

Virtuele kinderpornografie



Een visie op strafbaarheid van virtuele kinderpornografie
Een rechtsvergelijkend onderzoek tussen Nederland en de Verenigde Staten

Scriptie in de strafrechtwetenschappen.
Te verdediging tegenover de Examencommissie van de Faculteit
Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Tilburg.
Begeleider: Mr. B. van der Vorm
Tweede lezer: Mw. Dr. L.A. van Noorloos

Definitieve versie op
14 februari 2012
Door: Désirée Smits, S461036

Inhoudsopgave

<i>Voorwoord</i>	4
Hoofdstuk 1 Inleiding	
1.1 Een nachtmerrie genaamd kinderporno.....	5
1.2 Een nieuwe vorm van kinderpornografie.....	6
1.3 De rechtspraak.....	8
1.4 Het onderzoek.....	9
1.4.1 De onderzoeksvragen.....	9
1.4.2 Plan van aanpak.....	10
 Hoofdstuk 2 de reikwijdte van artikel 240b Sr	
2.1 Inleiding.....	12
2.2 De ontwikkeling van de zedelijkheidswetgeving betreffende kinderpornografie.....	12
2.2.1 Het begin van zedelijkheidswetgeving.....	12
2.2.2 De invloed van de HR en haar definitie van het begrip “seksuele gedraging”.....	15
2.2.3 Artikel 240b Sr opnieuw gewijzigd in 1996.....	17
2.2.4 De totstandkoming en invloed van internationale verdragen.....	18
2.3 Artikel 240 b Sr anno 2011.....	20
2.3.1 De invloed van het cybercrime verdrag op de Nederlandse zedelijkheidswetgeving.....	20
2.3.2 Virtuele kinderpornografie : een aparte subcultuur.....	23
2.4 Is virtuele kinderpornografie strafbaar ?.....	23
2.5 Conclusie.....	25
 Hoofdstuk 3 Computergegenereerde kinderpornografie in de Verenigde Staten	
3.1 Inleiding.....	27
3.2 Het rechtssysteem in de Verenigde Staten.....	27
3.3 De toename van kinderpornografie: een nationaal probleem.....	31
3.3.1 Het eerste amendement.....	31
3.3.2 Miller v. California.....	32
3.3.3 New York v. Ferber.....	33
3.3.4 Osborne v. Ohio.....	34
3.4 The Child Pornography Prevention Act 1996.....	34
3.5 De Child Pornography Prevention Act in strijd met de grondwet.....	36
3.5.1 Kritiek op de Child Pornography Prevention Act.....	36
3.5.2 Free Speech Coalition v. Reno: Het toenmalige oordeel van de ‘District Courts’.....	36
3.5.3 Het oordeel van de ‘Court of Appeals’.....	38
3.5.4 De ‘Supreme Court’.....	40
3.6 Het effect van Ashcroft Attorney general v. Free Speech Coalition.....	42
3.7 De Protect Act 2003 en United States v. Williams.....	44
3.7.1 Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act 2003.....	44
3.7.2 De ‘Supreme Court’ in United States v. Williams.....	47
3.7.3 Is de PROTECT Act 2003 te vaag geformuleerd.....	49
3.8 Conclusie.....	50

Hoofdstuk 4 Virtuele kinderpornografie vanuit een ander oogpunt	
4.1 Inleiding.....	52
4.2 De discussie.....	52
4.3 Het empirische onderzoek.....	55
4.3.1. De enquête.....	55
4.3.2. De onderzoeksmethode.....	57
4.3.3. De resultaten.....	57
4.3.3.1. De wenselijkheid van vervolging en veroordeling.....	57
4.3.3.2. Het belang van kindermisbruik.....	58
4.3.3.3. Een mogelijke daling van kindermisbruik als rechtvaardiging.....	59
4.3.3.4. Escalatie van strafbaar stelling.....	61
4.4 Conclusie.....	62
Hoofdstuk 5 Conclusie en aanbevelingen	
5.1 Inleiding.....	64
5.2 Een rechtsvergelijkend onderzoek tussen Nederland en de Verenigde Staten.....	65
5.3 Virtuele kinderpornografie vanuit een ander perspectief.....	69
5.4 Aanbeveling.....	71
<i>Literatuurlijst.....</i>	72
<i>Afkortingen.....</i>	76
<i>Enquête.....</i>	77

Voorwoord

Tijdens één van de verplichte vakken binnen mijn master rechtsgeleerdheid (accent strafrecht) kwam de problematiek omtrent virtuele kinderpornografie aan de orde. In 2007 kwam het onderwerp virtuele kinderpornografie aan het licht door een uitzending van de evangelische omroep over het virtuele spel ‘Second Life’. Het programma veroorzaakte een hevige discussie, waarna het Openbaar Ministerie beloofde enkele proefprocessen te starten om te onderzoeken in hoeverre virtuele kinderpornografie strafrechtelijk onder de reikwijdte van artikel 240b Sr valt. Mij leek dit een fascinerend onderwerp voor mijn scriptie en heb mij verder verdiept in de materie.

Tijdens bestudering van kamerstukken werd mij duidelijk dat de Nederlandse politiek zich sterk liet leiden door de toenmalige situatie in de Verenigde Staten. Omdat Nederland en de Verenigde Staten op vele juridische fronten met elkaar verschillen werd mijn interesse gewekt. Op deze wijze ben ik aan mijn scriptie onderwerp gekomen.

Als aanvulling op de juridische vergelijking tussen de situatie binnen de Verenigde Staten en Nederland met betrekking tot virtuele kinderpornografie heb ik ervoor gekozen een kleinschalig empirisch onderzoek uit te voeren onder een aantal Tilburgse rechtenstudenten. Middels dit onderzoek hoop ik het onderwerp van deze scriptie in een ander perspectief te plaatsen.

Graag zou ik via deze weg alle mensen willen bedanken die mij tijdens het schrijven van mijn scriptie hebben gesteund. In het bijzonder wil ik mijn ouders, Henny en Piet Smits voor alle steun en liefde die zij mij gegeven hebben. Dankzij hen heb ik deze scriptie kunnen schrijven en hiervoor zal ik hen altijd dankbaar zijn.

1. Inleiding

1.1 Een nachtmerrie genaamd kinderpornografie

De film begint. In beeld komt een klein meisje. Op het eerste oog lijkt ze een jaar of 8. Ze is naakt. Je kunt zien dat ze borstontwikkeling, noch schaamhaar heeft. Qua postuur is ze niet volgroeid. Het jonge meisje legt haar vinger op haar mond. Een gebaar van stilte. Naast haar komt een man in beeld, het meisje lacht. Het meisje begint de man af te trekken, waarna deze in het gezicht van het meisje ejaculeert. Het meisje lacht nog steeds en lijkt het publiek toe te spreken. Aan het einde verschijnen er kleurige ballen en slingers in beeld en een volwassene applaudisseert zichtbaar. Dan komt de titel in beeld: “Sex lessons for young girls”.¹

Waarschijnlijk gaat bij het lezen van de hierboven beschreven scene een rilling over je rug. Deze film laat een zeer minderjarig meisje zien dat een seksuele handeling verricht bij een volwassen man. Op 4 februari 2008 heeft de rechtbank 's-Hertogenbosch een man veroordeeld voor onder andere het tonen van de zojuist omschreven film aan minderjarige kinderen. De man werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van 2 jaren met aftrek van voorarrest, waarvan 713 dagen voorwaardelijk met een proeftijd van 10 jaren met als bijzondere voorwaarde reclasseringstoezicht, een werkstraf van 240 uren (subsidiar 4 maanden vervangende hechtenis) en een geldboete van € 1.500,-, (subsidiar 30 dagen vervangende hechtenis).

Het aantal meldingen van kinderporno en kindermisbruik in Nederland neemt elk jaar drastisch toe.² Ook in de media is kinderpornografie een steeds vaker besproken onderwerp. De rechtszaak tegen Benno L. en het onderzoek naar de van kindermisbruiker verdachte Robert M. zijn voorbeelden van zaken die breed in de media worden uitgemeten. De filmpjes en foto's waarop seksuele handelingen, met of door kinderen, zichtbaar zijn, zijn een vorm van digitale kinderpornografie.

¹ Rechtbank 's-Hertogenbosch, 4 februari 2008, LJN BC3225.

² J. Mulder, T Erents & J.M. Wams, *Meldpunt kinderporno op internet; Jaarverslag 2010*, Amsterdam: Speed-O-Print 2011.

1.2 Een nieuwe vorm van kinderpornografie

Wanneer wordt gesproken over kinderpornografie, heeft dat vrijwel altijd betrekking op foto's en filmpjes waarop minderjarige kinderen worden afgebeeld die seksuele handelingen bij volwassenen verrichten of foto's en filmpjes waarop minderjarige kinderen worden afgebeeld die seksueel worden misbruikt door volwassenen. Een nieuwe vorm van digitale kinderpornografie, namelijk virtuele kinderpornografie, blijft meestal buiten beeld.³ Deze vorm bestaat uit tekeningen en animatietekeningen. Veel van deze tekeningen zijn getekend vanuit iemands fantasie zonder dat een herkenbaar kind wordt afgebeeld of nagetekend. Vanwege de hedendaagse ontwikkelingen op het gebied van virtuele mogelijkheden oogt de virtuele vorm van kinderpornografie steeds realistischer.⁴ Een voorbeeld van een tekenkunst die hiervoor wordt gebruikt, is een Japans equivalent van striptekeningen: Manga. Hoewel het grootste gedeelte van Manga tekeningen niets met kinderpornografie te maken heeft, is de Manga tekenkunst wel één van de bekendste tekenkunsten die voor kinderpornografische doeleinden wordt gebruikt.



Voorbeeld van Manga tekening

Meerdere keren is in de Tweede Kamer, aandacht geschonken aan deze virtuele vorm van digitale kinderpornografie. Er is vooral veel discussie over de vraag of het wel wenselijk is om deze vorm van digitale kinderpornografie strafbaar te stellen.⁵ Nederland kent twee artikelen die kinderpornografie strafbaar stellen: artikel 240a en artikel 240b Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr). Op 23 november 2001 ondertekende Nederland een internationaal verdrag voor de bestrijding van computercriminaliteit, te weten 'The Convention on Cybercrime'(hierna: CCC). Sinds 1 maart 2007 is deze wet ook in Nederland van kracht.

³ Er wordt ook gesproken over computergegenereerde kinderpornografie, dit betreft ook virtuele kinderpornografie. Er is voor gekozen om van beide begrippen gebruik te maken gezien vergelijkbaarheid van begrippen in Nederland en de Verenigde Staten.

⁴ *Kamerstukken II*, 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 8-14.

⁵ *Kamerstukken II*, 2001/02, 27 745, nr. 6, p.8-14 en *Kamerstukken I* 2001/02, 27 745, nr. 299b, p.2-9.

De wet zorgde onder andere voor een aanpassing van de Wet computercriminaliteit en van de hiervoor genoemde artikelen uit het Wetboek van Strafrecht. Artikel 9 CCC bevat de strafbaarstelling van digitale en virtuele kinderpornografie.

In de NRC Next stond op 7 december 2010 een artikel over het effect van deze zogenaamde namaakporno: “kinderporno kan seksueel kindermisbruik remmen”.⁶ Veel mensen zouden denken dat het kijken naar kinderporno aanzet tot het seksueel gedrag dat erin voorkomt. Het artikel sluit aan op een onderzoek in Tsjechië: “Pornography and sex crimes in the Czech Republic”, waaruit blijkt dat het kindermisbruik juist afnam in de periode dat het kijken naar kinderporno was toegestaan.⁷

De vraag die in het maatschappelijke en politieke debat wordt gesteld, is de vraag of virtuele kinderporno mensen op ideeën brengt en of dit zorgt voor een toename van seksueel misbruik van kinderen.⁸

De leden van de regeringspartij CDA merkten tijdens het politieke debat over de reikwijdte van artikel 240b Sr op dat zij van mening waren dat virtuele kinderpornografie ook onder de zojuist genoemde strafbepaling diende te vallen. Zij brachten tijdens het debat het volgende naar voren: “Voor animaties van kinderporno of animaties van seksuele handelingen met minderjarigen zou de regel moeten gelden dat dit schadelijk kan zijn voor kinderen vanwege het feit dat dit (eveneens) de instandhouding of facilitering van de markt voor echte kinderporno tot gevolg kan hebben. Iedere suggestie van seksuele handelingen met kinderen of pornografisch getinte afbeeldingen van kinderen dient onder de strafbepaling van artikel 240b Sr te vallen”.⁹

Onder andere strafrechtjurist Buruma leverde kritiek op de mogelijke strafbaarstelling van het tonen van virtuele kinderpornografie. Zijn kritiek berustte vooral op het feit dat er bij het maken van deze vorm van kinderpornografie niet de persoonlijke levenssfeer van een kind in het geding is.¹⁰

⁶ E. de Bruin, ‘Nuttige namaakporno; kinderporno kan seksueel kindermisbruik remmen’, NRC Next, 7 december 2010, p.22.

⁷ M. Diamond, E. Jofkoza & P. Weiss, *Pornography and sex crimes in the Czech Republic*, Archives of sexual behaviour 30 November 2010, P. 3.

⁸ *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 800VI, nr. 12, p.1.

⁹ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800, nr. 120, p.4.

¹⁰ Y. Buruma, ‘Veiligheid en privacy’, *DD* 2002, p. 329-339.

Critici van een dergelijk verbod, zoals Buruma, stellen daarom niet alleen vraagtekens bij de wenselijkheid om deze vorm van kinderpornografie strafbaar te stellen, maar vragen zich tevens af of strafbaarstelling ervan mensen juist op ideeën kan brengen.¹¹ Bovendien: waar houdt het op? Na enige tijd zal er wellicht vervolgd gaan worden voor geweld in videogames en films.

Robbert Coenmans, student aan Tilburg University en redacteur van het juridische faculteitsblad “de Secjure” stelt in één van zijn artikelen: “The General principle is that one cannot regulate the content of expression”.¹² Hiermee bedoelt hij te zeggen dat het lastig, en wellicht onmogelijk, is om iemands gedachte op een juridische wijze te reguleren.

1.3 De rechtspraak

De laatste jaren lijkt er een enorme toename te zijn van het aantal vervolgingen voor het produceren, bezitten en verspreiden van virtuele kinderpornografie. Op 31 maart 2011 is door de rechtbank te Rotterdam iemand veroordeeld wegens het bezit van virtuele kinderpornografie. Een 56-jarige inwoner van Rotterdam kreeg een gevangenisstraf van 24 maanden, waarvan 6 maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 7 jaren, opgelegd. De rechtbank overwoog in haar uitspraak het volgende:

“Het bestandsdeel “schijnbaar betrokken” is aan artikel 240b Sr toegevoegd bij wet van 13 juli 2002. Met de wetwijziging is beoogd de reikwijdte van artikel 240b lid 1 WvSr uit te breiden tot zogenaamde virtuele kinderporno. Uit de totstandkominggeschiedenis van de wetwijziging van 2002 komt naar voren dat de ratio van de nieuwe strafbaarstelling niet langer louter is gelegen in de bescherming van de afgebeelde jeugdige, maar ook in de bescherming van kinderen in het algemeen tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag of gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert. Rechtvaardiging voor de strafbaarstelling kan ook worden gevonden in het voorkomen van schade als gevolg van het in omloop brengen van beeldmateriaal dat seksueel misbruik suggereert. Voorts blijkt uit de wetsgeschiedenis dat het wel dient te gaan om een realistische afbeeldingen die (echt is of) voor echt doorgaat. Over de wijze van beantwoording van de vraag of een bepaalde afbeelding al dan niet tot kinderpornografie moet worden gerekend kan naar tijd en plaats soms verschillend worden gedacht”.¹³

¹¹ M. Thie, ‘Het gevaar van de geïsoleerde pedoseksueel’, *NRC Handelsblad*, 23 juli 2011.

¹² R. Coenmans, ‘Violence in videogames: the supreme court decides’, *SecJure* 2010-10, p. 14.

¹³ Rechtbank Rotterdam 31 maart 2011, LJN BP9776, ro. II.

Tot dan toe was er nog niemand veroordeeld voor het bezit van virtuele kinderpornografie. Pogingen van het Openbaar Ministerie om tot een veroordeling te komen, resulteerden telkens in vrijspraken, waarbij het vooral stukliep op het feit dat de afbeeldingen niet als realistisch werden gezien. Zo bepaalde het gerechtshof te 's-Hertogenbosch op 14 april 2011 dat: “afbeeldingen waaruit aanstonds blijkt dat het gaat om een gemanipuleerde afbeelding die niet-realistisch is, niet onder de reikwijdte van artikel 240b Sr vallen”.¹⁴ Zou de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in stand blijven gezien deze recentere uitspraak van het gerechtshof 's-Hertogenbosch, waarin een nadere definitie wordt gegeven van de begrippen “afbeeldingen” en “schijnbaar betrokken”?

Bij de behandeling van de wetswijziging van artikel 240b Sr in 2002 is in de Eerste en Tweede Kamer stevig gediscussieerd over de mate van verruiming van de begrippen “afbeelding” en “schijnbare betrokkenheid”.¹⁵ De situatie in de Verenigde Staten was hierbij van groot belang. In een uitspraak van het Federaal Hooggerechtshof (Supreme Court) wordt bepaald dat twee artikelen uit de ‘Child Pornography Prevention Act’ in strijd waren met het Eerste Amendement van de Constitutie van de Verenigde Staten. De Verenigde Staten hadden bij de totstandkoming van het cybercrime-verdrag aangedrongen op een grotere internationale consensus betreffende de strafbaarheid van digitale en virtuele kinderpornografie.¹⁶ Om deze reden is ervoor gekozen om in deze scriptie de Nederlandse juridische situatie te vergelijken met de situatie in de Verenigde Staten. De vraag rijst waarom er in Nederland geen sprake zou zijn van strijd tussen de strafbaarheid van virtuele kinderpornografie enerzijds en de vrijheid van meningsuiting anderzijds, terwijl die strijdigheid in de Verenigde Staten wel is aangenomen. Hoe verhouden de juridische situaties zich in deze twee landen tot elkaar.

1.4 Het onderzoek

1.4.1 De onderzoeksvragen

In deze scriptie zal worden onderzocht of virtuele kinderpornografie een strafbaar feit oplevert als bedoeld in de artikelen 240b Sr en 9 CCC. Hierbij zal voornamelijk gekeken worden naar de reikwijdte van de artikelen en de betekenis van de daarin genoemde begrippen ‘afbeelding’ en ‘schijnbaar betrokken’.

¹⁴ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 april 2011, LJN BQ1179, ro. 4.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2001-02, 27 745, nr 299B, p. 1.

¹⁶ *Kamerstukken I* 2001-02, 27 745 nr. 299a, p. 3.

Daarnaast zal er een rechtsvergelijkend onderzoek plaatsvinden tussen de huidige Nederlandse situatie en de situatie in de Verenigde Staten. Er is gekozen voor een vergelijking tussen de Verenigde Staten en Nederland, omdat tijdens het debat in de Tweede Kamer over de wijziging van artikel 240a Sr en 240b Sr in 2002, werd gekeken naar de wijze waarop de Verenigde Staten kinderpornografie strafbaar hebben gesteld. Ook speelden de Verenigde Staten een grote rol bij de totstandkoming van het CyberCrime-verdrag.¹⁷

Uit het onderzoek in Tsjechië, getiteld “Pornography and sex crimes in the Czech Republic”, blijkt dat het kindermisbruik afnam in de periode dat het kijken naar kinderporno in Tsjechië was toegestaan. Daartegenover staat de discussie in politiek, die zojuist al aan de orde kwam, over de vraag of virtuele kinderpornografie niet juist aanzet tot het misbruiken van een minderjarig kind. Hoe verhoudt de discussie in de politiek zich tot het onderzoek in Tsjechie, en op welke wijze kan hier vanuit een juridische perspectief naar worden gekeken. Om dit te onderzoeken is gekozen om als aanvulling op deze scriptie een kleinschalig empirisch onderzoek uit te voeren onder rechtenstudenten aan Tilburg University.

Er staan twee probleemstellingen centraal in deze scriptie. Deze probleemstellingen luiden als volgt:

1. *“In hoeverre verschilt de Nederlandse juridische visie op strafbaarheid van virtuele kinderpornografie ten opzichte van de juridische visie in de Verenigde Staten?”*
2. *“In hoeverre vindt de Tilburgse rechtenstudent het wenselijk dat ook het bezitten, produceren en verspreiden van virtuele kinderpornografie strafbaar wordt gesteld?”*

1.4.2 Plan van aanpak

Om deze probleemstellingen te beantwoorden zal in het tweede hoofdstuk de reikwijdte van artikel 240b Sr worden behandeld. Hiervoor zal worden gekeken of virtuele kinderpornografie onder de reikwijdte van artikel 240b Sr valt. Er zal voornamelijk gefocust worden op de begrippen ‘afbeelding’ en ‘schijnbaar betrokken’. Daarnaast zal worden stilgestaan bij de betekenis van artikel 9 CCC.

¹⁷ *Kamerstukken II*, 2001/02, 27 745, nr. 6, p.8-14 en *Kamerstukken I* 2001/02, 27 745, nr. 299b, p.2-9.

In het derde hoofdstuk zal worden onderzocht hoe in de Verenigde Staten wordt omgegaan met strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie of zoals virtuele kinderpornografie in de Verenigde Staten ook wel wordt genoemd: ‘computergegenereerde kinderpornografie’.¹⁸ Hiervoor wordt aan de hand van jurisprudentie en literatuur gekeken naar de juridische situatie. Dit zal vervolgens worden vergeleken met de juridische situatie betreffende virtuele kinderpornografie in Nederland.

In het vierde hoofdstuk zullen de resultaten van het empirisch onderzoek worden beschreven. Door middel van een schriftelijke enquête is onderzocht hoe een selectie van Tilburgse rechtenstudenten denkt over het strafbaar stellen van het bezitten, produceren en verspreiden van virtuele kinderpornografie. In hoofdstuk vier zal tevens de in de media geuite mening van enkele psychologen, aangaande de effecten van virtuele kinderpornografie op kinderen en de vermoedelijke daders, worden verwerkt.

Deze scriptie zal in het vijfde hoofdstuk worden afgesloten met de algemene conclusie en aanbevelingen.

¹⁸ Virtuele kinderpornografie omvat naast computergegenereerde kinderpornografie ook tekeningen en cartoons. De Nederlandse wetgever heeft echter bepaald dat tekeningen en cartoons in beginsel buiten de wettelijke bepaling vallen. In deze scriptie worden de begrippen ‘virtuele kinderpornografie’ en ‘computergegenereerde kinderpornografie’ naast elkaar gebruikt. Met deze begrippen wordt telkens gedoeld op nagenoeg levensechte kinderpornografie die door middel van een computer wordt gecreëerd.

2. De reikwijdte van artikel 240b Sr

2.1 Inleiding

Virtuele kinderpornografie is kinderpornografie die niet echt is, maar wel echt lijkt. Onder virtuele kinderpornografie vallen onder andere computergegenereerde afbeeldingen, tekeningen en cartoons. De wetgever heeft in 2001 bepaald dat tekeningen en cartoons in beginsel niet onder de reikwijdte van artikel 240b Sr vallen.¹⁹ Hoewel in dit hoofdstuk gebruik zal worden gemaakt van het begrip ‘virtuele kinderpornografie’ wordt hiermee enkel gedoeld op computergegenereerde kinderpornografie.

In dit hoofdstuk wordt bekeken in hoeverre virtuele kinderpornografie onder de reikwijdte van artikel 240b Sr valt. Allereerst wordt kort ingegaan op de totstandkoming van dit artikel. In het bijzonder wordt aandacht besteed aan de betekenis van de bestandsdelen ‘afbeelding’, ‘schijnbaar betrokken’ en ‘het in bezit hebben van’. Ten tweede komt de recente ontwikkeling in de jurisprudentie ten aanzien van de strafbaarheid van virtuele kinderpornografie aan de orde. Er wordt afgesloten met een conclusie.

2.2 De ontwikkeling van de zedelijkheidswetgeving betreffende kinderpornografie

2.2.1 Het begin van de zedelijkheidswetgeving

Het jaar 1911 is te bestempelen als een cruciaal jaar voor dit scriptieonderzoek. In dat jaar kwam namelijk de zedelijkheidswetgeving tot stand. In het Wetboek van Strafrecht werd pornografie in artikel 240 opgenomen. Toentertijd stond vooral de bestrijding van zedeloosheid centraal.²⁰ De eerste versie van artikel 240 Sr luidde als volgt:

“Met geschriften, afbeeldingen en voorwerpen, die aanstotelijk voor de eerbaarheid zijn, mag het volgende niet worden gedaan:

1. verspreiden, openlijk tentoonstellen of aanslaan
2. vervaardigen, invoeren, doorvoeren, uitvoeren of in voorraad hebben: om verspreid, openlijk tentoongesteld of aangeslagen te worden;

¹⁹ *Kamerstukken I* 2001/02, 27 745, nr. 299b, p.2.

²⁰ Bakker 2009, *Niet-levensechte virtuele kinderporno, strafbaarstelling van niet-levensechte virtuele kinderporno. Een onderzoek naar de mogelijke uitbreiding van artikel 240b Wetboek van Strafrecht*(afstudeerscriptie Tilburg UvT) 2009.

3. openlijk, of door verspreiding van enig geschrift, ongevraagd: aanbieden of als verkrijgbaar aanwijzen;
4. openlijk ten gehore brengen.”

De wijze waarop over zedelijkheid werd gedacht, was aan veranderingen onderhevig. Doordat de kijk op zedelijkheid in de loop van de jaren zestig veranderde, was er kritiek op de toenmalige redactie van de in het artikel opgenomen delictsomschrijving. Het begrip ‘aanstotelijk voor de eerbaarheid’ zou niet voldoende specifiek zijn omschreven.²¹ De Hoge Raad bracht in 1970 met het ‘Chickarrest’ een einde aan deze onduidelijkheid door daarvan de volgende definitie te geven:

“In artikel 240 Sr wordt met eerbaarheid 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”²²

Tot 1970 gold het uitgangspunt dat zedelijkheidswetgeving een bepaalde seksuele moraal diende te beschermen.²³ Volgens Sorgdrager heeft de hiervoor genoemde uitspraak van de Hoge Raad dat uitgangspunt veranderd.²⁴ Vanaf 1970 ging men ervan uit dat zedelijkheidswetgeving strekt tot bescherming tegen onvrijwillige seks en de ongewilde confrontatie met seksuele uitingen.²⁵ De zedelijkheidswetgeving is dan ook niet alleen door de toenemende technische mogelijkheden veranderd, maar heeft derhalve door de jaren heen ook een andere strekking gekregen.²⁶

Dat de publieke kijk op zedelijkheid en zedelijkheidswetgeving in de loop der jaren is veranderd is te illustreren aan de hand van de beeldvorming omtrent pedofilie. Vroeger zag men in een pedofiel een persoon die de nadruk legt op liefde en tederheid, een persoon die kinderen op een liefdevolle wijze inwijdt in de wereld van de volwassenen. Slechts een kleine groep mensen wilde hier niets van weten en zagen elk seksueel contact tussen kinderen en volwassenen als schadelijk en verwerpelijk.²⁷

²¹ Sorgdrager 2003, p. 89.

²² Hoge Raad, 17 november 1970, *NJ* 1971, 373.

²³ Sorgdrager 2003, p. 8.

²⁴ Sorgdrager schreef het boek ‘Zonde, Zeden en strafrecht’ in de hoedanigheid van jurist, voormalig officier van justitie, advocaat-generaal en politica.

²⁵ Sorgdrager 2003, p. 8.

²⁶ Sorgdrager 2003, p. 9.

²⁷ Sorgdrager 2003, p. 59.

In de jaren '80 veranderde dit betrekkelijk positieve beeld van de pedofiel toen enkele geruchtmakende kindermisbruikzaken aan het licht kwamen. Sindsdien wordt de pedofiel direct geassocieerd met iemand die kinderen misbruikt.²⁸

Vanuit de samenleving groeide een behoefte om het misbruik van kinderen strafrechtelijk te regelen. Seksuele contacten tussen kinderen en volwassenen diende volgens hen vanwege de ongelijke machtsverhouding verboden te worden. In de Tweede Kamer werd er ingespeeld op deze publieke onrust door te speculeren dat iemand die een kind misbruikt levenslang diende te worden opgesloten of chemisch gecastreerd diende te worden.²⁹

Waar de samenleving en overheid echter aan voorbijgingen, is dat niet iedere pedofiel kinderen misbruikt. Veel pedofielen kijken slechts naar (afbeeldingen van) kinderen zonder dat daarbij sprake is van enig misbruik, terwijl dat kinderpornografie zich juist kenmerkt door dat misbruik. Van kinderpornografie is pas sprake indien misbruik van kinderen op beeld wordt vastgelegd. Het verspreiden van dit materiaal kan een kind jaren lang confronteren met het misbruik.³⁰

Pas vanaf 1985 kent het Nederlandse Strafrecht een apart kinderpornoartikel. Artikel 240b Sr werd ingevoerd en luidde als volgt:

“Met 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 die 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.”

Het enkele bezit van kinderpornografie voor eigen gebruik was derhalve niet strafbaar gesteld.³¹ Het moet gaan om het verspreiden of openlijk tentoonstellen van kinderpornografie, dan wel om het vervaardigen, invoeren, doorvoeren, uitvoeren of in voorraad hebben van kinderpornografie met het oog op de verspreiding of openlijke tentoonstelling ervan. In artikel 240a Sr werd voorts ook het tonen van kinderpornografie aan een minderjarig strafbaar gesteld.

²⁸ Sorgdrager 2003, p. 62.

²⁹ Sorgdrager 2003, p. 69.

³⁰ Rapport Stichting profit for the world's children, 'Kinderpornografie en internet in Nederland: een overzicht van de huidige situatie, knelpunten in de bestrijding en suggesties voor verbetering', copy copy Haarlem 2001.

³¹ Sorgdrager 2003, p. 98.

Artikel 240a Sr is gebaseerd op de gedachte dat jeugdigen sneller zijn te beïnvloeden dan ouderen en dat jeugdigen daarom beschermd dienen te worden tegen uitingen van seksuele en/of gewelddadige aard.³²

Door de onduidelijke formulering van artikel 240b Sr was het voor de politie en het Openbaar Ministerie (hierna: OM) moeilijk om mensen vanwege dit delict veroordeeld te krijgen.³³ Deze onduidelijkheid werd vooral veroorzaakt doordat de begrippen ‘seksuele gedraging’, ‘om te verspreiden’ en ‘in voorraad hebben’ niet nader waren gedefinieerd. De opsporing en vervolging van kinderpornografie had een lage prioriteit, terwijl vanuit de maatschappij door de veranderde kijk op kinderpornografie juist een toenemende druk ontstond om op te treden tegen kinderporno. De prioritering werd niettemin pas verhoogd toen duidelijk werd dat de verspreiding van kinderpornografie gezien moest worden als een vorm van georganiseerde misdaad.³⁴

2.2.2. De invloed van de Hoge Raad en haar definitie van het begrip ‘seksuele gedraging’.

Zojuist werd al duidelijk dat de wijze waarop men over kinderpornografie denkt door de jaren heen enorm is veranderd. De Hoge Raad heeft daarop een grote invloed gehad. De Hoge Raad gaf in 1990 een uitbreiding aan de definitie van het begrip ‘seksuele gedraging’ en oordeelde dat een afbeelding van een kind of jongere beneden de zestien jaar in een houding die de opwekking van een seksuele prikkeling beoogt, ook gezien diende te worden als een afbeelding van een seksuele gedraging.³⁵ De Hoge Raad stelde in de zojuist genoemde uitspraak het volgende:

“Naar aanleiding van een gevoerd verweer heeft de rechtbank in de bestreden beschikking het volgende overwogen:

Overwegende, dat klager heeft aangevoerd, dat hij zich niet aan een strafbaar feit heeft schuldig gemaakt, daar de in beslag genomen kalenders geen afbeeldingen als bedoeld in artikel 240b Sr bevatten en derhalve niet kunnen dienen tot enig bewijs, terwijl verbeurdverklaring en onttrekking aan het verkeer niet in de rede ligt.

³² Tekst en commentaar artikel 240a Sr.

³³ Bakker 2009, *Niet-levensechte virtuele kinderporno, strafbaarstelling van niet-levensechte virtuele kinderporno. Een onderzoek naar de mogelijke uitbreiding van artikel 240b Wetboek van Strafrecht*(afstudeerscriptie Tilburg UvT) 2009, p. 11.

³⁴ Sorgdrager 2003, p. 99.

³⁵ HR 4 december 1990, NJ 1991, 312 m. nt. A.C. Hart.

Klager heeft hiertoe gesteld, dat met betrekking tot de afbeeldingen op de onderhavige kalenders, niet gesproken kan worden van een ‘seksuele gedraging’. Overwegende dat de rechtbank, anders dan klager, van oordeel is, dat de kalenders in elk geval een afbeelding bevatten van een seksuele gedraging in de zin van artikel 240b Sr. Op de bewuste afbeelding, te weten de foto bij de maand maart, is een jongeman zichtbaar, die duidelijk een pose heeft aangenomen voor de camera. Deze foto toont de jongeman, staand met zijn linkerzijde naar de camera gewend, waarbij duidelijk het, in enigszins gezwollen toestand verkerende, geslachtsdeel te zien is. Gelet hierop komt de rechtbank tot het oordeel, dat er van een ‘enkel bloot zijn’, hetwelk, zoals klager terecht heeft aangevoerd, geen seksuele gedraging oplevert, geen sprake kan zijn. Integendeel, het op de voren omschreven wijze poseren vormt een gedraging welke door de manier waarop en de toestand waarin het geslachtsdeel is gefotografeerd, een seksueel karakter heeft.”³⁶

De bewijslast werd daarmee verlaagd. De Hoge Raad bracht in deze uitspraak immers de opvatting naar buiten dat een afbeelding van een kind of een jongere die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt in een seksuele houding, kindermisbruik kan impliceren.³⁷

A.C. ’t Hart bekritiseerde deze uitspraak in zijn annotatie. Hij meende dat de Hoge Raad met de uitbreiding een te ruime uitleg gaf aan het begrip ‘seksuele gedraging’. Allereerst impliceerde de Hoge Raad dat er voor een seksuele gedraging, waarbij iemand betrokken is die de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt, geen sprake hoeft te zijn van twee deelnemers.³⁸ Een seksuele gedraging kon, aldus de Hoge Raad, zich dus ook voordoen in het geval slechts één persoon wordt afgebeeld.

Ten tweede was ’t Hart van mening dat het begrip ‘gedraging’ wordt weg geïnterpreteerd indien daaronder iedere lichaamshouding wordt verstaan. . Niet iedere lichaamshouding heeft namelijk een seksueel karakter. Mogelijkerwijs kan men zelfs geprikkeld worden door een volledig gekleed kind. Wanneer de strafbepaling afbeeldingen van volledig geklede kinderen zou omvatten, zou volledig voorbij worden gegaan aan de strekking van artikel 240b Sr.³⁹

Ten slotte bracht ’t Hart naar voren dat de Hoge Raad had miskend dat er zich wellicht excepties voor kunnen doen. Gedacht kan worden aan kunst, wetenschap of een ander redelijk doel om de aanstotelijkheid op te heffen. Een voorbeeld hiervan is de zaak die zich afspeelde in Amsterdam waarbij het ging om een kunstexpositie van verschillende foto’s die de ontwikkeling van jongen tot jongeman in opeenvolgende leeftijdsfases in beeld bracht.

³⁶ HR 4 december 1990, *NJ* 1991, 312, r.o. 4.2.

³⁷ Sorgdrager 2003, p. 100.

³⁸ HR 4 december 1990, *NJ* 1991, 312 m. nt. A.C. Hart.

³⁹ HR 4 december 1990, *NJ* 1991, 312 m. nt. A.C. Hart.

Deze expositie was al in meerdere landen vertoond. Echter, bij de expositie in een galerie in Amsterdam werd een deel van de afbeeldingen in beslag genomen en werden de eigenaren vervolgd wegens het verspreiden van kinderpornografie. De verdediging verweerde zich door te stellen dat er sprake was van een kunstexceptie. De rechtbank Amsterdam heeft dit verweer verworpen, en overwoog dat de bescherming van het belang van een kind zwaarder weegt dan de bescherming van het belang van de kunstenaar en/of het kunstwerk.⁴⁰

In één van haar uitspraken heeft de Hoge Raad echter bepaald dat het niet enkel gaat om de afbeelding of de lichaamshouding maar om de aard van de afbeelding en het geheel waarin de afbeelding is te beschouwen.⁴¹

2.2.3. Artikel 240b Sr opnieuw gewijzigd in 1996

Hoewel de uitspraak van de Hoge Raad van 4 december 1990 eindelijk een definitie gaf van het begrip ‘seksuele gedraging’, was lang niet iedereen het hiermee eens.

Door middel van de wetswijziging in 1996 werd de uitspraak van de Hoge Raad van 4 december 1990 door de Tweede Kamer ‘overruled’. De toenmalige regeringspartijen de PvdA, CDA en VVD, bleken het niet eens te zijn met het door de Hoge Raad geuite standpunt. Volgens deze regeringspartijen zou er een groot gevaar rusten in de opvatting “dat door middel van een bepaalde houding de opwekking van een seksuele prikkeling werd beoogd.”⁴² Deze vage omschrijving zou zorgen voor een te ruime definiëring van het begrip seksuele gedraging.

De Tweede Kamer heeft voorafgaande aan deze wetswijziging uitvoerig besproken wat er precies onder het begrip ‘seksuele gedraging’ valt. Bepaald is dat het begrip ‘seksuele gedraging’ in vier categorieën kan worden verdeeld.

De eerste categorie betreft de gedragingen die strafbaar zijn gesteld in artikel 242 e.v. Sr. De tweede categorie heeft betrekking op die seksuele gedragingen waarbij de jeugdige is betrokken en wordt misbruikt. De derde en vierde categorie lijken op elkaar, maar hebben één essentieel verschil. Bij de derde categorie gaat het om het aannemen van een uitdagende en schadelijke houding, terwijl het er bij de vierde categorie om gaat dat een kind geheel of gedeeltelijk naakt wordt afgebeeld in een onnatuurlijke seksuele houding of ambiance.⁴³

⁴⁰ HR 6 maart 1990, NJ 1990, 667.

⁴¹ HR 4 december 1990, NJ 1991, 312 m. nt. A.C. Hart, r.o. 6 en HR 12 april 1920, NJ 1920, 446.

⁴² *Kamerstukken II 1994/95*, 23 682, nr. 5, p. 8.

⁴³ *Kamerstukken II 1994/95*, 23 682, nr. 5, p. 8, 10, 11 en 12.

Niet alleen het specificeren van het begrip ‘seksuele gedraging’ stond tijdens de behandeling van art 240b Sr centraal, maar ook de ernst van een dergelijk vergrijp. De ernst kwam volgens minister van justitie Hirsch Ballin onvoldoende tot uitdrukking in de toenmalige strafbedreiging van ten hoogste drie maanden gevangenisstraf (of geldboete van de derde categorie). Deze maximale gevangenisstraf werd daarom verhoogd naar vier jaren of, indien van zo’n misdrijf een beroep of gewoonte werd gemaakt, zes jaren (met steeds ook de mogelijkheid om de maximale geldboete van de vijfde categorie op te leggen). Naast de strafmaatverhoging veranderde er bij de wetswijziging in 1996 nog iets aan het artikel betreffende kinderporno. Het bestanddeel ‘om te verspreiden’ werd uit het artikel geschrapt en vervangen door de zinsnede ‘in voorraad hebben’. Op deze manier werd het in bezit hebben ook strafbaar. Bij deze wetswijziging werd wel expliciet aangegeven dat niet werd bedoeld op het enkelvoudige bezit van kinderporno. De bewoording ‘in voorraad hebben’ zou wijzen op een meervoudig aantal afbeeldingen.⁴⁴

2.2.4. De totstandkoming en invloed van internationale verdragen

Ook op Europees en internationaal niveau is in de afgelopen tien jaar het een en ander veranderd met grote gevolgen voor de hedendaagse zedenwetgeving. Het internet kent geen landsgrenzen. Het plegen van een strafbaar feit op het internet heeft daarom over het algemeen grotere gevolgen. Het verspreiden van kinderpornografische afbeeldingen is dankzij het internet een stuk eenvoudiger geworden. Een afbeelding die in Nederland op internet wordt gepubliceerd, kan over vrijwel heel de wereld worden bekeken. Verschillende landen drongen er daarom op aan dat er een bepaalde mate van internationale consensus zou worden gecreëerd met betrekking tot ‘cybercrime’. Vooral de Verenigde Staten waren van mening dat een internationaal verdrag ten aanzien van ‘cybercrime’ noodzakelijk was.⁴⁵

Op 23 november 2001 is onder andere door Nederland in Boedapest het Cybercrime verdrag ondertekend.

In de CCC staat de bescherming van de samenleving tegen strafbare feiten verbandhoudende met elektronische netwerken centraal. Technisch is er steeds meer mogelijk. Om deze reden achtte men het van belang dat ook de wet hiertegen bescherming bood. Artikel 9 CCC behandelt de strafbaarstelling van kinderpornografie.

⁴⁴ *Kamerstukken II 1994/95*, 23 682, nr. 5, p. 9.

⁴⁵ *Kamerstukken I 2001/02*, 27 745, nr. 299b, p.6.

Artikel 9 CCC 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.

-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.”

Wat vooral opvalt aan artikel 9 CCC is dat er een vrij ruime definitie wordt gegeven van het begrip ‘kinderpornografie’. Volgens artikel 9 CCC vallen ook realistische afbeeldingen die een minderjarige moeten voorstellen onder de definitie van ‘kinderpornografie’. Hiermee wordt door de CCC virtuele kinderpornografie bedoeld. De leeftijdsgrens van een minderjarige behoort volgens deze bepaling niet op zestien jaren te worden gesteld, zoals tot dat moment werd aangenomen, maar op achttien jaren.

Naast de ruime definitie van ‘kinderpornografie’ wordt in artikel 9 CCC ook het bezit van kinderpornografie voor eigen gebruik als strafbaar feit aangemerkt. . De leden 3 en 4 van artikel 9 CCC geven echter aan dat partijen bij het verdrag niet verplicht zijn om het volledige artikel te implementeren, ook kunnen zij er met betrekking tot paragraaf 1, subparagraaf d en e en paragraaf 2, subparagraaf b en c van artikel 9 CCC voor kiezen om slechts een deel in hun nationale wetgeving op te nemen.

Naast de CCC is ook het verdrag van Lanzarote van invloed geweest op de nationale bepalingen met betrekking tot kinderpornografie. Het verdrag van Lanzarote bracht een uitbreiding van artikel 240b Sr met zich mee. Ook het realtime kijken naar kinderpornografie werd hierdoor strafbaar. Vereist is hierbij wel dat een actieve handeling moet zijn uitgevoerd / verricht die gericht is op het verkrijgen van toegang tot kinderpornografie.

2.3. Artikel 240b Sr anno 2011

2.3.1 De invloed van het Cybercrime verdrag op de Nederlandse zedelijkheidswetgeving.

In de Nederlandse politiek is naar aanleiding van de ondertekening van het Cybercrime verdrag stevig gediscussieerd over de mate van verruiming. De Nederlandse bepaling betreffende kinderporno diende door ondertekening van het hierboven genoemde verdrag te worden aangepast. Dit gebeurde bij wetswijziging in 2002.⁴⁶ Allereerst is de leeftijdsgrens van zestien jaren verhoogd naar achttien jaren. Daarnaast is in het eerste lid de term ‘schijnbaar betrokken’ toegevoegd waardoor artikel 240b Sr niet langer vereist dat er daadwerkelijk een minderjarig persoon betrokken was. Ook afbeeldingen van volwassenen die eruit zien als minderjarigen vallen sindsdien onder de reikwijdte van artikel 240b Sr.⁴⁷ De laatste wijziging betreft de wijziging van het ‘in voorraad hebben’ naar ‘het in bezit hebben’.⁴⁸ Middels deze wijziging werd niet alleen het meervoudig bezig maar ook het ‘bezig voor eigen gebruik’ strafbaar.

De wetswijziging van 2002 bracht geen verandering in de in het in artikel 240b Sr genoemde begrip ‘afbeelding’: een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij (schijnbaar) een kind is betrokken. Er zijn drie soorten afbeelden. Het kan gaan om een afbeelding van een echt kind, een afbeelding van een volwassen persoon die eruit ziet als een kind of een realistische afbeelding van een niet bestaand kind. In alle gevallen dient de afbeelding levensechtheid uit te stralen. Deze levensechtheid doet zich vanzelfsprekend voor wanneer de afgebeelde persoon een echt persoon betreft, maar ook wanneer die persoon net echt is. In de aanwijzing kinderpornografie wordt over het gebruikt van kinderen het volgende gesteld: .

“Het gebruik van kinderen in de seksindustrie kent vele vormen en naast het materiaal dat zonder meer kinderpornografisch van aard is bestaan er ook allerlei vormen van zgn.

⁴⁶ *Aanhangsel I* 2001/02, nr. 35, p. 2.

⁴⁷ Wall 2007, p. 110.

⁴⁸ *Kamerstukken I* 2001/02, 27 745, nr. 299b, p.7.

‘kindererotica’ die niet onder de strafbaarstelling van artikel 240b Sr vallen, maar welke wel degelijk binnen het uitgangspunt van de beschermwaardigheid van kinderen vallen. Daarmee wordt bedoeld dat kinderen moeten worden beschermd tegen beeldmateriaal dat seksueel misbruik suggereert, tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag en tegen gedrag dat deel kan uit gaan maken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert.’⁴⁹

Naar het oordeel van de wetgever kunnen enkel foto’s en films voldoen aan het vereiste van levensechtheid.⁵⁰ Kinderporno in strip- of cartoonvorm zou het kenmerk van levensechtheid missen, nu deze vorm niet levensecht seksueel misbruik van kinderen beoogt weer te geven. Deze afbeeldingen zijn immers het product van de fantasie en verbeelding van de ontwerper. Wel heeft de wetgever bepaald dat er dient te worden opgetreden, wanneer de vervaardiging van kinderpornografie in een getekende vorm is ontstaan door het misbruiken van kinderen.⁵¹ Hoe deze grondslag echter bewezen kan worden is onduidelijk en lastig.

Zoals zojuist al aan de orde kwam, zijn bijvoorbeeld ook afbeeldingen van volwassenen die er uitzien als minderjarigen strafbaar op grond van artikel 240b Sr. De persoon die wordt afgebeeld dient kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet te hebben bereikt. Aan de hand van een foto kan niet met zekerheid worden gezegd of iemand een bepaalde leeftijd wel of niet heeft behaald. Aan de hand van bepaalde criteria kan wel worden beoordeeld of de bewuste persoon de leeftijd van achttien ‘kennelijk’ nog niet heeft behaald. Hiervoor kunnen bijvoorbeeld de Tanner-criteria worden toegepast.⁵² Bij toepassing van deze criteria wordt gekeken naar de lichaamskenmerken van de afgebeelde persoon. De Tanner-criteria is een schaal van fysieke ontwikkeling van kinderen, jongeren en volwassenen. Aan de hand van geslachtskenmerken, zoals de grootte van de borsten, genitaliën en ontwikkeling van het schaamhaar werd bepaald hoe oud de persoon oogt. Oogt deze persoon aan de hand van deze criteria jonger dan achttien jaar, dan is er sprake van kinderpornografie.⁵³ De Tanner-criteria zijn echter niet altijd betrouwbaar.

⁴⁹ Aanwijzing kinderpornografie.

⁵⁰ *Kamerstukken I* 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 7.

⁵¹ *Kamerstukken I* 2001/02, 27 745, nr. 299b, p.2.

⁵² Bakker 2009, *Niet-levensechte virtuele kinderporno, strafbaarstelling van niet-levensechte virtuele kinderporno. Een onderzoek naar de mogelijke uitbreiding van artikel 240b Wetboek van Strafrecht*(afstudeerscriptie Tilburg UvT) 2009, p. 22.

⁵³ J. Tanner, ‘How children grow’, *Oxford Blackwell Scientific Publications* 1962, p. 121-131.

Volgens de Hoge Raad is het onverantwoord om de bepaling van iemands leeftijd te koppelen aan een ontwikkelingsfase op de schaal van Tanner.⁵⁴ Het draait dus niet langer om de werkelijke leeftijd, maar het is voldoende - en noodzakelijk - dat er aan de hand van de op de afbeelding zichtbare uiterlijke kenmerken, wordt bewezen dat het gaat om een persoon die jonger dan achttien jaren oogt.⁵⁵ De Hoge Raad liet geen ruimte over voor tegenbewijs dat vast zou kunnen stellen dat het een volwassen persoon betrof in plaats van een kind.⁵⁶

In 2009 werd artikel 240b Sr voor het laatst gewijzigd. Ten eerste werd, op basis van het verdrag van Lanzarote ook het realtime kijken naar kinderpornografie strafbaar. Naast het verspreiden, openlijk tentoonstellen, vervaardigen, invoeren, doorvoeren, uitvoeren, aanbieden, verwerven en in bezit hebben werd ook het door middel van een geautomatiseerd werk met gebruikmaking van communicatiediensten de toegang verschaffen tot kinderpornografie strafbaar gesteld. Daarnaast werd artikel 240b lid 2 Sr gewijzigd. De strafmaat werd verhoogd naar een gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie. Door deze laatste wijziging werd het mogelijk om bijvoorbeeld op grond van artikel 126i Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv) af luisterapparatuur in de woning van een verdachte te plaatsen zonder de toestemming van de bewoner. Artikel 240b Sr luidt na de zojuist uitgebreid besproken wetswijzigingen 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, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert, verwerft, in bezit heeft, aanbiedt of door middel van een geautomatiseerd werk met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaffen.

-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.”

⁵⁴ HR 15 januari 2008, LJN BB4853.

⁵⁵ HR 18 november 2008, LJN BF0170, hierbij ging het om de ouder versie van artikel 240b Sr, vandaar dat hier wordt gesproken van een leeftijdsgrens van zestien jaar in plaats van achttien jaar.

⁵⁶ HR 18 november 2008, LJN BF0170.

2.3.2 Virtuele kinderpornografie: een aparte subcultuur

Virtuele kinderpornografie is in veel gevallen niet van echt te onderscheiden. Volgens Korthals, Minister van Justitie van augustus 1998 tot en met juli 2002, wordt het strafbaar stellen van virtuele kinderpornografie gerechtvaardigd door de wenselijkheid van een lagere bewijslast.

Het zou onwenselijk zijn, indien aangetoond zou moeten worden dat daadwerkelijk kinderen zijn misbruikt.⁵⁷ Daarnaast is van belang dat artikel 240b Sr niet alleen bescherming biedt tegen kindermisbruik, maar ook tegen “gedrag dat kan worden gebruikt om hen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel verkeer, of tegen gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert”.⁵⁸

Artikel 240b Sr heeft derhalve ook de bedoeling om de subcultuur te doorbreken. Kinderporno en virtuele kinderporno behoren tot één markt en maken onderdeel uit van dezelfde subcultuur.⁵⁹

2.4 Is virtuele kinderporno ook strafbaar?

Op 20 februari 2007 zorgde een uitzending van de Evangelische Omroep voor een fikse discussie over kinderpornografie. De fantasiewereld ‘Second Life’ stond in die uitzending centraal. Ten tijde van de wetswijziging in 2002 had waarschijnlijk niemand stilgestaan bij de hedendaagse technische mogelijkheden. In een fantasiewereld kan alles, maar het is de vraag of ook alles mag. Mag je jezelf in een fantasiewereld voordoen als kind en beschikbaar stellen voor seksuele handelingen? Mag je een kind in een computerspel misbruiken? Of gelden in deze fantasiewereld dezelfde wetten als in de echte wereld?

Vanaf 2007 is hierover zowel in de politiek als in de maatschappij een hevige discussie opgelaaid. De zojuist genoemde uitzending van de Evangelische Omroep over kinderpornografie bracht deze discussie op gang. Olsthoorn, multimedia journalist, schreef naar aanleiding van de omstreden uitzending een artikel over kinderpornografie en probeerde in dit artikel meerdere kanten van de discussie te belichten.⁶⁰

⁵⁷ *Kamerstukken I* 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 3.

⁵⁸ *Kamerstukken I* 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 3.

⁵⁹ *Kamerstukken I* 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 3.

⁶⁰ P. Olsthoorn, ‘Virtuele kinderporno; verbieden of laten begaan?’, *Netkwesties* maart 2007, editie 153 P.1 (<<http://www.netkwesties.nl/50/virtuele-kinderporno-verbieden-laten.htm>>).

Naar aanleiding van het uitgezonden tv-programma besloot het Openbaar Ministerie een aantal proefprocessen te voeren om op deze wijze de reikwijdte van artikel 240b Sr nader te bepalen.⁶¹ Na meerdere mislukte proefprocessen was het de Rotterdamse rechtbank die op 31 maart 2011 voor het eerst in de Nederlandse geschiedenis iemand veroordeelde wegens het bezit van virtuele kinderpornografie. De rechtbank woog mee dat het na de wetswijziging in 2002 de bedoeling van de wetgever is geweest om niet langer alleen de afgebeelde jeugdige te beschermen, maar ook “bescherming te bieden aan kinderen in het algemeen, tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag, of gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert”.⁶²

De aanpassing van de wetsebepaling beoogt het resultaat dat de schade die het in omloop brengen van materiaal dat seksueel misbruik suggereert van dien aard is dat het strafbaarstelling rechtvaardigt. De rechtbank woog bovendien mee dat er sinds de wetswijziging in 2002 een dermate grote sprong is gemaakt voor wat betreft technische en virtuele mogelijkheden, dat de wetgever in 2002 niet heeft kunnen voorzien dat de huidige technische mogelijkheden in staat zouden zijn om dergelijke realistische beelden te creëren. Om te voorkomen dat de tekst van artikel 240b Sr ‘te ver’ wordt opgerekt, dienen de afbeeldingen naar het oordeel van de rechtbank van dien aard te zijn, dat deze:

“Op zichzelf of in combinatie met de daaraan toegevoegde tekst, onmiskenbaar en naar objectieve maatstaven bezien, bedoeld zijn tot het opwekken van seksuele prikkelingen, of andere seksuele doeleinden.”⁶³

Deze definitie is in lijn met de definitie, die artikel 20 lid 2 van het Verdrag van de Raad van Europa, inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik van ‘child pornography’ geeft. Deze definitie luidt als volgt:

“For the purpose of the present article, the term “child pornography” shall mean any material that visually depicts a child engaged in real or simulated sexually explicit conduct or any depiction of a child’s sexual organs for primarily sexual purposes.”

⁶¹ P. Olsthoorn, ‘Virtuele kinderporno; verbieden of laten begaan?’, Netkwesties maart 2007, editie 153 P.1 (<<http://www.netkwesties.nl/50/virtuele-kinderporno-verbieden-laten.htm>>).

⁶² Rechtbank Rotterdam 31 maart 2011, LJN BP9776.

⁶³ Rechtbank Rotterdam 31 maart 2011, LJN BP9776.

Hieruit blijkt dat niet langer van belang is of een kind daadwerkelijk is misbruikt bij de vervaardiging van kinderpornografie.

Op 14 april 2011 heeft het gerechtshof te 's-Hertogenbosch in een soortgelijke zaak bepaald dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat met het bestanddeel 'schijnbaar is betrokken' in artikel 240b Sr door de wetgever een beperking van de strafbaarstelling van virtuele kinderporno tot realistische, niet van echt te onderscheiden, afbeeldingen werd beoogd. Het zou er naar het oordeel van het hof bij de wetgever om gaan dat de creatieve uitingen van de menselijke geest niet onnodig worden gebreideld en geen inbreuk wordt gemaakt op de grondrechten op de persoonlijke levenssfeer en vrijheid van meningsuiting.⁶⁴

De uitspraak van het gerechtshof te 's-Hertogenbosch volgt de lijn van de uitspraak van de rechtbank te Rotterdam, maar geeft daarnaast heel duidelijk aan dat gewaakt dient te worden voor een te ruime uitleg van artikel 240b Sr.

Wanneer de uitspraak van de rechtbank van Rotterdam in stand blijft, zou het voldoende zijn dat een afbeelding realistisch is, en dat dit beeld een seksuele prikkeling op zou kunnen wekken. Wanneer echter de interpretatie van het hof te 's-Hertogenbosch hierop wordt toegepast, kan gezegd worden dat zeer voorzichtig dient te worden omgegaan met het vaststellen van de levensechtheid van de virtuele afbeeldingen.

Zoals Stampe, onderzoeker aan de Universiteit van Toronto, het in zijn publicatie in 1995 ooit beschreef: "het dient te gaan om iets wat lijkt te bestaan, maar niet echt bestaat".⁶⁵

2.5 Conclusie

Zedelijkheidwetgeving heeft in Nederland een hele ontwikkeling doorgemaakt. De manier waarop naar kinderpornografie wordt gekeken, is door de jaren heen behoorlijk veranderd. Onder andere het Cybercrime verdrag heeft een verandering teweeggebracht. Aansluitend daarop en door de gewijzigde inzichten is artikel 240b Sr meerdere malen veranderd.

Bij de wijziging in 2002 is het begrip 'in voorraad hebben' vervangen door het begrip 'in bezit hebben'. Bovendien is het vanaf 2002 voldoende dat er schijnbaar een minderjarige betrokken is bij het produceren van kinderpornografie. Ook de leeftijdsgrens is gewijzigd: onder het begrip 'minderjarige' vallen alle personen die de leeftijd van achttien jaren kennelijk nog niet hebben bereikt. Vaak wordt gebruik gemaakt van de Tanner-criteria om vast te stellen dat het een minderjarige betreft.

⁶⁴ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 april 2011, LJN BQ1179, r.o. 2.

⁶⁵ Stampe, Roehle en Eagen 1995, p. 10.

De Hoge Raad heeft echter bepaald dat dit geen juiste maatstaaf is.⁶⁶ Naar het oordeel van de wetgever zouden onder andere tekeningen en cartoons in beginsel buiten de reikwijdte van artikel 240b Sr vallen. Duidelijk is dat virtuele kinderpornografie tegenwoordig in artikel 240b Sr strafbaar is gesteld. Niet geheel uitgekristalliseerd is echter aan welke voorwaarden voor die strafbaarheid moet zijn voldaan. Op 31 maart 2011 heeft de Rotterdamse rechtbank voor het eerst in de Nederlandse geschiedenis iemand veroordeeld voor het bezit van virtuele kinderpornografie. Wanneer de weg die door de rechtbank van Rotterdam in haar uitspraak van 31 maart 2011 is ingeslagen door zal zetten zal ook virtuele kinderpornografie op grond van artikel 240b Sr strafbaar zijn.

Het gerechtshof te 's-Hertogenbosch heeft in één van haar uitspraken van 14 april 2011 naast de constatering dat het bij vervolging van virtuele kinderporno dient te gaan om niet van levensecht te onderscheiden kinderporno de kanttekening geplaatst dat bij de vervolging van virtuele kinderpornografie zeer voorzichtig dient te worden omgegaan met het vaststellen van de levensechtheid van virtuele kinderpornografie. Dit om te voorkomen dat aan artikel 240b een te ruime uitleg wordt gegeven.

Het is tot op heden nog onduidelijk of de strafrechtelijke bepalingen ook van toepassing zijn op de virtuele fantasiewereld. Het blijft van belang of het misbruik of de seksuele handelingen met een kind levensecht is vormgegeven. De scheidingslijn tussen levensechte virtuele kinderpornografie en niet-levensechte virtuele kinderpornografie is zeer dun. Wat voor een volwassen persoon als onrealistisch wordt ervaren, kan in de ogen van een kind echter heel realistisch zijn.

⁶⁶ HR 15 januari 2008, LJN BB4853.

3. Computergegenereerde kinderpornografie in de Verenigde Staten

3.1 Inleiding

Computergegenereerde kinderpornografie is kinderpornografie die door middel van het gebruik van een computer wordt gecreëerd. Onder het begrip ‘computergegenereerde kinderpornografie’ vallen geen handgemaakte tekeningen en cartoons.⁶⁷

In dit derde hoofdstuk wordt de juridische situatie, met betrekking tot computergegenereerde kinderpornografie, in de Verenigde Staten besproken. Allereerst zal een beknopte omschrijving worden gegeven van het rechtssysteem in de Verenigde Staten. Vervolgens wordt op chronologische wijze stilgestaan bij de ontwikkelingen in de wetgeving en jurisprudentie. Tenslotte zal de huidige juridische stand van zaken worden omschreven. Dit hoofdstuk zal worden afgesloten met een conclusie.

3.2 Het rechtssysteem van de Verenigde Staten

Een volledige beschrijving van het juridische en politieke systeem van de Verenigde Staten is hier niet op zijn plaats. Allereerst zal een beknopte beschrijving worden gegeven van het rechtssysteem van de Verenigde Staten.

De Verenigde Staten kennen een federaal (nationaal) gouvernementaal systeem. Dit betekent dat de Verenigde Staten een machtsverdeling kennen tussen de wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht. De Verenigde Staten zijn onderverdeeld in 50 staten die op subnationaal niveau ieder een soort gelijk systeem kennen.⁶⁸

De gerechtelijke instanties zijn onder te verdelen in ‘Federal Courts’(hierna: federale rechtbanken) en ‘State Courts’(hierna: statelijke rechtbanken).⁶⁹ Het landelijke systeem van de federale rechtbanken functioneert naast de rechtbanken in de verschillende staten.⁷⁰

Elke staat heeft zijn eigen rechtbank. Hoger beroep kan eventueel worden aangetekend bij de hoogste beroepsinstantie.

⁶⁷ In dit hoofdstuk zal het begrip ‘computergegenereerde kinderpornografie’ worden gebruikt in plaats van virtuele kinderpornografie. Hier is voor gekozen omdat men in de Verenigde Staten spreekt van ‘computergegenereerde kinderpornografie’. Met dit begrip wordt hetzelfde bedoelt als het eerder beschreven begrip ‘virtuele kinderpornografie’, met die kanttekening dat het niet gaat om tekeningen en cartoons.

⁶⁸ Tushnet 2009, p. 43.

⁶⁹ Tushnet 2009, p.124.

⁷⁰ Farnsworth 1996, p. 39.

Hiernaast kennen de Verenigde Staten de federale gerechtelijke instanties. Deze zijn onderverdeeld in ‘District Courts’, ‘Courts of Appeal’ en de ‘Supreme Court’ of the United States of America (hierna: de ‘Supreme Court’).⁷¹ Een procedure begint bij de ‘District Court’, waarna hoger beroep kan worden ingesteld bij de ‘Court of Appeal’. De hoogste gerechtelijke instantie is hier de ‘Supreme Court’.⁷²

De federale rechtbanken zijn in beginsel slechts bevoegd te oordelen over zaken die exclusief bij hen aanhangig worden gemaakt. De overige zaken worden afgehandeld door de statelijke rechtbanken. De ‘Supreme Court’ staat dus bovenaan de hiërarchie.⁷³ De beslissingen die door de ‘Supreme Court’ worden genomen zijn erg belangrijk. Deze uitspraken kennen namelijk de kracht van de nationale toetsing. Dit betekent dat de ‘Supreme Court’ de macht heeft om vast te stellen en te bepalen of statuten, en overige wet- en regelgeving in strijd zijn met de ‘Constitution of the United States of America’. Bestaat er strijd met de Grondwet van de Verenigde Staten dan heeft een wet- of statuutbepaling geen rechtskracht.⁷⁴

De Verenigde Staten kennen een ‘common law’ systeem. Dit betekent onder andere dat uitspraken van gerechtelijke instanties in de Verenigde Staten een grote rol spelen. Van reeds gewezen rechtspraak van de ‘Supreme Court’ mag niet worden afgeweken, dit noemt men ook wel de precedentwerking van gerechtelijke uitspraken.⁷⁵ Deze precedentwerking zorgt ervoor dat mensen weten waar ze aan toen zijn en gelijke situaties op een gelijke wijze worden behandeld, maar de precedentwerking bespaart vooral ook tijd. De ‘Supreme Court’ formuleert bijvoorbeeld criteria aan de hand waarvan toekomstige zaken kunnen worden getoetst. Een voorbeeld van dergelijke criteria zijn de ‘Millercriteria’ die verderop in dit hoofdstuk worden besproken.⁷⁶ Aan de expertise van de rechters van de ‘Supreme Court’ wordt veel waarde gehecht.⁷⁷

De rechtspraak wordt binnen de Verenigde Staten op twee manier bekeken. Aan de ene kant dient rechtspraak een overtuigend karakter te hebben. Rechtspraak wordt dan gezien als richtsnoer. In hoeverre de richtlijn leidend is hangt af van de mate van overtuigingskracht.

⁷¹ De Verenigde Staten kennen negentig ‘District Courts’, onderverdeeld over de vijftig staten en het ‘District van Columbia’. Dertien ‘Courts of Appeal’, waarvan elf in de Verenigde Staten, één in Columbia en één speciale, die enkel de appeals van de gespecialiseerd ‘District Courts’ behandelt. Daarnaast is de ‘Supreme Court of the United States’ gevestigd in Washington DC.

⁷² Wanneer wordt gesproken over de ‘Supreme Court’ wordt verwezen naar de ‘Supreme Court of the United States of America’ die gevestigd is in Washington DC.

⁷³ Tushnet 2009, p.123.

⁷⁴ Tushnet 2009, p.134.

⁷⁵ Tushnet 2009, p. 265.

⁷⁶ Miller v. California 413 U.S. 15(1973).

⁷⁷ Farnsworth 1996, p.52.

Dit hangt af van de mate van discussie en de hoeveelheid gelijkgestemde uitspraken.⁷⁸ Zijn er bijvoorbeeld meerdere uitspraken op hetzelfde gebied dan zal deze uitspraak een hogere mate van overtuigingskracht kennen dan in het geval er slechts één uitspraak is. Aan de andere kant kunnen uitspraken ook bindend zijn. Uitspraken van hogere instanties en beslissingen van dezelfde instanties zijn bindend. Uit deze uitspraken wordt een rechtsregel geformuleerd waarvan niet mag worden afgeweken. Vervolgens dient aan de hand van deze regel gekeken te worden naar de specifieke feiten van het onderhavige geval.

Traditioneel speelt rechtspraak in de Verenigde Staten een grote rol. In de negentiende en twintigste eeuw is wetgeving een steeds grotere rol gaan spelen.⁷⁹ In 1875 draaide het in 40% van de zaken vooral om rechtspraak. Sinds 1996 ligt aan bijna iedere rechtszaak bij het ‘Supreme Court’ onduidelijkheid in wet- en regelgeving ten grondslag.⁸⁰ Slechts 5% van de zaken draait volledig om rechtspraak.⁸¹ Deze verschuiving zou te maken kunnen hebben met de toename van wet- en regelgeving in de Verenigde Staten.

De onderverdeling tussen federaal en statelijk niveau is ook van belang met betrekking tot wet- en regelgeving. Als belangrijkste wetgevende bron kennen de Verenigde Staten de ‘Constitution of the United States of America’(hierna: de Grondwet(van de Verenigde Staten)).⁸²

Deze Grondwet kent aan de burger verschillende rechten toe. Deze rechten worden in de Verenigde Staten amendementen genoemd. De eerste tien amendementen heten de ‘Bill of Rights’.⁸³ Deze rechten worden gezien als het grootste goed van de burger en deze rechten kunnen slechts in uitzonderlijke gevallen worden beperkt.⁸⁴

Artikel 1 van de Grondwet van de Verenigde Staten bepaalt wat de bevoegdheden zijn van de federale overheid.⁸⁵ Wanneer iets een kwestie van nationaal belang is, komt de bevoegdheid om hieromtrent wet- en regelgeving vast te stellen toe aan de federale regering.⁸⁶

Omdat de Grondwet de belangrijkste rechtsbron is, zijn grondwettelijke wijzigingen niet eenvoudig. De grondwet kan enkel gewijzigd worden met een tweederde meerderheid van

⁷⁸ Farnsworth 1996, p. 53.

⁷⁹ Ouwerkerk 2011, p.184 en p.185.

⁸⁰ Farnsworth 1996, p. 61.

⁸¹ Farnsworth 1996, p. 76.

⁸² Ouwerkerk 2011, p.184.

⁸³ Ouwerkerk 2011, p.177.

⁸⁴ Tushnet 2009, p. 160.

⁸⁵ Tushnet 2009, p.159.

⁸⁶ Ouwerkerk 2011, p.181.

stemmen in beide ‘Houses of Congress’.⁸⁷ Naast de Grondwet van de Verenigde Staten kent iedere staat zijn eigen constitutie.⁸⁸

De Verenigde Staten kennen nog ander wet- en regelgeving. Over het algemeen geldt dat deze wet- en regelgeving niet in strijd mag zijn met de Grondwet.⁸⁹ Verdragen waarbij de Verenigde Staten partij zijn, zijn gelijkwaardig aan de door de federale regering gestelde regels. De Grondwettelijke regels hebben daarom ook voorrang op verdragsregels. Mocht er strijd bestaan tussen een verdragsregel en een federale regel dan geldt de regel die het laatste tot stand is gekomen.⁹⁰

De Grondwet bepaalt precies welke mogelijkheden de federale overheid heeft voor het creëren van wet- en regelgeving.⁹¹ Aangezien de onderverdeling van bevoegdheden tussen federale en statelijke overheden continu onder discussie staat blijft het lastig een strikte onderverdeling te maken.⁹² In beginsel geldt dat de Grondwet bepaalt in welke gevallen een wetgevingsbevoegdheid toekomt aan de federale overheid. Alle mogelijke andere wetgevingsbevoegdheden komen toe aan de statelijke overheden.⁹³ Dat een wetgevingsbevoegdheid op grond van de Grondwet toekomt aan de federale overheid betekent niet dat de statelijke overheden zelf hieromtrent geen wet- en regelgeving kunnen creëren. Staten zijn vrij hun eigen regels te creëren die een mogelijke betere bescherming bieden dan de federale minimumnorm.⁹⁴

Zojuist kwam al aan de orde dat de scheidslijn tussen federale en statelijke rechtbanken niet altijd even strikt is.⁹⁵ Wet- en regelgeving die door de Staat zijn opgesteld, kunnen bijvoorbeeld in sommige gevallen ook in de federale rechtbank worden afgedwongen.⁹⁶

Naast de onderverdeling tussen statelijk en federaal bepaalt de Grondwet dat alle strafrechtelijke zaken in alle rechtbanken, dus zowel op federaal als statelijke niveau, moeten zijn voorzien van een jury.⁹⁷ Daarnaast geldt het “nullum crimen nulla poena sine lege” criterium. Dit betekent dat een gedraging die ten tijde van het plegen van het feit op grond van een wettelijke bepaling niet strafbaar is gesteld, ook niet vervolgd en bestraft kan worden. Is iemand die een strafbaar feit heeft gepleegd eenmaal vervolgd en/of bestraft dan kan deze niet

⁸⁷ Reams & Yoak 1988, p. 17.

⁸⁸ Ouwerkerk 2011, p.185.

⁸⁹ Farnsworth 1996, p. 61.

⁹⁰ Farnsworth 1996, p.61.

⁹¹ Ouwerkerk 2011, p.181.

⁹² Ouwerkerk 2011, p.180.

⁹³ Ouwerkerk 2011, p. 179, Farnsworth 1996, p. 63 en Tushnet 2009, p. 160.

⁹⁴ Ouwerkerk 2011, p.181.

⁹⁵ Ouwerkerk 2011, p.180.

⁹⁶ Farnsworth 1996, p. 41.

⁹⁷ Ouwerkerk 2011, p.182.

nogmaals worden vervolgd of veroordeeld. In de Verenigde Staten noemt men dit ook wel “double jeopardy”.⁹⁸

De wet- en regelgeving die in dit hoofdstuk worden besproken behoren tot de exclusieve bevoegdheid van de federale overheid en alle zaken die besproken worden vallen onder de rechtsmacht van de federale rechtbanken. Er zal in deze scriptie niet worden gekeken naar uitspraken van statelijke rechtbanken, omdat het vergelijken op statelijk niveau een te vergaand onderzoek op levert.

3.3 De toename van kinderpornografie: Een nationaal probleem

3.3.1 Het eerste amendement

De Verenigde Staten kennen zowel op statelijk als op federaal niveau wet- en regelgeving betreffende kinderpornografie. Zojuist werd al duidelijk dat de Grondwet in de Verenigde Staten een zeer grote en belangrijke rol speelt.⁹⁹

Wet- en regelgeving die in strijd is met de Grondwet geldt over het algemeen niet. De rechten die de burgers hebben op grond van de Grondwet van de Verenigde Staten is hun grootste goed, deze kunnen slechts in zeer uitzonderlijke gevallen worden beperkt.

In het kader van kinderpornografie speelt het eerste amendement van de Grondwet van de Verenigde Staten vooral een rol. Het eerste amendement heeft betrekking op de vrijheid van meningsuiting. Het eerste amendement luidt als volgt:

“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.”¹⁰⁰

Het Engelse woord ‘speech’ zou alle vormen van expressie, waaronder dus ook visuele vormen omvatten. Pornografie wordt gezien als een uiting van iemands mening. Het eerste amendement berust op het principe dat uitingen van burgers die door andere burgers als beledigend of onaangenaam worden gezien slechts in beperkte omstandigheden kunnen worden verboden.

⁹⁸ Ouwerkerk 2011, p.182.

⁹⁹ Farnsworth 1996, p. 61.

¹⁰⁰ The First amendment of the Constitution of the United States of America.

De ‘Supreme Court’ was in 2003 van mening dat er zich situaties voor kunnen doen waarbij andere belangen zwaarder wegen dan het belang van de vrijheid van meningsuiting.¹⁰¹

Het eerste amendement beschermt bijvoorbeeld niet tegen het oproepen tot gewelddadig gedrag.¹⁰²

3.3.2 *Miller v. California*

In de wereld van pornografie gaat volgens een onderzoek in 2008 jaarlijks ongeveer dertien biljoen dollar om.¹⁰³ Al jaren probeert de overheid van de Verenigde Staten de pornografiemarkt aan banden te leggen, omdat vele burgers pornografie onaangenaam en walgelijk vinden.¹⁰⁴ Echte pornografie is te zien als een vorm van meningsuiting en valt derhalve onder de bescherming van het eerste amendement.

In 1969 bepaalde de ‘Supreme Court’ dat noch statelijke, noch federale overheden het bezit van obscene materiaal in de privé sfeer mochten verbieden.¹⁰⁵ Kort daarna, in 1973, kwamen de rechters echter tot overstemming dat bepaalde vormen van pornografie niet onder bescherming van het eerste amendement vielen.¹⁰⁶ In *Miller v. California* werd een driedelige test geformuleerd op basis waarvan kan worden vastgesteld of er sprake is van obscene materiaal.¹⁰⁷ Deze driedelige test luidt als volgt:

- (1) whether the average person, applying contemporary community standards, would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest;
- (2) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; and
- (3) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value.¹⁰⁸

¹⁰¹ *Virginia v. Black* U.S. 343 359(2003)

¹⁰² Het ‘Supreme Court’ onderscheidt drie verschillende categorieën, waarbij de uiting niet wordt beschermd door het eerste amendement, namelijk het aansporen van een ander tot gewelddadig gedrag, het uiten van wraak ten opzichte van de ander in een face to face confrontatie en het uiten van zodanige bedreigingen, dat een ander bang is voor geweld. Omdat deze vormen van meningsuiting geen tegenspraak maar eerder geweld oproepen vallen ze niet onder de bescherming van het eerste amendement.

¹⁰³ S. Coleman, ‘You only live twice; How the First amendment impacts Child Pornography in second life’, *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* 2008-2009, p. 2.

¹⁰⁴ Akdeniz 2008, p. 93.

¹⁰⁵ *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557(1969).

¹⁰⁶ S. Coleman, ‘You only live twice; How the First amendment impacts Child Pornography in second life’, *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* 2008-2009, p.3.

¹⁰⁷ *Miller v. California* 413 U.S. 15(1973).

¹⁰⁸ Akdeniz 2008, p.95.

Van belang is of een gemiddeld persoon, op basis van de eigentijdse maatschappelijke normen zou oordelen dat het materiaal, als een geheel genomen valt te omschrijven als wellustig, of dat het seksueel gedrag op een aanvallende manier verbeeldt of beschrijft.

Of dat aan het als geheel genomen, enige serieuze, artistieke, politieke of wetenschappelijke waarde ontbreekt. Volgens de rechters in de *Miller v. Californiazaak* zou alleen ‘hardcore’ pornografie vallen onder deze beschrijving. Een naaktafbeelding zou hier niet onder vallen.¹⁰⁹

De bescherming tegen een onvrijwillige confrontatie met pornografie woog volgens hen zwaarder dan de vrijheid van meningsuiting. Omdat het produceren, promoten en verkopen van pornografie een negatief effect heeft op het gehele land valt de regulering van pornografie onder de rechtsmacht van de federale overheid.

3.3.3. *New York v. Ferber*

Negen jaar na *Miller v. California* bepaalde de ‘Supreme Court’ in 1982 in de zaak *New York v. Ferber* dat ook kinderpornografie niet onder de bescherming van de vrijheid van meningsuiting viel.¹¹⁰ In *New York vs. Ferber* stond artikel 263 van de New York ‘Penal Code’ centraal. De vraag die in het geding aan de orde kwam was of dit artikel in strijd was met de Grondwet. De wetbepaling stelde dat het promoten van een seksuele handeling door een kind onder de leeftijd van 16 jaar strafbaar was. Hiermee werden afbeeldingen van kinderen die een seksuele handeling verrichten of waarbij een seksuele handeling werd verricht verboden, zelfs al voldeden deze afbeeldingen niet aan de test die geformuleerd werden in *Miller v. California*. De ‘Supreme Court’ bepaalde dat artikel 263 van de New York ‘Penal Code’ niet in strijd was met de Grondwet.¹¹¹ Kinderpornografie is volgens de ‘Supreme Court’ altijd obscene.¹¹² De ‘Supreme Court’ was van mening dat het gebruik van kinderen beneden de 16 jaren schadelijk is voor hun psychische en lichamelijke ontwikkeling.¹¹³ Daarnaast zou de Miller-test niet voldoende bescherming bieden tegen kinderpornografie.¹¹⁴ Bovendien stimuleert het financieel gewin, dat ontstaat door het verkopen en promoten van kinderpornografie, het produceren van dit materiaal. Als laatste, en wellicht de belangrijkste reden, gaf de ‘Supreme Court’ aan dat het verspreiden van

¹⁰⁹ *Miller v. California*, 413 U.S. 15(1973).

¹¹⁰ Akdeniz 2008, p. 94.

¹¹¹ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747(1982).

¹¹² *Miller v. California*, 413 U.S. 15(1973).

¹¹³ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747(1982).

¹¹⁴ *Miller v. California*, 413 U.S. 15(1973).

kinderpornografie in sterk verband staat met het misbruiken van kinderen.¹¹⁵ Kindermisbruik zou zelfs toenemen.

Om deze redenen is de ‘Supreme Court’ van oordeel dat het in het belang van de bescherming van de maatschappij is dat de overheid de bevoegdheid heeft om kinderpornografie te verbieden.

3.3.4. *Osborne v. Ohio*

De in 1982 ingezette lijn met betrekking tot de strafbaarheid van kinderpornografie werd door de ‘Supreme Court’ in 1990 gecontinueerd. In *Osborne v. Ohio* bepaalde de ‘Supreme Court’ dat ook het bezit van kinderpornografie strafbaar was.¹¹⁶ Volgens de ‘Supreme Court’ ging het niet om het vervolgen van iemands gedachte, maar om het beschermen van kinderen tegen misbruik en uitbuiting.¹¹⁷

De ‘Supreme Court’ erkent dat er een gevaar dreigt bij het escaleren van wet- en regelgeving betreffende kinderpornografie. Grondwettelijke beperkingen mogen niet te ver gaan. De vrijheid van meningsuiting mag maar tot een bepaalde grens worden beperkt. Om deze reden mag de overheid van de Verenigde Staten, de vrijheid van meningsuiting slechts beperken indien de uiting dermate schadelijk is dat het openbare bescherming vereist. De overheid dient aan te tonen dat het gaat om een zwaarwegend belang en dient te kiezen voor de minst mogelijke vorm van beperking.¹¹⁸

3.4 The Child Pornography Prevention act 1996

Voormalig ‘Attorney General’ Janet Reno sprak op 11 februari 1993 de volgende woorden: “*I would like to use the law of the land to do everything I possibly can to protect America’s children from abuse and violence*”.¹¹⁹

Byron Raymond White sprak tijdens de inhoudelijke behandeling van de zaak *New York v. Ferber* over directe en indirecte schade aan kinderen door kinderpornografie.¹²⁰

¹¹⁵ Akdeniz 2008, p. 95.

¹¹⁶ *Osborne V. Ohio*, 495 U.S.103(1990).

¹¹⁷ Akdeniz 2008, p. 95.

¹¹⁸ S. Coleman, ‘You only live twice; How the First amendment impacts Child Pornography in second life’, *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* 2008-2009, p.4.

¹¹⁹ Akdeniz 2008, p. 93.

Volgens hem werd onder directe schade de fysieke en mentale schade van een afgebeeld kind verstaan.¹²¹

Daarnaast zouden kinderen door middel van kinderpornografisch materiaal kunnen worden verleid tot het verrichten dan wel laten verrichten van seksuele handelingen, dit noemt men ook wel indirecte schade.¹²² Ondanks het feit dat in *New York v. Ferber* eventuele indirecte schade werd erkend, werd tegelijkertijd bepaald dat de bescherming die gecreëerd werd in deze zaak, niet gold ten opzichte van indirecte schade.¹²³ Deze laatste conclusie veroorzaakte een maas in de wet, waardoor computergegenereerde kinderpornografie onder de bescherming van het eerste amendement van de Verenigde Staten viel.¹²⁴

De federale overheid was bang voor de effecten die computergegenereerde kinderpornografie kon hebben op kinderen en pedofielen. Victor Cline, wetenschapper aan de George Washington University en hoogleraar Psychologie aan de Universiteit van Utah, oordeelde dat het zien van kinderpornografische afbeeldingen, een zeer traumatisch effect zou kunnen hebben op een kind, ook al betreft het computergegenereerde afbeeldingen.¹²⁵ Pedofielen zouden computergegenereerde afbeeldingen bovendien kunnen gebruiken om kinderen aan te zetten of aan te moedigen deel te nemen aan seksuele handelingen.¹²⁶

Om deze redenen ging de federale regering in 1996 over tot het creëren van de ‘Child Pornography Prevention Act’ (hierna: CPPA). De CPPA bepaalde dat er een gevangenisstraf van 15 jaar stond op het maken van kinderpornografie, een gevangenisstraf van 5 jaar op het bezitten van kinderpornografie en een levenslange gevangenisstraf op het herhaaldelijk misbruiken van een kind. Section 18 U.S.C. 2256(8) beschreef kinderpornografie als volgt:

“Any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, drawing or computer or computer-generated image or picture, which is produced by electronic, mechanical or other means, of sexual explicit conduct, where: (1) its production involved the use of a minor engaging in sexually explicit conduct, or; (2) such visual depiction is, or appears to be, of a minor engaging in sexually explicit conduct; (3) such visual depiction had been created,

¹²⁰ Byron R. White, geboren op 8 juni 1917, werd in 1962 door President John F. Kennedy benoemt tot rechter. Byron R. White ging in 1993 met pensioen en overleed op 84 jarige leeftijd op 15 april 2002.

¹²¹ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747(1982).

¹²² B.A. Mains, ‘Virtual Child Pornography, pandering, and the First amendment; How developments in technology and shifting first amendment jurisprudence have affected the criminalization of Child Pornography’, *University of California, Hastings College of the Law* July 2010, p. 5.

¹²³ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747(1982).

¹²⁴ B.A. Mains, ‘Virtual Child Pornography, pandering, and the First amendment; How developments in technology and shifting first amendment jurisprudence have affected the criminalization of Child Pornography’, *University of California, Hastings College of the Law* July 2010, p. 4.

¹²⁵ Akdeniz 2008, P. 98.

¹²⁶ Akdeniz 2008, P. 98.

adapted or modified to appear that an ‘identifiable minor’ is engaging in sexually explicit conduct....”¹²⁷

Vanwege deze formulering viel, naast een foto waarbij een echt kind werd afgebeeld, die seksuele handeling verrichtte dan wel waarbij seksuele handelingen werden verricht, volgens Mains ook iedere andere vorm van afbeeldingen inclusief foto’s, video, computer of computergegenereerde afbeeldingen, onder de definitie van kinderpornografie.¹²⁸

3.5 De Child pornography prevention act in strijd met de Grondwet

3.5.1. Kritiek op de Child Pornography Prevention Act

Onder andere de ‘American Civil Liberties Union’ (hierna: ACLU) had veel kritiek op de CPPA.¹²⁹ Volgens Yaman Akdeniz, professor of Law aan de Universiteit van Istanbul Bilgi en directeur van ‘Cyber-rights.org’, vonden zij de definitie van kinderpornografie te verstrekkend.¹³⁰ In *New York v. Ferber* was bepaald dat beperkingen gerechtvaardigd waren, omdat de bescherming van kinderen tegen lichamelijk en psychisch misbruik gezien diende te worden als een zwaarwegend belang.¹³¹ De overheid was bevoegd tot de bescherming van deze zwaarwegende belangen, maar alleen in de gevallen waar het gaat om directe schade.¹³² Oftewel: kinderpornografie waarbij echte kinderen worden afgebeeld. De kritiek van de ACLU wordt derhalve ondersteund door *New York v. Ferber*.

3.5.2. *Free Speech Coalition v. Reno*: Het toenmalige oordeel van de ‘District Courts’.

Ook de ‘Free Speech Coalition’ had kritiek op de CPPA.¹³³ De CPPA zou teveel inbreuk maken op de vrijheid van meningsuiting.

¹²⁷ Akdeniz 2008, P. 98.

¹²⁸ B.A. Mains, ‘Virtual Child Pornography, pandering, and the First amendment; How developments in technology and shifting first amendment jurisprudence have affected the criminalization of Child Pornography’, *University of California, Hastings College of the Law* July 2010, p. 6.

¹²⁹ De ‘American Civil Liberties Union’ is een niet-gouvernementele organisatie die zich sinds 1920 inzet tegen de beperkingen van vrijheden en rechten van Amerikaanse burgers.

¹³⁰ Akdeniz 2008, p. 99.

¹³¹ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

¹³² Akdeniz 2008, p. 99.

¹³³ De ‘Free Speech Coalition’ is een ‘non-profit trade association of the pornography and adult entertainment industry’ in de Verenigde Staten. Zij verzetten zich tegen het censureren van onder andere pornografie door middel van wet- en regelgeving, met uitzondering van de antiprivacywetgeving.

De ‘Free Speech Coalition’ stapte naar de rechter.¹³⁴ Dit leidde tot de zaak: ‘Free Speech Coalition’ v. Reno. ‘Free Speech Coalition’ v. Reno was in 1997 de eerste zaak die de CPPA in twijfel trok. De ‘Free Speech Coalition’ had als standpunt dat de termen ‘appears to be’ en ‘conveys the impression’ te vaag waren omschreven en teveel inbreuk maakten op de vrijheid van meningsuiting. De bewuste bepalingen zouden derhalve in strijd zijn met het eerste amendement.¹³⁵

Als gevolg van de CPPA bepalingen zouden buiten kinderpornografische materialen ook ander materialen verboden worden. Materiaal dat wel onder de bescherming van het eerste amendement zou behoren te vallen, zoals bijvoorbeeld afbeeldingen van volwassenen die lijken op minderjarigen, maar ook verschillende films zoals Romeo en Juliet, American Beauty en Traffic, zouden op grond van de CPPA onder de definitie van kinderpornografie vallen en derhalve strafbaar zijn.

De ‘United States District Court for the Northern District of California’ behandelde de zaak en was het niet eens met het standpunt van de ‘Free Speech Coalition’.¹³⁶ De CPPA was neutraal, niet vaag, noch maakte het een te grote inbreuk op de vrijheid van meningsuiting. Volgens de ‘District Court’ was het de ‘Supreme Court’ die in één van haar uitspraken wet- en regelgeving betreffende kinderpornografie had vereist. In New York v. Ferber werd door de ‘Supreme Court’ het volgende vastgesteld:

‘It must (1) adequately define the prohibited conduct: (2) be limited to visual depictions of children below a specific age; and (3) suitably limit and describe the category of forbidden ‘sexual conduct’.’¹³⁷

De CPPA is gecreëerd om kinderen te beschermen tegen iedere vorm van schade. Uit onderzoek zou zijn gebleken, dat ook virtuele kinderpornografie een negatief en schadelijk effect zou hebben op kinderen. Bovendien zou zijn gebleken dat pedofielen ook door deze vorm van kinderpornografie zouden kunnen worden aangemoedigd een kind te misbruiken.¹³⁸ De District Court was van mening dat het zeer onwaarschijnlijk zou zijn dat niet obscene materiaal op grond van de CPPA ooit zou worden vervolgd.

¹³⁴ Free Speech Coalition v. Reno, NO. 97-0281(1997).

¹³⁵ Free Speech Coalition v. Reno, NO. 97-0281(1997).

¹³⁶ Free Speech Coalition v. Reno, NO. 97-0281(1997).

¹³⁷ New York v. Ferber, 458 U.S. 747(1982).

¹³⁸ US Senate Committee Report no.104-358.

Wanneer er een duidelijke literaire, artistieke, politieke en/of wetenschappelijke waarde aan bepaald materiaal zou kunnen worden toegeschreven, is dit op zich al een uitzondering op vervolging op grond van de CPPA.¹³⁹ Ook het feit dat materiaal een bepaalde seksuele inhoud dient te hebben speelt bij vervolging een grote rol.

3.5.3 Het oordeel van de 'Courts of Appeals'

De 'Free Speech Coalition' is tegen deze uitspraak van de 'United States District Court for the Northern District of California' in hoger beroep gegaan. Verschillende 'Courts of Appeals' hielden de CPPA in stand. De 'First Circuit US Court of Appeals' in *US v. Hilton*, de 'Fourth Circuit US Court of Appeals' in *US v. Mento*, de 'Fifth Circuit Court of Appeals' in *US v. Fox* en de 'Eleventh Circuit Court of Appeals' in *US v. Acheson*, waren van mening dat zowel de bescherming tegen directe als indirecte schade onder de wetgevende bevoegdheid van de overheid viel.¹⁴⁰ Uit de uitspraak *Kolender v. Lawson* blijkt dat wet- en regelgeving pas ongrondwettelijke vaag gedefinieerd is wanneer er sprake is van:¹⁴¹

“Using the construction of the California appellate Court in *Solomon*, the Court held that the law was unconstitutionally vague because it gave excessive discretion to the police (in the absence of probable cause to arrest) whether to stop and interrogate a suspect or leave him alone. The Court hinted that the California statute compromised the constitutional right to freedom of movement.”¹⁴²

Aangezien op grond van de CPPA van willekeurige vervolging geen sprake was en er duidelijk werd omschreven in welke gevallen er wel of niet vervolgd werd, was de CPPA volgens deze Circuits niet vaag omschreven. Vervolging was immers alleen mogelijk indien iemand kinderpornografisch materiaal bewust in bezit had, ontving of verspreidde. Daarnaast bleef er ruimte voor tegenargumenten.¹⁴³

¹³⁹ S. Coleman, 'You only live twice; How the First amendment impacts Child Pornography in second life', *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* 2008-2009, p. 5.

¹⁴⁰ *US v. Hilton*, 167F.3d61(1999), *US v. Mento*, 231F.3d912(2000), *US v. Fox*, 248F.3d394(2001), *US v. Acheson*, 195F.3d645(1999).

¹⁴¹ Letterlijke vertaling van het Engelse begrip Constitutionally overboard.

¹⁴² *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352(1983).

¹⁴³ B.A. Mains, 'Virtual Child Pornography, pandering, and the First amendment; How developments in technology and shifting first amendment jurisprudence have affected the criminalization of Child Pornography', *University of California, Hastings College of the Law* July 2010, p. 4.

De inbreuk die de CPPA maakte op de vrijheid van meningsuiting was derhalve niet te vergaand. Dit bepaalden de ‘Circuit Courts’ aan de hand van de rechtsregel afkomstig uit *Broadrick v. Oklahoma* in 1973. Daarin bepaalde de ‘Supreme Court’ het volgende:

‘The over breadth of a statute must not only be real, but substantial as well, judged in relation to the statute's plainly legitimate sweep.’¹⁴⁴

De CPPA vereiste dat er geen sterk onderscheid kon worden gemaakt tussen echte kinderpornografie en virtuele kinderpornografie. De virtuele kinderpornografie moest dus dermate realistisch zijn dat het zelfs voor experts erg lastig was om vast te stellen dat het virtuele kinderpornografie betrof.

De ‘Ninth Circuit Court of Appeals’ deelde de mening van de andere ‘Circuits Courts’ niet en bepaalde dat de CPPA vaag was omschreven en bovendien teveel inbreuk maakte op de vrijheid van meningsuiting.¹⁴⁵ Dit deed zij in de hoger beroep zaak van de *Free Speech Coalition v. Reno*.¹⁴⁶ De ‘Ninth Circuit Court’ oordeelde hier dat de overheid de vrijheid van meningsuiting niet kon beperken om de reden, dat het mogelijk kijkers zou kunnen aanzetten tot crimineel gedrag. Het verbod naast kinderpornografie ook pornografisch materiaal wat onder *Miller v. California* en *New York v. Ferber* niet obscene was.¹⁴⁷

De begrippen ‘appears to be’ en ‘conveys the impression’ zouden vaag zijn en voldeden niet aan de vereisten van het eerste amendement. Beide begrippen zouden subjectief zijn. Er bestaat geen duidelijke definitie van wat deze begrippen precies betekenen. Doordat deze definitie ontbreekt zouden politie en justitie deze begrippen elke keer anders kunnen invullen en ontbreekt de rechtszekerheid.

In haar overweging hield zij ook rekening met het feit dat er geen feitelijke studies gedaan waren over de relatie tussen virtuele kinderpornografie en het daadwerkelijke misbruiken van kinderen.¹⁴⁸ Computergegenereerde kinderpornografie betrof geen echte kinderen, noch was er een link te leggen tussen deze vorm van kinderpornografie en directe schade aan kinderen.

¹⁴⁴ *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601(1973).

¹⁴⁵ B.A. Mains, ‘Virtual Child Pornography, pandering, and the First amendment; How developments in technology and shifting first amendment jurisprudence have affected the criminalization of Child Pornography’, *University of California, Hastings College of the Law* July 2010, p. 7.

¹⁴⁶ *Free Speech Coalition v. Reno*, No. 97-0281(1997).

¹⁴⁷ *Miller v. California*, 413 U.S. 15(1973), *New York v. Ferber* 458 U.S. 747(1982).

¹⁴⁸ Inmiddels is er wel een studie gedaan naar de relatie van (virtuele) kinderpornografie en kindermisbruik. In het volgende hoofdstuk komt deze studie nader aan de orde.

Er zijn veel dingen die een kind kunnen beïnvloeden om zich op een onwenselijke wijze te gedragen. Dat deze invloeden bestaan, betekent simpelweg niet dat de overheid ook het recht heeft deze invloeden te reguleren middels wet- en regelgeving.¹⁴⁹

De overheid was het hier niet mee eens en ging in hoger beroep, waardoor de ‘Supreme Court’ de kans kreeg om zelf te oordelen over de CPPA.

3.5.4. Het ‘Supreme Court’

De ‘Supreme Court’ was genadeloos waar het ging om de CPPA. De ‘Supreme Court’ oordeelde in *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition* met een 6 tegen 3 stemming dat de bepalingen in Section 2256(8)(B) en 2256(8)(D) teveel inbreuk maakten op de vrijheid van meningsuiting en daardoor in strijd zouden zijn met het eerste amendement van de Grondwet.¹⁵⁰ De CPPA bepalingen strekten vele malen verder dan de beredeneringen uit de *Ferber* en *Miller* uitspraken. In de jurisprudentie van de ‘Supreme Court’ bestond geen grondslag voor de overheid, om kinderpornografie op een dusdanige wijze te reguleren.¹⁵¹

Bij de totstandkoming van computergegenereerde kinderpornografie werden geen kinderen misbruikt, en dit is nou precies de strekking van de *Ferber* uitspraak. Het gaat niet om de wijze waarop kinderpornografie wordt gecommuniceerd maar de wijze waarop het wordt gemaakt.¹⁵²

Alleen kinderpornografie die volgens de *Ferber* en *Miller* jurisprudentie als obscene te betitelen valt mag worden verboden.¹⁵³

De unieke rechtvaardiging die zich voordeed in *New York v. Ferber* mag niet zo ruim worden geïnterpreteerd dat ook kinderpornografisch materiaal, waarbij geen kinderen zijn gebruikt bij de productie ervan, verboden is.¹⁵⁴

Het gevaar van een dermate vergaande definitie van kinderpornografie zit vooral ook in het overige materiaal dat hierdoor verboden wordt.

Verschillende Academy Award winnende films, zoals *American Beauty*, *Traffic* en *Romeo en Juliet*, zouden dankzij deze interpretatie onder de CPPA vallen. Zelfs een seksuele voorlichtingsfilm zou strafbaar zijn.¹⁵⁵ Dit zou een onwenselijke situatie opleveren.

¹⁴⁹ *Free Speech Coalition v. Reno*, NO. 97-0281(1997).

¹⁵⁰ *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition* 535 U.S. 234(2002).

¹⁵¹ Akdeniz 2008, p.108.

¹⁵² *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition* 535 U.S. 234(2002).

¹⁵³ *Miller v. California*, 413 U.S. 15(1973), *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747(1982).

¹⁵⁴ *Miller v. California*, 413 U.S. 15(1973), *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747(1982).

De overheid probeerde door middel van drie argumenten de ‘Supreme Court’ er toch van te overtuigen dat de CPPA gehandhaafd diende te worden. Het afschaffen van een deel van de CPPA bepalingen zou namelijk verstrekkende gevolgen kunnen hebben.

De overheid gaf als eerste argument voor behoud van de CPPA aan dat pedofielen, door het bekijken van computergegenereerde kinderpornografie, zouden worden aangemoedigd om kinderen te misbruiken. Volgens de ‘Supreme Court’ was dit argument misplaatst, omdat de mogelijkheid dat pedofielen strafbare delicten zouden plegen onvoldoende redengevend is om iets te verbieden.

Als tweede argument gaf de overheid aan dat, vanwege de toenemende technische mogelijkheden, computergegenereerde kinderpornografie moeilijk tot helemaal niet meer te onderscheiden zou zijn van echte kinderpornografie. Bovendien behoren zowel ‘echte’ kinderpornografie als computergegenereerde kinderpornografie tot dezelfde markt, en zouden daarom ook op dezelfde wijze gereguleerd dienen te worden.

De ‘Supreme Court’ is echter van mening dat wanneer de computergegenereerde afbeeldingen nagenoeg identiek zijn aan ‘echte’ kinderpornografische afbeeldingen de computergegenereerde afbeeldingen van de markt zouden worden verdreven. Dit, omdat niemand vervolging voor het bezit van echte kinderpornografie zou riskeren wanneer er sprake zou zijn van computergegenereerde kinderpornografie. Door computergegenereerde kinderpornografie op dezelfde wijze te reguleren als echte kinderpornografie wordt de hele betekenis van het eerste amendement omgedraaid.¹⁵⁶ Niet iedere rechter van de ‘Supreme Court’ was het hiermee eens. Judge W.J. Ferguson was het eens met de overheid en beweerde dat er geen geldige reden is om virtuele kinderpornografie op een andere wijze te behandelen dan echter kinderpornografie.¹⁵⁷

Als derde argument gaf de overheid aan dat zij zeer veel problemen verwachtte bij de vervolging van kinderpornografie in de toekomst, omdat computergegenereerde kinderpornografie en echte kinderpornografie zodanig op elkaar lijken dat zelfs experts het verschil niet meer zouden kunnen aantonen. Verdachten zouden op deze wijze onder veroordeling uit kunnen komen door aan te voeren dat het ging om computergegenereerde kinderpornografie, en er geen kind bij de productie betrokken zou zijn.

¹⁵⁵ S. Coleman, ‘You only live twice; How the First amendment impacts Child Pornography in second life’, *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* 2008-2009, p. 5.

¹⁵⁶ Akdeniz 2008, p.96.

¹⁵⁷ Akdeniz 2008, p. 104.

De ‘Supreme Court’ vond het in 2002 te ver gaan om iemand strafbaar te stellen enkel omdat de mogelijkheid bestaat dat een verdachte met een dergelijk argument een eventuele veroordeling zou ontwijken.¹⁵⁸

De ‘Supreme Court’ stond tijdens de inhoudelijke behandeling van de zaak *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition* ook stil bij de begrippen ‘appears to be’ en ‘conveys the impression’.

De overheid voerde aan dat de begrippen ‘appears to be’ en ‘conveys the impression’ specifiek zijn toegevoegd om mazen in de wet te voorkomen. Mazen die zouden kunnen worden veroorzaakt door de snelle ontwikkeling in computertechnologie. Hierdoor beschermt de CPPA zowel tegen directe als indirecte schade aan kinderen. Door de uitspraak van de ‘Supreme Court’ in *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition* in 2002 werd een belangrijke constatering uit *New York v. Ferber* ongedaan gemaakt.¹⁵⁹ In *New York v. Ferber* werd erkend dat er sprake zou zijn van indirecte schade door kinderpornografie.¹⁶⁰ Doordat in de zaak *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition*¹⁶¹ werd gezegd dat het niet ging om het effect en de wijze van communicatie maar enkel en alleen om het feit dat er bij de productie van kinderpornografie een kind werd misbruikt, maakte de ‘Supreme Court’ de bevindingen in *New York v. Ferber*¹⁶² ongedaan en werd er feitelijk gesteld dat er helemaal geen sprake was van indirecte schade.¹⁶³

3.6 Het effect van *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition*

Met de uitspraak van de ‘Supreme Court’ in *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition* werd de angst van de overheid van de Verenigde Staten werkelijkheid.¹⁶⁴ De vervolging van verspreiders van kinderpornografie werd lastiger. Het bezitten en verspreiden van kinderpornografie was alleen vervolgbaar wanneer kon worden bewezen dat er sprake was van echte kinderporno.¹⁶⁵

¹⁵⁸ Akdeniz 2008, p.107.

¹⁵⁹ *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234(2002).

¹⁶⁰ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747(1982).

¹⁶¹ *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234(2002).

¹⁶² *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747(1982).

¹⁶³ B.A. Mains, ‘Virtual Child Pornography, pandering, and the First amendment; How developments in technology and shifting first amendment jurisprudence have affected the criminalization of Child Pornography’, *University of California, Hastings College of the Law* July 2010, p. 11.

¹⁶⁴ *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234(2002).

¹⁶⁵ Onder echte kinderpornografie wordt die kinderpornografie bedoeld, waarvoor echte kinderen wordt gebruikt en of misbruikt.

Aangezien computergegenereerde kinderpornografie inmiddels nagenoeg identiek bleek te zijn aan echte kinderpornografie, werd vaststelling van de echtheid zo goed als onmogelijk, wat als gevolg had dat vervolging lastig werd. Zelfs voor experts bleek het moeilijk om te bewijzen dat er sprake was van echte kinderpornografie.

Lagere gerechtelijke instanties bleken het niet met elkaar eens te zijn over de mate van vaststelbaarheid van de echtheid van computergegenereerde kinderpornografie.

Daarnaast bleek het voor deze lagere gerechtelijke instanties onduidelijk in hoeverre kinderpornografie beschermd werd door de vrijheid van meningsuiting.

Volgens de Tenth Circuit Court of Appeals waren juryleden nog steeds in staat om computergegenereerde kinderpornografie van echte kinderpornografie te onderscheiden.¹⁶⁶

Dit in tegenstelling tot de uitspraak van de Eleventh Circuit Court of Appeals, waarin werd bepaald dat een jury niet kan bepalen of kinderpornografie echt is of computergegenereerd.¹⁶⁷

In *US v. Deaton* bepaalde de Eight Circuit Court of Appeals dat het niet onredelijk was om te accepteren dat de jury aannam dat er sprake was van echte kinderpornografie, ook al waren de afbeeldingen zelf het enige bewijs dat hiervoor werd aangedragen.¹⁶⁸ De toon was met deze uitspraak gezet en er volgde snel meer uitspraken waarin werd bepaald dat de overheid buiten het tonen van de afbeelding, geen extra bewijs hoefde aan te dragen betreffende de echtheid van het materiaal.¹⁶⁹

Het verweer dat iemand niet willens en wetens ‘echte’ kinderpornografie zou hebben verworven, maar ervan uit ging dat het zou gaan om computergegenereerde kinderpornografie werd niet als voldoende redengevend geacht om iemand vrij te spreken. Het lijkt hierdoor alsof de bewijsmoeilijkheden mee lijken te vallen. Doorslaggevend was het materiaal zelf. Hoewel het niet verplicht is, staat het de verdachte altijd vrij om bewijs aan te leveren dat bewijst dat het niet gaat om echte kinderpornografie, maar om computergegenereerde kinderpornografie.

¹⁶⁶ *US v. Kimler*, 335F.3d1132(2003).

¹⁶⁷ *US v. Hall*, 312F.3d1250(2002).

¹⁶⁸ *US v. Deaton*, 328F.3d454(2003).

¹⁶⁹ *US v. Farrelly*, 389F.3d649(2004), *US v. Irving*, 452F.3d110(2006), *US v. Rodriguez-Pacheco*, 475F.3d434(2007), *US v. Slanina*, 313F.3d891(2002).

3.7 De PROTECT Act 2003 en *United States v. Williams*

3.7.1. *'Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act' 2003*

U.S. Representative for Florida's 1st congressional district Jeff Miller was het niet eens met de 'Supreme Court's' beslissing in *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition*.¹⁷⁰ Volgens hem stelde het 'Supreme Court' de uiting van een pedofiel een hogere prioriteit toe dan het beschermen van de psychologische, emotionele en mentale gezondheid van een kind.¹⁷¹

Hoewel verschillende bepalingen uit de CPPA volgens *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition* in strijd zijn met het eerste amendement van de Verenigde Staten en hierdoor niet gelden, betekent dit niet dat de overheid moet afwachten tot er een kind wordt misbruikt alvorens in actie te komen. De overheid is na de uitspraak van de 'Supreme Court' in 2002 dan ook direct overgegaan tot de creatie van nieuwe wet en regelgeving met betrekking tot kinderpornografie.¹⁷²

In 2002 kwam de federale overheid van de Verenigde Staten met de 'Child obscenity and Pornography Prevention Bill'. De Senaat keurde deze Bill af en vond het, op grond van de *Free Speech Coalition* uitspraak van het 'Supreme Court', in strijd met de vrijheid van meningsuiting uit het 1^e amendement. De overheid werd hierdoor gedwongen het nogmaals te proberen.

In januari 2003 presenteerde de federale overheid de 'Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act 2003' (hierna: PROTECT Act). De PROTECT Act werd door velen gezien als de reactie van de overheid op *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition*.¹⁷³ In februari 2003 keurde de Senaat de PROTECT Act unaniem goed met een stemming van 84 tegen 0. Ook de 'House of Representatives' keurde de PROTECT Act 2003 ruimschoot goed met een 410 tegen 14 stemming. Op 30 april 2003 werd de PROTECT Act getekend door de toenmalige President van de Verenigde Staten George W. Bush.¹⁷⁴

¹⁷⁰ *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234(2002).

¹⁷¹ Akdeniz 2008, p. 115.

¹⁷² *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234(2002).

¹⁷³ *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234(2002).

¹⁷⁴ Akdeniz 2008, p. 117.

Volgens congreslid Hatch zorgde de PROTECT Act van 2003 voor een zekere balans tussen enerzijds de vrijheid van meningsuiting uit het eerste amendement en anderzijds het nationale belang om kinderen te beschermen tegen uitbuiting en misbruik volgens Akdeniz in 2008.¹⁷⁵

De Ferber-jurisprudentie uit 1982 zou niet langer voldoen aan de hedendaagse standaard, en zou geen optimaal bescherming bieden tegen uitbuiting en seksueel misbruik van kinderen.¹⁷⁶

Mede door de toenemende technische mogelijkheden, waardoor computergegenereerde kinderpornografie bijna niet meer te onderscheiden valt van echte kinderpornografie, was nieuwe wet- en regelgeving noodzakelijk. Volgens Section 2256(1) van de PROTECT Act wordt onder een minderjarige verstaan:

“any person who has not reached the age of 18 years”.

Het begrip ‘seksueel gedrag’ wordt in Section 2256(2) title 18 van de United States Code als volgt gedefinieerd:

- (A) Except as provided in Subparagraph (B) ‘sexually explicit conduct’ means actual or stimulated-
- (i) sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex;
 - (ii) bestiality
 - (iii) masturbation
 - (iv) sadistic or masochistic abuse; or
 - (v) Lascivious exhibition of the genitals or public area of any person.

Met betrekking tot computergegenereerde kinderpornografie wordt een andere definitie gegeven van ‘seksueel gedrag’ namelijk:

- (B) For purposes of subsection 8(B) of this section, ‘sexually explicit conduct’ means-
- (i) graphic sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital or oral-anal, whether between persons of the same of opposite sex, or lascivious simulated sexual intercourse where the genitals, breast, of public area of any person is exhibited;
 - (ii) Graphic or lascivious simulated;
 - (I) bestiality;
 - (II) masturbation; or
 - (III) sadistic or masochistic abuse; or

¹⁷⁵ Akdeniz 2008, p. 118.

¹⁷⁶ New York v. Ferber, 458 U.S. 747(1982).

- (iii) graphic or simulated lascivious exhibition of the genitals or public area of any person.

Vervolgens wordt in Section 2256(8) ‘kinderpornografie’ als volgt gedefinieerd:

2256(8) ‘child pornography’ means any visual depiction, including any photograph, film, video, picture or computer or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanic, or other means, of sexually explicit conduct, where-

- (A) the production of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct;
- (B) such visual depiction is a digital image, computer image, of computer-generated image that is, or is indistinguishable from, that of a minor engaging in sexually explicit conduct; or
- (C) such visual depiction had been created, adapted, or modified to appear that an identifiable minor is engaging in sexually explicit conduct.

Section 2256(8)(B) is strikter geformuleerd dan de definitie in de CPPA. Het begrip ‘appears to be’, uit de CPPA is vervangen door het begrip ‘indistinguishable’. Op deze manier valt ook ‘computergegenereerde kinderpornografie’ die bijna identiek is aan ‘echte kinderpornografie’ onder de wettelijke definitie van ‘kinderpornografie’.

Ook het begrip ‘identifiable minor’ wordt in de PROTECT Act gedefinieerd. Volgens Section 2256(9) wordt hieronder het volgende verstaan:

- (A) (i)(I) Who was a minor at the time the visual depiction was created, adapted or modified; or
- (II) whose image as a minor was used in creating, adapting, or modifying the visual depiction; and
- (ii) who is recognizable as an actual person by the person’s face, likeness, or other distinguishable characteristics, such as a unique birthmark or other recognizable feature; and
- (B) shall not be construed to require proof of the actual identity of the identifiable minor.

Ook de begrippen ‘graphic’ en ‘indistinguishable’ zijn in Section 2256(10) en Section 2256(11) gedefinieerd. ‘Graphic’ betekent:

‘that a viewer can observe any part of the genitals or public area of any depicted person or animal during any part of the time that the sexually explicit conduct is being depicted’. Onder

‘indistinguishable’ wordt verstaan: ‘virtually indistinguishable, in that the depiction is such that an ordinary person viewing the depiction would conclude that the depiction is of an actual minor engaged in sexually explicit conduct. This definition does not apply to depictions that are drawings, cartoons, sculptures, or paintings depicting minors or adults’.

Iemand is volgens Mains in zijn boek van 2010 strafbaar onder de bepaling wanneer, hij of zij, bewust, ieder materiaal, of vermeend materiaal, bevattende obscene afbeeldingen van minderjarigen die seksuele handelingen verrichten, dan wel waarbij seksuele handelingen worden verricht, adverteert, bevordert, distribueert of uitlokt.¹⁷⁷

3.7.2. Het ‘Supreme Court’ in *US v. Williams*

Pas in 2008 boog de ‘Supreme Court’ zich over de PROTECT Act 2003. In de zaak *US v. Williams*, gaf de ‘Supreme Court’ een oordeel over de vermeende ongrondwettelijkheid en vaagheid van de bepaling.¹⁷⁸ Volgens de verdachte Williams zouden de bepalingen in strijd zijn met de vrijheid van meningsuiting en bovendien te vaag zijn geformuleerd. Williams werd ervan verdacht dat hij op een openbare chatkamer een bericht zou hebben achter gelaten met de tekst: ‘*Dad of Toddler had(good) pics of her on (sic) me for swap of your toddler pics, or live cam*’. Hij zou foto’s en afbeeldingen hebben van het seksueel misbruik van zijn vierjarige dochter. Dit alles vertelde hij tegen een undercover agent die zich voordeed als minderjarige.¹⁷⁹ Vervolgens zou Williams een link hebben geplaatst naar een privé chatroom onder vermelding van de tekst: ‘*Here room, I can put uplink.. Cuzz I’m for real...!!!*’, waarna hij in de privé chatroom een link plaatste naar kinderpornografische afbeeldingen.¹⁸⁰

Hoewel Williams het strafbare feit bekende, was hij wel van mening dat de PROTECT Act bepalingen in strijd waren met zijn vrijheid van meningsuiting en te vaag waren omschreven.¹⁸¹

Op grond van de bepalingen uit de PROTECT Act 2003 is het aanbieden als kinderpornografie voldoende. Het maakt geen verschil als het uiteindelijk geen kinderporno

¹⁷⁷ B.A. Mains, ‘Virtual Child Pornography, pandering, and the First amendment; How developments in technology and shifting first amendment jurisprudence have affected the criminalization of Child Pornography’, *University of California, Hastings College of the Law* July 2010, p. 10.

¹⁷⁸ *US v. Williams*, 553 U.S. 285(2008).

¹⁷⁹ *US v. Williams*, 444F.3d1286(2006).

¹⁸⁰ T. McNeill, ‘Protecting our children or upholding free speech; Does one exclude the other?’, *Mercer Law Review* July 2009, p. 1.

¹⁸¹ K. Mezzanatto, ‘The birth of criminal ‘pandering’ and the death of free speech Coalition’s actual child ‘requirement’; The implications of *US v. Williams*’, *University of Laverne Law Review* April 2009, p. 3.

blijkt te zijn. Er wordt een vergelijking getrokken met drugshandel. Ook het verkopen van een zak bakpoeder, als zijnde cocaïne, wordt als strafbaar gezien. Het gaat niet om de inhoud van wat wordt verkocht, maar om wat men zegt te verkopen.¹⁸² Williams beweert dat computergegenereerde kinderpornografie op grond van *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition*, wordt beschermd door het eerste amendement.¹⁸³ De overheid legt dit argument naast zich neer door te stellen dat:

‘Truthful advertising of illegal products or false advertizing does not get protection of the First amendment’.¹⁸⁴

In *US v. Williams* bepaalt de ‘Supreme Court’ dat om vast te stellen dat iets ongrondwettelijk en vaag is, eerst duidelijk dient te zijn, wat ‘het’ precies is.¹⁸⁵ Volgens de ‘Supreme Court’ gaat het om de vrijheid van meningsuiting die de kinderpornografie op de markt brengt en aanbiedt, niet om het kinderpornografische materiaal zelf. De ‘Supreme Court’ stelt het volgende: *‘It prohibits offers to provide and request to obtain child pornography’*.¹⁸⁶

De vraag of er ook daadwerkelijk sprake is van kinderpornografisch materiaal is hier niet van belang. Juist het feit dat de verdachte zich ervan bewust is dat hij kinderpornografisch materiaal aanbiedt is van belang. De bewustheid geldt voor de gehele bepaling. Zowel de ontvanger als de verzender moeten de overtuiging hebben, of het als zodanig communiceren, dat zij kinderpornografie willen ontvangen en/of verzenden.

Dit zijn de objectieve en subjectieve elementen van de bepalingen. Een redelijk denkend persoon moet denken dat het gaat om kinderpornografie.

De definitie van het begrip ‘seksueel gedrag’ is vergelijkbaar met de gegeven definitie uit *New York v. Ferber*. Het dient te gaan om een visuele voorstelling van een echt kind.¹⁸⁷

¹⁸² Hastings 2010, p. 12.

¹⁸³ *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234(2002).

¹⁸⁴ M. Gaxiola-Viss, ‘The hard line between stopping child pornography and protecting free speech: *Us v. Williams*’, *Rutgers Journal of Law and Religion* Juli 2008, p. 1.

¹⁸⁵ *US v. Williams*, 553 U.S. 285(2008).

¹⁸⁶ *US v. Williams*, 553 U.S. 285(2008).

¹⁸⁷ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747(1982).

3.7.3. Is de PROTECT Act te vaag geformuleerd?

Vervolgens gaat de ‘Supreme Court’ over tot zijn afwegingen betreffende de ongrondwettelijkheid en de vaagheid. De CPPA werd afgewezen omdat de definitie van kinderpornografie te ruim werd omschreven en de bepalingen, mede dankzij de begrippen ‘appears to be’ en ‘conveys the impression’, te vaag waren. Hier was bij de PROTECT Act 2003 geen sprake van. De CPPA verbood het materiaal zelf. Het bezit van bepaald materiaal wordt echter beschermd door de vrijheid van meningsuiting. De PROTECT Act 2003 verbiedt niet het bezit, maar het aanbieden en vragen om kinderpornografisch materiaal. Het aanbieden van, en verzoeken om, wordt niet beschermd door het eerste amendement. Om deze reden is de PROTECT Act 2003, volgens het ‘Supreme Court’, niet in strijd met de vrijheid van meningsuiting uit het eerste amendement. Het feit dat er uiteindelijk geen daadwerkelijke kinderpornografisch materiaal aanwezig blijkt te zijn, is niet van belang.

Het gaat erom dat zowel de verzender als de ontvanger ervan overtuigd zijn dan wel de bedoeling hebben dat het gaat om kinderpornografie.¹⁸⁸ Voor wat betreft de vaagheid grijpt de ‘Supreme Court’ terug naar een door hen eerder geformuleerde definitie.¹⁸⁹

‘A statute is vague if it ‘fails to provide a person of ordinary intelligence fair notice of what is prohibited, or is so standardless that it authorizes or encourages seriously discriminatory enforcement.’ Although perfect clarity and precise guidance have never been required even of regulations that restrict expressive activity’.¹⁹⁰

De ‘Supreme Court’ stelt bovendien dat een wet niet vaag wordt wanneer het moeilijk is om vast te stellen of er sprake is van een belastend feit, maar dat de onduidelijkheid en onbepaaldheid zit in de vraag wat het feit precies inhoudt.¹⁹¹

De verdachte dient dus, of zelf te geloven dat het om kinderpornografisch materiaal gaat, of dit op een dusdanige manier communiceren dat een redelijk denkend mens ervan overtuigd is

¹⁸⁸ T. McNeill, ‘Protecting our children or upholding free speech; Does one exclude the other?’, *Mercer Law Review* July 2009, p. 3.

¹⁸⁹ *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 352(1983).

¹⁹⁰ T. McNeill, ‘Protecting our children or upholding free speech; Does one exclude the other?’, *Mercer Law Review* July 2009, p. 5.

¹⁹¹ T. McNeill, ‘Protecting our children or upholding free speech; Does one exclude the other?’, *Mercer Law Review* July 2009, p. 5.

dat het gaat om kinderpornografisch materiaal. Stevens, één van de rechters van de ‘Supreme Court’ in de zaak *US v. Williams*, keek naar de bedoeling van de wetgever.¹⁹²

Hij bepaalde dat om de PROTECT Act 2003 te overtreden het materiaal moest worden aangeboden en geadverteerd, als zijnde materiaal dat iemand seksueel doet opwinden. Souter en Grinsburg, ook twee rechters van de ‘Supreme Court’ in de zaak *US v. Williams*, zijn beiden van mening dat de PROTECT Act wel in strijd is met de vrijheid van meningsuiting.¹⁹³ Deze conclusie trekken zij volgens McNeill, doordat volgens hen de PROTECT Act, zowel de bevindingen en rechtsregels uit *New York v. Ferber* als uit *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition* opzij worden geschoven.¹⁹⁴ Het eerste amendement vraagt volgens hen om een andere behandeling voor computergegenereerde kinderpornografie dan voor echte kinderpornografie. Doordat de PROTECT Act een andere definitie geeft voor de begrippen ‘kinderpornografie’ en ‘computergegenereerde kinderpornografie’ lijkt hieraan te zijn voldaan.

3.8 Conclusie

Voorals gezien de hoge waarde die in de Verenigde Staten wordt gehecht aan de vrijheid van meningsuiting kent de wetgeving betreffende kinderpornografie een behoorlijke geschiedenis. De overheid heeft moeite gehad bij het formuleren van bepalingen die geen strijd, of in ieder geval een aanvaardbare mate van strijd, met het eerste amendement van de Grondwet van de Verenigde Staten op zouden leveren.

Middels de PROTECT Act lijkt de overheid te zijn geslaagd in deze uitdaging. De PROTECT Act is tot dusver niet bekritiseerd door de ‘Supreme Court’. Door de strafbaarheid niet te leggen bij het computergegenereerde materiaal zelf, maar bij de wijze waarop het gecommuniceerd en verspreid wordt, hoeft de uitspraak van *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition* niet te worden ontweken.¹⁹⁵ De vervolging van kinderpornografie slaat hierdoor een geheel andere weg in.

Ook onder de PROTECT ACT wordt de vervolging van degenen die tekeningen en cartoons maken uitgesloten. Gezien het feit dat voor vervolging op grond van de PROTECT Act niet

¹⁹² *US v. Williams*, 553 U.S. 285(2008).

¹⁹³ *US v. Williams*, 553 U.S. 285(2008), T. McNeill, ‘Protecting our children or upholding free speech; Does one exclude the other?’, *Mercer Law Review* July 2009, p. 3.

¹⁹⁴ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747(1982), *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234(2002).

¹⁹⁵ *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234(2002).

het materiaal zelf, maar de wijze waarop het gecommuniceerd wordt van belang is, is deze uitsluiting vreemd.

Wanneer het niet van belang is of het materiaal ook daadwerkelijk kinderpornografie betreft, waarom worden dan toch tekeningen en cartoons uitgesloten.

De wijze waarop vermoedelijk pornografisch materiaal wordt aangeboden en ontvangen wordt op grond van de PROTECT Act vervolgbaar. Wanneer zowel verzender als ontvanger ervan overtuigd zijn dat het gaat om kinderpornografisch materiaal, of zij dit op deze wijze communiceren en een redelijke denkend mens dit ook op deze wijze zal opvatten, maakt het niet uit dat het materiaal uiteindelijk iets geheel anders blijkt te zijn.

Het zou in principe kunnen gaan om een foto van een kat. Voldoende is, dat het bijschrift en de bestandsnaam doen voorkomen dat het gaat om kinderporno.

De vraag blijft of de PROTECT Act genoeg bescherming biedt tegen kinderpornografie en kindermisbruik. Wanneer computergegenereerde kinderpornografie wordt verspreid onder de naam van bijvoorbeeld vakantiefoto's valt het niet onder de PROTECT Act. Als het dan bovendien niet nagenoeg identiek is aan echte kinderpornografie is vervolging zinloos.

In hoeverre de PROTECT Act meer bescherming biedt dan de rechtsregel op grond van *Miller v. Californie* en *New York v. Ferber* blijft onduidelijk.¹⁹⁶

In literatuur wordt gesteld dat deze twee uitspraken hun werking verliezen en worden vervangen door de PROTECT Act. Of dit zo is, is nog onduidelijk omdat de 'Supreme Court' hier nog geen oordeel over heeft gegeven.¹⁹⁷

De PROTECT Act gaat bovendien niet in op de rechtsregel die voortvloeit uit *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition*, maar slaat een geheel andere weg in.¹⁹⁸

¹⁹⁶ *Miller v. California*, 413 U.S. 15(1973), *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747(1982).

¹⁹⁷ S. Coleman, 'You only live twice; How the First amendment impacts Child Pornography in second life', *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* 2008-2009, p. 10.

¹⁹⁸ *Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234(2002).

4. Virtuele kinderpornografie vanuit een ander perspectief

4.1 Inleiding

In dit vierde hoofdstuk zal het empirische onderzoek worden uitgewerkt. Aan tweeëndertig rechtenstudenten van de Universiteit van Tilburg zijn vragen voorgelegd betreffende virtuele/computergegenereerde kinderpornografie en de mogelijke vervolging van de verspreiders hiervan. In dit hoofdstuk zullen de gegeven antwoorden op de vragen worden verwerkt. Allereerst zal uiteen worden gezet waarom gekozen is voor dit empirische onderzoek. Hierbij zullen verschillende kanten van de discussie omtrent virtuele kinderpornografie worden belicht. Bovendien zal er aandacht worden besteed aan het psychologische onderzoek uit Tsjechië over de effecten van kinderpornografie op pedofielen en het misbruik van kinderen. Vervolgens zal het uitgevoerde empirische onderzoek worden besproken. Hierbij zal de onderzoeksmethode worden beschreven, waarbij zal worden stilgestaan bij het aantal ondervraagden en de keuzes die in het kader van dit empirische onderzoek zijn gemaakt. Daarna zal het resultaat van de gegeven antwoorden worden besproken. Er zal een onderverdeling worden gemaakt naar positieve en negatieve beantwoorden van de vragen. Gepoogd zal worden om aan de hand van de gegeven argumenten een algemene mening te destilleren. Dit hoofdstuk zal uiteindelijk afgesloten worden met een conclusie.

4.2 De discussie

Op 20 februari 2007 kwam het tv-programma Netwerk met een uitzending over kinderpornografie in het virtuele spel 'Second Life'. Er zouden in de virtuele wereld seksuele handelingen worden verricht met kinderen. Een Kamermeerderheid was van mening dat dit gedrag zou moeten worden bestraft.¹⁹⁹

'Second Life' is een virtuele wereld, waarbij iedereen een zogenaamd 'avatar' kan aanmaken en hiermee door de virtuele wereld kan wandelen. Een avatar is een persoonlijke grafische representatie in de virtuele wereld van een levensecht persoon in de echte wereld.

¹⁹⁹ P. Olsthoorn, 'Virtuele kinderporno; verbieden of laten begaan?', Netkwesties maart 2007, editie 153 p.1. (<<http://www.netkwesties.nl/50/virtuele-kinderporno-verbieden-laten.htm>>).

‘Second life’ heeft geen regels, alles kan en alles mag. Kinderen kunnen zich bijvoorbeeld voor anderhalve euro verhuren als prostituee.

Mede door de uitzending van Netwerk is de discussie in Nederland opgelaaide over de mogelijke vervolging en eventuele veroordeling vanwege het produceren/verspreiden van virtuele kinderpornografie. Jos Bushman, psycholoog aan de Mesdagkliniek in Groningen, gaf aan dat het slechts een kwestie van tijd zou zijn voordat de eerste dader werd aangezet door ‘Second Life’, omdat elke plaats waar je fantasie kunt blijven uitvoeren, de daad stimuleert.²⁰⁰ ‘Second Life’ beschreef hij zelfs als de leerschool voor pedofielen. Zelfs indien iemand slechts een getekende afbeelding van een kind bekijkt in plaats van een echte kinderpornografische afbeelding, is het denkbaar dat die persoon in zijn gedachten seks heeft met het kind.

Ook Gerkens van de SP vindt dat iedere vorm van kinderpornografie zou moeten worden verboden. Zij stelt dat misbruik zou worden gemaakt van beeldmateriaal om verwerpelijke zaken uit te beelden.²⁰¹ Onderzoek zou bovendien kunnen aantonen dat er een dunne lijn is tussen de gedachte en de daad bij kinderporno. Hoe meer er wordt toegestaan, des te meer het gedrag zal worden gelegitimeerd, zo beweert Gerkens.²⁰²

In het, naar aanleiding van de genoemde uitzending van Netwerk geschreven artikel wordt zelfs een vergelijking getrokken met drugs- en alcoholverslaafden. Een alcoholverslaafde heeft slechts één slok alcoholische drank nodig en is direct weer verslaafd aan alcohol. Voor vele pedofielen zou hetzelfde gelden.²⁰³

Het meldpunt kinderporno is van mening dat alle vormen van kinderpornografie zouden moeten worden verboden, onafhankelijk van de vraag of het virtuele kinderpornografie betreft of niet.²⁰⁴

Tegenstanders voor het strafbaar stellen van virtuele kinderpornografie zijn er ook. Verschillende deskundigen geven aan dat in fantasie en (virtueel)spel nu eenmaal meer mag dan in het echte leven. Hier is de fantasie voor.

²⁰⁰ P. Olsthoorn, ‘Virtuele kinderporno; verbieden of laten begaan?’, Netkwesties maart 2007, editie 153, p.2. (<<http://www.netkwesties.nl/50/virtuele-kinderporno-verbieden-laten.htm>>).

²⁰¹ P. Olsthoorn, ‘Virtuele kinderporno; verbieden of laten begaan?’, Netkwesties maart 2007, editie 153, p.3. (<<http://www.netkwesties.nl/50/virtuele-kinderporno-verbieden-laten.htm>>).

²⁰² P. Olsthoorn, ‘Virtuele kinderporno; verbieden of laten begaan?’, Netkwesties maart 2007, editie 153, p.3. (<<http://www.netkwesties.nl/50/virtuele-kinderporno-verbieden-laten.htm>>).

²⁰³ P. Olsthoorn, ‘Virtuele kinderporno; verbieden of laten begaan?’, Netkwesties maart 2007, editie 153, p.3. (<<http://www.netkwesties.nl/50/virtuele-kinderporno-verbieden-laten.htm>>).

²⁰⁴ P. Olsthoorn, ‘Virtuele kinderporno; verbieden of laten begaan?’, Netkwesties maart 2007, editie 153, p.4. (<<http://www.netkwesties.nl/50/virtuele-kinderporno-verbieden-laten.htm>>).

Deze tegenstanders stellen bijvoorbeeld kanttekeningen bij de vraag waarom kinderporno in een spel wel verboden zou moeten worden en moord bijvoorbeeld niet?

Volgens Eelco Kroeft, journalist en deskundige op het gebied van internet en kinderen, is het verbieden van virtuele kinderpornografie, omdat anders wellicht een verkeerd beeld wordt afgegeven, geen verantwoorde reden.²⁰⁵ Ook publiciste en internetkenner Karin Spaink is het niet eens met mogelijke strafbaarstelling. Volgens haar gaat strafbaarstelling te ver en zou door hierdoor het risico bestaan dat bijvoorbeeld een onschuldig sprookje zoals Sneeuwwitje strafbaar zou zijn. Dit veroorzaakt volgens Spaink een onwenselijke situatie. In haar ogen is en blijft het fantasie.²⁰⁶

Uit een internetpeiling onder 500 mensen bleek echter dat het merendeel van mening was dat virtuele kinderpornografie ook bij wet zou moeten worden verboden.²⁰⁷



Afbeelding 1: uitkomst onderzoek Netwerk

Sinds 30 november 2010 hebben de tegenstanders tegen strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie er een argument bij. Uit onderzoek in Tsjechië is gebleken dat het kijken naar kinderpornografisch materiaal het aantal meldingen van kindermisbruik significant kan laten dalen. Volgens seksuoloog Milton Diamond zou de beschikbaarheid van kinderpornografie hierbij helpen. Deze conclusie trekt hij naar aanleiding van het onderzoek in Tsjechië. In Tsjechië werd het kijken naar kinderpornografie na de val van de muur legaal, het aantal gemelde gevallen van seksueel misbruik nam af. Sinds kinderpornografie in 2007 weer werd verboden neemt het aantal gevallen weer toe.²⁰⁸

²⁰⁵ P. Olsthoorn, 'Virtuele kinderporno; verbieden of laten begaan?', Netkwesties maart 2007, editie 153, p.4. (<<http://www.netkwesties.nl/50/virtuele-kinderporno-verbieden-laten.htm>>).

²⁰⁶ P. Olsthoorn, 'Virtuele kinderporno; verbieden of laten begaan?', Netkwesties maart 2007, editie 153, p.5. (<<http://www.netkwesties.nl/50/virtuele-kinderporno-verbieden-laten.htm>>).

²⁰⁷ P. Olsthoorn, 'Virtuele kinderporno; verbieden of laten begaan?', Netkwesties maart 2007, editie 153, p.7. (<<http://www.netkwesties.nl/50/virtuele-kinderporno-verbieden-laten.htm>>).

²⁰⁸ M. Diamond, E. Joskoza & P. Weiss, 'Pornography and sex crimes in the Czech Republic', Archives of sexual behaviour 30 November 2010.

Van 1990 tot 2007 was het bezit van kinderpornografie in Tsjechië legaal. Het aantal gemelde gevallen van seksueel misbruik daalde van circa 2000 in 1973 tot 800 in 2007. Ook in Japan ziet men een verband tussen kinderpornografie en seksueel misbruik. Sinds 2004 is kinderpornografie in Japan verboden. Het aantal meldingen van kindermisbruik is sindsdien sterk gestegen. Ook in Denemarken deed zich een vergelijkbare situatie voor.²⁰⁹ De onderzoekers pleiten niet voor het legaliseren van echte kinderpornografie. De onderzoekers opperen in het onderzoek enkel dat virtuele kinderpornografie wellicht een goed alternatief is.²¹⁰

De Nederlandse arts en neuropsycholoog Dick Swaab deelt de mening van de onderzoekers en stelt tijdens een interview in onder andere de NRC dat virtuele kinderpornografie een goede vervanger zou kunnen zijn voor echte kinderpornografie. De inzet van virtuele kinderpornografie is volgens Swaab het overwegen waard.²¹¹

4.3 Het empirische onderzoek

4.3.1 De enquête

In de politiek wordt veel gedebatteerd over de vraag of virtuele kinderpornografie onder de reikwijdte van artikel 240b Sr moet vallen, en derhalve strafbaar kan worden gesteld?²¹² In 1886 gold in Nederland het uitgangspunt dat slechts gedrag dat onrecht is mag worden bestraft.²¹³ Volgens Hulsman dient er een negatief criterium te gelden. In sommige gevallen dient men af te zien van strafbaarstelling. Hij stelde in 1972 het volgende: ‘ De grondslag voor strafbaarstelling is primair gebaseerd op de wens om morele opvattingen omtrent bepaald gedrag heersend te maken of om mogelijkheden voor hulpverlening te creëren’.²¹⁴

De Roos werkte een ‘crimineel-politiek toetsingschema voor de primaire criminalisering’ uit, op basis waarvan kan worden getoetst of strafbaarstelling wenselijk is. Het gedrag dient allereerst schadelijk te zijn. Dit schadelijke gedrag dient bovendien niet tolereerbaar te zijn ten behoeve van de vrijheid van een individu.

²⁰⁹ NRC Next, ‘ Nuttige namaakporno: Kinderporno kan seksueel kindermisbruik remmen’, NRC Next 7 december 2010.

²¹⁰ M. Diamond, E. Jofkova & P. Weiss, ‘ Pornography and sex crimes in the Czech Republic’, Archives of sexual behaviour 30 November 2010.

²¹¹ ‘Zomergasten’, VPRO Nederland 2, 31 juli 2011.

²¹² *Kamerstukken II*, 2001/02, 27 745, nr. 6, p.8-14 en *Kamerstukken I* 2001/02, 27 745, nr. 299b, p.2-9.

²¹³ De Hullu 2006, p.17.

²¹⁴ De Hullu 2006, p.18.

Indien aan deze vereisten is voldaan is volgende de Roos de overheid bevoegd tot het strafbaar stellen van de gedraging. Daarnaast dient op grond van de overige criteria beoordeeld te worden of van deze bevoegdheid gebruik mag worden gemaakt.²¹⁵ Deze overige criteria betreffen een aantal strafrechtelijke beginselen op basis waarvan dit kan worden beoordeeld.²¹⁶

Het uitgevoerde empirische onderzoek zal zich richten op enkele essentiële kanten van de discussie betreffende virtuele kinderpornografie. Dit om vast te stellen hoe een aantal Nederlandse rechtenstudenten van de Universiteit van Tilburg denken over het vervolgen en veroordelen van personen die zich bezig houden met de productie en/of in het bezit zijn van virtuele kinderpornografie.

Aan een geselecteerde groep studenten zijn een aantal vragen voorgelegd betreffende virtuele kinderpornografie. Aan de hand van deze vragen zou een indicatie kunnen worden gegeven over de vraag of deze rechtenstudenten het wenselijk vinden dat ook virtuele kinderpornografie strafbaar is.

De vier vragen die aan de geselecteerde rechtenstudenten zijn voorgelegd zijn:

- 1) Zou iemand die virtuele kinderpornografie maakt, verspreidt of bezit, waarop seksuele handelingen met of door minderjarige kinderen worden/zijn afgebeeld, strafrechtelijke vervolgd en, indien mogelijk, veroordeeld dienen te worden?
- 2) Zo ja, vindt u het hiervoor van belang of er, voor het maken van virtuele kinderpornografie, wel of geen kind werd geschaad/daadwerkelijk werd misbruikt?
- 3) Uit onderzoek is gebleken dat als gevolg van het kijken naar virtuele kinderpornografie, het aantal kinderen dat misbruikt wordt significant zou dalen. Bent u van mening dat virtuele kinderpornografie om deze reden zou moeten worden toegestaan?²¹⁷
- 4) Bent u van mening dat het strafbaar stellen van producenten van bijvoorbeeld Manga tekeningen bevattende virtuele afbeeldingen van kennelijk minderjarige kinderen die seksuele handelingen verrichten zal zorgen voor een escalatie in strafbaar gesteld gedrag?

²¹⁵ De Hullu 2006, p.19.

²¹⁶ Slechts het schadelijke gedrag dat voldoet aan het subsidiariteitsbeginsel, proportionaliteitsbeginsel, legaliteitsbeginsel en het beginsel van praktische hanteerbaarheid en effectiviteit kan strafbaar worden gesteld. De Hullu 2006, p.19.

²¹⁷ M. Diamond, E. Josfkoza & P. Weiss, 'Pornography and sex crimes in the Czech Republic', Archives of sexual behaviour 30 November 2010.

Voordat de ondervraagde rechtenstudenten over konden gaan tot het beantwoorden van de gestelde vragen, werd hen eerst enige achtergrondinformatie verstrekt.²¹⁸

4.3.2 De onderzoeksmethode

In totaal zijn tweeëndertig rechtenstudenten ondervraagd. Er is gekozen om het onderzoek onder rechtenstudenten van de Universiteit van Tilburg af te nemen, omdat zij in het kader van het onderzoek eenvoudig te bereiken zijn. Onder de tweeëndertig ondervraagden rechtenstudenten bevinden zich zestien mannen en zestien vrouwen. Per vraag is er in de uitwerking een onderscheid gemaakt tussen de ondervraagden die een vraag positief beantwoordden en ondervraagden die een vraag negatief beantwoordden. Er is geen onderscheid gemaakt tussen voltijd en deeltijd studenten, noch naar studiejaar, nu dit onderzoek een dergelijke onderverdeling niet vereist.

4.3.3 De resultaten

4.3.3.1 De wenselijkheid van vervolging en veroordeling

Vanwege de snelle technische ontwikkelingen zijn de mogelijkheden met betrekking tot de productie van kinderpornografie toegenomen. Het misbruiken van kinderen is mitsdien niet meer noodzakelijk. Met gebruik van bijvoorbeeld een computer kan een kind op eenvoudige wijze worden nagebootst. Voor de creatie van deze kinderpornografische afbeeldingen is het niet noodzakelijk dat er een kind wordt misbruikt. Men kan zich afvragen of deze virtuele vorm van kinderpornografie ook strafrechtelijk vervolgd en bestraft dient te worden.

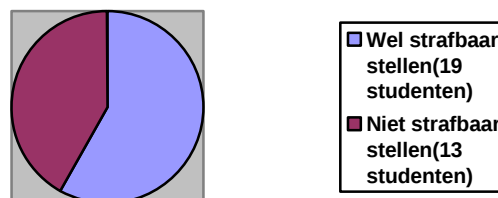
Van de tweeëndertig ondervraagden was 58% van de ondervraagden van mening dat ook virtuele kinderpornografie strafrechtelijk vervolgbaar, en indien mogelijk veroordeelbaar dient te zijn. Het merendeel van deze ondervraagden gaf als onderbouwing voor dit antwoord het argument dat het toestaan van virtuele kinderpornografie ongepast zou zijn. De gedachte op zich zou volgens hen al zorgelijk zijn. Daarnaast werd door enkele ondervraagden gesteld dat de kans zeer groot is dat het toestaan van virtuele kinderpornografie de subcultuur in stand zou houden.

²¹⁸ Zie bijgevoegde enquête in de bijlage.

Eén van de ondervraagden ging zelfs verder en gaf het volgende argument: “Het maken van een tekening heeft weliswaar niet direct tot gevolg dat er een kind wordt misbruikt. Echter door het toestaan van dit soort afbeeldingen wordt er een zekere consensus in de maatschappij gecreëerd dat het niet kwalijk is om naar dit soort afbeeldingen te kijken. Dit maakt de drempel tot het maatschappelijk aanvaarden van kinderpornografie kleiner”.²¹⁹

Een minderheid van de ondervraagden, namelijk 42% beantwoordde de eerste vraag negatief. Zij waren van mening dat het produceren, verspreiden of bezitten van virtueel kinderpornografische afbeeldingen niet strafrechtelijk vervolgd dan wel veroordeeld zou moeten worden. Als onderbouwing voor dit antwoord gaven deze ondervraagden allemaal aan dat naar hun mening een gedachte op zich niet strafrechtelijk vervolgd zou moeten kunnen worden. Slechts indien er sprake is van kindermisbruik zou dergelijk gedrag in aanmerking moeten komen voor strafrechtelijke vervolging.

Zou iemand die, virtuele kinderpornografische afbeeldingen maakt, verspreidt of bezit, waarop seksuele handelingen met of door minderjarige kinderen worden/zijn afgebeeld, strafrechtelijke vervolgd en veroordeeld dienen te worden?



Afbeelding 2: grafisch overzicht van uitkomst van vraag 1 van het onderzoek.

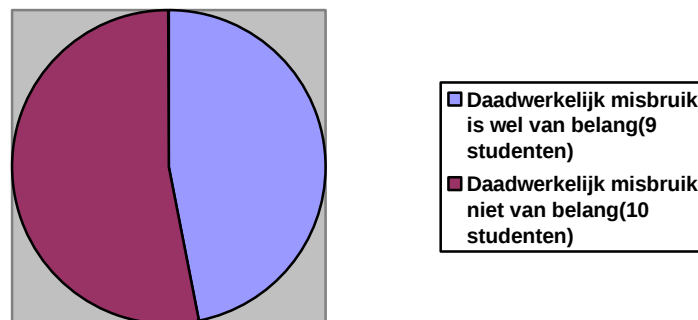
4.3.3.2 Het belang van kindermisbruik

Negentien ondervraagden hebben vraag twee ingevuld. In deze vraag stond het belang van het daadwerkelijk misbruiken van kinderen bij de productie van kinderpornografie in relatie tot de mogelijke strafrechtelijke vervolging en eventueel veroordeling centraal. Onder de ondervraagden die deze vraag hebben beantwoord is slechts een kleine meerderheid, namelijk 53%, van mening dat het misbruiken van een kind bij de productie van virtuele kinderpornografie niet van belang is.

²¹⁹ Geciteerd argument uit de enquête.

Deze ondervraagden gaven in hun onderbouwing aan dat het produceren van kinderpornografie altijd verwerpelijk is, ongeacht of er een kind is misbruikt bij de productie. Een minieme minderheid van 47% van de ondervraagden achtte het misbruiken van een kind bij de productie van virtuele kinderpornografie wel van belang. Onder de ondervraagden is geen eenduidige dan wel algemene onderbouwing te destilleren. Eén argument wat enkele malen naar voor kwam, was dat het misbruiken van een kind van belang zou kunnen zijn met het oog op bestrafing. Volgens deze ondervraagden zou er met de keuze van de op te leggen straf rekening kunnen worden gehouden met het misbruik. Volgens de studenten zou iemand die verdacht wordt van het produceren van virtuele kinderpornografie, en bij de productie daarvan een kind zou hebben misbruikt zou een zwaardere straf kunnen krijgen dan iemand die verdachte wordt van het produceren van virtuele kinderpornografie waarbij bij de productie geen kind zou zijn misbruikt.

Vind u het van belang of er, voor het maken van virtuele kinderpornografie, wel of geen kind werd geschaad/daadwerkelijk werd misbruikt?



Afbeelding 3: grafisch overzicht van vraag 2.

4.3.3.3 Een mogelijke daling van kindermisbruik als rechtvaardiging

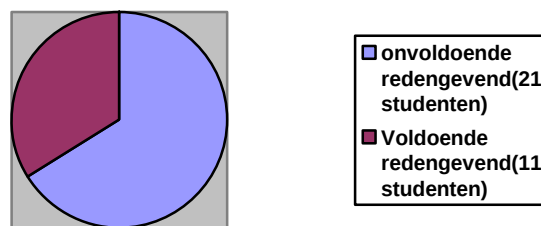
Uit onderzoek in Tsjechië zou zijn gebleken dat door middel van het bekijken van kinderpornografische afbeeldingen, de drang naar daadwerkelijk seksueel misbruik en het aantal gevallen van seksueel misbruik gedurende de periode dat kinderpornografie was toegestaan, daalde. Dit gold echter niet in alle gevallen.

Kindermisbruik verdween namelijk niet.²²⁰ Aan alle ondervraagden werd gevraagd of de conclusie uit dit onderzoek genoeg reden zou geven om virtuele kinderpornografie toe te staan?

Een ruime meerderheid van de ondervraagden, namelijk 66%, gaf aan dat zij het onderzoek niet voldoende redengevend achtten. Volgens hen is en blijft kinderpornografie ongepast en ongewenst. Door het overgrote deel van deze studenten werd zelfs aangegeven dat zij twijfelden aan de betrouwbaarheid van het uitgevoerde Tsjechische onderzoek. Eén van hen zei het volgende: “de daling van kindermisbruik zou een mooi bijkomstig effect zijn. Echter het doel heiligt hier niet de middelen”.²²¹

Een kleine 34% stond positiever tegenover de aan hen gestelde vraag. Zij zagen wel mogelijkheden met betrekking tot de uitkomst van het onderzoek. De algemene argumentatie die door deze minderheid werd gebruikt komt op het volgende neer: “Als er geen kinderen worden misbruikt zie ik geen reden om het niet toe te staan. Echter wel met de nadrukkelijke kanttekening dat er regulering en controle dient te zijn van een psycholoog”.²²²

Uit onderzoek is gebleken dat als gevolg van het kijken naar virtuele kinderpornografie, het aantal kinderen dat misbruikt wordt significant zou dalen. Bent u van mening dat virtuele kinderpornografie om deze reden zou moeten worden toegestaan?



Afbeelding 4: Grafische overzicht vraag 3.

²²⁰ M. Diamond, E. Josfkoza & P. Weiss, 'Pornography and sex crimes in the Czech Republic', Archives of sexual behaviour 30 November 2010.

²²¹ Geciteerd argument uit de enquête.

²²² Geciteerd argument uit de enquête.

4.3.3.4. Escalatie van strafbaar gedrag

Bij de vierde en tevens laatste vraag van de vragenlijst, werd gevraagd of de studenten bang waren voor een eventuele escalatie.

Hiermee wordt bedoeld: “een escalatie in het strafbaar te stellen van gedrag”. Er werd een voorbeeld gegeven van het mogelijke strafbaar stellen van moord en geweld in een film.²²³

Slechts 28% gaf aan bang te zijn voor een eventuele escalatie in het strafbaar te stellen gedrag. Hiervoor werden verschillende argumenten genoemd. Er is dan ook geen gemeenschappelijke beargumentering te geven. Enkele argumenten die opvielen zullen hieronder kort worden behandeld. Er is gekozen om juist deze argumenten te bespreken vanwege de uitgebreide beargumentatie. Eén van de studenten die de gestelde vraag positief beantwoordde, gaf aan dat “wanneer het produceren van bijvoorbeeld Manga tekeningen, bevattende virtuele afbeeldingen van kennelijk minderjarige kinderen die seksuele handelingen verrichten, strafbaar wordt gesteld dit er voor kunnen zorgen dat Nederland minder tolerant zal worden. Dit kan zorgen voor het oplaaien van eeuwen oude discussies over bijvoorbeeld homoseksualiteit. Het feit dat sommige mensen walgen van het zien van die beelden wil nog niet zeggen dat het ook strafbaar moet zijn. Gedrag dient pas strafbaar te worden gesteld wanneer er daadwerkelijke schade aan andere wordt toegebracht”.

Ook werd door één van de studenten een vergelijking gemaakt met het rookverbod. Deze student stelde het volgende: “Als het ergens begint is het einde zoek. Neem bijvoorbeeld het rookbeleid. Het strafbaar stellen van iets moet een duidelijk en aantoonbaar doel hebben. Als het puur preventief werkt uit angst dat een ander dit aan zou grijpen om daden te verrichten, blijf ik erbij dat de daden bestraft moeten worden. Laten we eerlijk zijn, door het kijken naar of het maken van dergelijke tekening wordt niemand geschaad”.²²⁴

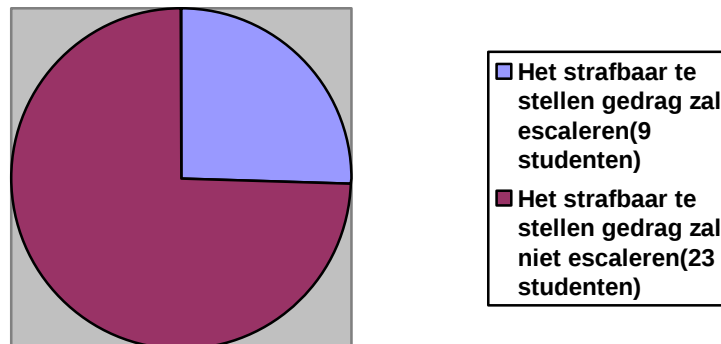
Het merendeel van de studenten, namelijk 82%, zag het strafbaar stellen van het produceren van en kijken naar virtuele kinderpornografie niet als mogelijke escalatie voor het strafbaar te stellen gedrag. Alle studenten die aangaven geen angst te hebben voor escalatie gaven in hun argumentatie aan dat volgens hen geweld en moord in een film of computerspel niet te vergelijken is met kinderpornografie. Ook niet als dit een virtuele vorm van kinderpornografie betreft.

²²³ R. Coenmans, 'Violence in videogames: the supreme court decides', SecJure October 2010.

²²⁴ Geciteerd argument uit de enquête.

Als onderbouwing voor dit verschil tussen geweld en/of moord aan de ene zijde en kinderpornografie aan de andere zijde werd door de meeste studenten het volgende aangevoerd: “Een ieder weldenkend mens weet dat moord en geweld in films en computerspellen een kwestie is van acteerwerk. Dit zal in beginsel niet aanzetten tot extra agressief gedrag”.²²⁵ Daarnaast werd als argument gegeven dat in het gevangeniswezen een onderscheid bestaat tussen verkrachters en kindermisbruikers en personen die vast zitten vanwege het plegen van moord dan wel geweld. Een verkrachter/kindermisbruiker wordt in het gevangeniswezen gezien als het laagste van het laagste. Dit verschil duidt volgens de ondervraagde daarmee ook aan dat moord en/of geweld en kinderpornografie niet te vergelijken is, en er daarmee geen gevaar zou bestaan voor mogelijke escalatie van het strafbaar te stellen gedrag.

Bent u van mening dat het strafbaar stellen van het produceren van virtuele kinderpornografie zal zorgen voor een escalatie in het strafbaar gesteld gedrag?



Afbeelding 5: Grafisch overzicht vraag 4

4.4 Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat de discussie over kinderpornografie en de wenselijkheid om virtuele kinderpornografie strafbaar te stellen een lastige discussie is. Dit blijkt ook uit het uitgevoerde empirische onderzoek. Een kleine meerderheid van de ondervraagden rechtenstudenten is het oneens met de vraag of virtuele kinderpornografie strafbaar zou moeten worden gesteld. Terwijl een kleine meerderheid van de rechtenstudenten het hier juist mee eens is.

²²⁵ Geciteerd argument uit de enquête.

Uitsluitend geeft het uitgevoerde empirisch onderzoek niet. Wel kan er geconcludeerd worden dat het overgrote deel van de ondervraagden iedere vorm van kinderpornografie, dus ook de virtuele vorm, ongepast vindt. Door een aantal studenten werd zelfs gesuggereerd dat het toestaan van virtuele kinderpornografie het bestaan van kinderpornografie in stand houdt. Door één van de ondervraagden werd hierover het volgende aangevoerd: “Het maken van een tekening heeft weliswaar niet direct tot gevolg dat er een kind wordt misbruikt. Echter door het toestaan van dit soort afbeeldingen wordt er een zekere consensus in de maatschappij gecreëerd dat het niet kwalijk is om naar dit soort afbeeldingen te kijken. Dit maakt de drempel tot het maatschappelijk aanvaarden van kinderpornografie kleiner”.²²⁶ Slechts een zeer minieme meerderheid van de studenten gaf aan dat het daadwerkelijk misbruiken van een kind van belang zou zijn voor de beantwoording van de vraag of virtuele kinderpornografie wel of niet strafrechtelijk vervolgbaar en veroordeelbaar dient te zijn. Hiervoor werd wederom het argument aangevoerd dat iedere vorm van kinderpornografie verwerpelijk is.

Ook bij de derde vraag was een meerderheid van mening dat ook virtuele kinderpornografie verwerpelijk is. Om deze reden bleek volgens de studenten het onderzoek uit Tsjechië onvoldoende redengevend om virtuele kinderpornografie toe te staan.²²⁷ Hiervoor werd over het algemeen het volgende argument gegeven: “de daling van kindermisbruik zou een mooi bijkomstig effect zijn. Echter het doel heiligt hier niet de middelen”.²²⁸

Een ruime meerderheid van de studenten gaf bij de vierde, en laatste vraag, aan dat naar hun mening het strafbaar stellen van virtuele kinderpornografie niet zal leiden tot een escalatie van het strafbaar te stellen gedrag. In de vraagstelling werd een vergelijking getrokken met het mogelijk strafbaar stellen van moord en/of geweld in films. De studenten waren echter van mening dat moord en/of geweld in films of videospellen niet te vergelijken is met kinderpornografie.

Hieruit kan geconcludeerd worden dat kinderpornografie in Nederland een zwaar beladen en vooral ernstig onderwerp is.

²²⁶ Geciteerd argument uit de enquête.

²²⁷ M. Diamond, E. Joskoza & P. Weiss, 'Pornography and sex crimes in the Czech Republic', Archives of sexual behaviour 30 November 2010.

²²⁸ Citaat

5. Conclusie en aanbevelingen

5.1 Inleiding

Wanneer wordt gesproken over kinderpornografie heeft dat vrijwel altijd betrekking op foto's en filmpjes waarop minderjarige kinderen worden afgebeeld die seksuele handelingen bij (een) volwassene(n) verrichten of seksueel worden misbruikt door (een) volwassene(n). Een nieuwe vorm van digitale kinderpornografie, namelijk virtuele kinderpornografie, blijft meestal buiten beeld. Deze vorm bestaat onder andere uit (virtuele) tekeningen en animatietekeningen. Vanwege de hedendaagse ontwikkelingen op het gebied van virtuele mogelijkheden oogt de virtuele vorm van kinderpornografie steeds realistischer.

In deze scriptie is onderzocht of virtuele kinderpornografie een strafbaar feit oplevert als bedoeld in de artikelen 240b Sr en 9 CCC. Hierbij is voornamelijk gekeken naar de reikwijdte van artikel 240b Sr en de betekenis van de daarin genoemde begrippen 'afbeelding' en 'schijnbaar betrokken'. Daarnaast is er een rechtsvergelijkend onderzoek toegepast tussen de huidige Nederlandse situatie en de situatie in de Verenigde Staten. De achterliggende gedachte daarvan is dat de Verenigde Staten een belangrijke rol hebben gespeeld in het politieke debat betreffende de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie. Om de problematiek omtrent (virtuele) kinderpornografie vanuit een ander perspectief te bekijken is ervoor gekomen om als aanvulling op het rechtsvergelijkend onderzoek onder een aantal studenten van de Universiteit van Tilburg een empirisch onderzoek uit te voeren naar de vraag in hoeverre zij het wenselijk achten dat ook het bezitten, produceren en verspreiden van virtuele kinderpornografie strafbaar wordt gesteld.

Er staan twee probleemstellingen centraal in deze scriptie. Deze probleemstellingen luiden als volgt:

1. *"In hoeverre verschilt de Nederlandse juridische visie op strafbaarheid van virtuele kinderpornografie ten opzichte van de juridische visie in de Verenigde Staten?"*
2. *"In hoeverre vindt de Tilburgse rechtenstudent het wenselijk dat ook het bezitten, produceren en verspreiden van virtuele kinderpornografie strafbaar wordt gesteld?"*

5.2 Een rechtsvergelijkend onderzoek tussen Nederland en de Verenigde Staten

De zedelijkheidswetgeving, waaronder kinderpornowetgeving, is door de jaren heen meerdere malen gewijzigd. In 2007 ontstond beroering over het fantasiespel ‘Second Life’. De toenomen technische mogelijkheden van virtuele kinderpornografie had men niet voorzien. Uiteindelijk is artikel 240b Sr zodanig gewijzigd en zodanig door de rechter ingevuld dat ook virtuele kinderpornografie, mits realistisch, onder de reikwijdte van dit artikel valt. Virtuele kinderpornografie omvat naast computergegenereerde kinderpornografie ook tekeningen en cartoons. Er is gekozen om tekeningen en cartoons in deze scriptie buiten beschouwing te laten, aangezien de Nederlandse wetgever in 2001 heeft bepaald dat tekeningen en cartoons niet onder de reikwijdte van artikel 240b Sr vallen.

Op 31 maart 2011 was het de Rotterdamse rechtbank die voor het eerst in de Nederlandse geschiedenis een persoon veroordeelde wegens het bezit van virtuele kinderpornografie. De rechtbank woog in haar uitspraak mee dat de wetgever in 2002 met de wetswijziging de bedoeling had om niet langer alleen afgebeelde jeugdigen te beschermen, maar ook bescherming te bieden aan kinderen in het algemeen: “tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag, of gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert”.²²⁹

De rechtbank woog bovendien mee dat er sinds de wetswijziging in 2002 een dermate grote sprong is gemaakt voor wat betreft technische en virtuele mogelijkheden, dat de wetgever in 2002 niet heeft kunnen voorzien dat de huidige technische mogelijkheden in staat zouden zijn om dergelijke realistische beelden te creëren. Op 14 april 2011 heeft het gerechtshof te ‘s-Hertogenbosch in een soortgelijke zaak bepaald dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat met het bestanddeel ‘schijnbaar is betrokken’ in artikel 240b Sr door de wetgever een beperking van de strafbaarstelling van virtuele kinderporno tot realistische, niet van echt te onderscheiden, afbeeldingen werd beoogd.²³⁰

In de Verenigde Staten spreekt men van computergegenereerde kinderpornografie. Computergegenereerde kinderpornografie is kinderpornografie die door middel van het gebruik van een computer wordt gecreëerd. Onder het begrip ‘computergegenereerde kinderpornografie’ vallen geen handgemaakte tekeningen en cartoons.

²²⁹ Rechtbank Rotterdam 31 maart 2011, LJN BP9776, R.O. II.

²³⁰ Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch 14 april 2011, LJN BQ1179, r.o. 2.

De Verenigde Staten kennen een common-law systeem. Dit betekent dat vooral jurisprudentie in de Verenigde Staten van groot belang is; van reeds gewezen uitspraken van de hoogste gerechtelijke instantie van de Verenigde Staten, de ‘Supreme Court’, mag niet worden afgeweken. Deze uitspraken vormen een richtsnoer voor de lagere gerechtelijke instanties.

Vanzelfsprekend is ook de wet- en regelgeving niet irrelevant. De belangrijkste wet in de Verenigde Staten is de ‘Constitution of the United States of America’, ook wel de Grondwet (van de Verenigde Staten), genoemd.

Eén van de belangrijkste rechten die een burger in de Verenigde Staten heeft, is de vrijheid van meningsuiting. De vrijheid van meningsuiting berust op het principe dat uitingen van burgers die door andere burgers als beledigend of onaangenaam worden gezien, niet zomaar kunnen worden verboden.

Gezien de samenhang met de vrijheid van meningsuiting is de kijk op kinderpornografie, en met name op virtuele kinderpornografie, in de Verenigde Staten door de jaren heen niet heel erg veranderd. De mate van strafbaarheid daarentegen wel. Omdat jurisprudentie in de Verenigde Staten van groot belang is, vindt ook de strafbaarheid van kinderpornografie zijn oorsprong in jurisprudentie. Een belangrijke uitspraak van de ‘Supreme Court’ met betrekking tot de strafbaarheid van kinderpornografie is *Miller v. California*.²³¹ In *Miller v. California* werd een driedelige test geformuleerd op basis waarvan kan worden vastgesteld of er sprake is van obscene materiaal.²³²

Deze driedelige test luidde als volgt:

- (1) whether the average person, applying contemporary community standards, would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest;
- (2) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; and
- (3) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value.²³³

²³¹ *Miller v. California* 413 U.S. 15(1973).

²³² *Miller v. California* 413 U.S. 15(1973).

²³³ Akdeniz 2008, p.95.

Negen jaar na *Miller v. California* bepaalde de ‘Supreme Court’ in 1982 in de zaak *New York v. Ferber* dat kinderpornografie niet onder de bescherming van de vrijheid van meningsuiting viel. Wet- en regelgeving op het gebied van kinderpornografie was er echter nog niet.

Na een aantal mislukte pogingen tot het creëren van wet- en regelgeving met betrekking tot kinderpornografie presenteerde de federale overheid in 2003 de ‘Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act 2003’. De PROTECT Act 2003 stelde naast de afbeeldingen zelf, ook het verspreiden en ontvangen van de afbeeldingen als zijnde kinderpornografie strafbaar.

In hoeverre de PROTECT Act 2003 meer bescherming biedt dan de rechtsregel op grond van *Miller v. California* en *New York v. Ferber* is onduidelijk.²³⁴ In literatuur wordt gesteld dat deze twee uitspraken hun werking verliezen en worden vervangen door de PROTECT Act 2003. De PROTECT Act 2003 geeft in ieder geval een aanvulling op en zorgt ervoor dat ook het verspreiden en ontvangen van onrealistische kinderpornografie te vervolgen valt, mits zowel de verspreider als de ontvanger de bedoeling lijkt te hebben dat het (echte) kinderpornografie betreft.

Zojuist zijn de juridische situaties in Nederland en de Verenigde Staten, aangaande (virtuele) kinderpornografie kort uiteengezet. Wat zijn de verschillen tussen de Nederlandse juridische visie op strafbaarheid van virtuele kinderpornografie ten opzichte van de juridische visie in de Verenigde Staten?

Nederland en de Verenigde Staten verschillen op meerdere punten van elkaar. Ten eerste kennen de Verenigde Staten een ander rechtssysteem waardoor in beide landen aan wetgeving en jurisprudentie een andere waarde wordt gehecht. Zo is een opvallend verschil met Nederland dat de ‘Supreme Court’ een wettelijke bepaling buiten toepassing kan laten, indien zij oordeelt dat een wetsbepaling in strijd is met de Grondwet. Daarnaast mogen in de Verenigde Staten lagere gerechtelijke instanties niet afwijken van alreeds gewezen jurisprudentie. In Nederland is dit wel mogelijk. Er bestaat in Nederland geen verbod dat bepaald dat niet van alreeds gewezen jurisprudentie van de Hoge Raad mag worden afgeweken. In de praktijk gebeurt dit echter zelden tot nooit.

²³⁴ *Miller v. California*, 413 U.S. 15(1973), *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747(1982).

Een tweede verschil tussen de Verenigde Staten en Nederland hangt samen met de waarde die wordt gehecht aan de vrijheid van meningsuiting en heeft ondermeer ook betrekking op de mate waarin (virtuele) kinderpornografie strafbaar is. Zowel Nederland als de Verenigde Staten kennen de vrijheid van meningsuiting. Er wordt echter op een andere manier omgegaan met deze vrijheid. In Nederland speelt de vrijheid van meningsuiting een rol, maar wordt deze, met betrekking tot (virtuele) kinderpornografie, niet groot uitgemeten en beoordeelt door de gerechtelijke instanties. Omdat de vrijheid van meningsuiting in de Verenigde Staten een veel grotere rol speelt bleek de creatie van wet- en regelgeving met betrekking tot in dit geval virtuele kinderpornografie erg moeilijk.

Wanneer de afbeelding een kinderpornografische afbeelding is of een afbeelding die dermate realistisch is dat niet kan worden vastgesteld dat het een virtuele afbeelding is, is de afbeelding volgens de Miller- en Ferberjurisprudentie obscene en vallen dergelijke afbeeldingen derhalve niet onder de bescherming van de vrijheid van meningsuiting. Het bezit van dergelijke afbeeldingen is strafrechtelijk vervolgd- en veroordeelbaar. Afbeeldingen die niet realistisch zijn vallen mitsdien wel onder de bescherming van de vrijheid van meningsuiting.

In Nederland was de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie evenmin evident. Gedrag kan in Nederland slechts strafbaar worden gesteld, indien voldaan is aan het vereiste van strafbaarheid.²³⁵ Dat houdt in dat het gedrag dermate schadelijk dient te zijn dat het niet tolereerbaar is ten behoeve van de vrijheid van een individu. Mitsdien hieraan is voldaan dient door middel van enkele strafrechtelijke beginselen beoordeeld te worden of er daadwerkelijk een bevoegdheid bestaat voor de overheid om dergelijk gedrag strafbaar te stellen.

Op grond van de bedoeling van de wetgever en recente jurisprudentie kan geconcludeerd worden dat in Nederland slechts realistische (virtuele) kinderpornografie onder de reikwijdte van artikel 240b Sr valt. Niet-realistische kinderpornografie valt derhalve niet onder de reikwijdte van artikel 240b Sr en kan op die grond dus niet strafrechtelijk vervolgd worden. In Nederland staat de strafbaarheid van (virtuele) kinderpornografie los van de vrijheid van meningsuiting in tegenstelling tot de situatie in de Verenigde Staten, waar de strafbaarheid van (virtuele) kinderpornografie juist samenhangt met eventuele bescherming op grond van de vrijheid van meningsuiting.

Een derde en laatste verschil tussen de Verenigde Staten en Nederland met betrekking tot de juridische visie op virtuele kinderpornografie heeft te maken met de PROTECT Act 2003.

²³⁵ De Hullu 2006, p.19.

Op grond van de PROTECT Act 2003 is ook het verspreiden en ontvangen van iedere afbeelding met de bedoeling een kinderpornografische afbeelding te verspreiden en ontvangen, strafbaar. Het is niet van belang of de afbeelding daadwerkelijk een kinderpornografische afbeelding betreft. Van belang is of de verzender en ontvanger de overtuiging hebben en uitspreken dat zij kinderpornografische afbeeldingen verzenden en ontvangen. Nederland kent een dergelijke bepaling niet. In Nederland is altijd de afbeelding zelf van belang.

De juridische visies op (virtuele) kinderpornografie in Nederland en de Verenigde Staten kennen dus enkele verschillen. Ondanks deze verschillen is echter zowel in Nederland als in de Verenigde Staten slechts realistische virtuele kinderpornografie strafbaar.

5.3 Virtuele kinderpornografie vanuit een ander perspectief

Vanwege de toevoeging van het begrip ‘schijnbaar betrokken’ heeft de Nederlandse rechter overwogen dat de wetgever heeft beoogd ook realistische virtuele kinderpornografische afbeeldingen onder de reikwijdte van artikel 240b Sr te laten vallen.²³⁶

Niet-realistische virtuele kinderpornografie valt hier echter niet onder. Vanwege de politieke en maatschappelijke discussie ontstond bij mij de vraag hoe de gemiddelde Tilburgse rechtenstudent over dit vraagstuk zou denken. Om deze reden is er een empirisch onderzoek uitgevoerd onder tweeëndertig Tilburgse rechtenstudenten. Aan deze studenten werden vier vragen voorgelegd.

Een kleine meerderheid van de respondenten is de mening toegedaan dat virtuele kinderpornografie niet strafbaar moet worden gesteld. Dit staat in sterk contrast met de constatering dat het overgrote deel van de ondervraagden iedere vorm van kinderpornografie, derhalve ook de virtuele vorm, ongepast vindt. De suggestie is zelfs opgeworpen dat het toestaan van virtuele kinderpornografie het bestaan van kinderpornografie in stand houdt. Dit zou betekenen dat, hoewel een meerderheid van de respondenten van mening zijn dat iedere vorm van kinderpornografie verwerpelijk is, er naar hun mening onvoldoende grond bestaat om ook virtuele kinderpornografie strafbaar te stellen.

Een minieme meerderheid van de studenten gaf aan dat het daadwerkelijk misbruiken van een kind van belang moet worden geacht voor het beantwoorden van de vraag of virtuele

²³⁶ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 april 2011, LJN BQ1179, r.o. 2.

kinderpornografie strafbaar dient te zijn. Ook bij de derde vraag was een meerderheid van mening dat ook virtuele kinderpornografie verwerpelijk is.

Dit staat wederom op gespannen voet met de kleine meerderheid die heeft aangegeven dat het misbruiken van een kind van doorslaggevend belang is. Bij virtuele kinderpornografie wordt er over het algemeen geen kind misbruikt bij de creatie ervan. Waarom is deze vorm van kinderpornografie dan eveneens verwerpelijk?

De resultaten van het onderzoek in Tsjechië zijn volgens de studenten onvoldoende redengevend om virtuele kinderpornografie toe te staan.²³⁷

Uit dit onderzoek bleek dat het aantal gevallen van kindermisbruik daalde gedurende de periode dat het bezit van (virtuele) kinderpornografie was toegestaan. Het doel heiligt hier niet de middelen, volgens de studenten. Een ruime meerderheid van de studenten gaf bij de vierde, en laatste, vraag aan dat naar hun mening het strafbaar stellen van virtuele kinderpornografie niet zal leiden tot een escalatie van het strafbaar te stellen gedrag. In de vraagstelling werd een vergelijking getrokken met het mogelijk strafbaar stellen van moord en/of geweld in films. De studenten waren echter van mening dat moord en/of geweld in films of videospellen niet te vergelijken is met kinderpornografie.

De discussie over kinderpornografie en de wenselijkheid om virtuele kinderpornografie strafbaar te stellen blijkt een lastige discussie. Deze conclusie kan ook getrokken worden uit de resultaten van het uitgevoerde empirische onderzoek. Hoewel uit de onderzoeksresultaten kan worden geconcludeerd dat het bezitten, produceren en verspreiden van virtuele kinderpornografie volgens de studenten niet strafbaar dient te worden gesteld, blijken de studenten iedere vorm van kinderpornografie verwerpelijk te vinden.

Of er bij de productie van (virtuele) kinderpornografie daadwerkelijk een kind wordt geschaad blijkt bij een kleine meerderheid van de respondenten van doorslaggevend belang.

Bij de zojuist getrokken conclusie kan een kanttekening worden geplaatst. Het betreft immers een minieme meerderheid die van mening was dat virtuele kinderpornografie niet strafbaar dient te zijn. Hierbij kan een vraagteken worden geplaatst bij de vraag of een dergelijk resultaat voldoende is om een antwoord te geven op de gestelde onderzoeksvraag.

²³⁷ M. Diamond, E. Jozifkova en P. Weiss, 'Pornography and Sex Crimes in the Czech Republic', *Archives of Sexual Behaviour* 2011, p. 1037-1043.

5.4 Aanbeveling

Hoewel iedere vorm van kinderpornografie verwerpelijk te achten is, blijkt uit het uitgevoerde empirische onderzoek dat de wenselijkheid om ook virtuele kinderpornografie strafbaar te stellen niet voor de hand ligt.

Uit de recente uitspraken van de rechtbank Rotterdam en het gerechtshof 's-Hertogenbosch, blijkt dat slechts realistische virtuele kinderpornografie onder de reikwijdte van artikel 240b Sr valt. Ik concludeer derhalve dat een uitbreiding van artikel 240b Sr waardoor ook niet-realistische virtuele kinderpornografie onder de reikwijdte van dit artikel zal vallen te ver gaat. Een dergelijke uitbreiding van artikel 240b Sr kan ervoor zorgen dat niet alleen niet-realistische virtuele kinderpornografie strafbaar wordt, ook seksuele voorlichtingsfilmpjes en afbeeldingen zullen op deze wijze strafbaar worden. Een dergelijke uitbreiding is mitsdien onaanvaardbaar.

Een aanvulling zoals de PROTECT Act 2003 uit de Verenigde Staten zou desalniettemin wel een aanvaardbare aanvulling zijn. Sinds 2003 kent men in de Verenigde Staten de PROTECT Act 2003. Op grond van deze PROTECT Act 2003 is het verspreiden en ontvangen van iedere afbeelding met de bedoeling een kinderpornografische afbeelding te verspreiden en ontvangen, strafbaar. Of het uiteindelijk wel of geen kinderpornografische afbeelding betreft is niet van belang. Indien zowel de verzender als ontvanger de overtuiging heeft en uit dat hij/zij kinderpornografische afbeeldingen verzendt of verkrijgt, is hij/zij strafbaar.

Gezien het feit dat het verspreiden van kinderpornografische afbeeldingen vandaag de dag via het internet gaat en het internet geen landsgrenzen kent, zou een dergelijke aanvulling een aanvaardbare en wenselijke aanvulling opleveren op de hedendaagse Nederlandse kinderpornowetgeving. Op deze wijze wordt tevens gehoor gegeven aan de vraag om bescherming van kinderen tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag, of gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert.

Literatuurlijst

Boeken

Akdeniz 2008

A. Akdeniz, *Internet child pornography and the law*, Cornwall: Ashgate Publishing Limited 2008.

Farnsworth 1996

E.A. Farnsworth, *An introduction to the legal system of the United States*, New York: Oceana Publications INC 1996.

De Hullu 2006

J. de Hullu, *Materieel strafrecht: over algemene leerstukken van strafrechtelijk aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2006.

Ouwerkerk 2011

J. Ouwerkerk, *Quid Pro Quo?: A comparative law respective on the mutual recongnition of judicial decisions in criminal matters*, Morsel: Intersentia Publishers 2011.

Reams & Yoak 1988

B.D. Reams & S.D. Yoak, *The constitutions of the States, A State by State guide and bibliography: To current scholarly research*, New York: Oceana Publications 1988.

Sorgdrager 2003

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

Stampe, Roehle en Eagen 1995

D. Stampe, & B. Roehle & J. Eagen, *Het grote virtueel reality boek, onderzoek, bewerk en schep virtuele werelden op uw pc*, Schoonhoven: Academic Service 1995.

Tushnet 2009

M. Tushnet, *The constitution of the United States of America: A contextual analysis*, Oxford: Hurt Publishing 2009.

Wall 2007

David S. Wall, *Cybercrime*, Cambridge: Polity Press 2007.

Tijdschriftartikelen

Buruma 2002

Y. Buruma, 'Veiligheid en privacy', *DD* 2002.

Coenmans 2010

R. Coenmans, 'Violence in videogames: the supreme court decides', *SecJure* 2010-10.

Krantenartikelen

De Bruin 2010

E. de Bruin, 'Nuttige namaakporno; kinderporno kan seksueel kindermisbruik remmen', *NRC Next*, 7 december 2010.

Thie 2011

M. Thie, 'Het gevaar van de geïsoleerde pedoseksueel', *NRC Handelsblad*, 23 juli 2011.

Buitenlandse tijdschriftartikelen

Coleman 2009

S. Coleman, 'You only live twice; How the First amendment impacts Child Pornography in second life', *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* 2008-2009.

Gaxiola-Viss 2010

M. Gaxiola-Viss, 'The hard line between stopping child pornography and protecting free speech: *Us v. Williams*', *Rutgers Journal of Law and Religion* Juli 2008.

Mains 2010

B.A. Mains, 'Virtual Child Pornography, pandering, and the First amendment; How developments in technology and shifting first amendment jurisprudence have affected the criminalization of Child Pornography', *University of California, Hastings College of the Law* July 2010.

McNeill 2009

T. McNeill, 'Protecting our children or upholding free speech; Does one exclude the other?', *Mercer Law Review* July 2009.

Mezzanatto 2009

K. Mezzanatto, 'The birth of criminal 'pandering' and the death of free speech Coalition's actual child 'requirement'; The implications of US v. Williams', *University of Laverne Law Review* April 2009.

Tanner 1962

J. Tanner, 'How children grow', *Oxford Blackwel Scientific Publications* 1962.

Wilson 2009

R.F. Wilson, 'Protecting Virtual playgrounds: Children, Law, And Play Online', *Washington and Lee, University School of Law* 2009.

Jurisprudentie

Hoge Raad, 17 november 1970, *NJ* 1971, 373.

Hoge Raad 4 december 1990, *NJ* 1991, 312 m. nt. A.C. Hart.

Hoge Raad 6 maart 1990, *NJ* 1990, 667.

Hoge Raad 15 januari 2008, *LJN* BB4853.

Hoge Raad 18 november 2008, *LJN* BF0170.

Hoge Raad 15 januari 2008, *LJN* BB4853.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 april 2011, *LJN* BQ1179, ro. 4.

Rechtbank 's-Hertogenbosch, 4 februari 2008, *LJN* BC3225.

Rechtbank Rotterdam 31 maart 2011, *LJN* BP9776, ro. II.

Buitenlandse jurisprudentie

Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557(1969).

Miller v. California 413 U.S. 15(1973).

Broadrick v. Oklahoma, 413 U.S. 601(1973).

New York v. Ferber, 458 U.S. 747(1982).

Kolender v. Lawson, 461 U.S. 352(1983).

Osborne V. Ohio, 495 U.S. 103(1990).

Free Speech Coalition v. Reno, NO. 97-0281(1997).

US v. Hilton, 167F.3d61(1999).

US. v. Acheson, 195F.3d645(1999).
US v. Mento, 231F.3d912(2000).
US v. Fox, 248F.3d394(2001).
US v. Hall, 312F.3d1250(2002).
US v. Slanina, 313F.3d891(2002).
Ashcroft Attorney General v. Free Speech Coalition 535 U.S. 234(2002).
Virginia v. Black U.S. 343 359(2003).
US v. Kimler, 335F.3d1132(2003).
US v. Deaton, 328F.3d454(2003).
US v. Farrelly, 389F.3d649(2004).
US v. Irving, 452F.3d110(2006).
US v. Rodriguez-Pacheco, 475F.3d434(2007).
US v. Williams, 553 U.S. 285(2008).

Kamerstukken

Kamerstukken II 1994/95, 23 682, nr. 5.
Kamerstukken II, 2001/02, 27 745, nr. 6.
Kamerstukken I 2001-02, 27 745 nr. 299a.
Kamerstukken I 2001/02, 27 745, nr. 299b.
Aanhangsel I 2001/02, nr. 35.
Kamerstukken II, 2006/07, 30 800VI, nr. 12.
Kamerstukken II 2006/07, 30 800, nr. 120.

Rapporten en verslagen

Jaarverslag Meldpunt kinderpornografie op internet 2011

J. Mulder, T Erents & J.M. Wams, *Meldpunt kinderporno op internet; Jaarverslag 2010*, Amsterdam: Speed-O-Print 2011.

Onderzoeksrapport Archives of Sexual behaviour 2010

M. Diamond, E. Josfkoza & P. Weiss, *Pornography and sex crimes in the Czech Republic*, Archives of sexual behaviour 30 November 2010.

Afstudeerscriptie 2009

Bakker 2009, *Niet-levensechte virtuele kinderporno, strafbaarstelling van niet-levensechte virtuele kinderporno. Een onderzoek naar de mogelijke uitbreiding van artikel 240b Wetboek van Strafrecht*(afstudeerscriptie Tilburg UvT) 2009.

Rapport Stichting profit for the world's children 2001

Rapport Stichting profit for the world's children, 'Kinderpornografie en internet in Nederland: een overzicht van de huidige situatie, knelpunten in de bestrijding en suggesties voor verbetering', copy copy Haarlem 2001.

Rapport US senate 1996

US Senate Committee Report no.104-358.

Overige bronnen

Olsthoorn 2007

P. Olsthoorn, 'Virtuele kinderporno; verbieden of laten begaan?', Netkwesties maart 2007, editie 153 P.1 (<<http://www.netkwesties.nl/50/virtuele-kinderporno-verbieden-laten.htm>>).

Lijst met gebruikte afkortingen

Nr.	Nummer
P.	Pagina
Sr	Wetboek van Strafrecht
Sv	Wetboek van Strafvordering
OM	Openbaar Ministerie
CCC	The Convention on Cybercrime
Supreme Court	The Supreme Court of the United States of America
Grondwet(van de Verenigde Staten)	The Constitution of the United States of America
CPPA	Child Pornography Protection Act
USC	United States Code
ACLU	America Civil Liberties Union
PROTECT ACT 2003	Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act 2003.
US	United States
V.	Versus

Enquête

Onderzoek naar de strafbaarstelling van Manga/anime tekeningen en filmpjes, bevattende pornografisch materiaal met minderjarige.

Leeftijd:.....

Geslacht:.....

Manga is het Japanse equivalent van het stripverhaal.

Het hieronder staande plaatje is een voorbeeld van een Manga tekening. Manga tekeningen worden vooral getekend uit iemands fantasie. Het is dus niet noodzakelijk dat er iemand wordt nagetekend.



Wanneer wordt gesproken over digitale kinderpornografie, denken de meeste mensen direct aan foto's en filmpjes met minderjarige kinderen, waarbij seksuele handelingen worden verricht. Waar echter maar weinig aandacht voor is in de media, is een nieuwe vorm van digitale kinderpornografie, namelijk een virtuele vorm. Hierbij wordt ook een minderjarig ogend kind afgebeeld, maar dan in bijvoorbeeld een getekende vorm.

Uit onderzoek zou zijn gebleken, dat door middel van het bekijken van tekeningen, de drang naar het daadwerkelijk seksueel misbruik daalt. Dit geldt echter niet in alle gevallen. In Tsjechië bleek uit onderzoek dat, gedurende de periode dat kinderporno was toegestaan, het aantal gevallen van kindermisbruik met grote mate af nam. Kindermisbruik verdween echter niet.

De vraag die in de politiek vaak wordt gesteld, maar nog onbeantwoord is, is of virtuele kinderporno mensen op ideeën brengt en, of dit zorgt voor een toename van seksueel misbruik van kinderen. Volgens dhr. J. Bushman, die werkzaam is als psycholoog in de Mesdagkliniek, kan bijvoorbeeld ook het kijken naar niet-levensechte kinderporno, in de vorm van tekeningen, aanzetten tot het daadwerkelijk misbruiken van kinderen.²³⁸ Daarnaast draagt

²³⁸ K. Bakker, 'Niet-levensechte virtuele kinderporno', *Scriptie in de strafrechtswetenschappen*, 2009, p. 47.

deze niet-levensechte kinderporno, bij aan het instant houden van een kinderpornografische subcultuur.

Kritiek op de eventuele strafbaarstelling van deze tekeningen, berust vooral op het feit, dat er voor het maken van deze tekeningen geen kind zou worden geschaad.

Critici zetten ook grote vraagtekens bij het uit de hand lopen van strafbaar te stellen gedrag. Een voorbeeld dat hierbij wordt gegeven is het uiteindelijk strafbaar stellen van geweld in videogames en films.²³⁹ Prof. dr. M. Moerings heeft onder andere zijn kritiek geuit over de eventuele strafbaarstelling. Hij geeft in een artikel onder andere het volgende argument: “Als het kijken van kinderporno stimulerend werkt en aanzet tot navolging, geldt dat niet even sterk voor de grote hoeveelheid geweld die dagelijks over het televisiescherm voorbijkomen en voor de ‘levensechte’ gewelddadige videospellen die kinderen in hun greep houden?”²⁴⁰

Vraag 1:

Zou iemand die, Manga tekeningen maakt, verspreidt of bezit, waarop seksuele handelingen met of door minderjarige kinderen worden/zijn afgebeeld, strafrechtelijke vervolgt en veroordeelt dienen te worden?

Eens

Oneens

Toelichting:.....
.....
.....

Indien u bij vraag 1 eens heeft ingevuld ga dan door naar vraag 2. Heeft u oneens ingevuld ga dan door naar vraag 3.

.

Vraag 2:

Vindt u het van belang of er, voor het maken van kinderpornografie, in een getekende vorm, wel of geen kind wordt geschaad/daadwerkelijk wordt misbruikt?

Ja

Nee

Toelichting:.....
.....
.....

²³⁹ R. Coenmans, 'Violence in videogames: the supreme court decides', *Secjure* oktober 2010.

²⁴⁰ M. Moerings, 'Virtuele kinderporno', *Ars Aequi*(52), 2003-1, p. 28 en 29.

Ga door naar vraag 3

Vraag 3:

Uit onderzoek zou zijn gebleken dat, als gevolg van het kijken naar digitale kinderpornografie, het aantal kinderen dat misbruikt wordt significant zou dalen. Bent u van mening dat, digitale kinderpornografie, in een getekende vorm, om deze reden zou moeten worden toegestaan?

Ja

Nee

Toelichting:.....
.....
.....

Ga door naar vraag 4

Vraag 4:

Bent u van mening dat het strafbaar stellen van bijvoorbeeld Manga tekeningen, bevattende virtuele afbeeldingen van kennelijk minderjarige kinderen die seksuele handelingen verrichten, zal zorgen voor een escalatie in strafbaar gesteld gedrag? Bijvoorbeeld dat uiteindelijk moord of geweld in een film ook strafbaar zal worden gesteld?

Ja

Nee

Toelichting:.....
.....
.....