denken over kinderpornografie. Nederlanders werden minder tolerant en het woord ‘pedofiel’ kreeg een negatieve klank. Dit kwam onder andere door enkele gerucht makende zaken over het seksueel misbruik van jonge kinderen. Een Amerikaanse congrescommissie luidde de noodklok omtrent kinderpornografie in Nederland. Nederland zou volgens de Amerikanen een paradijs zijn voor liefhebbers van kinderpornografie. Kinderpornografie zou geproduceerd worden in Nederland en verscheept worden naar andere delen van de wereld.²⁷ De media speelde hierop in en was een platform voor verontruste ouders. Mede door de publieke onrust omtrent pedofilie en de druk vanuit het buitenland ging ook de politiek zich er mee bemoeien. Dit leidde tot de invoering van artikel 240b Sr bij de Wet van 3 juli 1985, Stb. 385. en de strafbaarstelling luidde als volgt:

‘Met een gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding - of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding - van een seksuele gedraging, waarbij iemand kennelijk de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, is betrokken, hetzij verspreidt of openlijk tentoonstelt, hetzij om verspreid of openlijk tentoongesteld te worden vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert of in voorraad heeft.’²⁸

Opmerkelijk hierbij is het lage strafmaximum in vergelijking met het huidige strafmaximum. Ook was het bezit van een afbeelding voor eigen gebruik destijds nog niet verboden.²⁹

1.5.Aanscherping van artikel 240b Sr.

Tien jaar later wordt bij de wet van 13 februari 1995, Stb 575 artikel 240b Sr ingrijpend gewijzigd. De straffen, die op het artikel stonden, werden verhoogd van drie maanden naar vier jaren of een geldboete van de vijfde categorie. Voor mensen die er een beroep of gewoonte van maakten, werd het strafmaximum verhoogd naar zes jaren of een geldboete van de vijfde categorie. In het tweede lid van het artikel kwam een strafuitsluitingsgrond te staan voor mensen die een dergelijke afbeelding in voorraad hadden waarvan vast stond dat deze voor wetenschappelijke, educatieve of therapeutische doeleinden werd gebruikt. Door de strafverzwaring was nu ook voorlopige hechtenis mogelijk. Hierdoor werd effectief strafrechtelijk optreden vergemakkelijkt en kreeg de politie op voorlopige hechtenis gebaseerde opsporingsbevoegdheden.

Artikel 240b Sr werd aangescherpt, omdat uit onderzoek naar strafzaken bleek dat kinderpornografie in Nederland in omvang en ernst was toegenomen.³⁰ Dit kwam mede door de opkomst van het internet, dat de verspreiding van kinderpornografisch materiaal vergemakkelijkt. De wetgever was van mening dat het oude artikel 240b Sr een effectieve bestrijding van kinderpornografie in de weg stond. Met het oude artikel werd het primaire doel van het artikel – de bescherming van jeugdige (potentiele) slachtoffers van zedendelicten – onvoldoende verzekerd.³¹ Om dit doel te verzekeren was een krachtige bestrijding van zedencriminaliteit noodzakelijk. Voor een effectieve bestrijding moesten alle schakels in de

²⁶ Kamerstukken II 1980/81, 15836, nr. 6, p. 8.

²⁷ Van der Neut 2000, p. 112.

²⁸ Van der Neut 2000, p. 113.

²⁹ Sorgdrager 2003, p. 98.

³⁰ Kamerstukken II 1993/94, 23682, nr. 5, p.1.

³¹ Kamerstukken II 1993/94, 23682, nr. 3, p. 1.

keten binnen de kinderpornografie die enerzijds afhankelijk zijn van de productie daarvan en anderzijds deze bevorderen, strafbaar worden gesteld.

In het oorspronkelijke artikel 240b Sr was oogmerk tot verspreiding of openlijke tentoonstelling vereist. In het nieuwe artikel was dit niet langer vereist, zodat het enkele bezit voor privédoeleinden ook strafrechtelijk vervolgd kon worden. De eerste reden hiervoor was de bewijskwesitie. Het was vaak lastig te bewijzen dat het in voorraad hebben gericht was op het verspreiden of openlijke tentoonstelling. De tweede reden was dat iemand die kinderpornografie bezit voor privédoeleinden, profiteert van zedendelicten die met kinderen zijn gepleegd en mede hierdoor de markt voor kinderpornografie in stand houdt.³² Ook deze schakel moest uit de keten worden gehaald voor een effectieve bestrijding van zedencriminaliteit. Daarbij werd het in voorraad hebben van kinderpornografie voor de handel als een ernstiger feit gezien dan het in voorraad hebben voor eigen gebruik. De minister van Justitie destijds, Hirsch Ballin, was van mening dat deze inmenging in de privésfeer nodig was en aanvaardbaar in het licht van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (hierna: EVRM).³³ In deze bepaling is inmenging in de privésfeer van overheidswege toegestaan *‘voor zover deze bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is ter voorkoming van strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en de vrijheden van anderen’*. Volgens de minister van Justitie is het doel van artikel 240b Sr kinderen te beschermen tegen seksueel misbruik en niet het doel derden te beschermen tegen kennisneming van kinderpornografie.

Vlak na de wetswijziging in 1996 kwam de affaire Dutroux aan het licht. Dutroux is een man van Belgische afkomst die meerdere meisjes heeft ontvoerd, misbruikt, mishandeld en zelfs vermoord. Van het misbruik maakte hij foto's die hij ook verspreidde. Deze zaak leidde in het verband van de Europese Unie tot een resolutie³⁴ van de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken, waarin de lidstaten van de EU zich verplichtten tot strafbaarstelling van allerlei vormen van seksueel misbruik van kinderen en tevens het verspreiden van en het bezit van kinderpornografie.³⁵ In Nederland bestond deze strafbaarstelling al, maar dit was nog niet in alle lidstaten het geval.

1.6.De strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie

Bij de wet van 13 juli 2002, Stb. 388 werd artikel 240b Sr gedeeltelijk gewijzigd. Ten eerste werd de leeftijdsgrens omhoog gebracht van zestien jaar naar achttien jaar. De leeftijdsverhoging betrof een ratificatie van het ILO-verdrag (International Labour Organization), waarbij Nederland partij is.³⁶ In het verdrag wordt namelijk een kind gedefinieerd als een persoon onder de achttien jaar.

Ten tweede werd het bestanddeel ‘in voorraad hebben’ in artikel 240b Sr vervangen door ‘in bezit hebben’. Na de vorige wetswijziging bestond er bij het opsporings- en vervolgingsapparaat onduidelijkheid over het bestanddeel ‘in voorraad hebben’. Viel hier het enkele bezit voor privédoeleinden ook onder? De Hoge Raad verschaftte in de zaak LNJ ZD1030 duidelijkheid over de betekenis van het bestanddeel ‘in voorraad hebben’. Hierbij staat vast dat het in voorraad hebben van een kinderpornografische afbeelding tevens inhoudt

³² Kamerstukken II 1993/94, 23682, nr. 3, p. 2.

³³ Kamerstukken II 1993/94, 23682, nr. 3, p. 3.

³⁴ Resolutie over de mededeling van de Commissie over de bestrijding van kindersekstoerisme (COM(96)0547 C4-0012/97) en het memorandum over de bijdrage van de Europese Unie aan de versterking van de bestrijding van seksueel misbruik en seksuele exploitatie van kinderen (C4-0556/96).

³⁵ Sorgdrager 2003, p. 102.

³⁶ Kamerstukken II 2000/01, 27745, nr. 3, p. 5.

het bezit van een dergelijke afbeelding alsmede het bezit van één of meer afbeeldingen voor eigen gebruik.³⁷

De derde verandering was het schrappen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in het tweede lid van artikel 240b Sr. Hier was, zo bleek, een uitzondering opgenomen voor mensen die een dergelijke afbeelding in voorraad hadden waarvan vast stond dat deze voor wetenschappelijke, educatieve of therapeutische doeleinden werd gebruikt.

De laatste en belangrijkste verandering voor deze scriptie was de toevoeging van het bestanddeel ‘schijnbaar betrokken’. Hiermee wordt virtuele kinderpornografie strafbaar gesteld in 2002. De strafbaarstelling van de reeds bestaande echte kinderpornografie is hierdoor aangevuld en de bepaling luidt als volgt:

1. *Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding - of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding - van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreidt, aanbiedt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert, verwerft of in bezit heeft.*
2. *Met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die van het plegen van een van de misdrijven, omschreven in het eerste lid, een beroep of een gewoonte maakt.*

De extra toevoeging ‘schijnbaar betrokken’ ziet toe op drie gevallen:

1. Een afbeelding van een echt kind;
2. Een afbeelding van een echt persoon die eruit ziet als een kind;
3. Een realistische afbeelding van een niet bestaand kind.³⁸

Deze drie categorieën worden ook gehanteerd in artikel 9 van het Cybercrime-verdrag dat Nederland tekende op 23 november 2001 in Boedapest³⁹ en dit artikel luidt als volgt:

1. *Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the following conduct:*
 - a) *producing child pornography for the purpose of its distribution through a computer system;*
 - b) *offering or making available child pornography through a computer system;*
 - c) *distributing or transmitting child pornography through a computer system;*
 - d) *procuring child pornography through a computer system for oneself or for another person;*
 - e) *possessing child pornography in a computer system or on a computer-data storage medium.*
2. *For the purpose of paragraph 1 above, the term “child pornography” shall include pornographic material that visually depicts:*
 - a) *a minor engaged in sexually explicit conduct;*
 - b) *a person appearing to be a minor engaged in sexually explicit conduct;*
 - c) *realistic images representing a minor engaged in sexually explicit conduct.*

³⁷ HR 21 april 1998, LJN ZD1030.

³⁸ Kamerstukken II 2000/01, 27745, nr. 6, p. 8.

³⁹ Koops 2003, p. 1.

3. *For the purpose of paragraph 2 above, the term "minor" shall include all persons under 18 years of age. A Party may, however, require a lower age-limit, which shall be not less than 16 years.*
4. *Each Party may reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraphs 1, sub-paragraphs d. and e, and 2, sub-paragraphs b. and c.*

De strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie kwam mede op aandringen van de VS, die ook partij is bij dit verdrag, tot stand.⁴⁰ Het doel van het Cybercrime-verdrag is om wereldwijd de computercriminaliteit aan te pakken. Het verspreiden van kinderpornografie werd door de komst van het internet een stuk makkelijker en kan via internet over de hele wereld verspreid worden. Voordat Nederland het verdrag ondertekende, heerste de opvatting bij de wetgever dat kinderpornografie alleen strafwaardig was, wanneer er daadwerkelijk kinderen werden misbruikt. Virtuele kinderpornografie werd daarom niet strafbaar geacht.⁴¹ Toch koos Nederland voor de strafbaarstelling ervan, terwijl het een voorbehoud had kunnen maken op dit punt. In artikel 9 lid 4 van het Cybercrime-verdrag staat namelijk dat de verdragstaten vrijgelaten worden om de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie in hun wetgeving op te nemen. Hier is dus geen sprake van een verdragsverplichting. De Nederlandse wetgever veranderde van mening en heeft voor een algehele strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie gekozen, omdat hij vindt dat het één markt betreft waar beide vormen van kinderpornografie door elkaar heen lopen. Voor een effectieve aanpak van kinderpornografie is het volgens de wetgever nodig om ook virtuele kinderpornografie aan te pakken.⁴²

De andere reden waarom Nederland voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie koos was, omdat de moderne technische ontwikkelingen bewijsproblemen veroorzaakten bij het OM. Het OM zou elke keer moeten onderzoeken, of er een echt kind bij het pornografische materiaal betrokken is of niet.⁴³ Met moderne computertechnieken zijn namelijk films te maken die niet van echt te onderscheiden zijn. Ook is de wetgever van mening dat kinderen beschermd moeten worden tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag en gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert.⁴⁴ De wetgever vindt dat virtuele kinderpornografie meehelpt de kinderpornografiemarkt in stand te houden en misbruik van kinderen bevordert.⁴⁵ De wetgever beschikt echter niet over onderzoeksgegevens of virtuele kinderpornografie daadwerkelijk het misbruik van kinderen bevordert.⁴⁶ De onderbouwing van de strafbaarstelling voor virtuele kinderpornografie is niet empirisch onderbouwd. Toch worden belangrijke grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, beperkt door de argumenten van de wetgever. In hoofdstuk drie zal uitvoerig worden ingegaan op deze grondrechten in het verband met de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie. Doordat de wetgever van mening is dat virtuele kinderpornografie misbruik bevorderend werkt, stond hij ook niet open voor omkering van de bewijslast.⁴⁷ Dit zou inhouden dat, wanneer de verdachte kan bewijzen dat het kinderpornografisch materiaal virtueel is in plaats van echt, de verdachte niet strafbaar is. Wel acht de wetgever virtueel kinderpornografisch materiaal minder strafwaardig dan echte kinderpornografie omdat er geen echt kind misbruikt is. Toch

⁴⁰ Kamerstukken I 2000/01, 27745, nr. 299b, p. 6.

⁴¹ Kamerstukken I 1994/95, 23682, nr. 250b, p. 3.

⁴² Handelingen I 2001/02, 34, p. 1701.

⁴³ Kamerstukken I 2000/01, 27745, nr. 299b, p. 7.

⁴⁴ Kamerstukken I 2000/01, 27745, nr. 299b, p. 2.

⁴⁵ Handelingen I 2001/02, 34, p. 1660.

⁴⁶ Handelingen I 2001/02, 34, p. 1702.

⁴⁷ Kamerstukken II 2001/02, 27745, nr. 6, p. 9.

zijn beide vormen van kinderpornografie vastgelegd in één artikel en bedreigd met hetzelfde strafmaximum, waarbij ingrijpende opsporingsbevoegdheden zijn toegelaten.⁴⁸

1.7.De uitspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof

Zoals in de vorige paragraaf was te lezen, kwam het strafbaar stellen van virtuele kinderpornografie mede tot stand op aandringen van de V.S. De bepaling over virtuele kinderpornografie in het Cybercrime-verdrag is dan ook vrijwel letterlijk overgenomen uit de Amerikaanse Child Pornography Prevention act⁴⁹ van 1996. De V.S. had virtuele kinderpornografie al strafbaar gesteld in 1996.⁵⁰ In 2002 wordt de wet, waarin virtuele kinderpornografie strafbaar wordt gesteld, echter als ongrondwettig beoordeeld door het federale Hooggerechtshof van de V.S. Het Hooggerechtshof haalde de vier rechtvaardigingsgronden, die Nederland ook aanvoert voor de strafbaarstelling, één voor één onderuit.⁵¹

Het eerste argument, dat virtuele kinderpornografie gebruikt kan worden voor het verleiden van echte kinderen, is volgens het Hooggerechtshof geen reden voor een verbod. Snoepgoed of cartoons kunnen kinderen ook verleiden en deze leiden ook niet tot een strafbaarstelling. Het tweede argument, dat virtuele kinderpornografie stimulerend kan werken voor pedofielen om kinderen te misbruiken gaat ook niet op. Het Hooggerechtshof is van mening dat wetgeving niet gebaseerd mag worden op de wenselijkheid iemands privégedachten te controleren. Vervolgens is het Hooggerechtshof het ook niet eens met het argument dat virtuele kinderpornografie en echte kinderpornografie deel uitmaken van dezelfde markt en dat een onderscheid moeilijk te maken is. Wanneer dit wel het geval zou zijn, zouden makers van kinderpornografie kiezen voor virtuele kinderpornografie om zo het risico om gepakt te worden voor kindermisbruik te voorkomen. Als laatste argument werd het bewijsprobleem aangekaart. Volgens het Hooggerechtshof is dit in strijd met de vrijheid van meningsuiting. De geoorloofdheid van een uiting kan niet afhangen van de ongeoorloofdheid van een andere uiting.⁵² Pornografie valt onder de vrijheid van meningsuiting. Als grond voor een beperking van dit grondrecht in het geval van kinderpornografie is de schadelijkheid voor het kind. Bij virtuele kinderpornografie wordt geen echt kind misbruikt en ontbreekt deze schadelijkheid. Het maken van dit virtuele materiaal is dan in de fantasie van de maker ontstaan en behoort tot de vrijheid van meningsuiting. Virtuele kinderpornografie te verbieden, omdat het anders voor bewijsproblemen kan zorgen, is daarom niet gerechtvaardigd. De Nederlandse regering is het niet eens met de uitspraak van het Hooggerechtshof van de V.S. en stelt dat de uitspraak slechts als een inspiratie kan dienen voor een zorgvuldige beoordeling in het Nederlandse recht.⁵³ Binnen Europa is de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie wenselijk en wordt het juridisch aanvaardbaar geacht, aldus minister Korthals. Daar kan de uitspraak van het Hooggerechtshof volgens hem niets aan afdoen.⁵⁴ Volgens de Nederlandse regering is de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie niet in strijd met de Nederlandse Grondwet (hierna: Gw) of het EVRM. De inbreuken op grondrechten zijn gerechtvaardigd en beperkt.⁵⁵

⁴⁸ Kamerstukken I 2001/02, 27745, nr. 299b, p. 8.

⁴⁹ Federale wetgeving

⁵⁰ Kuitenbrouwer 2002.

⁵¹ Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition 535 U.S. 234 (2002).

⁵² Kuitenbrouwer 2002.

⁵³ Handelingen I 2001/02, 34, p. 1696

⁵⁴ Handelingen I 2001/02, 34, p. 1702

⁵⁵ Kamerstukken I 2001/02, 27745, nr. 299b, p. 7.

1.8.Recente wetwijzigingen betreffende artikel 240b Sr.

Bij de wet van 12 juni 2009, Stb. 245 werd artikel 240b Sr weer gewijzigd. Het strafmaximum in het tweede lid van het artikel is verhoogd van zes jaar naar acht jaar. In dit lid staan de strafverzwarende omstandigheden (beroep of gewoonte). Door de verhoging worden de opsporingsmogelijkheden verruimd en behoort bijvoorbeeld artikel 126l Sv, het opnemen van vertrouwelijke communicatie, tot de opsporingsbevoegdheden.⁵⁶ Dit artikel kan van belang zijn in een onderzoek naar kinderpornografie. Verder wil de wetgever met de strafverzwaring aangeven dat artikel 240b lid 2 Sr als een zeer ernstig strafbaar feit wordt geacht.

In 2010 leidde de ratificatie van het Verdrag van Lanzarote tot de strafbaarstelling van het zich toegang verschaffen tot kinderpornografie door middel van informatie- en communicatietechnologie.⁵⁷ Deze aanscherping werd nodig geacht om buiten twijfel te stellen dat ook afbeeldingen die met nieuwe technologische middelen worden verspreid onder deze strafbepaling vallen.⁵⁸

1.9. Het huidige kinderpornografie artikel

Het huidige artikel 240b Sr luidt als volgt:

- 1. Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding - of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding - van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreidt, aanbiedt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert, verwerft, in bezit heeft of zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft.*
- 2. Met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die van het plegen van een van de misdrijven, omschreven in het eerste lid, een beroep of een gewoonte maakt.*

Om een goed beeld te krijgen, wat het huidige artikel 240b Sr betekent en inhoudt, worden hieronder de belangrijkste bestanddelen van het artikel behandeld.

1.9.1. Afbeelding

Onder virtuele kinderpornografie wordt een realistische pornografische afbeelding van een schijnbaar kind verstaan.⁵⁹ Op de afbeelding is een schijnbaar kind te zien, waarmee een zedendelict wordt gepleegd of een schijnbaar kind in een seksueel getinte pose. Foto's of films hebben in het algemeen het vermogen om levensechtheid weer te geven. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat de wetgever kinderpornografie in de vorm van een schilderij, computeranimatie of tekening wilde uitzonderen van strafbaarheid, omdat die het kenmerk van levensechtheid missen. Het beoogt niet levensecht seksueel misbruik van kinderen weer te geven en valt daarom buiten de reikwijdte van artikel 240b Sr.⁶⁰ Zoals reeds in de inleiding bleek, oordeelde de rechtbank 's-Hertogenbosch⁶¹ anders. Voor het eerst in Nederland vond er een veroordeling plaats voor virtuele kinderpornografie. In deze zaak liet de verdachte een animatiefilmpje zien aan een jong kind. In dit animatiefilmpje was te zien hoe een jong meisje

⁵⁶ Kamerstukken II, 2007/08, 31386, nr. 3, p. 19.

⁵⁷ Wet van 26 november 2009, Stb 544.

⁵⁸ Koops 2007, p.62.

⁵⁹ Kamerstuk I 2001/02, 27745, nr. 299b, p. 2.

⁶⁰ Kamerstuk I 2001/02, 27745, nr. 299b, p. 2.

⁶¹ Rb. 's-Hertogenbosch 4 februari 2008, LJN BC3225.

van ongeveer acht jaar oud een man seksueel bevredigt. Voor een volwassene was te zien dat dit filmpje niet echt was. De rechter oordeelde dat het filmpje bedoeld was om kinderen te verleiden tot seksuele handelingen en dat daarom een volwassene niet als ‘criteriumfiguur’ moet worden gekozen, maar het gemiddelde kind. Voor een gemiddeld kind kan het beeldmateriaal wel realistisch zijn. De rechtbank geeft hier een ruime definitie van het begrip realistisch en verwijst hier naar één van de ratio’s van de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie. Die ratio luidt volgens de rechtbank als volgt: *‘het gaat niet alleen om de bescherming van kinderen tegen de betrokkenheid bij de productie van kinderpornografie, maar ook om bescherming tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag, dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert’*.⁶² Hierbij is het dus niet meer relevant of het een echt kind betreft of een virtueel kind.

1.9.2. Schijnbaar betrokken

Met het bestanddeel ‘schijnbaar betrokken’ wordt onder andere virtuele kinderpornografie bedoeld. Het gaat om pornografisch materiaal van een niet bestaand kind. Zoals eerder vermeld moet de afbeelding realistisch zijn. Met moderne computertechnieken zijn er bijvoorbeeld films te maken die niet van echt te onderscheiden zijn, maar ook foto’s kunnen met behulp van fotobewerkingssoftware bewerkt worden op zodanige wijze, dat het lijkt op kinderpornografie. Door virtuele kinderpornografie strafbaar te stellen hoeft het OM niet meer te bewijzen dat de kinderpornografische afbeeldingen een echt kind bevatten. Dit bewijs is namelijk soms moeilijk te leveren, omdat de virtuele afbeeldingen levensecht kunnen lijken. In het tweede hoofdstuk van deze scriptie zal dieper worden ingegaan op ‘schijnbaar betrokken’ in de zin van artikel 240b Sr en de ruime formulering van dit bestandsdeel.

1.9.3. Seksuele gedraging

Met ‘seksuele gedraging’ in de zin van artikel 240b Sr wordt een afbeelding van een kind bedoeld, waarmee bijvoorbeeld een zedendelict wordt gepleegd. Hierbij kan gedacht worden aan de zedendelicten in de artikelen 242 Sr e.v., maar het kan ook een afbeelding van een kind in een seksueel getinte pose betreffen.⁶³ In de afbeelding kunnen bepaalde voorwerpen en kleding meewegen voor de beoordeling of er sprake is van een seksuele gedraging. Het kan hierbij gaan om een echt kind, maar ook om een virtueel kind. Daarom is het niet van belang dat het kind in de afbeelding geschaad wordt.⁶⁴

In 1990 oordeelde de Hoge Raad dat onder een seksuele gedraging in de zin van artikel 240b Sr, ook een afbeelding moet vallen van een kind in een zodanige houding dat daarmee kennelijk het opwekken van een seksuele prikkeling wordt beoogd.⁶⁵ Destijds reageerde de minister van justitie, Sorgdrager, hierop in een kamerstuk.⁶⁶ Zij geeft hierin duidelijkheid omtrent het begrip ‘seksuele gedraging’. Dit gebeurde, omdat naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad kamervragen waren gesteld door verschillende politieke partijen. Volgens minister Sorgdrager gaat het te ver dat, wanneer de houding van een kind een seksuele prikkeling teweeg kan brengen bij iemand die naar de afbeelding kijkt, dit moet gelden als uitgangspunt voor de vraag, of iets gedefinieerd kan worden als een seksuele gedraging. Dit zou betekenen dat een afbeelding van een naakt kind al onder de strafbepaling zou vallen, omdat een pedofiel door de afbeelding een seksuele prikkeling kan krijgen.

⁶² Rb. ’s-Hertogenbosch 4 februari 2008, LJN BC3225.

⁶³ Kamerstukken II 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 8.

⁶⁴ HR 7 december 2010, LJN BO6446.

⁶⁵ HR 6 maart 1990, LJN ZC8494.

⁶⁶ Kamerstukken II 1994/95, 23682, nr. 5, p.9.

Volgens de minister moet het gaan om een gedraging die, als ze wordt vastgelegd, schadelijk is voor het kind. Hierbij kan de gedraging als zodanig schadelijk zijn voor het kind, maar ook de publicatie daarvan. Dat de afbeelding wordt gemaakt en verspreid met het doel anderen seksueel te prikkelen is bijzaak. Het doel van artikel 240b Sr moet zijn het kind beschermen tegen seksuele exploitatie.

In een recente zaak beoordeelde de Hoge Raad⁶⁷ het bestanddeel ‘seksuele gedraging’ strenger dan minister Sorgdrager. Hij is van mening dat artikel 240b Sr toeziet op een afbeelding van een gedraging van expliciet seksuele aard. Hieronder valt ook het op zinnenprikkelende wijze tonen van geslachtsdelen of de schaamstreek. Het gaat hierbij om een gedraging die reeds door haar karakter strekt tot het opwekken van seksuele prikkelingen. Ten tweede ziet artikel 240b Sr volgens de Hoge Raad toe op een afbeelding die door de wijze waarop deze tot stand is gekomen eveneens strekt tot het opwekken van seksuele prikkeling. Hierbij kan het gaan om een afbeelding van iemand in een houding of omgeving die weliswaar op zichzelf of in andere omstandigheden ‘onschuldig’ zou kunnen zijn, maar die in het concrete geval een onmiskenbaar seksuele strekking heeft.⁶⁸ Het gaat hier dus niet alleen om de bescherming van kinderen tegen de betrokkenheid bij de productie van kinderpornografie, maar ook om bescherming tegen het in omloop brengen van afbeeldingen die seksueel misbruik suggereren.

In de zaak van de zwemleraar Benno L.⁶⁹ deed zich de vraag voor of de afbeeldingen die de zwemleraar maakte van blote meisjes, die zich in het kleedhokje op natuurlijke wijze gedroegen, als kinderpornografie konden worden aangemerkt. Het Hof vond van wel, omdat de intentie van de zwemleraar hier van belang was. Hij wilde zijn collectie als voyeur uitbreiden. Hiermee waren de afbeeldingen bedoeld om seksueel te prikkelen. Op deze uitspraak kwam kritiek in de noot van Schalken. Hij is van mening dat enkel de intentie van de maker niet voldoende is om een afbeelding te definiëren als ‘seksuele handeling’. Een onschuldige foto van een naakt spelend kind op het strand kan niet door de doelstelling van het bezit of het gebruik in de categorie strafbare kinderpornografie vallen. Iets wat niet strafbaar is, kan in het strafrecht niet strafbaar worden door wat zich in iemands hoofd afspeelt. Een deel van de strafbaarheid moet dus al in de afbeelding zelf besloten liggen.⁷⁰ Uit de genoemde arresten blijkt dat er nog steeds veel onduidelijkheid bestaat over het bestanddeel ‘seksuele gedraging’ en dat jurisprudentie in de toekomst meer duidelijkheid zal moeten verschaffen.

1.9.4. Kennelijk

In artikel 240b Sr wordt met ‘iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt’ bedoeld dat het pornografische beeldmateriaal geen personen onder de achttien jaar mag bevatten. Het woord ‘kennelijk’ houdt in dat de echte leeftijd niet bewezen hoeft te worden. Het is opgenomen in artikel 240b Sr om te voorkomen dat het OM moet bewijzen hoe oud het kind is in het pornografische materiaal.⁷¹ Dit is lastig te bewijzen, omdat de identiteit van het afgebeelde kind vaak onbekend is bij het OM. Kinderpornografie gaat de hele wereld over door middel van het internet en kan overal geproduceerd zijn. Helemaal lastig te bewijzen is de leeftijd van een virtueel kind, omdat dit niet echt bestaat. De leeftijd is daarom geobjectiveerd. Dit betekent dat het objectieve bestanddeel ‘achttien jaar’ in artikel 240b Sr onttrokken is aan het schuldverband. De dader, die zich schuldig maakt aan artikel

⁶⁷ HR 7 december 2010, LJN BO6446.

⁶⁸ HR 7 december 2010, LJN BO6446.

⁶⁹ Hof 's-Hertogenbosch 26 mei 2011, LJN BQ6181.

⁷⁰ Hof 's-Hertogenbosch 26 mei 2011, LJN BQ6181.

⁷¹ Machielse 2012

240b Sr, hoeft niet te weten dat het kind jonger dan achttien jaar was. Het strafbare feit kan ook bewezen worden als de dader er van overtuigd is dat het kind ouder was. Dit blijkt onder andere uit de zaak LJN CA2370. In deze zaak had de verdachte pornografisch materiaal gedownload van een website die claimde dat alle modellen achttien jaar of ouder waren. De verdachte deed hier een beroep op feitelijke dwaling, omdat er bij de verdachte een onjuiste voorstelling van zaken aanwezig was. De verdachte ging ervan uit dat de modellen op de website achttien jaar of ouder waren en hij had niet de intentie kinderpornografie te downloaden. De leeftijd van de modellen op de afbeeldingen wordt door de politie geschat tussen de zestien en achttien jaar oud. De rechtbank verwerpt het beroep op verontschuldigbare dwaling, omdat het niet van belang is of de modellen in werkelijkheid de leeftijd van achttien jaar al hadden bereikt. Het gaat naar de tekst en strekking van artikel 240b Sr erom of de betreffende modellen aan de hand van de uit de afbeeldingen blijkende uiterlijke lichaamskenmerken jonger dan achttien jaar ogen. Daarom kan de disclaimer in relatie tot artikel 240b Sr niet de beoogde dwaling tot gevolg hebben.⁷²

De leeftijd van de kinderen in het pornografische materiaal wordt geschat door te kijken naar uiterlijke lichaamskenmerken die een indicatie van de leeftijd kunnen geven. Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter zijn eigen waarneming als bewijs kan gebruiken, maar ook de waarnemingen van bijvoorbeeld verbalisanten die de afbeeldingen bestempelen als kinderpornografie.⁷³ Door de politie wordt vaak gebruik gemaakt van de tabellen van Tanner om de leeftijd van kinderen in pornografisch materiaal te schatten. In deze tabellen worden de ontwikkelingsstadia van uitwendige geslachtskenmerken weergegeven. De Tanner-criteria worden algemeen aanvaard in de Nederlandse rechtspraak. Volgens de raadvrouw van de verdachte in de zaak LJN BB4853 zijn de Tanner-criteria niet altijd betrouwbaar en getuigendeskundigen zijn dan ook terughoudend, wanneer materiaal oudere kinderen betreft. De raadvrouw refereert hierbij naar een brief die is gepubliceerd in het blad *Pediatrics* in 1998.⁷⁴

Het is niet van belang of het kind in werkelijkheid de leeftijd van achttien jaar al heeft bereikt. Voor tegenbewijs door de verdediging is geen plaats.⁷⁵ Dit betekent dat, als de betrokkene in de pornografische beelden negentien jaar oud is, maar een zeer jeugdig uiterlijk heeft, deze beelden toch strafbaar zijn op grond van artikel 240b Sr. Deze persoon zou dan ook niet vrijwillig kunnen spelen in een pornofilm. Hier kan de vraag gesteld worden of de reclamespotjes op de Nederlandse televisie, die na een bepaald tijdstip worden uitgezonden, ook strafbaar zijn. In deze reclamespotjes worden tienermeisjes aangeboden die er 'lekker jong' uitzien. Waarschijnlijk zijn deze meisjes wel ouder dan achttien jaar, maar het doel van de reclamespotjes is kennelijk mannen te prikkelen die op jonge meisjes vallen. Vallen deze reclamespotjes dan ook niet onder de categorie 'subcultuur' waarmee de kinderpornografie markt in stand wordt gehouden? Het doel van artikel 240b Sr is minderjarigen beschermen en niet meerderjarigen. Het lijkt erop dat de bewijskwesitie van het OM, waar veel gewicht aan toegekend wordt, hier niet meer van toepassing is. Omgekeerd zouden kinderen van bijvoorbeeld zeventien jaar oud niet beschermd worden door artikel 240b Sr, wanneer ze er qua uiterlijke kenmerken ouder uitzien. Dit geldt natuurlijk niet voor virtuele kinderpornografie, omdat deze kinderen niet echt bestaan. Dan kan er ook geen tegenbewijs geleverd worden voor de leeftijd en zal het afhangen van de beoordeling van de rechter.

⁷² Rb. Oost-Brabant 7 juni 2013, LJN CA2370.

⁷³ HR 7 december 2004, LJN AQ8936.

⁷⁴ HR 15 januari 2008, LJN BB4853.

⁷⁵ HR 18 november 2008, LJN BF0170.

1.10. Strafuitsluitingsgronden

Zoals eerder in dit hoofdstuk genoemd werd bij de wet van 13 februari 1995, Stb 575 in het tweede lid van artikel 240b Sr een strafuitsluitingsgrond opgenomen voor mensen die kinderpornografische afbeeldingen in voorraad hadden, waarvan vast stond dat deze voor wetenschappelijke, educatieve of therapeutische doeleinden werden gebruikt. Hierbij kan gedacht worden aan afbeeldingen die dienen voor het onderwijs aan politiefunctionarissen of materiaal dat gebruikt wordt tijdens therapie door een seksueel psychiater.⁷⁶ Na het verwijderen van deze strafuitsluitingsgrond gelden er geen geschreven bijzondere strafuitsluitingsgronden meer voor artikel 240b Sr. De reden voor het verwijderen was dat het risico van onbeperkte spreiding groot was door het digitale karakter van de afbeeldingen. In een rapport van het Verwey-Jonker Instituut (2006) komt naar voren dat de strafuitsluitingsgrond nog altijd toegepast kan worden, omdat er gebruik kan worden gemaakt van het opportuniteitsbeginsel.⁷⁷ Het OM kan afzien van de vervolging, als gezien het doel van het aanwezige kinderpornografische materiaal de vervolging niet opportuun is.

De wetgever is er vanuit gegaan dat kinderpornografie schadelijk is voor kinderen. De schadelijkheid is geen bestanddeel in artikel 240b Sr, maar is een gegeven. Het ontbreken van de schade kan in een concreet geval een omstandigheid zijn waarmee rekening wordt gehouden of een vervolging opportuun is of niet.⁷⁸ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn, wanneer een jongen van achttien jaar naaktfoto's maakt van zijn zestienjarige vriendin, die hier vrijwillig mee akkoord is gegaan. Wanneer de foto's niet verspreid worden, zal het OM niet snel overgaan tot vervolging.

In het Cybercrime-verdrag is ook een strafuitsluitingsgrond opgenomen die Nederland niet heeft. Namelijk dat de vervaardiger van realistische virtuele kinderpornografie, waaraan geen echt kinderpornografisch materiaal ten grondslag heeft gelegen, dit in bezit mag hebben voor eigen gebruik.⁷⁹ Het is natuurlijk niet altijd te bewijzen of er echte kinderpornografie ten grondslag heeft gelegen aan het maken van het virtuele materiaal of dat het om de fantasie van de maker gaat. Schilderijen, computeranimatie, tekening of in strip- of cartoonvorm gelden volgens de wetgever niet als virtuele kinderporno, omdat zij het kenmerk van levensechtheid missen, maar ook bij deze vormen van pornografie kan echte kinderpornografie ten grondslag hebben gelegen. Bij virtuele kinderporno voor eigen gebruik is geen concreet slachtoffer betrokken, ook wordt de markt van kinderpornografie niet in stand gehouden. Toch is de wetgever van mening dat het seksueel misbruik van kinderen suggereert en daarom niet toegestaan moet worden.

1.11. Theorieën over pornografie

In de vorige paragrafen is naar voren gekomen dat de wetgever van mening is dat kinderpornografie misbruik bevorderend werkt. Ook is aangehaald dat dit niet wetenschappelijk bewezen is. Uit een onderzoek van de Amerikaan Milton Diamond en de Tsjechen Eva Jozifkova en Petr Weiss bleek juist dat na de val van het IJzeren Gordijn het bezit van kinderporno in Tsjechië legaal werd, er een afname plaatsvond van het aantal gerapporteerde gevallen van kindermisbruik.⁸⁰ Toch is er weinig bekend over de invloed van kinderpornografie op pedofielen. Wel zijn er verschillende theorieën bekend over volwassenpornografie. De belangrijkste twee theorieën zijn de sociale leertheorie en de catharsistheorie. De sociale leertheorie houdt in dat mensen gedragsmogelijkheden leren door

⁷⁶ Kamerstukken II 1994/95, 23682, nr. 14, p. 1.

⁷⁷ Lunnemann e.a. 2006, p 11

⁷⁸ Kamerstukken II 2001/02, 27745, nr. 6, p. 11.

⁷⁹ Kamerstukken I 2001/02, 27745, nr. 299b, p. 7.

⁸⁰ <http://phys.org/news/2010-11-legalizing-child-pornography-linked-sex.html> (geraadpleegd op 12 maart 2014).

te kijken naar pornografie. Dat wil niet direct zeggen dat het ook tot navolgingsdrang leidt.⁸¹ Uit onderzoek is wel aannemelijk geworden dat volwassenpornografie seksueel gedrag kan beïnvloeden. Dit werd ook aannemelijk geacht ten aanzien van agressieve pornografie. Maar het is onwaarschijnlijk dat deze agressieve pornografie de directe oorzaak is voor aanranding en verkrachting. Een soortgelijk effect wordt ook verondersteld bij kinderpornografie.⁸² Bij de sociale leertheorie zijn nog verschillende andere factoren van belang. Namelijk: wordt het uitgebeelde gedrag positief of negatief ervaren en voorgesteld? Vindt de kijker het materiaal opwindend en past het uitgebeelde gedrag bij gedrag waar de kijker al toe geneigd is?⁸³ Daarom is het niet zomaar vast te stellen dat kinderpornografie leidt tot kindermisbruik. De persoon moet het misbruik als iets positiefs, opwindends ervaren en al een seksuele voorkeur voor kinderen hebben.

De catharsistheorie wordt ook wel de ‘theorie van de uitlaatklep’ genoemd. Het houdt in dat het kijken naar pornografisch materiaal ontladend werkt. Dit kan ook het geval zijn bij virtuele kinderpornografie. Door te kijken naar virtuele kinderpornografie kunnen pedofielen een onschadelijke uitlaatklep hebben, waardoor ze zich minder snel aan echte kinderen vergrijpen. Beide theorieën zijn aannemelijk, maar de resultaten uit onderzoeken leveren onvoldoende bewijs.⁸⁴ Dezelfde discussie wordt ook gevoerd op het gebied van gewelddadige videospelletjes. Door deze te spelen zouden kinderen aangezet worden tot agressie en geweld, maar ze zijn niet verboden. De sociale leertheorie is op het gebied van kinderpornografie aannemelijk en het risico op schade bij kinderen levert een grond op voor de strafbaarstelling. Dit geldt echter niet voor virtuele kinderpornografie waarbij geen echte kinderen bij betrokken zijn en dus geen directe schade optreedt.

⁸¹ De Hullu 1984, p. 40.

⁸² De Hullu 1984, p. 82.

⁸³ De Hullu 1984, p. 40.

⁸⁴ De Hullu 1984, p. 59.

Hoofdstuk 2: Virtuele kinderpornografie getoetst aan het legaliteitsbeginsel

2.1. Inleiding

In het tweede hoofdstuk van deze scriptie wordt onderzocht of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie in strijd is met het legaliteitsbeginsel. Het legaliteitsbeginsel is een essentieel onderdeel van onze rechtsstaat en beschermt burgers tegen willekeurig ingrijpen van de overheid. In het bijzonder wordt gekeken naar het lex certa beginsel en het verbod op analogie, twee subbeginselen van het legaliteitsbeginsel. Ter verduidelijking wordt hierbij gebruik gemaakt van de eerder behandelde uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch.⁸⁵ Hierbij zal niet alleen naar het 'Nederlandse' legaliteitsbeginsel in artikel 1 Sr worden gekeken, maar ook naar artikel 7 EVRM. Deze twee artikelen zijn nauw met elkaar verbonden en hierdoor lastig te scheiden. In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk zal de rol van het opportuniteitsbeginsel worden behandeld en de mogelijke strijd die het oplevert met de rechtszekerheid van de verdachte betreffende de vervolging van niet-levensechte virtuele kinderpornografie.

2.2. Het legaliteitsbeginsel

Eén van de grondbeginselen van het Nederlandse strafrecht is de rechtzekerheidsgedachte. Deze is uitgewerkt in artikel 16 Gw en artikel 1 Sr en luidt als volgt: '*Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling*'. De regel staat anders bekend als '*nulla poena sine praevia lega poenali*'⁸⁶ of als het legaliteitsbeginsel.⁸⁷ Niet alleen in het Nederlandse recht is dit beginsel stevig verankerd, ook in verschillende mensenrechtenverdragen is het vastgelegd.⁸⁸ Het uitgangspunt van het legaliteitsbeginsel is ontstaan tijdens de Verlichting en beschermt burgers tegen willekeurig ingrijpen van de overheid. Bestrafing is namelijk een zeer ingrijpende vorm van machtuitoefening door de overheid en moet als een ultimum remedium⁸⁹ worden beschouwd. Vanuit het schuldgezichtspunt mag niemand worden gestraft indien hij niet wist of kon weten dat zijn gedrag strafbaar was.⁹⁰ De burger moet de mogelijkheid hebben zijn gedrag op de strafwet af te stemmen en daarom kan het legaliteitsbeginsel gezien worden als waarborg voor de burger tegen willekeur van de overheid. Het legaliteitsbeginsel vereist een geschreven wettelijke strafbepaling, die kenbaar is voor burgers en geschreven in de Nederlandse taal. Uit het legaliteitsbeginsel kunnen vier subbeginselen worden afgeleid:⁹¹

1. Geschreven wettelijke strafbepaling (vereist is een geschreven strafbepaling die een basis heeft in een wet afkomstig van de formele wetgever).
2. Het verbod van terugwerkende kracht (de wetgever mag niet met terugwerkende kracht gedragingen strafbaar stellen).
3. Lex certa beginsel (Bestimmtheitsgebot).
4. Het verbod van analogie.

⁸⁵ Rb. 's-Hertogenbosch 4 februari 2008, LJN BC3225.

⁸⁶ Von Feuerbach formuleerde de regel in 1801 voor het eerst in Latijn.

⁸⁷ De Jong & Knigge 2003, p. 31.

⁸⁸ Artikel 7 EVRM en artikel 15 IVBP

⁸⁹ Latijn voor 'uiterste middel'.

⁹⁰ De Hullu 2012, p. 81.

⁹¹ De Jong & Knigge 2003, p. 34.

Voor het onderwerp van deze scriptie zijn het lex certa beginsel en het verbod van analogie met name van belang. In de volgende paragrafen zal dan ook uitgebreid worden ingegaan op deze twee subbeginselen. Ondanks dat het lex certa beginsel niet expliciet in artikel 1 Sr is opgenomen, is de Hoge Raad van mening dat het lex certa beginsel in artikel 1 Sr besloten ligt.⁹²

2.3. Het lex certa beginsel

De rechtszekerheid is gediend met een zo nauwkeurig mogelijke omschrijving van strafbare feiten en de straffen die er op staan. Op deze manier weet de burger van te voren wat hij kan verwachten. Vage delictsomschrijvingen leiden tot rechtsonzekerheid en bieden bovendien onvoldoende mogelijkheden voor een succesvolle strafvervolging.⁹³ Het lex certa beginsel houdt in dat een delictsomschrijving voldoende duidelijk, kenbaar en voorzienbaar moet zijn.⁹⁴ Het is daarom van belang dat het recht toegankelijk is voor burgers en dat nieuwe rechtspraak regelmatig gepubliceerd wordt. Wanneer een delictsomschrijving te vaag is, kan deze onverbindend verklaard worden. Dit gebeurt echter zelden.⁹⁵ Volgens Buruma is dit mede te verklaren door de vrees van de rechter dat hij zich daarmee schuldig maakt aan de toetsing van de innerlijke waarde van de wet, die in strijd is met artikel 11 Wet algemene bepalingen (hierna:AB).⁹⁶ Artikel 11 Wet AB bepaalt voor de rechter dat hij moet rechtspreken volgens de wet. Zijn persoonlijke mening is hierbij niet van belang. Het hangt dan ook van vele factoren af of een strafbepaling voldoende precies en duidelijk is. Deze factoren kunnen onder andere zijn de geldende maatschappelijke opvattingen, eerdere jurisprudentie, interpretatiemethoden en de feiten en omstandigheden van het geval. Al deze factoren worden door rechters verschillend gewaardeerd en geïnterpreteerd, hetgeen verschillende uitkomsten oplevert. Toch is de rechter door het lex certa beginsel beperkt in zijn vrijheid om een strafbepaling naar eigen inzicht toe te passen.

Het lex certa beginsel richt zich in eerste instantie tot de wetgever, die vage strafbepalingen dient te vermijden.⁹⁷ Soms is vaagheid onvermijdelijk en moet de wetgever de delictsomschrijving open formuleren, zodat er bijvoorbeeld meerdere gedragingen onder het strafbare feit kunnen vallen. Grote opsommingen van strafbare gedragingen in één artikel zijn namelijk niet wenselijk voor de inzichtelijkheid van de wetgeving. Volgens De Hullu kan de wetgever niet altijd compleet zijn en een open restcategorie kan onontkoombaar zijn.⁹⁸ Dit heeft te maken met eventuele veranderingen in de toekomst. De wetgever kan niet altijd voorzien op welke wijze de te beschermen belangen in de toekomst worden geschonden. Daarom kan een zekere vaagheid gerechtvaardigd zijn.

Delictsomschrijvingen moeten ook niet te verfijnd worden, omdat dan de overzichtelijkheid weg kan vallen en dit de duidelijkheid van de delictsomschrijving niet ten goede komt.⁹⁹ Beslissend lijkt te zijn dat de norm voldoende duidelijk maakt welke gedragingen strafbaar zijn en dat de verdachte in staat wordt gesteld zijn gedrag daarop af te stemmen.¹⁰⁰

⁹² HR 31 oktober 2000, LJN AA7954.

⁹³ Kamerstukken II 1990/91, 22008, nr. 2, p. 28.

⁹⁴ De Hullu 2012, p. 90.

⁹⁵ De Hullu 2012, p. 90.

⁹⁶ Buruma 2000, p. 70.

⁹⁷ De Jong & Knigge 2003, p. 35.

⁹⁸ De Hullu 2012, p. 91.

⁹⁹ De Hullu 2012, p. 91.

¹⁰⁰ HR 28 mei 2002, LJN AE1490.

2.4. Analogie vs. extensieve interpretatie

Het legaliteitsbeginsel vereist dat ieder strafbaar feit zo precies mogelijk in de wet is omschreven. Alleen gedragingen die wettelijk omschreven zijn, kunnen bestraft worden. Daarom is een analogische interpretatie verboden. Dit is aan de orde wanneer een rechtsregel in de wet wordt toegepast op een geval dat niet onder de letter van de wettelijke regeling valt, maar daar sterk op lijkt. Bij een analoge interpretatie wordt er als het ware een nieuwe bepaling gemaakt die gebaseerd is op een bestaande bepaling die een ander, gelijksoortig geval regelt. Extensieve interpretaties zijn wel toegestaan in het strafrecht.¹⁰¹ Een extensieve interpretatie is een interpretatie waarbij de termen van een bestaande bepaling worden opgerekt. Deze moet dan wel met goede argumenten onderbouwd worden.¹⁰² Het verschil tussen het verbod van analogie en de extensieve interpretatie is dan ook vrij klein. Iets wat sterk lijkt op een analogische interpretatie, kan na verloop van tijd worden gezien als een extensieve interpretatie of zelfs als een gewone interpretatie. Vaak heeft dit te maken met technologische ontwikkelingen die nog niet geïntegreerd zijn in de samenleving. Het bekendste voorbeeld hierbij is dat elektriciteit als een ‘goed’ beschouwd wordt, dat weggenomen kan worden in de zin van artikel 310 Sr (diefstal).¹⁰³ Dit had de wetgever bij het ontstaan van het Wetboek van Strafrecht in 1886 misschien niet voorzien. Daarom kan het noodzakelijk zijn een delictsoomschrijving ruim te formuleren, zodat toekomstige veranderingen ook onder de delictsoomschrijving kunnen vallen. Het is ook niet verwonderlijk dat sinds het ontstaan van Wetboek van Strafrecht in 1886, er door de jaren heen technisch, sociologisch, maatschappelijk en moreel gezien veel veranderd is. Waar mogelijk moet de wetgever de omschreven norm zo scherp en duidelijk mogelijk omschrijven, omdat te vage en ruime normen voor problemen kunnen zorgen.¹⁰⁴

De meeste strafbare feiten, hoe duidelijk ook geformuleerd, vragen om nadere interpretatie. De betekenis van een woord hangt daarbij af van het verband waarin het wordt gebruikt. Een strafbaar gestelde norm moet met behulp van de rechter worden geïnterpreteerd en toegepast op een concrete situatie. De rechter heeft dus naast een rechtsprekende taak ook een rechtsvormende taak door de wet te interpreteren. Bij de uitleg van wetsbepalingen kan de rechter van verschillende interpretatiemethoden gebruik maken. Hierbij bestaat geen vaststaande rangorde in het interpreteren van argumenten, omdat verschillende argumenten soms een ander gewicht krijgen.¹⁰⁵ De vier meest gebruikte interpretatiemethoden door rechters zijn:

1. De grammaticale interpretatiemethode, uitleg naar de gangbare betekenis van een woord in het gewone of juridische taalgebruik.
2. De historische interpretatiemethode, hierbij kijkt de rechter naar wat de wetgever voor ogen had bij de totstandkoming van de wet (wetshistorisch) of hij betreft vroegere regelingen bij zijn uitleg (rechtshistorisch).
3. De wetssystematische interpretatiemethode, hierbij laat de rechter de uitleg van een bepaling afhangen van het systeem van de regeling waarin deze bepaling staat.
4. De teleologische interpretatiemethode, uitleg naar de strekking van de wet, de functie van de wet.¹⁰⁶

¹⁰¹ HR 23 mei 1921, NJ 1921, 564. (elektriciteit is een goed in de zin van artikel 310 Sr)

¹⁰² Van den Berg 2011, p. 55.

¹⁰³ HR 23 mei 1921, NJ 1921, 564.

¹⁰⁴ De Hullu 2012, p. 106.

¹⁰⁵ De Hullu 2012, p. 98.

¹⁰⁶ De Jong & Knigge 2003, p. 39-40.

2.5. Artikel 7 EVRM

Het legaliteitsbeginsel ligt niet alleen besloten in het Nederlandse recht, maar ook in artikel 7 EVRM en luidt:

1. *Niemand mag worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde. Evenmin mag een zwaardere straf worden opgelegd dan die, die ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was.*
2. *Dit artikel staat niet in de weg aan de berechting en bestraffing van iemand, die schuldig is aan een handelen of nalaten, dat ten tijde van het handelen of nalaten, een misdrijf was overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen die door de beschaafde volken worden erkend.*

Artikel 7 EVRM waarborgt net als artikel 1 Sr de rechtszekerheid en beschermt burgers tegen willekeur van de overheid. Het grote verschil met artikel 1 Sr en artikel 16 Gw is dat artikel 7 EVRM geen geschreven (formele) wet vereist voor een strafbaar feit. Dit heeft te maken met landen die ook aangesloten zijn bij het EVRM en die onder recht ook ongeschreven recht verstaan. Engeland is hiervan een voorbeeld. Het Engelse ‘*common law*’ is ongeschreven, in de jurisprudentie omlijnd, gewoonterecht. Hierdoor gaat de bescherming van de rechtszekerheid in artikel 7 EVRM minder ver dan in artikel 1 Sr en artikel 16 Gw. Wel zijn er kwaliteitseisen waaraan voldaan moet worden, wil er sprake zijn van ‘recht’ in de zin van artikel 7 EVRM.¹⁰⁷ Het recht moet namelijk toegankelijk (accessible) zijn en voorzienbaar (foreseeable). Bij de toegankelijkheid gaat het erom dat er op een eenvoudige manier kennis kan worden genomen van het recht. Voldoende hierbij zijn publicaties van rechtspraak in juridische tijdschriften.¹⁰⁸ Jurisprudentie dient dan ook toegankelijk en voorzienbaar te zijn. De voorzienbaarheidseis lijkt op het Nederlandse *lex certa* beginsel en houdt in dat een norm voldoende precies moet zijn geformuleerd. Het moet voorzienbaar zijn dat de gedraging een strafbaar feit oplevert. Dit is alleen lastiger bij ongeschreven recht. Het Europese Hof voor de rechten van de mens (hierna: EHRM) lijkt een geschreven wet minder belangrijk te vinden dan de Nederlandse wetgever, omdat hij van mening is dat het recht moet kunnen meebewegen met veranderende omstandigheden. Het Europese Hof kijkt niet alleen naar de wet, maar ook naar de toepassing van de norm in de praktijk. Een vage norm kan bijvoorbeeld in de jurisprudentie verhelderd zijn, hetgeen voor de verdachte dus in voldoende mate voorzienbaar was.¹⁰⁹ Het analogie verbod, dat ook besloten ligt in artikel 7 EVRM, krijgt op deze manier een andere betekenis. Er wordt hierbij niet alleen gekeken naar de delictomschrijving, maar ook naar de jurisprudentie over het betreffende strafbare feit. Als een (te) ruime uitleg vaste jurisprudentie is, dan is dit voorzienbaar voor de verdachte en niet in strijd met artikel 7 EVRM.¹¹⁰ Het EHRM hanteert hierbij geen strikte scheiding tussen het analogie verbod en extensieve interpretatie. Verder heeft het EHRM in de zaak C.R. tegen Verenigd Koninkrijk bepaald dat er geleidelijk mag worden toegewerkt naar een andere invulling van de jurisprudentie, maar dat deze redelijkerwijs voorzienbaar moet zijn. De veranderende ontwikkeling moet in overeenstemming zijn met de essentie van het delict.¹¹¹

¹⁰⁷ De Jong & Knigge 2003, p. 37.

¹⁰⁸ De Jong & Knigge 2003, p. 38.

¹⁰⁹ De Jong & Knigge 2003, p. 38.

¹¹⁰ EHRM 27 september 1995, LJN AD2400.

¹¹¹ EHRM 22 november 1995, LJN AD2430.

2.6 Virtuele kinderporno getoetst aan het *lex certa* beginsel

Levenschte virtuele kinderpornografie is een nieuw fenomeen dat de wetgever niet voorzien had bij de totstandkoming van artikel 240b Sr. In het vorige hoofdstuk zijn de belangrijkste bestanddelen van artikel 240b Sr behandeld. Jurisprudentie over deze bestanddelen heeft door de jaren heen voor opheldering gezorgd. Alleen levert het vrij nieuwe bestanddeel ‘schijnbaar betrokken’ nog vele vraagtekens op. Tijdens de behandeling van de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie in de Eerste kamer had minister Rosenthal van de VVD het *Van Dale* woordenboek nodig om het bestanddeel ‘schijnbaar’ helder te krijgen. De definitie die de *Van Dale* gaf was *klaarblijkelijk, niet werkelijk*.¹¹² Volgens de minister van justitie destijds, waren beide definities bruikbaar. Het woord ‘schijnbaar’ is volgens hem gekozen ‘om op een kernachtige, beeldende en duidelijke wijze de bedoeling van de voorgestelde wijziging te omschrijven’.¹¹³ Tegenwoordig geeft de *Van Dale* als betekenis voor ‘schijnbaar’ de volgende definitie: *naar de schijn, niet in werkelijkheid*.¹¹⁴ Deze definitie van ‘schijnbaar’ geeft de burger niet veel duidelijkheid over wat onder ‘schijnbaar betrokken’ valt in de zin van artikel 240b Sr. Valt hieronder ook de meerderjarige pornoactrice die er jeugdig uitziet? Of toch ook de cartoons of tekeningen die schijnbaar een minderjarige afbeelden? Uit de jurisprudentie¹¹⁵ die behandeld is in het vorige hoofdstuk, blijkt dat de rechter dit zelf ook niet zeker weet. Het is lastig om een inschatting te maken wat onder schijnbaar betrokken valt zolang ‘schijnbaar’ juridisch nog niet nader is aangeduid.

Uit kamerstukken blijkt dat de wetgever kinderpornografie als schilderij, computeranimatie, tekening of in strip- of cartoonvorm wilde uitzonderen van strafbaarheid, omdat die het kenmerk van levenschtheid mist. Het beoogt niet levenscht seksueel misbruik van kinderen weer te geven en valt daarom buiten de reikwijdte van artikel 240b Sr.¹¹⁶ Toch veroordeelde, zo bleek, de rechtbank ’s-Hertogenbosch een verdachte die een kinderpornografisch animatiefilmpje liet zien aan een kind.¹¹⁷ Ook de rechtbank Amsterdam veroordeelde een verdachte voor strafbare virtuele kinderpornografie.¹¹⁸ De man was in het bezit van schilderijen en tekeningen met kinderpornografie erop. In de wetsgeschiedenis stelt de wetgever dat schilderijen creatieve uitingen zijn van de menselijke geest en dat deze niet onnodig ingeperkt moeten worden.¹¹⁹ De raadsman van de verdachte in deze zaak stelde dat schilderijen en tekeningen per definitie niet realistisch kunnen zijn, omdat ze van echt te onderscheiden zijn. De rechtbank oordeelde dat de verdachte een fotografische stijl van schilderen heeft en dat daarom de werken het kenmerk van levenschtheid uitstralen. Ondanks dat er op sommige schilderijen engelenvleugels aangebracht waren bij de kinderen. Volgens de rechtbank nam dit niet het realistische karakter van de schilderijen weg. De rechtbank vond dat de schilderijen en tekeningen opvallend veel overeenkomsten vertoonden met foto’s uit de landelijke database kinderpornografie en in sommige gevallen zelfs een nauwkeurige kopie waren. De raadsman van de verdachte stelde dat de wijze van totstandkoming van de schilderijen of deze zijn nageschilderd van een bestaande foto of uit de fantasie van de verdachte zijn ontsproten niet van belang is voor de toetsing van het criterium van levenschtheid. De rechtbank vond dat de raadsman dit terecht stelde, maar oordeelde dat de schilderijen voldoende realistisch zijn voor virtuele kinderpornografie.¹²⁰

¹¹² Handelingen I 2001/02, 34, p. 1693.

¹¹³ Handelingen I 2001/02, 34, p. 1700.

¹¹⁴ Van Dale woordenboek geraadpleegd op 7 november 2013

¹¹⁵ Rb. ’s-Hertogenbosch 4 februari 2008, LJN BC3225.

¹¹⁶ Kamerstukken I 2001/02, 27745, nr. 299b, p. 2.

¹¹⁷ Rb. ’s-Hertogenbosch 4 februari 2008, LJN BC3225.

¹¹⁸ Rb. Amsterdam 17 december 2010, LJN BO9296

¹¹⁹ Kamerstukken I 2001/02, 27745, nr. 299b, p. 2

¹²⁰ Rb. Amsterdam 17 december 2010, LJN BO9296.

Het is voor de burger lastig om zijn gedrag af te stemmen op artikel 240b Sr zolang niet duidelijk is wat onder ‘schijnbaar betrokken’ wordt verstaan. De kamerstukken en de uitspraken van rechters spreken elkaar hierin tegen. Schilderijen en tekeningen strafbaar stellen als virtuele kinderpornografie is namelijk in strijd met de wetsgeschiedenis van artikel 240b Sr. Dit was niet voorzienbaar voor de verdachte en levert rechtsonzekerheid op. Niet alleen de burger is gebaat bij een duidelijke formulering van een wettelijke strafbepaling, ook de overheid is hierbij gebaat. Zij kan dan doelgericht optreden tegen burgers die de wet overtreden.¹²¹ Het OM profiteert nu van de vage formulering van artikel 240b Sr en toetst door middel van zaken zoals die van de rechtbank ’s-Hertogenbosch en Amsterdam hoe ver de rechter hierin wil meegaan.

Kijkend naar de zaak van de rechtbank ’s-Hertogenbosch kan de vraag gesteld worden of de uitspraak wel voldoet aan het voorzienbaarheids criterium van artikel 7 EVRM. De veroordeling in deze zaak was namelijk de eerste veroordeling van virtuele kinderpornografie in Nederland. Hierdoor was er geen sprake van een geleidelijke ontwikkeling in de jurisprudentie¹²² die deze ontwikkeling in redelijkheid voorzienbaar maakte voor de verdachte.

2.7. Hoe virtuele kinderpornografie te interpreteren

Welke betekenis een bepaling heeft wordt meestal niet bepaald door één interpretatiemethode, maar door een combinatie van interpretatiemethoden. Voor de strafbaarstelling van artikel 240b Sr geldt nog geen duidelijke afgrenzing van de reikwijdte van het delict, daarom wordt hieronder gekeken hoe virtuele kinderpornografie geïnterpreteerd moet worden. Hierbij wordt gebruik gemaakt van de eerder besproken rechtszaak van de rechtbank ’s-Hertogenbosch ter verduidelijking.

De rechter kijkt vaak als eerste naar de grammaticale interpretatie van de delictsoomschrijving. Wanneer burgers willen weten waar ze aan toe zijn, zal als eerst gekeken worden naar de tekst van het delict en de betekenis van de woorden in de delictsoomschrijving.¹²³ In het geval van de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie is het bestanddeel ‘schijnbaar betrokken’ vaag en ruim geformuleerd. De grammaticale interpretatiemethode biedt hier onvoldoende opheldering voor de betekenis van virtuele kinderpornografie.

Wetten worden opgesteld door de wetgever. In de parlementaire stukken maakt de wetgever het doel en de achtergronden van de strafbaarstelling kenbaar. Daarom kan het van belang zijn om te kijken naar de wetsgeschiedenis om een antwoord te krijgen op de vraag wat er bedoeld wordt met virtuele kinderpornografie en wat hier onder valt. De geschiedenis van de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie is vrij recent. Virtuele kinderpornografie is strafbaar gesteld in 2002 en er is door de jaren heen weinig veranderd in de denkwijze over virtuele kinderpornografie, daarom is deze strafbaarstelling nog niet in strijd met maatschappelijke veranderingen of eventuele technologische veranderingen. Door de recente strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie speelt deze een grote rol spelen bij de interpretatie van virtuele kinderpornografie voor de strafrechter.¹²⁴ In de parlementaire stukken is terug te lezen dat de wetgever alleen levensechte virtuele kinderpornografie strafbaar achtte en kinderpornografie als schilderij, computeranimatie, tekening of in strip- of cartoonvorm wilde uitzonderen van strafbaarheid, omdat die het kenmerk van levensechtheid

¹²¹ De Hullu 2012, p.90.

¹²² EHRM 22 november 1995, LJN AD2430. Geleidelijke ontwikkeling in de jurisprudentie was in C.R. tegen Verenigd Koninkrijk wel van toepassing en daarom in redelijkheid wel voorzienbaar voor de verdachte.

¹²³ De Hullu 2012, p. 98.

¹²⁴ De Hullu 2012, p. 99.

mist. Het beoogt niet levensecht seksueel misbruik van kinderen weer te geven en valt daarom buiten de reikwijdte van artikel 240b Sr.¹²⁵ De rechtbank 's-Hertogenbosch oordeelde anders en vond een animatiefilmpje, dat geen kenmerken van levensechtheid bevatte, strafwaardig, omdat het volgens de rechter diende ter verleiding van kinderen. Maar nergens in de wetgeschiedenis staat vermeld dat de eis van levensechtheid niet geldt bij materiaal dat dient tot verleiding. De wetgeschiedenis is duidelijk over de eis van levensechtheid bij virtuele kinderpornografie. Het is de rechtspraak die het minder ruim neemt met de wetgeschiedenis en het bestanddeel 'schijnbaar betrokken' ruim interpreteert.

Bij de wetssystematische interpretatie laat de rechter de uitleg van een bepaling afhangen van het systeem van de regeling, waarin deze bepaling staat. Artikel 240b Sr is opgenomen in titel XIV van het Wetboek van Strafrecht en valt onder de categorie misdrijven tegen de zeden. De strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie is hier een beetje een vreemde eend in de bijt, omdat in de overige artikelen in titel XIV het werkelijke misbruik centraal staat. Bij virtuele kinderpornografie wordt geen echt kind misbruikt en daarom is er geen concreet slachtoffer, zoals bij de andere delicten in titel XIV. In de zaak van de rechtbank 's-Hertogenbosch zou een wetssystematische interpretatie overbodig kunnen zijn, omdat in deze zaak als argument gebruikt kan worden dat er al een andere strafbepaling in een aansprakelijkstelling voorziet.¹²⁶ De rechter oordeelde in deze zaak dat het animatiefilmpje strafbaar is, omdat er een verleidingsaspect in zou zitten. De rechtbank 's-Hertogenbosch is van mening dat het materiaal gebruikt kan worden door pedofielen om kinderen te verleiden tot seksueel misbruik.¹²⁷ Wil de rechter verleiding van kinderen bestraffen, dan kan hij ook aansluiting zoeken bij artikel 45 Sr (poging tot een misdrijf) of artikel 46 Sr (voorbereiding van een misdrijf) vermits er aan de voorwaarden is voldaan. Voor een strafbare poging moet er een begin van uitvoering zijn. Het koesteren van voornemens is op zichzelf niet strafbaar. Bovendien moet vaststaan dat het misbruiken van het kind het voornemen van de verdachte was.¹²⁸ Bij de voorbereiding is dit niet vereist. Het moet hierbij wel gaan om een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaar of meer is gesteld en de verdachte moet opzettelijk voorbereidingsmiddelen voorhanden hebben gehad. In titel XIV van het Wetboek van Strafrecht staat het daadwerkelijke misbruik centraal, daarom past het strafbaar stellen van het verleiden van kinderen tot seksueel misbruik beter bij artikel 45 Sr of artikel 46 Sr in combinatie met bijvoorbeeld artikel 244 Sr of 245 Sr.

De wetshistorische interpretatie loopt vaak over in de teleologische interpretatie.¹²⁹ Bij de teleologische interpretatie wordt er gekeken naar de strekking van de wet. De interpretatie moet in overeenstemming zijn met de bedoeling van de wet.¹³⁰ De ratio van de strafbaarstelling van artikel 240b Sr is '*kinderen beschermen tegen seksueel misbruik*'. Virtuele kinderpornografie die niet van echt is te onderscheiden is daarom ook strafbaar gesteld, omdat het echte kinderpornografie kan betreffen. Virtuele kinderpornografie behoort volgens de wetgever tot dezelfde markt als echte kinderpornografie en maakt deel uit van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert.¹³¹ Het animatiefilmpje uit de eerder besproken zaak van de rechtbank 's-Hertogenbosch is van echt te onderscheiden en mist het vereiste kenmerk van levensechtheid. Daarom zal een redelijke wetsuitleg zijn, dat het niet-levensechte kinderpornografische materiaal niet strafbaar behoort te zijn. Borgers stelt dat, hoe redelijk een wetsuitleg ook klinkt, het eigenlijk een nietszeggend argument is. Het gaat

¹²⁵ Kamerstukken I 2001/02, 27745, nr. 299b, p. 2.

¹²⁶ De Hullu 2012, p. 100.

¹²⁷ Rb. 's-Hertogenbosch 4 februari 2008, LJN BC3225.

¹²⁸ De Jong & Knigge 2003, p. 190.

¹²⁹ De Hullu 2012, p. 110.

¹³⁰ De Hullu 2012, p. 100.

¹³¹ Handelingen I 2001/02, 34, p. 1660.

namelijk om de gronden waarop die redelijke uitleg wordt gebaseerd, want niemand verwacht een onredelijke uitleg. De redelijke wetsuitleg kan fungeren als sluitstuk voor een redenering, maar heeft grote overtuigingskracht nodig.¹³²

De strafbepaling van virtuele kinderpornografie is in principe vaag geformuleerd, maar wordt verder geconcretiseerd door alleen levensechte virtuele kinderpornografie strafbaar te achten. Toch zijn er een aantal uitspraken door rechters gedaan die in strijd zijn met de wetsgeschiedenis. Deze uitspraken waren onvoorzienbaar voor de verdachten en in strijd met de rechtszekerheid.

2.8. Het OM

Ondanks dat de wetgever de bedoeling had alleen levensechte virtuele kinderpornografie strafbaar te stellen, vervolgt het OM toch burgers voor het bezit van niet-levensechte virtuele kinderpornografie. De officier van justitie is namelijk *dominus litis*,¹³³ hij bepaalt of er vervolgd wordt en op welke grond. De officier van justitie is niet verplicht elk strafbaar feit te vervolgen dat bewezen kan worden. Het OM mag ook van een vervolging afzien op gronden aan het algemeen belang ontleend.¹³⁴ De keuze om te vervolgen draait vaak om het stellen van prioriteiten en berust mede op beleidsmatige keuzes.¹³⁵

Toch komt het niet altijd tot een veroordeling, omdat de rechter niet altijd mee gaat in de gedachtegang van het OM. De rechtbank 's-Hertogenbosch oordeelde in een andere zaak, LJN BL8876, dat er geen sprake was van virtuele kinderpornografie. De officier van justitie in deze zaak was van mening dat het bezit, openlijk tentoonstellen en verspreiden van virtuele kinderpornografie wel bewezen kon worden. Het ging in deze zaak om afbeeldingen waarvan volwassenen direct zien dat er geen echte kinderen op staan, maar de officier van justitie vond dat de afbeeldingen de suggestie wekken van kindermisbruik. Zij achtte de afbeeldingen strafbaar, omdat kinderen beschermd moeten worden tegen gedrag dat hen kan aanmoedigen of verleiden tot seksuele gedragingen. Ook was de officier van justitie van mening dat de afbeeldingen deel uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert.¹³⁶ Het OM ging daarom ook in hoger beroep, maar ook in hoger beroep werd door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch vrijgesproken en vervolgens liet de Hoge Raad de uitspraak in stand.¹³⁷

In het vorige hoofdstuk werd in paragraaf 1.10 ingegaan op de strafuitsluitingsgronden voor virtuele kinderpornografie. In het Cybercrime-verdrag is opgenomen dat de vervaardiger van realistische virtuele kinderpornografie, waaraan geen echt kinderpornografisch materiaal ten grondslag heeft gelegen, dit in bezit mag hebben voor eigen gebruik.¹³⁸ Nederland heeft niet gekozen voor deze strafuitsluitingsgrond en vindt dat alle levensechte virtuele kinderpornografie strafbaar moet zijn. De regering vindt dat het OM, wanneer dat nodig is, gebruik kan maken van het opportuniteitsbeginsel.¹³⁹ Dit beginsel houdt in dat de officier van justitie zelf bepaalt of hij een strafbaar feit vervolgt. Mede daarom heeft de wetgever niet voor strafuitsluitingsgronden bij virtuele kinderpornografie gekozen. De heer Jurgens van de PvdA stelt dat er zo niet moet worden omgegaan met de strafwetgeving, omdat op deze manier de voorzienbaarheid en de kenbaarheid van de strafwet te kort wordt gedaan.¹⁴⁰ Onduidelijkheden of tekortkomingen in een strafbepaling moeten niet worden opgelost door

¹³²Borgers 2008, p.229

¹³³ Latijn voor meester in het proces

¹³⁴ Artikel 167 lid 2 Sv.

¹³⁵ Keulen & Knigge 2010, p. 43.

¹³⁶ Rb. 's-Hertogenbosch 30 maart 2010, LJN BL8876

¹³⁷ HR 12 maart 2013, LJN BY9719.

¹³⁸ Kamerstukken I 2001/02, 27745, nr. 299b, p. 7.

¹³⁹ Handelingen I 2001/02, 34, p. 1695

¹⁴⁰ Handelingen I 2001/02, 34, p. 1695

gebruik te maken van het opportunititeitsbeginsel. De verdachte moet niet afhankelijk worden van het opportunititeitsbeginsel, want het is er niet om niet-strafbare feiten te vervolgen of om vage strafbepalingen nader in te vullen. Door de onduidelijkheid over virtuele kinderpornografie heeft de officier van justitie te veel vrijheid in zijn vervolging, hetgeen ten koste van de rechtszekerheid van burgers gaat.

Hoofdstuk 3: De vrijheid van meningsuiting en recht op privacy

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt gekeken of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie in strijd is met de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy. De vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy zijn belangrijke grondrechten in een democratie en beschermen burgers tegen een machtige overheid. Om te onderzoeken of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie in strijd is met deze belangrijke grondrechten, wordt de strafbaarstelling getoetst aan de voorwaarden van artikel 8 en 10 EVRM waarin deze grondrechten besloten liggen.

3.2. Grondrechten

De meest fundamentele rechten in de Nederlandse democratie zijn de grondrechten in de Grondwet. De grondrechten beschermen de individuele burger tegen de overheid. Elk individu moet in vrijheid kunnen leven en niet worden bedreigd door een machtige overheid. De grondrechten op leven, vrijheid en eigendom worden de klassieke grondrechten genoemd omdat deze grondrechten al eeuwen bestaan. In diverse eerste constituties zijn deze klassieke grondrechten opgenomen.¹⁴¹ Klassieke grondrechten beogen garanties te geven tegen inbreuken door de overheid. Zij richten zich op beperkingen van de bevoegdheden van de overheid ten opzichte van het individu. De overheid dient zich in beginsel van actief optreden te onthouden als het gaat om deze klassieke grondrechten.

Volgens de wetgever hebben de grondrechten tot doel bij te dragen aan de ontplooiing van elk individu naar eigen geaardheid door een aantal facetten van zijn persoonlijke levenssfeer te beschermen. Deze facetten kunnen zijn: intimiteit, deelname aan het openbare leven en uitingsmogelijkheden.¹⁴² De twee grondrechten die van belang zijn voor deze scriptie zijn de vrijheid van meningsuiting in artikel 7 Gw en de eerbiediging en bescherming van de persoonlijke levenssfeer, ook wel recht op privacy genoemd, in artikel 10 Gw. Er zijn critici, onder andere Buruma, die van mening zijn dat de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie in strijd is met deze grondrechten. Buruma is van mening dat er veel onduidelijkheid bestaat rond de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie en dat de wetgever hierdoor rechtsonzekerheid creëert. Hij vindt dat de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie een inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer mede omdat het een slachtofferloos delict betreft.¹⁴³

In Nederland gelden ook grondrechten van internationale herkomst. Eén van de belangrijkste mensenrechtenverdragen voor Nederland is het EVRM. Het EVRM is in 1950 gesloten in Rome¹⁴⁴ en bevat mens- en burgerrechten voor alle inwoners van de verdragsluitende staten. Het EVRM is bindend voor alle lidstaten van de Raad van Europa en ratificatie van het EVRM geldt als voorwaarde voor toetreding tot de Europese Unie.

In artikel 8 EVRM ligt het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven besloten en in artikel 10 EVRM de vrijheid van meningsuiting. Artikel 8 en 10 EVRM zijn voor een ieder verbindend in Nederland. Dit betekent dat iedereen in Nederland een beroep op de artikelen kan doen bij een rechter, wanneer er een inbreuk wordt gemaakt op deze artikelen.¹⁴⁵

¹⁴¹ Verheugt 2011, p. 44.

¹⁴² Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3, p.10.

¹⁴³ Buruma 2000, p. 334.

¹⁴⁴ Verheugt 2011, p. 42.

¹⁴⁵ Verheugt 2011, p. 86.

In Nederland kan de rechter een formele wet niet toetsen aan de Grondwet. In artikel 120 Gw is namelijk het toetsingsverbod opgenomen en luidt als volgt: *'De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen'*. Hierdoor ligt de beoordeling of een wet in strijd is met de Grondwet bij de formele wetgever. De rechter moet de formele wet toepassen ook al is hij van mening dat deze in strijd is met de Grondwet. Dit is gezien in het licht van de scheiding der machten logisch. Anders kan de rechter het werk van de formele wetgever ongedaan maken en bestaat er geen scheiding van machten meer.

In artikel 94 Gw staat dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, wanneer deze niet verenigbaar zijn met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Dit houdt in dat de Nederlandse rechter wel bevoegd is een wet in formele zin te toetsen aan een verdragsbepaling die een ieder bindt. Wanneer deze wet in formele zin in strijd is met een verdragsbepaling, moet de rechter deze wetsbepaling buiten toepassing laten. De rechter mag dus niet wetten in formele zin aan de grondwet toetsen, maar wel aan een ieder verbindende verdragsbepalingen op grond van artikel 94 Gw.¹⁴⁶

Wanneer een verdachte alle nationale rechtsmiddelen heeft uitgeput, bestaat voor hem de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij het EHRM. Het EHRM geeft vervolgens een bindende uitleg van de verdragsbepaling, die de nationale rechter moet overnemen.¹⁴⁷

3.3. Vrijheid van meningsuiting

De vrijheid van meningsuiting is een recht van een individu om in vrijheid uitlatingen te doen, zonder dat hij wordt gehinderd door de overheid. Deze vrijheid mag onder voorwaarden door de overheid beperkt worden. De vrijheid van meningsuiting wordt gezien als een middel om de waarheid aan het licht te brengen en is als zodanig nauw verbonden met de democratische politieke besluitvorming. Mede daarom zorgt het voor maatschappelijke stabiliteit.¹⁴⁸ Het EHRM formuleert de vrijheid van meningsuiting als één van de belangrijkste grondslagen voor een democratische samenleving en vindt deze een basisvoorwaarde voor haar vooruitgang en voor ieders zelfontwikkeling.¹⁴⁹ In artikel 10 EVRM is de vrijheid van meningsuiting vastgelegd en luidt als volgt:

- 1. Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. Dit artikel belet Staten niet radio-omroep-, en bioscoop- of televisieondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen.*
- 2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.*

¹⁴⁶ Verheugt 2011, p. 87.

¹⁴⁷ Janssens & Nieuwenhuis 2011, p. 13.

¹⁴⁸ Nieuwenhuis 2011, p. 21.

¹⁴⁹ Nieuwenhuis 2011, p. 308.

Het eerste lid van artikel 10 EVRM legt de ruime reikwijdte van het grondrecht vast en het tweede lid de beperkingen die zijn toegestaan. Het EVRM legt een sterk verband tussen democratie en mensenrechten, hierdoor beschermt artikel 10 EVRM het maatschappelijke en politieke debat. Wat onder de reikwijdte van artikel 10 EVRM valt staat niet precies omschreven, maar uit jurisprudentie¹⁵⁰ blijkt dat schilderijen en andere kunstuitingen ook onder deze reikwijdte vallen. Artikel 10 EVRM beschermt de artistieke expressie. In de zaak LJM AD0333 werden schilderijen met seksuele handelingen tussen mens en dier afgebeeld en tentoongesteld. De klagers vonden dat zij in vrijheid van meningsuiting werden belemmerd omdat de Zwitserse overheid de schilderijen in beslag had genomen. De Zwitserse overheid nam de schilderijen in beslag omdat zij dat nodig achtte voor de bescherming van de goede zeden. De inbeslagneming was voorzienbaar omdat het vage artikel dat het publiceren van obscene afbeeldingen strafbaar stelde verder werd geconcretiseerd in de jurisprudentie. Het EHRM stelt dat er geen eenduidige Europese opvatting bestaat met betrekking tot de goede zeden en dat de betreffende lidstaten zelf een betere kijk hebben op wat de goede zeden vereisen. Het EHRM nam in deze zaak geen schending van artikel 10 EVRM aan, mede omdat de tentoongestelde schilderijen op grove wijze seksuele handelingen afbeelden, er geen leeftijdsgrens aan de gratis tentoonstelling was gesteld en de inbeslagneming van tijdelijk aard was.

3.4. De beperkingsclausule

In het tweede lid van artikel 10 EVRM is een beperkingsclausule opgenomen. Deze geldt onder andere voor maatregelen als de inbeslagneming of de onttrekking aan het verkeer van bijvoorbeeld films en schilderijen. Volgens de clausule moet een beperking van de vrijheid van meningsuiting aan drie voorwaarden voldoen, namelijk:

1. Is de beperking bij wet voorzien?
2. Dient zij één van de in artikel 10 lid 2 EVRM genoemde doelen?
3. Is zij noodzakelijk in een democratische samenleving?

Bij de wet voorzien betekent dat de beperking niet alleen op een wet in formele zin betrekking moet hebben, maar dat ook lagere wetgeving en ongeschreven recht van toepassing is. De beperking moet volgens het EHRM voorzienbaar en toegankelijk zijn voor burgers. Hierdoor weten de burgers waar ze aan toe zijn. De beperking moet betrekking hebben op één van de doeleinden in artikel 10 lid 2 EVRM en tot slot moet de beperking noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.¹⁵¹

De drie voorwaarden, waaraan een beperking moet voldoen, worden door het EHRM gecompleteerd door de appreciatiemarge. Deze marge verschilt namelijk per grondrecht, het gebruik dat ervan gemaakt wordt en de relevantie van de beperkingsgrond. Hierdoor heeft de nationale autoriteit in meer of mindere mate zeggenschap over een beperking. Het EHRM zal bijvoorbeeld een beperking op het verspreiden van commerciële informatie minder strikt beoordelen dan een beperking ten aanzien van het maatschappelijke debat. Het EHRM acht zich ook minder capabel om een oordeel te geven over beperkingen op 'de goede zeden' omdat de verschillende lidstaten hun eigen geschiedenis en tradities hebben op dit gebied. De beoordeling hiervan kan daarom soms beter op nationaal niveau plaatsvinden. Een beperking op het gebied van pornografie zal daarom door het EHRM minder strikt getoetst worden,

¹⁵⁰ EHRM 24 mei 1988, LJM AD0333.

¹⁵¹ Janssens & Nieuwenhuis 2011, p. 18.

omdat pornografie geen deel uitmaakt van de maatschappelijke discussie en ‘de goede zeden’ geen Europese standaard kennen.¹⁵²

3.5. Recht op privacy

Het recht op eerbiediging van het privéleven is vastgelegd in artikel 10 Gw en artikel 8 EVRM. Met artikel 8 EVRM kunnen inbreuken op de privacy door de rechter indringender en ruimer op rechtmatigheid worden getoetst dan op grond van artikel 10 Gw. De rechtsbescherming van artikel 8 EVRM strekt zich uit tot ieder wiens privacy is geschonden. Artikel 8 EVRM luidt:

- 1. Een ieder heeft het recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.*
- 2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, of het economische welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.*

De rechten in het eerste lid van artikel 8 EVRM worden ruim uitgelegd en de verhouding tussen de rechten wordt niet scherp afgebakend.¹⁵³ Het privéleven biedt veel speelruimte voor uiteenlopende interpretaties. Een definitie van het privéleven is door het EHRM nooit gegeven, omdat het begrip te weinig bepaald is.¹⁵⁴ Doordat het begrip privéleven een zekere vaagheid bevat, kan de rechtspraak er een nadere invulling aan geven. Hierbij is de aard van de inbreuk belangrijk, maar ook welke gegevens zijn verkregen met de inbreuk.¹⁵⁵ Het doel van artikel 8 EVRM is om het individu te beschermen tegen willekeurig overheids handelen. De overheid dient zich te onthouden van willekeurige inmenging in iemands privéleven. Bij de bescherming van privacy gaat het om de behoefte om in het persoonlijke leven over een zo groot mogelijke vrijheid te beschikken. Hierbij hoort dat bepaalde tot het persoonlijke leven behorende aspecten niet openbaar worden gemaakt en worden afgeschermd voor anderen die daar niets mee te maken hebben. Hieronder valt volgens het EHRM ook het recht op lichamelijke, geestelijke en morele integriteit van een persoon, inclusief zijn seksuele leven.¹⁵⁶

Niet elke inbreuk die de lichamelijke of geestelijke integriteit aantast leidt tot een inbreuk op artikel 8 EVRM. Er moeten voldoende nadelige gevolgen zijn voor de betrokkene. Hierbij speelt de kwetsbaarheid van personen en / of groepen een belangrijke rol.¹⁵⁷ Het recht op privacy kan dus worden beschouwd als één van de mensenrechten die het menselijk handelen beschermen. Het recht op privacy strekt ertoe dat een ieder zich vrijelijk kan ontplooiën en ontwikkelen.¹⁵⁸ Hieronder valt ook het recht om in de eigen woning dingen te doen zonder dat het gezien wordt door anderen en zonder hier een beschamend gevoel aan over te houden. Voorbeelden van inbreuken kunnen zijn het heimelijk afluisteren, aftappen van de telefoon of het doorzoeken van de woning van de verdachte. Het recht betreffende de woning is regelmatig in het geding bij de doorzoeking van een woning en bij de

¹⁵² Janssens & Nieuwenhuis 2011, p. 24.

¹⁵³ Harteveld e.a. 2004, p. 149.

¹⁵⁴ Harteveld e.a. 2004, p. 151.

¹⁵⁵ Harteveld e.a. 2004, p. 154.

¹⁵⁶ EHRM 26 maart 1985, LJM AC8813.

¹⁵⁷ Koekoek 2000, p. 162.

¹⁵⁸ Buruma 2002, p. 331.

inbeslagneming van goederen. Een doorzoeking of inbeslagname kan gerechtvaardigd zijn door de voorwaarden in het tweede lid van artikel 8 EVRM.¹⁵⁹ Om te toetsen of de inbreuk rechtmatig was, moeten de volgende vragen gesteld worden:

1. Is er sprake van een inbreuk? Zo ja, is deze in overeenstemming met het recht?
2. Heeft de inbreuk betrekking op een legitiem doel, dat is genoemd in artikel 8 lid 2 EVRM?
3. Is de inbreuk noodzakelijk in een democratische samenleving?

De inbreuk die gemaakt wordt door de overheid moet enige basis hebben in het nationale recht. Hier valt volgens het EHRM ook ongeschreven recht of gewoonterecht onder. Het nationale recht moet wel een zekere bescherming bieden tegen willekeurige inmenging van de overheid in de vrijheidsrechten en tegen misbruik van macht. Daarom moet er sprake zijn van een bepaalde kwaliteit. Het EHRM stelt de kwaliteitseis dat het nationale recht verenigbaar moet zijn met de rule of law. De rule of law houdt in dat ook de overheid gebonden is aan wetten. De rechtstaatgedachte die hieruit voortvloeit, valt niet te herleiden tot een nationale kenbron.¹⁶⁰ Artikel 8 lid 2 EVRM functioneert hier als een zelfstandige rechtsbron voor het EHRM. Het nationale recht moet voldoen aan de kwaliteitseisen van het EHRM om willekeurige inbreuken van de overheid op artikel 8 EVRM te voorkomen.¹⁶¹ Deze eisen zijn dat het overheidsoptreden voldoende toegankelijk en voorzienbaar moet zijn voor de burgers. Hierdoor weet de burger van te voren waar hij aan toe is en kan hij zijn gedrag hierop afstemmen.

De gestelde uitzonderingen in het tweede lid moeten restrictief worden uitgelegd omdat de hoofdregel in het eerste lid de hoofdregel moet blijven en voldoende betekenis moet behouden. Anders hebben de overheden van de verdragstaten te veel speelruimte op basis van het tweede lid. Dit is al gebeurd bij de ‘wanordelijkheden en strafbare feiten’ uit het tweede lid.¹⁶² Hiertoe worden door het EHRM niet alleen preventieve maatregelen ter voorkoming van wanordelijkheden en strafbare feiten gerekend, maar ook de bevoegdheden in het strafprocesrechtelijke traject in het belang van de doeleinden van het strafproces, waaronder de waarheidsvinding. In het Nederlandse wetboek behoren daartoe ook de in de bijzondere wetten opgenomen niet-vrijheidsbenemende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden, zoals het tappen van telefoongesprekken, het werken met infiltranten, het doorzoeken van woonhuizen en het opnemen van gesprekken met richtmicrofoons.¹⁶³

Vereist is dat voor de inbreuk een dringende maatschappelijke noodzaak bestaat. Hoe groter de inbreuk is die wordt gemaakt op iemands privacy, des te hoger moeten de eisen zijn die worden gesteld aan de toelaatbaarheid van de inbreuk. De inbreuk moet dusdanig dringend zijn, dat de waarborg van het eerste lid daarbij achtergesteld mag worden. De noodzaak mag niet worden verondersteld, maar moet door de overheid aannemelijk worden gemaakt. Er moet een dringende sociale behoefte bestaan aan de inbreuk en deze dient proportioneel te zijn ten opzichte van het beoogde doel.¹⁶⁴ Dit proportionaliteitscriterium omvat tevens het subsidiariteitsbeginsel. Zonder deze voorwaarden mag de noodzaak van een inbreuk niet worden aangenomen. Het juiste evenwicht moet worden bereikt tussen het algemeen belang en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Ook hierbij geldt dat de verdragstaten in meer of mindere mate beschikken over beleidsvrijheid, maar wel onder

¹⁵⁹ Harteveld e.a. 2004, p.161.

¹⁶⁰ Harteveld e.a. 2004, p.163.

¹⁶¹ Harteveld e.a. 2004, p.163.

¹⁶² Harteveld e.a. 2004, p.163.

¹⁶³ Harteveld e.a. 2004, p. 160.

¹⁶⁴ De Boer 1990, p. 56.

supervisie van het EHRM.¹⁶⁵ De appreciatiemarge, die artikel 10 EVRM betreft en al eerder is behandeld in de paragraaf 3.4., speelt ook hierbij een rol. Het EHRM geeft de verdragstaten een zekere speelruimte om een eigen afweging te maken tussen de privacy rechten van het eerste lid en de doeleinden van het tweede lid. Er moet sprake zijn van een balans tussen de algemene belangen van een gemeenschap en de privacybelangen van een individu. De nationale speelruimte moet gepaard gaan met effectieve en gepaste procedurele waarborgen tegen misbruik, waardoor de controle op de bevoegdheid voor de verdediging en de rechter mogelijk is.¹⁶⁶

3.6. Virtuele kinderpornografie getoetst aan artikel 10 EVRM

In het eerste hoofdstuk van deze scriptie is de geschiedenis van de pornografie en in het bijzonder (virtuele) kinderpornografie behandeld. Ook de veranderingen in het denken over zedelijkheid zijn hierbij aan bod gekomen. De Adviescommissie-Melai benadrukte in het begin van de jaren zeventig dat de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy belangrijke grondrechten zijn op het gebied van zedelijkheid en dat voor het strafrecht slechts een rol als ultimum remedium is weggelegd.¹⁶⁷ Pornografische uitlatingen leveren echter geen bijdrage aan de maatschappelijke discussie en vallen daarom niet onder de vrijheid van meningsuiting. Dit is echter wel mogelijk voor pornografische kunst. Voor de strafbaarstelling van pornografie bestaan drie redenen, namelijk:

1. Het voorkomen van schade.
2. Het beschermen van de publieke moraal.
3. Het voorkomen van ongewenste en/of onverhoedse confrontatie.

In de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw stond het voorkomen van schade niet voorop. Kinderpornografie werd nog niet apart strafbaar gesteld en viel onder artikel 240 Sr. De schade die het misbruik teweeg bracht werd pas later duidelijk en leidde pas in 1985 tot een aparte strafbaarstelling. De bescherming van de publieke moraal en het tegengaan van verloedering van de samenleving werd belangrijker gevonden. Ideeën over schade bij ‘volwassenen pornografie’ hebben wel een rol gespeeld bij de vertraging van de liberalisering van de zedenwetgeving eind jaren zeventig en begin jaren tachtig.¹⁶⁸ In die tijd kwam het feminisme op en leefde het idee dat pornografie geweld en verkrachting jegens vrouwen zou stimuleren. De wetgever was het niet eens met deze opvatting en achtte de schade niet aantoonbaar. Er werd een vergelijking gemaakt met de misdaadliteratuur, waarvan de consumptie ook niet leidde tot een stijging in de misdaadstatistieken.¹⁶⁹

Het voorkomen van schade is de belangrijkste reden voor de strafbaarstelling van kinderpornografie. Virtuele kinderpornografie werd om diezelfde reden strafbaar gesteld. Door de schade die kinderpornografie aanricht is het logisch dat deze niet onder de vrijheid van meningsuiting valt, maar dit kan anders zijn bij virtuele kinderpornografie waarbij geen echte kinderen worden misbruikt. Hierbij is geen sprake van directe schade voor het kind. Toch is de wetgever van mening dat beide vormen van kinderpornografie deel uitmaken van dezelfde markt en door elkaar heen lopen. Voor een effectieve aanpak van kinderpornografie is het volgens de wetgever ook nodig om virtuele kinderpornografie aan te pakken.

¹⁶⁵ Koekoek 2000, p. 161.

¹⁶⁶ Harteveld e.a. 2004, p. 177.

¹⁶⁷ Janssens & Nieuwenhuis 2011, p. 343.

¹⁶⁸ Janssens & Nieuwenhuis 2011, p. 345.

¹⁶⁹ Janssens & Nieuwenhuis 2011, p. 346.

Al eerder is aangehaald dat virtuele kinderpornografie, volgens de wetsgeschiedenis, voldoende realistisch moet zijn voor een succesvolle veroordeling. Tekeningen en schilderijen vallen in eerste instantie niet onder de strafbaarstelling, omdat de wetgever van mening is dat creatieve uitingen van de menselijke geest niet onnodig ingeperkt moeten worden en geen inbreuk moet worden gemaakt op de grondrechten op de persoonlijke levenssfeer en de vrijheid van meningsuiting.¹⁷⁰ Toch was te lezen in het vorige hoofdstuk dat in de zaak van de rechtbank Amsterdam¹⁷¹ een verdachte veroordeeld werd voor het bezit van virtuele kinderpornografie in de vorm van schilderijen die levensechtheid uitstraalden. In een andere zaak LJN AH7335 moest een kunstenaar een schilderij uit zijn collectie verwijderen, omdat het OM dreigde met inbeslagneming wegens virtuele kinderpornografie. De intentie van de kunstenaar was om met het schilderij het seksueel geweld tegen kinderen aan de kaak te stellen. De rechter oordeelde dat de kunstenaar door artikel 10 EVRM een vergaande vrijheid van meningsuiting wordt gegund, waarop artikel 240b Sr slechts in duidelijke uitzonderingsgevallen een inbreuk kan maken. De kunstenaar wilde het seksueel geweld tegen kinderen juist aan de kaak stellen en had niet de bedoeling seksueel geweld tegen kinderen te verheerlijken of goed te keuren. Het schilderij was ontstaan in de fantasie van de kunstenaar, want er waren geen echte kinderen gebruikt voor het maken ervan. Daarom werd het schilderij ten onrechte aangemerkt als in strijd met artikel 240b Sr.¹⁷²

Door virtuele kinderpornografie te toetsen aan de beperkingsclausule van artikel 10 EVRM kan worden bekeken of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie in strijd is met artikel 10 EVRM. Een beperking moet zijn voorzien bij wet. Virtuele kinderpornografie is strafbaar gesteld in artikel 240b Sr en voldoet aan deze eis. Voor de verdachte is een veroordeling daarom voorzienbaar mits het gaat om realistische afbeeldingen.

De opgelegde beperking moet betrekking hebben op één van de genoemde doelen in artikel 10 lid 2 EVRM. Virtuele kinderpornografie heeft betrekking op het genoemde doel de 'goede zeden'. Pornografische afbeeldingen, tekeningen en schilderijen vallen binnen deze reikwijdte, maar krijgen niet dezelfde bescherming als uitlatingen over maatschappelijke kwesties. De lage bescherming van pornografie komt door het aanstootgevende karakter ervan. De vrijheid van meningsuiting mag dan ook beperkt worden om de goede zeden te beschermen en door de appreciatiemarge acht het EHRM zich minder capabel om over de goede zeden een oordeel te geven. Verdragsstaten zijn hier vrijer om te beoordelen of de beperking in strijd is met de vrijheid van meningsuiting. Dit geldt dan ook voor virtuele kinderpornografie. De verdragsstaten mogen een uitzondering maken op de strafbaarstelling hiervan, maar hoeven dit niet te doen. Nederland heeft gekozen voor een strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie en daarom zal een veroordeling hiervoor niet snel in strijd zijn met artikel 10 EVRM. In het Cyber Crime-verdrag staat wel dat het moet gaan om een realistische afbeelding.¹⁷³

De laatste eis waar een beperking aan moet voldoen is de vraag of de beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving. Volgens het EHRM is er niet voldaan aan deze eis wanneer de beperking het resultaat is van een democratische besluitvorming door een meerderheid van de bevolking. De noodzakelijkheid van de beperking moet niet afgezwakt worden tot wat mensen wenselijk of aannemelijk vinden.¹⁷⁴ Het EHRM is van mening dat er voldoende en relevante redenen voor de beperking moeten bestaan. Er moet namelijk een zekere proportionaliteit aanwezig zijn tussen de beperking en het ermee te bereiken doel.¹⁷⁵

¹⁷⁰ Kamerstukken I 2001/02, 27745, nr. 299b, p. 2.

¹⁷¹ Rb. Amsterdam 17 december 2010, LJN BO9296.

¹⁷² Rb. Zwolle 15 oktober 1997, LJN AH7335

¹⁷³ Kamerstukken I 2001/02, 27745, nr. 299b, p. 2.

¹⁷⁴ Janssens & Nieuwenhuis 2011, p. 19.

¹⁷⁵ EHRM, 07 december 1976, LJN AC0070.

Een zekere mate van tolerantie en ruimdenkendheid is belangrijk voor het bestaan van een democratie. Daarom is het van belang dat er ook ruimte is voor uitlatingen die kwetsen, shockeren of verontrusten. In een democratie moet niet te snel uit het kwetsende karakter van bepaalde uitlatingen een rechtvaardiging voor een beperking worden afgeleid.¹⁷⁶ De vraag is hier dan ook of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie wel noodzakelijk in een democratische samenleving? Het hoofddoel van de overheid om virtuele kinderpornografie strafbaar te stellen is de schadelijkheid ervan, de angst voor het toenemend misbruik van echte kinderen. Al eerder is aangehaald dat het niet wetenschappelijk is bewezen dat (virtuele) kinderpornografie het misbruiken van echte kinderen stimuleert. Dat virtuele kinderpornografie shockeert en verontrust is begrijpelijk, maar dit is niet voldoende voor de beperking ervan in het licht van artikel 10 EVRM. Of virtuele kinderpornografie in strijd is met artikel 10 EVRM hangt af van het soort virtuele kinderpornografie. Schilderijen en andere kunstuitingen, waarbij niemand geschaad wordt, vallen onder de reikwijdte van artikel 10 lid 1 EVRM.¹⁷⁷ Per zaak zal onderzocht moeten worden of het in strijd is met artikel 10 EVRM. Verspreiding of tentoonstelling van virtuele kinderpornografie kan beperkt worden op basis van artikel 240 Sr omdat het aanstotelijk voor de eerbaarheid is, maar wanneer het virtuele kinderpornografie voor privébezit betreft ligt een beperking ervan minder voor de hand.

3.7. Virtuele kinderpornografie getoetst aan artikel 8 EVRM

In artikel 8 lid 2 EVRM is een soortgelijke beperkingsclausule opgenomen als in artikel 10 lid 2 EVRM. Door virtuele kinderpornografie te toetsen aan artikel 8 lid 2 EVRM, kan er onderzocht worden of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie in strijd is met het recht op privacy. Een inbreuk op de rechten in het eerste lid kan gerechtvaardigd worden door de genoemde uitzonderingen in het tweede lid. Degene wiens recht rechtstreeks geschonden is, kan met succes een beroep doen op artikel 8 EVRM.

Een schending van artikel 8 lid 1 EVRM hangt af van de inbreuk die er gemaakt wordt. Wanneer er een inbreuk wordt gemaakt op iemands privéleven moet er voor deze inbreuk een basis bestaan in het nationale recht. Virtuele kinderpornografie is strafbaar gesteld in artikel 240b Sr en voldoet daarom aan deze eis. De vervolgingsrichtlijnen van het OM omtrent virtuele kinderpornografie zijn voor iedereen toegankelijk en voldoen daarom aan de kwaliteitseis van toegankelijkheid van het EHRM. In het vorige hoofdstuk is uitvoerig ingegaan op de vraag of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie voldoet aan het legaliteitsbeginsel en de hierbij horende voorzienbaarheid, daarom zal deze vraag hier niet verder worden behandeld.

Het EHRM stelt zich vaak terughoudend op bij de uitleg van het nationale recht en toetst het recht marginaal. Wanneer een concrete beslissing van de overheid een basis heeft in het nationale recht zal in de eerste plaats de nationale rechter zich dienen uit te spreken. De nationale rechter kan in het algemeen het beste zijn eigen recht beoordelen. Wanneer de nationale rechter beslist dat het overheidsoptreden in overeenstemming is met het nationale recht, zal het EHRM hier al gauw genoeg mee nemen.¹⁷⁸

Om de inbreuk te rechtvaardigen moet de inbreuk betrekking hebben op één van de doelen in het tweede lid. De strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie heeft betrekking op de bescherming van de goede zeden en het voorkomen van strafbare feiten. Eerder is al besproken dat het EHRM een ruime uitleg geeft aan deze doelen. Bij de vorige paragraaf kwam naar voren dat volwassenen pornografie een lage bescherming krijgt van het EHRM.

¹⁷⁶ Janssens & Nieuwenhuis 2011, p. 20.

¹⁷⁷ EHRM 24 mei 1988, LJN AD0333

¹⁷⁸ Harteveld e.a. 2004, p.163.

Dit geldt ook voor de toetsing aan artikel 8 EVRM. Het EHRM laat de verdragstaten een mate van vrijheid om te beoordelen of pornografie in strijd is met het recht op privacy. Nederland heeft er voor gekozen om virtuele kinderpornografie strafbaar te stellen en hierbij ook het bezit ervan voor privégebruik. Daarom zal er verder moeten worden gekeken naar het laatste onderdeel om de grenzen te bepalen of een inbreuk al dan niet gerechtvaardigd is.

De laatste eis, waaraan een gerechtvaardigde inbreuk moet voldoen is de vraag of de beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving. Eerder in dit hoofdstuk bleek al dat de noodzakelijkheid van de inbreuk op iemands privacy niet afhangt van wat de meerderheid van de bevolking wenselijk vindt. Er moeten voldoende redenen zijn om de inbreuk te rechtvaardigen. Dat virtuele kinderpornografie moreel verwerpelijk is, is begrijpelijk, maar of het ook voldoende is om een inbreuk te maken op iemands privacy is niet duidelijk. De echte noodzaak lijkt te ontbreken wanneer iemand virtuele kinderpornografie voor privégebruik in zijn bezit heeft. Een inbreuk is gerechtvaardigd wanneer er slachtoffers zijn of om deze te voorkomen, maar die ontbreken in dit geval. De doorzoeking in de woning van de verdachte van virtuele kinderpornografie is een heftige inbreuk op de privacy van de verdachte en kan in strijd zijn met artikel 8 EVRM.

Het Cybercrime-verdrag heeft de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie niet verplicht gesteld, maar aan de verdragstaten overgelaten als een keuze. Op grond van de appreciatiemarge hebben de verdragstaten een zekere speelruimte om een eigen afweging te maken. Deze afweging hangt wel af van de noodzakelijkheid van de beperking. Er moet sprake zijn van een 'fair balance' tussen de privacybelangen van het individu en de algemene belangen van de gemeenschap. De speelruimte, die de lidstaten hebben, moet vergezeld zijn van gepaste en effectieve procedurele waarborgen tegen misbruik, zodat controle op de bevoegdheid voor de rechter en de verdediging mogelijk is.¹⁷⁹

Doordat de keuze om virtuele kinderpornografie strafbaar te stellen bij de verdragstaten zelf ligt, geeft het Cybercrime-verdrag aan dat het niet even strafwaardig wordt geacht als echte kinderpornografie. Nederland stelt beide vormen van kinderpornografie strafbaar in hetzelfde artikel. De Nederlandse wetgever heeft in kamerstukken¹⁸⁰ aangegeven dit eventueel te willen oplossen doordat het OM gebruik kan maken van het opportuniteitsbeginsel, maar uit eerder aangehaalde jurisprudentie blijkt dat het OM ook vervolgt voor niet-realistische virtuele kinderpornografie. Dit is niet in overeenstemming met de wetsgeschiedenis. Deze gang van zaken levert rechtsonzekerheid op voor de burgers en hierdoor lijkt het ingrijpen van de overheid willekeurig en niet gewaarborgd tegen misbruik.

In het eerste hoofdstuk van deze scriptie is de uitspraak van het Amerikaans Hoogerechtshof besproken. Dat Hof oordeelde dat de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie in strijd is met de vrijheid van meningsuiting en privacy. De conclusie hierover binnen Europa was dat de strafbaarstelling wenselijk is en in juridisch opzicht aanvaardbaar wordt geacht. De Nederlandse regering is naar aanleiding van deze zaak van mening dat de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie niet in strijd is met de Nederlandse Grondwet en in het EVRM vervatte bescherming van artikel 8 en 10 EVRM. Waar het Amerikaans Hoogerechtshof van mening is dat gronden te licht zijn om een inbreuk op deze grondrechten te rechtvaardigen is de Nederlandse wetgever van mening dat de gronden voor de strafbaarstelling voldoende solide en voor de Nederlandse rechtsstaat aanvaardbaar zijn.¹⁸¹

¹⁷⁹ Hartevelde e.a. 2004, p.177.

¹⁸⁰ Handelingen I 2001/02, 34, p. 1695.

¹⁸¹ Handelingen I 2001/02, 34, p. 1696.

Conclusie

In 2002 werd artikel 240b Sr aangevuld met de woorden ‘schijnbaar betrokken’. Hiermee werd virtuele kinderpornografie strafbaar gesteld. De strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie vloeide voort uit het Cybercrime-verdrag dat Nederland heeft ondertekend.¹⁸² Nederland koos voor een verbod op virtuele kinderpornografie en maakte geen gebruik van de uitzondering in artikel 9 lid 4 van het Cybercrime-verdrag, waarbij verdragstaten vrijgelaten worden om de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie in hun wetgeving op te nemen. Dit was opmerkelijk, omdat de Nederlandse wetgever voor de ondertekening van het Cybercrime-verdrag van mening was dat kinderpornografie alleen strafwaardig diende te zijn wanneer daadwerkelijk kinderen worden misbruikt.¹⁸³ Hierdoor werden beide vormen van kinderpornografie vastgelegd in één artikel en bedreigd met hetzelfde strafmaximum, waarbij ingrijpende opsporingsmogelijkheden zijn toegelaten.

Onder virtuele kinderpornografie wordt een realistische pornografische afbeelding van een ‘schijnbaar’ kind verstaan. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever kinderpornografie in de vorm van een schilderij, computeranimatie of tekening wilde uitzonderen voor strafbaarheid, omdat die het kenmerk van levensechtheid missen. Het beoogt niet levensecht seksueel misbruik van kinderen weer te geven en valt daarom buiten de reikwijdte van artikel 240b Sr.¹⁸⁴ Het ging de wetgever er om dat creatieve uitingen van de menselijke geest niet onnodig ingeperkt worden en er geen inbreuk gemaakt wordt op de grondrechten van de persoonlijke levenssfeer en vrijheid van meningsuiting.

De Nederlandse wetgever koos voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie omdat hij van mening is dat ook virtuele kinderpornografie meehelpt de kinderpornografiemarkt in stand te houden. Het zou gaan om één markt waar beide vormen van kinderpornografie door elkaar heen lopen. Voor een effectieve aanpak van kinderpornografie zou het ook nodig zijn om virtuele kinderpornografie aan te pakken.¹⁸⁵ Kinderen moeten worden beschermd tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag en gedrag dat deel kan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert.¹⁸⁶ Deze mening van de wetgever wordt alleen niet empirisch onderbouwd. De wetgever beschikt niet over de onderzoeksgegevens, waaruit blijkt dat virtuele kinderpornografie daadwerkelijk misbruik bevorderend werkt.¹⁸⁷ Er bestaat namelijk ook een theorie, de catharsistheorie, die aangeeft dat virtuele kinderpornografie er voor zou kunnen zorgen dat pedofielen een onschadelijke uitlaatklep hebben. Het kijken naar virtuele kinderpornografie zou ontladend kunnen werken en hierdoor zou een pedofiel zich minder snel vergrijpen aan een echt kind.

Een andere reden voor de strafbaarstelling was de bewijspositie van het OM. Door moderne technische ontwikkelingen kan virtuele kinderpornografie levensecht lijken. Hierdoor zou het OM elke keer moeten onderzoeken of er een echt kind bij het pornografische materiaal is betrokken.¹⁸⁸ De wetgever stond hierbij niet open voor omkering van de bewijslast. Dit houdt in dat, wanneer iemand kan bewijzen dat het om virtuele kinderpornografie gaat in plaats van echte kinderpornografie, hij niet strafbaar is.¹⁸⁹

Er bestaat momenteel nog veel onduidelijkheid over het bestanddeel ‘schijnbaar betrokken’ in de zin van artikel 240b Sr en wat hier precies onder valt. De eerste veroordeling

¹⁸² Koops 2003, p. 1.

¹⁸³ Kamerstukken I 1994/95, 23682, nr. 250b, p. 3.

¹⁸⁴ Kamerstukken I 2001/02, 27745, nr. 299b, p. 2.

¹⁸⁵ Handelingen I 2001/02, 34, p. 1701.

¹⁸⁶ Kamerstukken I 2000/01, 27745, nr. 299b, p. 2.

¹⁸⁷ Handelingen I 2001/02, 34, p. 1702.

¹⁸⁸ Kamerstukken I 2000/01, 27745, nr. 299b, p. 7.

¹⁸⁹ Kamerstukken II 2001/02, 27745, nr. 6, p. 9.

voor virtuele kinderpornografie in Nederland betrof geen realistische virtuele kinderpornografie, maar een animatiefilmpje. De rechter oordeelde in deze zaak dat niet de volwassene als criterium figuur gezien moet worden om te bepalen of iets realistisch is, maar het gemiddelde kind. De rechter was van mening dat het filmpje bedoeld was om kinderen te verleiden tot seksuele handelingen.¹⁹⁰ Na deze veroordeling volgt er ook een veroordeling voor schilderijen en tekeningen.¹⁹¹ In de zaak LJN BP9776 veroordeelde de rechter voor niet-levensechte virtuele kinderpornografie omdat die gebruikt zou kunnen worden als aanmoediging van kinderen om deel te nemen aan seksueel gedrag of gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die misbruik van kinderen bevordert.¹⁹²

Het criterium van het ‘gemiddelde kind’ zonder een leeftijdsaanwijzing van de mogelijke doelgroep is onvoldoende duidelijk, want wat wordt er verstaan onder het gemiddelde kind? Het lijkt erop dat de rechtbank ’s-Hertogenbosch de bedoeling van het beeldmateriaal bestraft in plaats van het materiaal zelf. De rechtbank ’s-Hertogenbosch had in deze zaak de verdachte beter kunnen veroordelen voor poging tot of de voorbereiding van seksueel misbruik, indien vaststaat dat de verdachte het voornemen had het kind seksueel te misbruiken. Ook bij de veroordeling voor de schilderijen lijkt het erop dat de rechter het naschilderen van echte kinderpornografie heeft willen veroordelen in plaats van het schilderen van kinderpornografie. Schilderijen missen immers het kenmerk van levensechtheid. Vooral wanneer de kinderen afgebeeld worden met engelenvleugels. De verdachte gaf in deze zaak toe dat sommige schilderijen nageschilderd waren van kinderpornografische foto’s. Mede daarom had de politie in deze zaak moeten onderzoeken of deze foto’s in het bezit waren van de verdachte. Het OM had dan eventueel hiervoor kunnen vervolgen.

In deze zaken was het oordeel van de rechtbank over virtuele kinderpornografie niet voorzienbaar voor de verdachten, want uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever alleen afbeeldingen die levensechtheid uitstralen strafwaardig acht. De strafbepaling van virtuele kinderpornografie wordt in deze zaken te extensief geïnterpreteerd en de veroordeling neigt naar analogie. Virtuele kinderpornografie die geen levensechtheid uitstraalde was niet strafbaar en nu lijkt het erop dat dit met terugwerkende kracht wel strafbaar is geworden. Dit is dus niet voorzienbaar voor de verdachte. De andere reden voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie, de bewijsproblematiek voor het OM, ging in deze zaken ook niet op, omdat vanaf het begin duidelijk was dat de beelden geen levensechtheid uitstraalden.

In deze scriptie is onderzocht of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie in strijd is met het legaliteitsbeginsel, de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy. De hoofdvraag in deze scriptie luidde dan ook: *‘Is het strafbaar stellen van virtuele kinderpornografie wel rechtmatig?’* In de hierboven genoemde uitspraken hebben de rechters de reikwijdte van artikel 240b Sr aanzienlijk opgerekt en zijn de uitspraken in strijd met het legaliteitsbeginsel. De rechtszekerheid is gediend met een zo nauwkeurig mogelijk omschrijving van strafbare feiten. Hierdoor weten burgers van tevoren waar zij aan toe zijn en kunnen zij hun gedrag hierop afstemmen. Te vage delictsomschrijvingen leiden tot rechtsonzekerheid en willekeur van de overheid. Het bestanddeel ‘schijnbaar betrokken’ in de zin van artikel 240 b Sr is vaag en onduidelijk geformuleerd, maar wordt verder geconcretiseerd in de wetsgeschiedenis. Doordat de rechters zich niet aan de wetsgeschiedenis houden, kunnen de verdachten hun gedrag hierop niet afstemmen. Dit is in strijd met de rechtszekerheid van de verdachten. Rechters moeten zich aan de recente wetsgeschiedenis van artikel 240b Sr houden en niet, omdat ze het verwerpelijk vinden, bestraffen.

Het OM profiteert van de onduidelijkheid die is ontstaan en toetst door middel van zaken zoals die van de rechtbank ’s-Hertogenbosch en Amsterdam hoe ver de rechter hierin wil

¹⁹⁰ Rb. ’s-Hertogenbosch 4 februari 2008, LJN BC3225.

¹⁹¹ Rb. Amsterdam 17 december 2010, LJN BO9296.

¹⁹² Rb. Rotterdam, 31 maart 2011, LJN BP9776.

meegaan. Door de vage formulering van virtuele kinderpornografie heeft de officier van justitie te veel vrijheid in zijn vervolging. De wetgever is van mening dat het OM, wanneer dat nodig is, gebruik kan maken van het opportuniteitsbeginsel. Op deze manier wordt de voorzienbaarheid en de kenbaarheid van de strafwet tekort gedaan. Onduidelijkheden of tekortkomingen in strafbepalingen moeten niet worden opgelost door gebruik te maken van het opportuniteitsbeginsel. De verdachte mag hierbij niet afhankelijk worden van het opportuniteitsbeginsel, want dat is er niet om niet-strafbare feiten te vervolgen of om vage strafbepalingen nader in te vullen.

Ook al resulteert een vervolging voor virtuele kinderpornografie niet altijd in een veroordeling, de gang naar de rechter is voor de persoon in kwestie uitermate vervelend. Deze vervolging gaat vaak gepaard met inbreuken op de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy. Pornografische kunst valt onder de vrijheid van meningsuiting en iemands privacy kan geschonden worden, wanneer de politie gebruik maakt van ingrijpende opsporingsmiddelen, de woning doorzoekt en het virtuele materiaal in beslag neemt.

Pornografie in het algemeen is strafbaar gesteld om schade te voorkomen, de publieke moraal te beschermen en om te voorkomen dat burgers ongewenst en/of onverhoeds geconfronteerd worden met het materiaal. Virtuele kinderpornografie is strafbaar gesteld omdat de overheid van mening is dat het schadelijk is. Door de schade die echte kinderpornografie aanricht is het logisch dat dit niet onder de vrijheid van meningsuiting of recht op privacy valt, maar dit is anders bij virtuele kinderpornografie, waaraan geen echte kinderpornografie ten grondslag heeft gelegen en waarbij niet is bewezen dat het misbruikbevorderend werkt. De overheid zou geen wetgeving mogen baseren op de wens iemands privégedachten te controleren. De wetgever kan beter laten onderzoeken of virtuele kinderpornografie inderdaad stimulerend werkt, voordat zij overging op een algeheel verbod op virtuele kinderpornografie. Wanneer virtuele kinderpornografie alleen gehouden wordt voor privégebruik, worden anderen hier niet mee geconfronteerd en hoeft de publieke moraal niet beschermd te worden. Door open te staan voor omkering van de bewijslast, heeft het OM niet te maken met bewijsproblemen.

De vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy mogen volgens het EHRM worden beperkt om de goede zeden in het land te bewaren. Pornografie krijgt door het aanstootgevende karakter ervan een lage bescherming binnen EVRM. Verdragstaten zijn vrijer om te beoordelen of de beperking in strijd is met de vrijheid van meningsuiting of het recht op privacy. Of virtuele kinderpornografie in strijd is met de vrijheid van meningsuiting hangt af van de soort virtuele kinderpornografie. Wanneer het kunstzinnige uitingen betreft en hier geen echte kinderen voor zijn misbruikt, valt het materiaal onder de vrijheid van meningsuiting. Een kunsttentoonstelling met virtuele kinderpornografie zou wel beperkt kunnen worden, omdat dit aanstotelijk voor de eerbaarheid is, maar wanneer dit materiaal alleen voor privégebruik wordt gehouden, ligt een beperking niet voor de hand.

De noodzaak voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie voor privégebruik lijkt te ontbreken. De vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy mogen volgens het EHRM niet worden beperkt, omdat een meerderheid van de bevolking dit wenst. Natuurlijk is virtuele kinderpornografie moreel verwerpelijk en shockeert het de bevolking, maar door het strafbaar te stellen wordt het probleem niet weggenomen. Pedofilie en kinderpornografie zullen blijven bestaan. Virtuele kinderpornografie voor privégebruik zal dan mogelijk als een onschadelijke uitlaatklep kunnen fungeren. Wanneer virtuele kinderpornografie voor privégebruik gelegaliseerd zou worden, bestaat de kans dat producenten van kinderpornografie minder snel voor echte kinderpornografie gaan. De strafbaarstelling van levensechte virtuele kinderpornografie is rechtmatig, maar of het wenselijk is, is een andere vraag. Het OM moet geen vervolgingen instellen voor niet-levensechte virtuele kinderpornografie en de rechter hiervoor niet veroordelen, omdat het in

strijd is met de wetsgeschiedenis en het rechtsonzekerheid oplevert voor burgers. Daarnaast is een vervolging voor niet-levensechte virtuele kinderporno vaak in strijd met de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy.

Literatuurlijst

Boeken

Buruma 2000

Y. Buruma, 'Het legaliteitsbeginsel in een veranderende democratische rechtstaat', *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Arnhem: Gouda Quint BV 2000.

De Boer 1990

J. de Boer, *Artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens*, 'Preadviezen Deel I', Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

De Hullu 1984

J. de Hullu, *Strafrechtelijk en sociaal-wetenschappelijke gronden voor de strafbaarstelling van pornografie*, Arnhem: Gouda Quint BV 1984.

De Hullu 2012

J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

De Jong & Knigge 2003

D.H. de Jong & G. Knigge, *Het materiele strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Harteveld e.a.2004

A.E. Harteveld e.a., *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Janssens & Nieuwenhuis 2011.

A.L.J. Janssens & A.J.Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011.

Keulen & Knigge 2010

B.F. Keulen & G Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Koekoek 2000

A.K. Koekoek, *De Grondwet, een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: Kluwer 2000.

Koops 2007

B.J. Koops, *Strafrecht en ICT*, Den Haag: Sdu uitgevers 2007.

Nieuwenhuis 2011

A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de vrijheid van meningsuiting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

Sorgdrager 2003

W. Sorgdrager, *Zonde, zeden en strafrecht*, Alphen a/d/ Rijn: Uitgeverij De Geus 2003.

Verheugt 2011

J.W.P. Verheugt, *Inleiding in het Nederlandse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Artikelen in tijdschriften

Borgers 2008

M.J. Borgers, 'Redelijke wetsuitleg en strafrechtelijke aansprakelijkheid', *Ars Aequi* 2008, p. 229-236

Buruma 2002

Y. Buruma, 'Veiligheid en privacy', *Delikt & Delinkwent* 32 2002, aflevering 4

Koops 2003

B.J. Koops, 'Het Cyber-crimeverdrag, de Nederlandse strafwetgeving en de (computer)criminalisering van de maatschappij.' *Computerrecht* 2003, 02, p. 115-123.

Van der Neut 2000

J.L. van der Neut, 'Kinderpornografie. De situatie in Nederland', *Delikt & Delinkwent* 30 2000 aflevering 2.

Rapporten

Lünnemann e.a. 2006

K. Lünnemann e.a., *Kinderen beschermd tegen seksueel misbruik*, Utrecht: Verwey Jonker Instituut 2006.

Kranten

Willems 2011

M. Willems, 'Robert M. vervolgd voor misbruik 67 kinderen'. *NRC digitaal*, 25 november 2011.

Kuitenbrouwer 2002

F. Kuitenbrouwer, 'Wet virtuele kinderpornografie deugt niet'. *NRC digitaal*, 23 april 2002.

Parlementaire stukken

Handelingen I 2001/02, 34.

Kamerstukken I 1994/95, 23682, nr. 250b, p. 3.

Kamerstukken I 2001/02, 27745, nr. 299b.

Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3.

Kamerstukken II 1979/80, 15836, nr. 4.

Kamerstukken II 1980/81, 15836, nr. 6.

Kamerstukken II 1990/91, 22008, nr. 2.

Kamerstukken II 1993/94, 23682, nr. 3.

Kamerstukken II 1993/94, 23682, nr. 5.

Kamerstukken II 1994/95, 23682, nr. 5.

Kamerstukken II 1994/95, 23682, nr. 14.

Kamerstukken II 2000/01, 27745, nr. 3.

Kamerstukken II 2000/01, 27745, nr. 6.

Kamerstukken II, 2007/08, 31386, nr. 3.

Jurisprudentie

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM, 07 december 1976, LJN AC0070.
EHRM 26 maart 1985, LJN AC8813.
EHRM 24 mei 1988, LJN AD0333.
EHRM 27 september 1995, LJN AD2400.
EHRM 22 november 1995, LJN AD2430.

Hoge Raad

HR 23 mei 1921, NJ 1921, 564.
HR 17 november 1970, LJN AB5129.
HR 28 november 1978, LJN AC6417
HR 30 oktober 1984, LJN AD7435.
HR 6 maart 1990, LJN ZC8494.
HR 21 april 1998, LJN ZD1030.
HR 31 oktober 2000, LJN AA7954.
HR 28 mei 2002, LJN AE1490.
HR 7 december 2004, LJN AQ8936.
HR 15 januari 2008, LJN BB4853.
HR 18 november 2008, LJN BF0170.
HR 7 december 2010, LJN BO6446.
HR 12 maart 2013, LJN BY9719.

Hof

Hof 's-Hertogenbosch 26 mei 2011, LJN BQ6181.

Rechtbank

Rb. Zwolle 15 oktober 1997, LJN AH7335.
Rb. 's-Hertogenbosch 4 februari 2008, LJN BC3225.
Rb. 's-Hertogenbosch 30 maart 2010, LJN BL8876.
Rb. Amsterdam 17 december 2010, LJN BO9296.
Rb. Rotterdam 31 maart 2011, LJN BP9776.
Rb. Oost-Brabant 7 juni 2013, LJN CA2370.

Verenigde Staten

Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition 535 U.S. 234 (2002).

Aantekeningen Wetboek van Strafrecht

Machielse 2012

A.J. Machielse, *kennelijk jonger dan 18 jaar*, aantekeningen nr. 3 bij artikel 240b Sr.