

Virtuele kinderporno versus legaliteit

**Een literatuuronderzoek naar de legitimatie van
de strafbaarstelling van virtuele kinderporno ge-
zien de eisen van het legaliteitsbeginsel.**

Emiel van Dongen

S 463322

Van Eysingalaan 240

3527 VS Utrecht

E.J.C.vanDongen@UvT.nl

06-24422224

Universiteit van Tilburg

Faculteit der Rechtsgeleerdheid

Master Nederlands Recht

Strafrecht

Examencommissie:

Prof. Mr. Dr. P.C. van Duyne

Mr. F. van Laanen

juni 2009

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1: Inleiding.....	3
Hoofdstuk 2: Introductie op de stof en wettelijke kader.....	6
2.1. Inleiding.....	6
2.2. Algemene en juridische achtergrond.....	6
2.2.1. Geschiedenis van de zedenwetgeving in vogelvlucht.....	6
2.2.2. Parlementaire behandeling.....	10
2.3. Openbaar Ministerie.....	13
2.4. Jurisprudentie.....	15
2.4.1. Nederland.....	15
2.4.2. Jurisprudentie in het buitenland.....	20
2.4.2.a. Verenigde Staten.....	20
2.4.2.b. Canada.....	22
Hoofdstuk 3: Virtuele kinderporno en het bepaaldheidsgebod.....	24
3.1. Inleiding.....	24
3.2. Achtergronden van het legaliteitsbeginsel.....	28
3.3. Bepaaldheidsgebod: onvermijdelijke vaagheid versus noodzakelijke helderheid.....	31
3.4. Bepaaldheidsgebod in de rechtspraak.....	36
3.4.1. Regel- en rechtenopvatting van legaliteit.....	37
3.4.2. Interpretatiemethodes voor strafbepalingen.....	40
3.4.2.a. Grammaticale interpretatiemethode.....	40
3.4.2.b. Wetshistorische interpretatiemethode.....	40
3.4.2.c. Wetssystematische interpretatiemethode.....	41
3.4.2.d. Teleologische interpretatiemethode.....	43
3.4.2.e. Interpretatiemethodes en bepaalbaarheid.....	43
3.4.3. Het bepaaldheidsgebod volgens het EHRM en de HR.....	44
3.4.4. Vonnis Rb. Den Bosch getoetst aan het bepaaldheidsgebod.....	48
Hoofdstuk 4: Conclusie.....	52
Literatuurlijst.....	61

1. Inleiding

Kinderporno raakt mensen recht in het hart. Het gaat immers om een vorm van misbruik dat een kind traumatiseert of daar althans voorgoed diepe sporen bij achterlaat. We zijn allemaal kind geweest en velen hebben zelf nog kinderen. Het schetst dus geen verbazing dat een bericht over kinderporno al snel medeleven oproept jegens het slachtoffer en naasten, alsmede gevoelens van afkeer en zelfs haat jegens de dader. Het gebeurt dan ook niet zelden dat veroordeelde pedoseksuelen weggepest worden uit hun woning.

De reactie van mensen met betrekking tot virtuele kinderporno is over het algemeen al niet veel anders, terwijl daar toch geen concreet slachtoffer bij betrokken is. Het adagium ‘alles dat ook maar iets met kinderporno te maken heeft moet keihard worden bestraft’ lijkt breed te worden aangehangen.

Op emoties van mensen is maar lastig vat te krijgen, laat staan dat je ze kunt sturen. Bij juridische kwesties is dit anders. Voor een juridische beschouwing dient afstand te worden genomen van de emoties en meer nadruk te worden gelegd op de feiten en omstandigheden. En dan blijken de zaken wat genuanceerder te liggen dan de enkele gelding van genoemd adagium.

Bij de invoering van het kinderpornoartikel in 1986 stond vooral de voorkoming en bestraffing van het daadwerkelijk misbruik dat achter de kinderporno schuil ging voorop. Het was dus niet zozeer de morele verwerpelijkheid van pedoseksuelen die graag naar kinderpornografisch beeldmateriaal kijken die de strafbaarstelling van kinderporno rechtvaardigde.

Wanneer pedoseksuelen voor de bevrediging van hun verlangen uit de voeten zouden kunnen met kinderpornografisch materiaal waarvoor juist geen echte kinderen zijn misbruikt, zoals bij louter virtuele kinderporno, zou dit dan niet leed kunnen voorkomen? Er worden geen kinderen misbruikt en er is een kleinere kans dat de pedofiel op zoek gaat naar slachtoffertjes van vlees en bloed.

Misschien wel. Maar minister van Justitie Korthals had toch zo zijn redenen om virtuele kinderporno strafbaar te willen stellen. Het ging hem naar eigen zeggen niet om de morele verwerpelijkheid. Reden was wel dat virtuele kinderporno volgens hem in dezelfde markt werd verhandeld als ‘echte’ kinderporno en dus bij zou dragen aan de vraag daarvan. Bovendien wilde hij de bewijspositie van het OM verbeteren. Die redenen bleken voldoende te worden ondersteund in het parlement en aldus werd virtuele kinderporno in 2002 strafbaar gesteld middels de toevoeging van de vier woorden ‘of schijnbaar is betrokken’ aan art. 240b lid 1 Sr.¹

¹ Wet van 13 juli 2002, *Stb.* 388.

Dit houdt in dat sindsdien ook pornografisch materiaal met daarop meerderjarigen die eruit zien als een minderjarige strafbaar is. Ook beeldmateriaal dat volledig vervaardigd is naar de fantasie van de maker zonder dat daar echte kinderen voor zijn misbruikt, wat verder wordt genoemd ‘louter² virtuele kinderporno’ (als slachtofferloos delict), valt onder de strafbaarstelling.³ Deze louter virtuele kinderporno zou, zo blijkt onder andere uit de wetsgeschiedenis, alleen onder de strafbaarstelling vallen als het niet van echte kinderporno te onderscheiden was. Wel van echt te onderscheiden louter virtuele kinderporno, wat verder wordt genoemd ‘als zodanig herkenbare virtuele kinderporno’,⁴ zou niet strafbaar zijn. Dit ‘vereiste’ van levensechtheid zou later voor OM en magistraten niet geheel dogmatisch blijken.

Ondanks de parlementaire goedkeuring kleven er de nodige juridische haken en ogen aan deze strafbaarstelling die nauw samenhangen met voorgaand onderscheid. Die haken en ogen bestaan vooral rondom het bestanddeel ‘schijnbaar betrokken’, de grondslag voor de strafbaarstelling van virtuele kinderporno. Dit staat centraal in deze scriptie.⁵ Uitgangspunt is de vraag of de formulering van dit bestanddeel voldoende precies en duidelijk is geformuleerd.

Koops et al. leggen de vinger op de zere plek in het volgende citaat:⁶

‘Het begrip schijnbaar is wat ons betreft wat ongelukkig, want dit laat veel ruimte open voor interpretatie. Het lijkt beter een beperktere aanduiding te hanteren die aangeeft waar het echt om gaat: ‘realistische afbeeldingen’ (zoals het Cybercrime-verdrag het noemt) of liever nog ‘afbeeldingen die niet van echt te onderscheiden zijn’, zoals de Amerikaanse wetgeving hanteert. In de wetsgeschiedenis is dit laatste wel genoemd, zodat dit als het doorslaggevende criterium moet gelden: ‘De afbeelding lijkt op een afbeelding van een echt kind. De afbeelding is niet van echt te onderscheiden.’”

² De term ‘louter’ dient ter onderscheiding van *morphed images*: virtueel kinderpornografisch materiaal waarbij gebruik is gemaakt van (delen van) afbeeldingen van echte kinderen, die voor de uiteindelijke *gemorphte* afbeelding niet misbruikt zijn.

³ Wanneer over ‘strafbaarstelling van virtuele kinderporno’ of over soortgelijke formuleringen wordt gesproken, wordt de volgende delictsomschrijving in art. 240b aangehouden: ‘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 of in bezit heeft.’ Uit pragmatische overwegingen is gekozen voor een bondigere formulering.

⁴ Als zodanig herkenbare virtuele kinderporno vormt dus als het ware een subklasse van louter virtuele kinderporno.

⁵ Afbeeldingen met meerderjarigen die eruit zien als een minderjarige en geknipplakte afbeeldingen komen slechts zijdelings aan bod. Geknipplakte afbeeldingen vallen onder het leerstuk smaadschrift (art. 261 Sr) en daarmee dus buiten het bereik van deze masterscriptie.

⁶ Koops 2004, p. 62.

Dit citaat van Koops et al. illustreert goed het probleem waaruit de onderzoeksvraag voortkomt. De onderzoeksvraag van deze masterscriptie luidt als volgt:

Kan de strafbaarstelling van virtuele kinderporno gezien de fundamentele vereisten van het strafrecht inzake het legaliteitsbeginsel, en met speciale aandacht daarbinnen voor het bepaaldheidsgebod, worden gelegitimeerd?

Het kinderpornoartikel vindt zijn wortels in de voorkoming en het bestraffen van het misbruiken van kinderen, dus is bij de beantwoording van de onderzoeksvraag altijd mede in overweging genomen dat virtuele kinderporno een slachtofferloos misdrijf betreft waarbij geen direct en concreet leed wordt berokkend aan iemands lijf of goed.

Bovendien wordt, waar dit mogelijk en gepast is, uitgezoomd op de juridische problematiek en vanuit een meer maatschappelijk oogpunt aandacht besteed aan het bredere debat van ogenschijnlijk onnauwkeurige normen en waarden. De reden hierachter is mede gelegen in de actualiteit van de steeds verder digitaliserende samenleving waarin menigeen zelfs een volledig virtueel ‘tweede leven’ leidt. Het toekomstscenario van een verdergaande strafbaarstelling van virtuele misdrijven en almaar extensievere interpretatie van bestanddelen doemt dan ook op.

2. Introductie op de stof en wettelijke kader

2.1. Inleiding

Kennis van de geschiedenis is noodzakelijk om de achtergronden van de kinderpornografie te kunnen begrijpen en de problematiek in het bredere maatschappelijke denken te kunnen plaatsen. Een vogelvlucht van de parlementaire behandeling van de strafbaarstelling dient ertoe om nuance aan te brengen in de onderhavige argumentatie die nader uit zal worden gewerkt in hoofdstuk 3. Omdat virtuele kinderporno een juridisch deelgebied is dat vooralsnog voornamelijk op papier aanwezig is, zal in de laatste twee paragrafen aandacht worden besteed aan de praktijk van vervolging door het OM en de jurisprudentie. Wegens de geringe omvang van de jurisprudentie in Nederland zal deze paragraaf ook op de Verenigde Staten en Canada zijn toegespitst.

2.2. Algemene en juridische achtergrond

2.2.1. Geschiedenis van de zedenwetgeving in vogelvlucht

De zedelijkheidswetgeving⁷ kent in Nederland een lange geschiedenis. In het jaar 1886 kwam met de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht de eerste zedelijkheidswetgeving tot stand, die gegrond was op een negatief vrijheidsbegrip.⁸ De publieke fatsoensnormen stonden hoog in het vaandel, wat de reden was voor de strafwetgever om vorm te geven aan de publieke seksuele moraal.⁹ De grondslag hiervoor was gelegen in het streven om zedelijk verval te bestrijden.¹⁰

De Nederlandse wetgeving rondom pornografie kent een minder lange geschiedenis. Dit in tegenstelling tot de pornografiewetgeving op bepaalde internationale vlakken. Zo stelde de Volkenbond al in 1923 een regeling op om de handel in ‘zedelooze uitgaven’ strafbaar te stellen.¹¹

Vanaf halverwege de jaren zestig van de twintigste eeuw kwam de publieke opinie verder af te staan van het streven om zedelijk verval te bestrijden. Enerzijds kwam dit door de toegenomen welvaart en vrije tijd, anderzijds door de intrede van anticonceptiemiddelen. Bovendien was er sprake

⁷ Het begrip ‘zeden’ doelt hier op ‘seksuele zeden’.

⁸ De begrippen positieve en negatieve vrijheid zijn ontleend aan I. Berlin, *Two concepts of liberty*, Oxford: Clarendon Press 1958.

⁹ Kool 2003, p. 338.

¹⁰ Lünemann e.a. 2006, p. 19.

¹¹ Quintelier 2002, p. 294.

van een sterk toenemende emancipatiedrang. De toen geldende zedelijkheidsbepalingen werden als te strikt, zelfs als benauwend ervaren.¹²

De nadruk kwam meer te liggen op een positief vrijheidsbegrip. In het positieve vrijheidsbegrip gelden er door de overheid gegarandeerde voorwaarden waarbinnen seksuele zelfbeschikking mogelijk is.¹³ Bondig gesteld houdt dit in dat waar voorheen het laten centraal stond (het ‘zedelijkheidsbeginsel’), nu de nadruk kwam te liggen op het doen (het ‘seksuele vrijheidsbeginsel’).¹⁴ Deze veranderende opvatting komt goed tot uitdrukking in de voorstellen van de adviescommissie Melai.¹⁵

Omstreeks begin jaren tachtig neigt de denkrichting weer meer naar bescherming. In de feministische optiek wordt er op gewezen dat, gezien de maatschappelijke verhoudingen, van een werkelijk bestaande zelfbeschikking, vooral voor vrouwen en kinderen, geen sprake kan zijn.¹⁶ Onder invloed van deze feministische golf treedt op 21 mei 1986 dan ook het kinderpornografieartikel 240b Sr in werking.¹⁷

In 1991 wordt er een ingrijpende verandering in de zedelijkheidswetgeving doorgevoerd.¹⁸ Deze verandering vloeit voort uit een op feministische leest geschoeid maatschappelijk denken, waarbij het bieden van bescherming voorop staat. De beschermingsgedachte wordt echter op bepaalde punten ook gerelativeerd. Dit bleek evenwel belemmerend te zijn en het beschermingsuitgangspunt te verzwakken.¹⁹

Terzelfder tijd begon ook de verbluffende opkomst van het internet. De daaraan klevende gevaren waren reeds in een relatief vroeg stadium bij de wetgever bekend. In het parlementaire vergaderjaar ’94-’95 kwam al het vraagstuk aan de orde of virtuele kinderporno strafbaar moest worden gesteld. Dit voorstel tot strafbaarstelling werd op dat moment door de minister van Justitie verworpen. De strekking van het wetsartikel zou liggen in de plicht om bescherming te bieden tegen daadwerkelijk seksueel misbruik.²⁰ Bij gebrek aan een minderjarige zou dus de grondslag voor de strafbaarstelling ontbreken.

In de jaren daarna bleek dat er toch nog de nodige haken en ogen aan de toen geldende zedelijkheidswetgeving kleefden. Het kinderpornoartikel is

¹² Aan dit tijdperk wordt in de volksmond ook wel gerefereerd als ‘de seksuele revolutie’.

¹³ Kool 2003, p. 340.

¹⁴ Ontleend aan WODC 2004.

¹⁵ Adviescommissie Melai 1980.

¹⁶ Lünemann e.a. 2006, p. 20.

¹⁷ Wet van 3 juli 1985, *Stb.* 385.

¹⁸ Wet van 9 oktober 1991, *Stb.* 519.

¹⁹ Zo wordt bij de wijziging onder andere het klachtvereiste ingevoerd. Dit bleek later echter een obstakel te zijn voor succesvolle vervolging en berechting en is daarom in 2002 weer afgeschaft.

daarom in 1996 grondig herzien.²¹ Dit werd mede ingegeven door het feit dat moderne communicatietechnieken zoals het internet met rasse schreden hun intrede deden.²² De herziening betrof een verhoging van de strafmaat naar een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren (voorheen ‘slechts’ drie maanden) of een geldboete van de vijfde categorie (voorheen derde categorie). Op het maken van beroep of gewoonte van het misdrijf werd een gevangenisstraf gesteld van ten hoogste zes jaren of een geldboete van de vijfde categorie. Ook werd er in art. 240b lid 2 Sr een exceptie ingesteld voor het gebruik van kinderpornografie voor wetenschappelijke, educatieve of therapeutische doeleinden.

In 1999 werd de wetwijziging geëvalueerd.²³ De wet bleek grotendeels te voldoen, maar er waren argumenten om digitaal bewerkte afbeeldingen,²⁴ waarin de afbeelding van het kind en/of de context gemanipuleerd is, alsnog uitdrukkelijk onder het bereik van art. 240b Sr te brengen.²⁵

Om deze en een aantal andere redenen trad op 1 oktober 2002 een gedeeltelijke wijziging van de zedelijkheidswetgeving in werking.²⁶ Middels deze wijziging werd het bestanddeel ‘in voorraad hebben’ in art. 240b Sr vervangen door ‘in bezit hebben’. Dit betrof een codificatie van wat vanaf 1998 vaste jurisprudentie was van de Hoge Raad (HR).²⁷ De leeftijdsgrens werd door de wijziging verhoogd van zestien naar achttien jaar.²⁸ Tot slot werd de bijzondere strafuitsluitingsgrond ex art. 240b lid 2 Sr geschrapt.

Met deze gedeeltelijke wijziging werd naast de gebruikelijke kinderporno ook virtuele kinderporno strafbaar gesteld door toevoeging van ‘of schijnbaar is betrokken’ in art. 240b lid 1 Sr. Het doel hiervan was concreet seksueel misbruik tegen te gaan en de markt van kinderporno te ontmoedigen.²⁹

Er was overigens al langer aanhoudende internationale druk inzake deze strafbaarstelling. Grofweg kan worden gesteld dat de Nederlandse strafbaarstelling een voortvloeisel is van de druk van de Verenigde Staten bij de on-

²⁰ TK 23 682, nr. 250b, p. 3.

²¹ Wet van 13 november 1995, *Stb.* 575.

²² Lünemann e.a. 2006, p. 21.

²³ De Savornin Lohmann 1999.

²⁴ ‘Afbeeldingen’ zijn in dit kader beelden en voorwerpen. De minister achtte een strafbaarstelling van (virtuele) kinderpornografische geschriften niet nodig aangezien deze geen kinderpornografische subcultuur in de hand werkten: EK 2001-2002, 27 745, nr. 299b, p. 3-4.

²⁵ Lünemann e.a. 2006, p. 21.

²⁶ Wet van 13 juli 2002, *Stb.* 388.

²⁷ HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 782.

²⁸ Op basis van het ILO-Verdrag nr.182 betreffende het verbod op en de onmiddellijke actie voor de uitbanning van de ergste vormen van kinderarbeid (1999).

²⁹ Lünemann e.a. 2006, p. 56.

derhandelingen van het Cybercrime-verdrag van de Raad van Europa³⁰ alsmede van het destijds op tafel liggende Ontwerpkaderbesluit ter bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie.³¹

Ook de toenemende politieke druk in eigen land speelde hierin een rol.³² De grondslag voor de strafbaarstelling werd niet zozeer gevonden in de morele verwerpelijkheid van het handelen, als wel in het schadetoebrengende karakter van de virtuele kinderpornografie.³³ Voorstanders van deze strafbaarstelling vonden dat die schade werd veroorzaakt door een toenemende vraag naar echte kinderporno daar virtuele kinderporno tot dezelfde markt zou behoren. Bovendien zou een pedofiel bij het kijken van virtuele kinderporno eerder overgaan tot daadwerkelijk misbruik van een kind.

Sinds de gedeeltelijke wijziging van de zedenwetgeving van 2002 heeft de wetgever niet stil gezeten. In oktober 2007 ondertekende Nederland een verdrag van de Raad van Europa waarin overeen werd gekomen ook het kijken zonder het op de pc opslaan van kinderporno strafbaar te stellen.³⁴

De meest recente ontwikkeling betreft een voorstel tot verhoging van de strafmaat voor het maken van beroep of gewoonte van kinderpornografie van zes naar acht jaren.³⁵ Hiermee zou art. 240b lid 2 Sr een ‘acht jaar misdrijf’ worden. Dit zou de opsporingsmogelijkheden verruimen door de toepassingsmogelijkheid van de bevoegdheid in art. 126l Sv.³⁶

In grote lijnen kan men uit het bovenstaande een golfbeweging afleiden. In het prille begin van de zedenwetgeving heerste er een sterk zedelijkheidsprincipe. Dit veranderde halverwege jaren zestig naar het seksuele vrijheidsprincipe. In de jaren tachtig kwam de publieke opinie, en daarmee de wetgeving, onder invloed van het feminisme weer terug op het zedelijkheidsbeginsel. Op wat vlogen van lichte opleving van het vrijheidsbeginsel na,³⁷ is de staat de laatste decennia weer vooral een ‘zedemeester’.³⁸ De strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie is daar een goed voorbeeld van.

³⁰ Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken, Trb. 2002, 18.

³¹ Dit is later het Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad van 22 december 2003 geworden.

³² Lünemann e.a. 2006, p. 39.

³³ TK 2001-2002, 27 745, nr. 6, p. 9, Handelingen I, 2 juli 2002, p. 1697-1698.

³⁴ Art. 20 lid 1 sub f van het Raad van Europa Verdrag inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele exploitatie en seksueel misbruik (2007).

³⁵ TK 2007-2008, 31 386, nr. 2.

³⁶ TK 2007-2008, 31 386, nr. 3, p. 19.

³⁷ Zoals bijvoorbeeld de opheffing van het bordeelverbod in oktober 2000.

³⁸ Begrip ontleend aan Moerings 2003.

2.2.2. Parlementaire behandeling

Zoals reeds gesteld in de voorafgaande paragraaf werd in het parlementaire vergaderjaar '94-'95 een strafbaarstelling voor virtuele kinderpornografie verworpen op grond van het gebrek aan daadwerkelijk seksueel misbruik van een kind.

Met de voortschrijdende technologische vooruitgang ontwikkelden zich evenwel ook de normen en waarden, zowel nationaal als internationaal. In de beginjaren van het nieuwe millennium klonk in veel staten een roep om strafbaarstelling. Nederland tekende hierop op 23 november 2001 het Cybercrime-verdrag. Art. 9 lid 2 van dit verdrag verplichtte Nederland om virtuele kinderpornografie strafbaar te stellen.

Ook in Europees verband klonk deze roep. Ten tijde van de parlementaire discussie over de wijziging van art. 240b Sr lag er een Ontwerpbesluit van de Raad van de EU op tafel dat nadien slechts minimaal is gewijzigd in het definitieve Kaderbesluit. Uiteindelijk werd in 2003 overgegaan op een verplichting tot strafbaarstelling voor alle lidstaten binnen de EU. Dit werd vastgelegd in art. 1 lid 2 sub iii van het Kaderbesluit ter bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie.³⁹ Beide internationale normen vormden de voornaamste grondslag⁴⁰ voor de minister van Justitie⁴¹ om virtuele kinderpornografie te sanctioneren.

Een belangrijk punt in de discussie vormden de uitzonderingen voor strafbaarstelling die beide regelingen toelaten. Voor de lidstaten staat een uitzondering open met betrekking tot meerderjarigen die eruit zien als minderjarig.⁴² Maar ook is er de mogelijkheid, en dat is voor deze scriptie van groter belang, om werkelijkheidsgetrouwe afbeeldingen van een niet-bestaand kind, waarvan het bezit uitsluitend voor eigen gebruik is en er geen risico op verspreiding bestaat, uit te zonderen voor strafbaarstelling.⁴³

Met name de PvdA trok hard van leer tegen het standpunt van de minister om niet te kiezen voor de uitzonderingen inzake strafuitsluiting voor de genoemde gevallen.⁴⁴ De minister haalde hier het opportuniteitsbeginsel van stal en voerde aan dat in de gevallen die voor uitzondering open staan daarvan gebruik zou kunnen worden gemaakt. De PvdA bracht hier tegenin dat dan de voorzienbaarheid en kenbaarheid van de strafwet tekortschiet.⁴⁵ Deze vrees van de PvdA zou, zoals blijkt in paragraaf 2.3 en 2.4, later worden

³⁹ Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad van 22 december 2003.

⁴⁰ Zie bijv. Handelingen I, 9 juli 2002, nr. 35, p. 1722.

⁴¹ Indertijd minister Benk Korthals (VVD).

⁴² Art. 3 lid 2 sub a Kaderbesluit 2004/68/JBZ en art. 9 lid 4 Cybercrime-verdrag.

⁴³ Art. 3 lid 2 sub c Kaderbesluit 2004/68/JBZ en art. 9 lid 4 Cybercrime-verdrag.

⁴⁴ Zie bijv. Handelingen I, 2 juli 2002, nr. 34, p. 1694-1697

⁴⁵ Handelingen I, 2 juli 2002, nr. 34, p. 1695.

bewaarheid. De minister meende dit te kunnen weerleggen door te stellen dat de voorzienbaarheid en kenbaarheid echter voldoende worden gewaarborgd door de Aanwijzing van het College van procureurs-generaal.⁴⁶

De minister droeg, naast de genoemde internationaalrechtelijke argumenten, ook nog meer inhoudelijke argumenten aan die het naar zijn mening zouden rechtvaardigen om af te stappen van het eerder zo belangrijk geachte daadwerkelijke misbruik en de strafbaarstelling door te voeren.

Eén van de meest doorslaggevende, en in de Kamers minst betwiste, argumenten vormt de bewijspositie van het OM. Voorheen was het voor het OM nauwelijks mogelijk te bewijzen dat er daadwerkelijk een kind was misbruikt voor de productie.⁴⁷ Het feit dat internet een vergaande globalisering en daardoor anonimisering van producenten en slachtoffers met zich meebrengt, had hier sterk de hand in .

Ondanks de weinige weerstand tegen dit argument werd wel tegengeworpen dat het in dezen wel erg ver gaat om grondrechten (zoals de vrijheid van meningsuiting en persoonlijke levenssfeer) met voeten te treden⁴⁸ en dat als alternatief een omkering van de bewijslast open staat.^{49 50}

De omkering van de bewijslast werd door de minister verworpen door te stellen dat het vervaardigen van virtuele kinderpornografie waarbij geen echt kind is misbruikt, bij zou dragen aan (de vorming van) een markt of subcultuur waarin dit materiaal zou kunnen worden gebruikt om kinderen te verleiden en dat het pedoseksuelen aan zou kunnen zetten tot daadwerkelijk misbruik.⁵¹ In de woorden van de minister: “Virtuele kinderpornografie kan bijdragen aan een algemeen klimaat waarin kinderporno als iets aanvaardbaars wordt beschouwd”.⁵² In deze redenering is weinig samenhang of onderbouwing te ontwaren. Enerzijds omdat het tegenargument van de minister op geen enkele wijze verband houdt met het voorstel tot omkering van de bewijslast. Anderzijds omdat er geen enkel empirisch materiaal voorhanden is om te kunnen staven dat virtuele kinderporno bijdraagt aan de vorming

⁴⁶ TK 2001-2002, 27 745, nr. 299b, p. 8.

⁴⁷ TK 2000-2001, 27 745, nr. 3, p. 4.

⁴⁸ Handelingen I, 2 juli 2002, nr. 34, p. 1696.

⁴⁹ http://rint.rechten.rug.nl/lawgame/specificatie/Ebook/Journalistiek/main_ebook_virtuele_kinderporno_halsema.htm (laatst geraadpleegd: 21 juli 2008).

⁵⁰ Vanuit de doctrine is meermaals gewaarschuwd voor een aanpassing van het materiële strafrecht ten gunste van het formele strafrecht. Illustratief is De Hullu 1993, p. 56: “. . . een uitbreiding van de aansprakelijkheid om formeelrechtelijke redenen, zonder dat *op zichzelf* uitbreiding van de materiële norm noodzakelijk is, zie ik een moeilijk punt. . . Maar de inhoud en met name de grenzen van de aansprakelijkheid moeten niet door formeelrechtelijke overwegingen worden bepaald . . . Het is dan beter om over veranderingen in het formele recht te praten.”

⁵¹ O.a. TK 2001-2002, 27 745, nr. 6, p. 9 en Handelingen I, 2 juli 2002, nr. 34, p. 1700-1701.

⁵² Handelingen I, 2 juli 2002, nr. 34, p. 1697

van een markt, subcultuur of klimaat. De minister gaf dit ook ruiterlijk toe, en dat leidde tot heftige discussie in de Eerste Kamer.⁵³

De minister werd tegengeworpen dat virtuele kinderpornografie als ‘uitlaatklep’ zou kunnen functioneren voor pedoseksuelen. Deze discussie had echter een hoog speculatief gehalte, aangezien zelfs seksuologen het niet eens zijn over dit onderwerp. De mening van de minister (die valt onder de ‘stimuleringshypothese’⁵⁴) wordt door de meerderheid van de seksuologen gedeeld.⁵⁵ Maar er zijn ook seksuologen die uitgaan van een afvloeiing van de seksuele energie bij de ‘consumptie’ van porno (de ‘katharsis’⁵⁶-hypothese’).⁵⁷

Ondanks dat in deze scriptie ruim aandacht wordt besteed aan het bepaaldheidsgebod, was dit in de parlementaire behandeling geen groot struikelblok. GroenLinks refereerde aan dit gebod door te stellen dat ‘schijn’ niet in onze strafwetgeving past. Het is zo’n ruim en abstract begrip dat het de positie van de verdachte onderuit zou halen. Als de verdachte wordt verweten dat hij schijnbaar iets heeft gedaan is het voor hem of haar haast onmogelijk te bewijzen dat dit niet zo is.⁵⁸ D66 sloot zich hierbij aan met het argument dat de kenbaarheid van de strafwet dan onvoldoende is.⁵⁹

De minister ging niet in op een mogelijk te ruime formulering en noemde slechts dat niet na is te gaan hoe materiaal is geproduceerd en dat daarom de term ‘schijnbaar’ vereist is.⁶⁰ Bovendien voerde de minister talloze malen aan dat het opportuniteitsbeginsel, waarvan de uitgangspunten opgenomen zijn in de Aanwijzing van het OM, voldoende uitkomst biedt om een gebrek aan kenbaarheid te voorkomen. In feite gaf de minister daarmee te kennen dat het grondleggende vereiste van kenbaarheid niet zijn of des wetgevers zorg is en wel aan een uitvoerende dienst kon worden overgelaten.

⁵³ Handelingen I, 2 juli 2002, nr. 34, p. 1702.

⁵⁴ Deze hypothese hangt nauw samen met het proces van ‘grooming’; mensen beginnen met het af en toe kijken naar plaatjes van zachte kinderporno, vervolgens meer en gewelddadiger plaatjes en gaan ten slotte over tot seksueel misbruik: Lünemann e.a. 2006, p. 103.

⁵⁵ Specialist in forensische psychologie Peter Collins oordeelde echter in een Canadese kinderpornozaak dat “There is no evidence which demonstrates an increase in harm to children as a result of pornography augmenting or reinforcing a paedophile’s cognitive distortions” (*R. v. Sharpe* (13 January 1999), New Westminster XO50427 (B.C.S.C.)).

⁵⁶ Het Oudgriekse woord ‘katharsis’ behelst een ‘reiniging’, bijv. op emotioneel of fysiek vlak. Met betrekking tot de seksuele energie zou een pedoseksueel door het kijken van kinderporno dus ‘gereinigd’ worden van de drang tot praktijkuitvoering.

⁵⁷ Wafelbakker 2001, p. 137.

⁵⁸ Handelingen I, 9 juli 2002, nr. 35, p. 1720.

⁵⁹ Handelingen I, 9 juli 2002, nr. 35, p. 1721.

⁶⁰ Handelingen I, 9 juli 2002, nr. 35, p. 1722.

Uit het bovenstaande zou kunnen worden afgeleid dat virtuele kinderpornografie van eenzelfde strafmaat zal worden bediend als ‘reguliere’ kinderpornografie. Dit is echter niet het geval. In de Memorie van Antwoord stelt de minister dat ‘vervaardiging, openbaarmaking, verspreiding of bezit van louter virtuele kinderporno minder strafwaardig is dan handelingen met betrekking tot echte kinderporno’.⁶¹ Vanuit het oogpunt dat geen concreet leed wordt berokkend valt dit te begrijpen. Hoe de straftoemeting zich zal gaan ontwikkelen zal de praktijk uitwijzen. Vooralsnog blijft dit grotendeels in het ongewis aangezien er slechts één veroordeling omtrent virtuele kinderporno is uitgesproken, die ook nog samenging met seksueel misbruik en bezit van echte kinderporno.

Bekeken vanaf een hoger maatschappelijk abstractieniveau, drijft men steeds verder af van de uitgangspunten die aan het begin van dit millennium betreffende virtuele kinderporno ingenomen werden. Er werd nadrukkelijk gesteld dat het niet ging om de morele verwerpelijkheid. Men ging er toen ook nog vanuit dat alleen de gevallen van levensechte kinderporno voor bestraffing vatbaar waren. Tegen die achtergrond werd volop gediscussieerd over de vraag of er überhaupt voldoende rechtvaardigingsgronden aanwezig waren voor de strafbaarstelling.

Na verloop van tijd blijkt de strafbaarstelling opeens wel aanvaardbaar, zonder dat inhoudelijk de eerdere tegenargumenten zelfs maar ter tafel komen. De rechtsbeginselen lijken te verstommen in dezelfde wetgevende ruimte waar zij verdedigd zouden moeten worden.

Zoals zal blijken in de volgende twee paragrafen lijkt de discussie meer en meer te gaan over de technische vraag hoe ver af kan worden geweken van het criterium van levensechtheid om nog tot een veroordeling te komen. Ook in het buitenland zien we een dergelijke ontwikkeling.

2.3. Openbaar Ministerie

De doorsnee officier van justitie die belast is met zedenzaken, zal tevreden kennis hebben genomen van de gedeeltelijke wijziging van de zedenwetgeving. Voorheen moest hij in een kinderpornozaak bewijzen dat het ten laste gelegde beeldmateriaal bestaande minderjarigen betrof. Met het oog op de vergaande globalisering en anonimisering van het internet was dit vaak een schier onmogelijke opgave.

Nu hoeft hij nog slechts *aannemelijk* te maken dat de afgebeelde persoon op een kind lijkt.⁶² Twijfelt de officier of de afgebeelde minderjarige een

⁶¹ EK 2001-2002, 27 745, nr. 299b, p. 8.

⁶² TK 2001-2002, 27 745, nr. 6, p. 8.

bestaand persoon of een virtuele creatie is, dan dient hij het bestanddeel ‘schijnbaar betrokken’ mede ten laste te leggen.⁶³

Vervolgens is het aan de rechter om te oordelen of sprake is van een werkelijkheidsgetrouwe weergave. Het wezenskenmerk van virtuele kinderpornografie is, althans leek zo te blijken uit de parlementaire behandeling, dat de afbeelding met daarop de seksuele gedraging niet van echt te onderscheiden is. Daarmee zouden schilderijen, tekeningen, cartoons en strips buiten de reikwijdte vallen.⁶⁴

De opsporing en vervolging van virtuele kinderpornografie als onderdeel van het grotere geheel van kinderporno heeft in het verleden weinig prioriteit van het OM gehad. Het beleid van het OM inzake opsporing en vervolging is vastgelegd in de Aanwijzing kinderpornografie.⁶⁵ In art. 2.1 is vastgelegd dat de prioriteit met name ligt bij (echte) kinderporno met prepuberale slachtoffers (jonger dan veertien jaar), aspecten van geweld, een uit de afbeelding sprekende afhankelijkheidsfactor, alsmede bij een grote hoeveelheid en dito toegankelijkheid van het verspreide materiaal en/of het commerciële oogmerk van de kinderporno. Voor postpuberale kinderporno ligt de prioriteit bij de commerciële productie.

Tot nog toe bleef vervolging van beeldmateriaal waarvan duidelijk was dat het niet om echte kinderen ging uit omdat het OM de handen vol had aan echte kinderporno. Bovendien leek vanaf het moment van strafbaarstelling de ‘regel’⁶⁶ duidelijk te zijn: mist de levensechtheid, dan valt het beeldmateriaal niet onder de strafbepaling. Althans tot voor kort.

Gezien dit uitdrukkelijk en meerdere malen in de parlementaire stukken aan bod gekomen vereiste zijn de volgende waarnemingen opmerkelijk. Het OM besloot in het voorjaar van 2007 proefprocessen te gaan voeren over virtuele kinderporno in ‘Second Life’.⁶⁷ Later dat jaar werd in art. 4.1 van voornoemde Aanwijzing de volgende passage opgenomen:

Uit de wetsgeschiedenis is op te maken dat de strafbaarstelling van virtuele kinderporno is beperkt tot realistische, niet van echt te onderscheiden afbeeldingen. Deze beperking raakt evenwel het eveneens in de wetsgeschiedenis geformuleerde uitgangspunt van de beschermwaardigheid van kinderen in zijn algemeenheid tegen beeldmateriaal dat seksueel misbruik suggereert, gedrag dat kan worden

⁶³ TK 2001-2002, 27 745, nr. 6, p. 16-17.

⁶⁴ EK 2001-2002, 27 745, nr. 299b p. 7-8.

⁶⁵ Aanwijzing kinderpornografie (art. 240b WvSr), registratienummer 2007A 020, inw.tr. 1-9-2007, Stcrt 2007, 162.

⁶⁶ Lünemann 2006, p. 154.

⁶⁷ ‘Second Life’ is een als een computerspel aandoende virtuele nevenwereld waarin mensen zichzelf een virtueel digitaal alter ego aan kunnen meten. Deze alter ego’s zijn animaties die bij lange na het criterium van levensechtheid niet kunnen evenaren, hoe graag de ontwikkelaar Linden Lab dit wellicht ook had gewild.

gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag en gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert. *Het is denkbaar dat het aldus omschreven belang van kinderen onverminderd groot is in gevallen waarin de virtuele afbeeldingen in mindere mate realistisch zijn.* (Cursivering EvD)

In lijn met deze twee ontwikkelingen verbaast het dan ook niet dat in een kinderpornozaak die in februari 2008 voor de rechtbank 's-Hertogenbosch diende het bezit van een als zodanig herkenbaar virtueel kinderpornofilmje ten laste werd gelegd. De rechtbank ging hierin mee, liet het herkenbaarheidsbeginsel vallen en kwam tot een veroordeling.⁶⁸ Daarover meer in de volgende paragraaf.

Is met deze uitspraak in eerste aanleg een definitief omslagpunt bereikt? Het (voormalige?) hoofdargument van de bewijspositie van het OM lijkt uit het zicht te verdwijnen. Ook als zodanig herkenbare virtuele kinderporno heeft dus tegenwoordig opsporings- en vervolgingsprioriteit, en aan het criterium van levensechtheid lijkt door zowel het OM als de rechter te worden getornd of wordt vanuit een gesteld 'aanmoedigingsgevaar' 'kalt gestelt'. Het heeft er alle schijn van dat vervolging (en berechting) weer een stukje voort zijn gestuwd door de moraal.

2.4. Jurisprudentie

2.4.1. Nederland

Op 4 februari 2008 werd in Nederland de eerste veroordeling uitgesproken inzake het bezit van virtueel kinderpornomateriaal. Het OM had al een aantal pogingen gewaagd, maar ving telkens bot wegens het gebrek aan realisme van het beeldmateriaal.⁶⁹ Des te opmerkelijker was het dan ook dat de rechtbank Den Bosch nu wel tot een veroordeling kwam.

Het beeldmateriaal in kwestie betrof namelijk geen fysiek bestaande personen maar onmiskenbaar een animatie. Hierboven is reeds uiteen gezet dat virtueel beeldmateriaal levensecht moet ogen om onder de strafbepaling te kunnen vallen. Eén van de vele plekken waarin dit vereiste onomwonden in de parlementaire stukken is verankerd, is de volgende passage:⁷⁰

De voorgestelde strafbaarstelling van virtuele kinderporno is beperkt tot realistische kinderpornografische afbeeldingen. Dat betekent dat het in bezit hebben van een afbeelding waaruit aanstonds blijkt dat het gaat om een gemanipuleerde afbeelding die niet realistisch is, niet onder reikwijdte van art. 240b Sr. valt. Daarvoor is immers nodig dat de afbeelding schijnbaar echte kinderporno verbeeldt.

⁶⁸ Rb 's-Hertogenbosch 4 februari 2008, *LJN*: BC3225.

⁶⁹ Zoals in Rb. Den Haag 11 januari 2006, *LJN*: AU9492.

⁷⁰ TK 2001-2002, 27 745, nr. 6, p. 11.

De rechtbank onderstreept het vereiste dat de afgebeelde persoon op een echt kind moet lijken, maar voert hier aan dat ‘de afgebeelde personen weliswaar voor volwassenen van echt zijn te onderscheiden, maar niet voor het gemiddelde kind’, een niet verder aangeduide hypothetische waarnemer.

Met deze redenering beroept zij zich op ‘de geschiedenis van de wet, alsmede de ratio zoals die uit de recente wetsgeschiedenis naar voren komt.’ Daarbij gaat het haar met name om ‘bescherming tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag en gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert’.⁷¹

De rechtbank komt gezien de inhoud van het onderhavige filmpje in dit specifieke geval tot een nadruk op het door de minister genoemde argument van aanmoediging of verleiding, waarbij het vereiste van levensechtheid van kennelijk ondergeschikt belang wordt. Het filmpje betreft namelijk animatiebeelden inhoudende een meisje dat bij benadering acht jaar zou moeten voorstellen, die in een seksuele gedraging verwickeld is met een virtueel volwassen persoon. Na afloop wordt geapplaudisseerd en verschijnen er kleurrijke afbeeldingen van ballen en slingers. Hieruit valt volgens de rechtbank af te leiden dat het de bedoeling van de makers is geweest om dergelijke seksuele gedragingen te verheerlijken en te bevorderen. Een nadere beschrijving van de inhoud en samenhang is beschreven in de overwegingen van de rechtbank.

De rechtbank legt hier dus de nadruk op het argument van aanmoediging of verleiding. Dit roept wel de vraag op of zo’n nadruk op dit argument het vereiste van levensechtheid buiten schot kan laten. De rechtbank stelt zich op het standpunt met deze uitspraak aan te haken bij de geschiedenis van de wet en de ratio van de recente wetsgeschiedenis. Dit is opmerkelijk. De rechtbank geeft er namelijk nergens blijk van dat de ratio van de strafbaarstelling ondertussen is opgeschoven richting het beoogde belang van het beschermen van kinderen tegen ‘aanmoediging of verleiding’.

Met het kiezen voor deze benadering verwijderd de rechtbank zich juist van het, tevens in de wetsgeschiedenis opgenomen, vereiste van levensecht-

⁷¹ Dit moet volgens Claessen (2008) worden gezien in het licht van het schadebeginsel. Maar, zo stelt hij met het oog op het gegeven dat geen directe schade aan concrete kinderen wordt berokkend: “Ook de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie kan op grond van het schadebeginsel worden verdedigd, zeker wanneer onder schade ook het risico op schade wordt begrepen. De vraag waar het werkelijk om draait, is mijns inziens dan ook of alles wat een risico op schade met zich brengt, strafbaar moet worden gesteld. Het antwoord op deze vraag luidt vanzelfsprekend ontkennend. Bepaalde risicovolle en zelfs bepaalde ronduit schadelijke gedragingen zullen in een samenleving dienen te worden getolereerd op grond van het recht op vrijheid dat aan eenieder toekomt.” (Claessen, 2008, p. 511).

heid. Dit vereiste is destijds door de wetgever gewikt en gewogen en in lijn bevonden met de ratio van de strafbaarstelling (zij het alleen in zijn algemeenheid, niet voor de specifieke subklasse van aanmoediging of verleiding die wel bij de wetgever bekend was), waarna het is geëxpliciteerd in de wetsgeschiedenis. Aangezien het vereiste nauw is verbonden met een aantal tot nu toe aan bod gekomen onderdelen van de wetsgeschiedenis, is het van belang om deze onderdelen te spiegelen aan deze uitspraak. In het vervolg van deze scriptie zal deze uitspraak nog meerdere malen worden aangehaald, telkens in de context van het aldaar behandelde.

Allereerst het *daadwerkelijke misbruik* van een kind. In 1986 was dit dé beweegreden om kinderporno strafbaar te stellen, en in 1995 was het nog de reden om niet te kiezen voor een strafbaarstelling van virtuele kinderporno. In 2002 stapte men zonder debat hierover heen door nadrukkelijk te wijzen op de andere pijlers die de strafbaarstelling rechtvaardigden, waarbij met name aan de bewijspositie van het OM grote waarde werd toegekend. De wetsgeschiedenis en ratio van art. 240b Sr draaiden aldus tot 2002 om het daadwerkelijke misbruik; de rechtvaardigingsgrond voor de uitbreiding van art. 240b Sr met virtuele kinderporno werd primair gevonden in de bewijspositie, meer secundair in de niet bewezen argumenten van vorming van een markt, klimaat en/of subcultuur en het mogelijke verleiden of aanmoedigen van kinderen. Bij onderhavig beeldmateriaal is het duidelijk dat geen echte personen zijn misbruikt. Het bevreemdt dan ook dat de rechtbank zo nadrukkelijk verwijst naar de geschiedenis van de wet en de ratio van de recente wetsgeschiedenis. De geschiedenis van de wet blijkt toch vooral gewag te maken van levensecht uitgebeeld maar niet feitelijk plaatsgevonden hebbend seksueel misbruik, en in samenhang daarmee wordt – minder op de voorgrond – gewezen op het aanmoedigingsgevaar.⁷² Alvorens een kanttekening te maken bij de uitleg van de rechtbank over de ratio van art. 240b Sr, verdient het aanbeveling hier eerst een opmerking te maken over het argument van de bewijspositie van het OM.

De *bewijspositie* van het OM vormde de meest dragende overweging voor de strafbaarstelling van virtuele kinderporno.⁷³ Hiërarchisch gezien overstijgt het in ieder geval het argument van aanmoediging/verleiding en dat van een vorming van een markt, klimaat en/of subcultuur. De bewijspositie van het OM is in de parlementaire debatten nagenoeg niet betwist, terwijl beide andere argumenten op veel tegenspraak konden rekenen daar er geen

⁷² O.a. EK 2001-2002, 27 745, nr. 299b, p. 2, TK 2001-2002, 27 745, nr. 6, p. 8

⁷³ Tot eenzelfde conclusie komt Claessen (Claessen 2008, p. 509).

bewijs voorhanden was om deze argumenten te staven.⁷⁴ Gezien deze plek in de argumentatieve hiërarchie lijkt het dan ook niet meer dan logisch wanneer in de overwegingen van de rechtbank het vereiste van levensechtheid primair was gekoppeld aan de bewijspositie. Uitgaande van het hoofdargument van de bewijspositie had het beeldmateriaal vooral in de ogen van de aanklager en de rechter (of althans volwassenen⁷⁵) levensecht moeten zijn: zij weten immers niet of er al dan niet echte kinderen voor zijn misbruikt en kunnen dan voor een schuldigverklaring hierop teruggrijpen. Echter, in dit geval was het voor zowel de officier als voor de rechtbank duidelijk dat geen echte personen zijn misbruikt voor onderhavig filmpje. In plaats daarvan stelt de rechtbank dat het beeldmateriaal in de ogen van een *kind* (en bovendien een verondersteld ‘gemiddeld kind’) levensecht moet lijken omdat kinderen de te beschermen doelgroep vormen. De zienswijze van een hypothetisch gesteld ‘gemiddeld kind’ kan niet worden verbonden aan het hoofdargument van de bewijspositie.

Vanuit het gestelde belang van de bewijspositie, kan gezegd worden dat de rechtbank de reikwijdte van art. 240b lid 1 Sr wel erg ver heeft opgerekt. Sterker, met de redenering van de rechtbank kan ook ander kindererotisch materiaal onder deze strafbepaling worden gebracht, zolang aannemelijk gemaakt kan worden dat er sprake is van ‘aanmoediging en verleiding’.⁷⁶

Gezien de plaats in de argumentatieve hiërarchie van de bewijspositie van het OM, kan nu ook een alternatieve uitleg van de ratio van de strafbepaling worden gegeven die hierbij aansluit. De ratio van art. 240b Sr inzake virtuele kinderporno zou in deze alternatieve uitleg, net zoals in de visie van de rechtbank, in de algemene bescherming van kinderen liggen. Verschil is dat het in deze uitleg gaat om bescherming van kinderen die te zien zijn op bestaand kinderpornografisch materiaal. Omdat het OM (door de globalisering en anonimisering) in het verleden niet kon bewijzen dat het om daadwerkelijk bestaande kinderen ging, werd ook de virtuele variant van kinderporno strafbaar gesteld – mits levensecht. De ratio van algemene bescherming van kinderen moet dan dus worden gezocht in het kunnen opsporen, vervolgen en berechten van echt kinderpornografisch materiaal en daarmee dus ook levensechte virtuele kinderporno, zodat recht wordt gedaan aan de slachtofferpositie van kinderen die daadwerkelijk zijn misbruikt. De algemene be-

⁷⁴ Daar komt nog bij dat het argument van aanmoediging/verleiding slechts op indirecte wijze, middels het *risico* op schade, in verband kan worden gebracht met het schadebeginsel als één van de grondslagen voor de strafbaarstelling.

⁷⁵ Volwassenen vormen per slot van rekening ook de ‘doelgroep’ van (virtueel) kinderpornografisch materiaal.

⁷⁶ Claessen noemt als voorbeeld ‘een animatiefilmpje waarin grote smurf babysmurf op ietwat pikante wijze seksuele voorlichting aan het geven is’ (Claessen 2008, p. 512).

scherming van kinderen ziet in dat geval dus toe op concrete slachtoffers, geen potentiële.⁷⁷

Deze rechtspraak staat op gespannen voet met de voorgeschiedenis. De internationale consensus vormde immers voor de minister een belangrijke grond voor de strafbaarstelling. Zowel het Kaderbesluit ter bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie als het Cybercrime-verdrag hanteren de eis van levensechtheid zonder daarbij de doelgroep van het beeldmateriaal te noemen. Bij de bespreking van de uitzonderingen die voor Nederland open stonden, werd met name door de PvdA gewezen op het nadeel dat het niet opnemen van deze uitzonderingen met zich meebracht. De PvdA stelde dat in het geval van een toepassing van het opportuniteitsbeginsel op een groot juridisch gebied de voorzienbaarheid en kenbaarheid van de strafwet tekort schiet. Achteraf bezien bleek dit dus haast profetisch omdat het OM nu daadwerkelijk vervolgt bij beeldmateriaal dat verre van realistisch is. Het gevolg: de voorzienbaarheid en kenbaarheid van de strafwet delven door deze uitspraak dus het onderspit.

Binnen de doctrine is maar weinig aandacht besteed aan deze zaak. Kaspersen toont zich weinig kritisch en stelt vooral dat de rechtbank er verstandiger aan deed om een leeftijds aanduiding van de mogelijke doelgroep te geven in plaats van te verwijzen naar ‘het gemiddelde kind’⁷⁸ en dat het lijkt of dat de rechtbank meer de bedoeling van het beeldmateriaal bestraft heeft dan het materiaal zelf.⁷⁹

Claessen laat een kritischer geluid horen.⁸⁰ In de veronderstelling dat de strafbaarstelling vooral op de bewijstechnische redenen steunde, waarvoor hij verwijst naar eerdere jurisprudentie waaruit dat ook zou blijken, verbaast het hem dat de rechtbank met een beroep op het schadebeginsel het vereiste van levensechtheid naast zich neerlegt. De aanmoediging/verleiding van het kind om seks met ouderen te hebben is volgens hem slechts een *risico* op schade, dat tevens niet voldoende is onderbouwd. Verder verwondert het hem dat, door ‘het gemiddelde kind’ als criteriumfiguur te nemen, de rechtbank het aandachtsveld verlegt van de potentiële pedoseksueel naar het kind als potentieel slachtoffer. Beide motiveringen zijn, zo meent hij, nergens met zoveel woorden in de wetgeschiedenis te vinden.

⁷⁷ Meegaand in de hypothese dat levensechte virtuele kinderporno een markt in stand houdt of vormt, zou deze alternatieve uitleg van de ratio echter ook de algemene bescherming van potentiële kindslachtoffers omvatten (in de zin van preventie).

⁷⁸ Kaspersen 2008, p. 91.

⁷⁹ Zie ook <http://jurel.nl/2008/03/12/eerste-veroordeling-virtuele-kinderporno/> (laatst geraadpleegd: 30 juli 2008).

Het bestraffen van een bedoeling, zoals Kaspersen suggereert, is formeelrechtelijk niet zonder risico.⁸¹ Een bedoeling als beoordelingsmaatstaf is natuurlijk in hoge mate subjectief, wat lastiger om te beoordelen is dan het kenmerk van levensechtheid. Materieelrechtelijk is het ook niet zonder risico. Het neigt namelijk al erg richting een gedachtestrafrecht.⁸² Ook wordt met enige argwaan tegen bedoelingen aangekeken, zoals later zal blijken.

Bevestigt zich deze door de rechtbank ingezette beoordelingsrichting, dan hebben we de merkwaardige omstandigheid dat hiermee tegen een onderdeel van de wetsgeschiedenis ingegaan wordt. De minister ontkende in 2002 dat de morele verwerpelijkheid niet de achterliggende gedachte van de strafbaarstelling was, maar de haperende redenering van de rechtbank doet vermoeden dat in dit geval de morele verwerpelijkheid een achterliggende een rol speelde.

2.4.2. Jurisprudentie in het buitenland

2.4.2.a. Verenigde Staten

Waar Nederland ‘pas’ in 2002 overging tot strafbaarstelling van virtuele kinderporno, geschiedde dat in de Verenigde Staten reeds in 1996 middels de Child Pornography Prevention Act (C.P.P.A.).⁸³ Een bijster lang leven was de wet overigens niet beschoren, want in 2002 werd in de zaak *Ashcroft v. Free Speech Coalition*⁸⁴ door het Federaal Hoogerechtshof geoordeeld dat de wet ongrondwettig was.⁸⁵ De gewraakte tekst van de C.P.P.A. luidde als volgt:

“...any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture” that “is, or appears to be, of a minor engaging in sexually explicit conduct,” §2256(8)(B), and any sexually explicit image that is “advertised, promoted, presented, described, or distributed in such a manner that *conveys the impression*” it depicts “a minor engaging in sexually explicit conduct,” §2256(8)(D). (*cursivering EvD*)

⁸⁰ Claessen 2008.

⁸¹ Dat het op de voorgrond laten treden van een verkeerde intentie riskant is merkte De Hullu al op in 1993 in zijn inaugurele rede voor de KUB (De Hullu 1993, p. 53).

⁸² Een bedoeling als beoordelingsmaatstaf kan in ons strafrecht wel dienen om uit feiten en omstandigheden een oogmerk af te leiden.

⁸³ Child Pornography Prevention Act 1996, Sec 2256 van de US Code.

⁸⁴ *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002).

⁸⁵ Een uitgebreide uiteenzetting van de aanloop naar de zaak toe alsook een uitgebreide inhoudelijke behandeling van deze zaak biedt Koinos Magazine #35 (2002/3), “Verbod op ‘virtuele’ kinderporno opgeheven in V.S.” (www.amikejo.org). Overigens dient hier opgemerkt te worden dat dit tijdschrift kiest voor een sterk subjectieve benadering die de kant lijkt te kiezen van pedoseksuelen.

Evenals in het Nederlandse geval viel er in de V.S. door deze wet dus een tweedeling te maken tussen meerderjarigen die eruit zien als een minderjarige en niet van echt te onderscheiden, slachtofferloze virtuele kinderporno. De Free Speech Coalition is een belangenorganisatie van de porno-industrie die er in deze zaak vooral belang bij had dat meerderjarigen met het uiterlijk vertoon van een minderjarige niet onder de strafbaarstelling zouden vallen. Virtuele kinderporno werd door het hof echter op gelijke voet behandeld.

De punten waar de Amerikaanse regering zich op beriep ter verdediging van de wet tonen een treffende gelijkenis met de argumenten die in Nederland aan werden gevoerd om de strafbaarstelling door te voeren. Met het oog op de vrijheid van meningsuiting⁸⁶ en in het achterhoofd de vraag of de regeling te ‘breed en vaag’ was, verwierp het Hoogerechtshof al deze punten met de volgende argumenten.

Het feit dat virtuele kinderporno kan worden gebruikt om echte kinderen te verleiden kan geen argument vormen voor een verbod. Met snoep of cartoons zou dit per slot van rekening ook kunnen en die kan men ook moeilijk om die reden gaan verbieden.

Voorts werd aangevoerd dat het daadwerkelijk misbruik in de hand zou werken. De eerdergenoemde ‘stimuleringshypothese’ dus. Maar wetgeving mag volgens het hof niet gegrond zijn op de wens om iemands privé-gedachten te controleren. Het hof stipte hier het bij het daadstrafrecht aansluitende onderscheid aan tussen woord en daad, gedachten en gedrag.

Daarnaast stelde de regering dat echte en virtuele kinderporno tot dezelfde markt behoren en niet van elkaar te onderscheiden zijn. Dit werd door het hof weerlegd met de tegenredenering dat producenten, als dit inderdaad het geval zou zijn, wel massaal zouden kiezen voor virtuele beelden omdat zij dan niet het risico zouden lopen bestraft te worden voor seksueel misbruik.

Het laatste argument van de Amerikaanse regering omvatte het in Nederland zo benadrukte argument van de bewijspositie van het OM. Volgens het hof is dit een ongeoorloofde redenering: “The government may not suppress lawful speech as a means to suppress unlawful speech. Protected speech does not become unprotected merely because it resembles the latter.”⁸⁷ Bovendien zou dit argument alleen op gaan voor de producenten van kinderporno. Bezitters hebben geen middelen om de identiteit, of zelfs het bestaan, van personen vast te stellen die bij de productie betrokken zijn.

⁸⁶ In de V.S. vastgelegd in het overbekende *First Amendment*. Ter volledigheid dient te worden vermeld dat het begrip ‘meningsuiting’ in de V.S. een grotere reikwijdte heeft dan in Nederland. Zo vallen in de V.S. ook visuele uitingen onder de noemer.

⁸⁷ Dit argument sluit aan bij wat De Hullu stelt over uitbreiding van het materiële strafrecht ten faveure van het formele strafrecht.

Dat het hof komt tot een schending van zowel de vrijheid van meningsuiting als het bepaaldheidsgebod is niet onbelangrijk, met name omdat de Nederlandse strafbepaling (via de omweg van het Cybercrime-verdrag) bijna een exacte kopie van deze wet is. In de uitspraak van het Hoogerechtshof worden de (tevens in Nederland aan bod gekomen) argumenten van verleiding van kinderen door virtuele kinderporno, marktvorming, alsmede versterking van de bewijspositie van het OM, verworpen. Feit blijft uiteraard dat aan de vrijheid van meningsuiting in het Amerikaanse rechtstelsel meer waarde wordt gehecht.

Als reactie op deze uitspraak stelde de Amerikaanse regering een jaar later een nieuwe wet voor. Het betrof de Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children Today (PROTECT) Act,⁸⁸ met in sectie 502 een nieuwe definitie van virtuele kinderporno, te weten:

“...a digital image, computer image, or computer-generated image that is, or is indistinguishable from, that of a minor engaging in sexually explicit conduct”

Ingewijden zijn het er unaniem over eens dat de PROTECT-act inhoudelijk niet van zijn voorganger is te onderscheiden en daardoor met het oog op het First Amendment net zo ongrondwettig is.⁸⁹ The United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit was deze mening ook toegedaan in de zaak *USA v. Michael Williams*.⁹⁰ Daarin oordeelde het dat § 2252A(a)(3)(B) van de United States Code onconstitutioneel breed en vaag is, in die zin dat het niet adequaat en specifiek genoeg beschrijft welke uitingen strafbaarheid opleveren. In cassatie werd deze uitspraak echter weer teruggedraaid door het Federaal Hoogerechtshof.⁹¹

Voor de goede orde dient hier te worden opgemerkt dat er een fundamenteel verschil bestaat tussen de uitspraak van de rechtbank Den Bosch en de uitspraken van het Hoogerechtshof van de V.S. De uitspraken van het Hoogerechtshof betreffen een constitutionele toetsing. De uitspraak van de rechtbank is een veroordeling op een daadwerkelijke vervolging. Constitutionele toetsing is in Nederland (nog) niet mogelijk gezien art. 120 Gw.⁹²

2.4.2.b. Canada

In Canada diende voor het Supreme Court een zaak die enige overeenkomsten vertoont met *Ashcroft vs. Free Speech Coalition*, zij het dat in deze zaak

⁸⁸ PROTECT-act, Public Law No. 108-21, §§ 102-601, 117 Stat. 650 (2003).

⁸⁹ Koops 2007, p. 145.

⁹⁰ *USA v. Michael Williams*, 11th Cir., no. P0415128p (6-4-2006).

⁹¹ *United States v. Williams*, 553 U.S. 694 (2008).

⁹² Met het op 2 december 2008 door de Eerste Kamer aangenomen wetsvoorstel 28.331 tot toetsing van formele wetten aan een beperkt aantal grondrechten zal daar binnenkort verandering in komen.

de nadruk meer lag op geschreven kinderpornografie. De stadsplanoloog Sharpe werd naast het bezit van gewone kinderporno (section 163.1 (4) van de Criminal Code) ook het bezit met doel tot verspreiding (section 163.1 (3)) van kinderpornografische geschriften van eigen hand ten laste gelegd.⁹³

Sharpe voerde aan dat 1. deze twee bepalingen ongrondwettig zijn omdat ze in gaan tegen eenieders recht van 'freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media and communication', 2. dat er sprake was van een te brede 'nature of the law' en 3. dat er geen wetenschappelijk bewijs is voor de door de aanklager gestelde relatie tussen kinderporno en daadwerkelijk misbruik.

Het hof oordeelde dat er inderdaad sprake was van een schending van de vrijheid van meningsuiting, maar dat deze schending gerechtvaardigd is omdat het doel van de overheid om kinderen te beschermen tegen exploitatie proportioneel is gezien de inbreuk.

Wel vond het hof dat de twee bepalingen te breed waren geformuleerd omdat zij ook betrekking hebben op materiaal waarbij geen echte kinderen zijn betrokken. Materiaal waarvoor geen echte kinderen zijn misbruikt en dat slechts voor het eigen gebruik wordt vervaardigd of in het bezit is, valt buiten de strafwet, zo oordeelde het.

Met het oog op de maatschappelijk-politieke benadering is dit in zoverre interessant dat hier dus voornamelijk het verspreidingsaspect van kinderporno waarbij geen echte kinderen zijn betrokken schadelijk en dus strafbaar wordt geacht. Ook in Nederland waren deze geluiden te horen, zowel bij critici van de strafbaarstelling als bij de minister, maar toch werd niet gekozen voor de eerdergenoemde uitzonderingen van strafbaarheid.

Een interessant licht op deze zaak werpt het gegeven dat het hier gaat om een vervolging van pornografische geschriften. In Nederland waren sommigen ook bang dat we misschien de richting op zouden gaan van het vervolgen van geschriften.⁹⁴ Dit werd echter ten tijde van de strafbaarstelling onmogelijk geacht gezien het vereiste van levensechtheid. Het oprekken van de reikwijdte door de Aanwijzing van het OM en de uitspraak van de rechtbank Den Bosch vanuit het aanmoedigingsbeginsel zal deze vrees en de vrees voor strafbaarstelling van andere 'virtuele misdrijven' alleen nog maar doen toenemen.

⁹³ R. v. Sharpe, (2001) 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2.

⁹⁴ Zoals Femke Halsema in 'Virtuele kinderporno', *GroenLinks Magazine*, juli 2001.

3. Virtuele kinderporno en het bepaaldheidsgebod

3.1. Inleiding

Een van de gronduitgangspunten binnen het Nederlandse strafrecht is het legaliteitsbeginsel. In Nederland is het als algemene norm opgenomen in art. 16 Gw, voor het materiële strafrecht in art. 1 Sr, voor het strafprocesrecht in art. 1 Sv en in het EVRM ligt het besloten in art. 7. Het enkele feit dat het eerste artikel van de beide strafwetboeken toeziet op het legaliteitsbeginsel geeft al aan dat het van grote waarde is voor ons strafrechtstelsel.

Het legaliteitsbeginsel legt eisen aan de wetgever op met betrekking tot wetgeving en eisen aan de rechter omtrent hoe met die wetgeving om te gaan. Het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel kan worden geconcretiseerd in een viertal deelbeginselen: het gebod om strafbepalingen zo volledig en precies mogelijk te formuleren (bepaaldheidsgebod/lex certa-beginsel), het verbod van gewoonterecht (lex scripta: strafrecht is geschreven recht), het verbod van te extensieve interpretatie (analogieverbod) en het verbod voor de wetgever om strafbaarstellingen met terugwerkende kracht toe te passen (verbod van terugwerkende kracht).

In dit hoofdstuk zal het zwaartepunt liggen bij het gebod voor de wetgever om verboden gedragingen zo duidelijk en precies mogelijk te omschrijven in een wettelijke strafbepaling, dat nader aangeduid zal worden als het bepaaldheidsgebod.⁹⁵ Zoals later zal blijken, hangt het verbod op te extensieve interpretatie nauw samen met het bepaaldheidsgebod. Aan dit verbod zal dan ook de nodige aandacht worden geschonken. Ondanks dat het bepaaldheidsgebod niet expliciet in art. 1 Sr is opgenomen, kan het er wel ‘logisch’⁹⁶ uit af worden geleid.⁹⁷ Bondig gesteld behelst dit beginsel dat een delictsomschrijving bij toepassing op een concreet geval redelijkerwijs geen onzekerheid moet overlaten.⁹⁸

Op papier is de sanctie voor onbepaaldheid het onverbindend verklaren van de strafbepaling, maar in de praktijk wordt deze sanctie eigenlijk nooit opgelegd.⁹⁹ Volgens Buruma is dit te verklaren door de vrees van rechters zich te bezondigen aan toetsing van de innerlijke waarde van de wet.¹⁰⁰

⁹⁵ Ook wel bekend als *Bestimmtheitsgebot* of *lex certa beginsel*.

⁹⁶ Mulder 1987, p. 412.

⁹⁷ In HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001, 14 en HR 28 mei 2002, *NJ* 2002, 483 stelde de HR dat ‘het zogenaamde bepaaldheidsgebod’ verankerd is in art. 1 Sr.

⁹⁸ Mulder 1987, p. 409.

⁹⁹ Eén op zichzelf staande, wat exotisch aandoende uitzondering, is Rb Breda 1 oktober 1985, *NJ* 1986, 114.

¹⁰⁰ Buruma 2000, p. 70.

De toetsing of een strafbepaling in een concreet geval voldoende precies en duidelijk is kan nooit een exacte uitkomst opleveren.¹⁰¹ Het is eerder een grijs schemergebied waarbij vele factoren van belang zijn, zoals de alsdan geldende maatschappelijke opvattingen, de wetsgeschiedenis, de eerdere jurisprudentie, interpretatiemethoden, visies op het bepaaldheidsgebod en de feiten en omstandigheden van het geval. Deze factoren zullen door verschillende mensen verschillend worden geïnterpreteerd en gewaardeerd. Daarbij komt ook nog dat er binnen de doctrine verschillende visies bestaan op, en afwijkende waarden toe worden gekend aan, de verschillende deelaspecten van het legaliteitsbeginsel. Al deze facetten zullen hierna worden meegewogen bij de vraag hoe de strafbaarstelling van virtuele kinderporno zich verhoudt tot het bepaaldheidsgebod.

Bij het bepaaldheidsgebod staat de tekst van de strafbepaling centraal. De toets van de strafbaarstelling van virtuele kinderporno aan het bepaaldheidsgebod dient plaats te vinden aan de hand van de tekst van art. 240b lid 1 Sr:

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 of in bezit heeft. (*cursivering EvD*)

De juridische betekenis en uitleg van de bestanddelen ‘betrokkenheid’ bij een ‘seksuele gedraging’ zijn (inmiddels) redelijk precies en duidelijk.¹⁰² Bij het woord ‘schijnbaar’ rijzen echter vraagtekens, aangezien dit strafrechtelijk nieuwe begrip amper juridisch geduid is. Een eerste aanknopingspunt zal dus de ‘Dikke Van Dale’ zijn. Die geeft de volgende betekenissen: ‘slechts in schijn het genoemde karakter dragend’ en ‘kennelijk’.¹⁰³ ‘Schijn’ wordt uitgelegd als ‘bedrieglijk voorkomen’ en ‘kennelijk’ krijgt de betekenis mee van ‘goed waarneembaar, duidelijk’.

Zoals de invulling van juridische normen aan sociale veranderingen onderhevig is, lijkt dit ook zo op semantisch gebied te zijn. Ten tijde van de parlementaire behandeling in 2002 bleek Van Dale voor ‘schijnbaar’ de be-

¹⁰¹ Een ‘exacte’ uitkomst van deze toets zou haast net zo ongeloofwaardig zijn als het antwoord ‘42’ op de vraag ‘What’s the answer to life, the universe, and everything?’ uit Douglas Adams’ boek *The Hitchhikers Guide to the Galaxy*, al dient opgemerkt te worden dat het problematische aspect daar voornamelijk in de vraag ligt.

¹⁰² De jurisprudentie die over het bestanddeel ‘seksuele gedraging’ is uitgesproken heeft inmiddels enige opheldering over de invulling gebracht, zie bijv. Wafelbakker 2001. Toch blijkt uit de praktijk dat nog niet bij iedereen even duidelijk is waar de grens ligt, zoals HR 26 september 2000, *NJ* 2000, 61 m.nt. JdH (Holland Festival) illustreert.

¹⁰³ Via www.vandale.nl/opzoeken/woordenboek (geraadpleegd op 9 augustus 2008).

tekenissen ‘klaarblijkelijk’, ‘niet-werkelijk’ en ‘zoals iets zich aan onze zintuigen voordoet’ te geven.¹⁰⁴ Volgens de minister zijn deze drie betekenissen alle bruikbaar. Hij benadrukt dat het woord ‘schijnbaar’ is gekozen ‘om op een kernachtige, beeldende en duidelijke wijze de bedoeling van de voorgestelde wijziging te omschrijven’.¹⁰⁵

De vraag is hoe ‘kernachtig, beeldend en duidelijk’ de bedoeling van de wetgever omschreven is. De betekenissen van Van Dale zullen voor de doorsnee burger die wil weten welke gevallen binnen de reikwijdte van art. 240b lid 1 Sr vallen weinig inzicht geven in de bedoeling van de wetgever. Voor de volgende (hypothetische) gevallen is het gezien de door Van Dale gegeven betekenissen net zo aannemelijk als onaannemelijk dat ze binnen de reikwijdte zullen vallen:¹⁰⁶

- Er is in de seksuele gedraging iemand te zien met het postuur van een volwassene en die volledig gekleed is. Het hoofd komt niet in beeld. Achteraf komt er een minderjarige in beeld die verklaart betrokken te zijn geweest bij de seksuele gedraging. Is deze minderjarige dan schijnbaar betrokken bij de seksuele gedraging? Het heeft er de schijn van omdat het per slot van rekening door de minderjarige wordt verklaard. Maar aan de andere kant is er de schijn dat er geen minderjarige bij betrokken was omdat het ging om het postuur van een volwassene.
- Hetzelfde geval, maar dan omgekeerd. Het postuur van een kind, met kleren aan en het hoofd niet in beeld. Achteraf komt er een volwassene (lilliputter) in beeld die verklaart dat hij of zij het was die betrokken was bij de seksuele gedraging.
- Een naakte minderjarige staat op een stoel met het gezicht naar de filmcamera. Erachter staat iemand, op een afstand van de minderjarige, die seksueel getinte bewegingen maakt. Uit het gezichtsbedrog van het vertekende perspectief komt de schijn voort dat hij of zij een seksuele gedraging verricht met de minderjarige.¹⁰⁷
- Op een afbeelding van een seksuele gedraging is één van de afgebeelde personen vervaagd met blokjes, zoals dat in de media wordt gedaan met

¹⁰⁴ Handelingen I, 27 745, nr. 34, p. 1693.

¹⁰⁵ Handelingen I, 27 745, nr. 34, p. 1700.

¹⁰⁶ Voor een aantal gevallen is het van belang aan te merken dat uit art. 240b Sr niet valt op te maken of dat de schijn al dan niet louter het visuele aspect betreft (“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”).

¹⁰⁷ Hierbij dient opgemerkt te worden dat het enkele tonen van een naakte minderjarige niet direct onder de strafbaarstelling valt aangezien dit geen ‘seksuele gedraging’ is.

verdachten. Dit kan dan net zo goed iemand van zeventien als van zeventwintig jaar oud zijn.¹⁰⁸

- Tekeningen en cartoons die de schijn wekken dat een minderjarige betrokken is bij de seksuele gedraging. Betoogd zou kunnen worden dat er schijn gewekt wordt van een minderjarige die betrokken is bij een seksuele gedraging, maar (los gezien van het mogelijk geldende vereiste van levenselijkheid) is dit zeer lastig vast te stellen aangezien bijvoorbeeld de Tanner-criteria¹⁰⁹ niet zonder problemen kunnen worden toegepast op tekeningen en cartoons.
- Een paspoort van een meerderjarige pornoster die eruit ziet als een minderjarige, wordt getoond. Dit wordt gevolgd door een seksuele gedraging waarin deze meerderjarige is te zien. Het heeft er dan de schijn van dat hij of zij minderjarig is maar de feiten weerspreken dit.
- Virtuele personages in computerspellen als 'The Sims' of het onlineplatform 'Second Life' die betrokken zijn in een seksuele gedraging.

Zolang het begrip 'schijnbaar' juridisch nog niet nader geduid is zal het op basis van woordenboekkennis niet mogelijk zijn om een inschatting te maken welke van de bovenstaande gedragingen al dan niet onder deze strafbepaling vallen. Dat 'of schijnbaar is betrokken' 'wat ongelukkig' is gekozen wordt ook geïllustreerd door het in de inleiding aangehaalde citaat van Koops et al.¹¹⁰ Het heeft er dus de 'schijn' van dat hier het bepaaldheidsgebod wordt geschonden. Maar een mogelijke schending daarvan is zoals gezegd afhankelijk van veel factoren. De vage formulering van de strafbaarstelling van virtuele kinderporno en jurisprudentie die indruist tegen de wetsgeschiedenis scheppen in ieder geval veel rechtsonzekerheid. Het is deze rechtszekerheid die de rode draad vormt binnen het legaliteitsbeginsel en de grondslag is van het bepaaldheidsgebod.

¹⁰⁸ Hypothetisch gezien kan dit de volgende absurde situatie opleveren. Een meerderjarige heeft een pornofilm gemaakt met daarop hij- of zichzelf plus een andere meerderjarige die vrijwillig handelde. Uit vrees dat de film ooit gestolen zou worden en hij of zij dan herkend zou worden heeft hij of zij zichzelf vervaagd met blokjes. De politie vindt de film toevallig en bekijkt deze, de officier van justitie gaat over tot vervolging en een veroordeling volgt.

¹⁰⁹ De Tanner-criteria zijn de door de Engelse onderzoeker Tanner opgestelde criteria om door middel van de geslachtelijke ontwikkeling de leeftijd vast te stellen (Tanner, J.M. (1962). *Growth at adolescence*. 2nd edition. Blackwell Scientific Publications, Oxford). Deze criteria worden vaak in de rechtspraak gebruikt om te beoordelen of op beeldmateriaal getoonde personen minderjarig zijn.

¹¹⁰ Koops, p. 62.

3.2. Achtergronden van het legaliteitsbeginsel

Het opleggen van een sanctie aan een burger is de meest vergaande overheidsbevoegdheid mogelijk en denkbaar. Aldus dient het op voorname principiële gronden te geschieden¹¹¹ en op een wijze die omkleed is met voldoende waarborgen voor de strafbaar gestelde. Dat een burger een individueel en/of algemeen rechtsbelang heeft geschonden rechtvaardigt de straf en de daartoe uitgevoerde strafvorderlijke overheidsbevoegdheden jegens hem. Een burger staat relatief machteloos tegenover de overheid en daarom dient het systeem voorzien te zijn van waarborgen die de burger rechtszekerheid bieden en willekeur voorkomen.

Hier ligt de kern van het legaliteitsbeginsel. De materiële gerechtigheid die namens de maatschappij en haar belangen vraagt om vergelding dient in balans te staan met de rechtsbescherming die een burger moet behoeden voor een al te inhalige of fanatieke overheid.

De Hullu noemt een drietal overwegingen waarop het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel is gegrond: het schuldgezichtspunt, de rechtsstaatgedachte en de rechtszekerheid als overkoepelend belang.¹¹² Bezien in het licht van het bepaaldheidsgebod dienen met name het schuldgezichtspunt en de rechtszekerheid in ogenschouw te worden genomen.

Vanuit het schuldgezichtspunt mag niemand worden bestraft indien hij niet wist of kon weten dat zijn gedrag verboden was. Een burger moet namelijk van tevoren een inschatting kunnen maken over het al of niet doorzetten van het mogelijk strafbare handelen. Dit hangt samen met de idee van de rationele mens die de voors en tegens van de gevolgen afweegt alvorens te handelen. Bij een misdrijf als doodslag lijkt dit een weinig reële gedachtegang; ten tijde van de climax van negatieve emoties zal geen weloverwogen balans op worden gemaakt van de mogelijke gevolgen. Voor kinderporno, zeker wanneer het (virtuele) kinderporno betreft die zelf vervaardigd is, ligt een dergelijke overweging meer voor de hand. Daar moeten immers een aantal welbewuste handelingen toe worden ondernomen. Wanneer dan toch willens en wetens wordt besloten om tot verspreiding, openlijke tentoonstelling, vervaardiging, invoering, doorvoering, uitvoering of bezit over te gaan, kan dit hem¹¹³ tegen worden geworpen. Dit levert dan tevens meteen de legitimatie op voor het repressieve overheidshandelen. Uiteraard vergt het

¹¹¹ Zie over de criteria van strafbaarheid bijv. Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische misdrijven*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 73-79.

¹¹² De Hullu 2003, p. 82-83.

¹¹³ Wanneer over burgers in de mannelijke vorm wordt gesproken, omvat dit tevens de vrouwelijke vorm. Nochtans bestaat het leeuwendeel van de veroordeelden inzake kinderporno uit mannen. Voor virtuele kinderporno ligt dit percentage

schuldgezichtspunt een zo duidelijk en nauwgezet mogelijk omschreven strafbaarstelling. Bij te veel vaagheid kan een burger per slot van rekening geen wetenschap hebben van de reikwijdte van de bepaling en daar zijn gedrag dus niet op afstemmen.

Het schuldgezichtspunt vormt ook het uitgangspunt voor de instrumentele hypothese van het legaliteitsbeginsel. Deze hypothese gaat er vanuit dat van kenbare wetgeving een preventieve werking uitgaat: het is een werkzaam instrument om gedrag van burgers te sturen.¹¹⁴ De klassieke gedachte hierbij is dat burgers het zullen laten om één van de strafbare handelingen omtrent virtuele kinderporno uit te voeren omdat zij weten dat zij schuldig zullen zijn aan het misdrijf.

De rechtszekerheid vormt het overkoepelende belang van het legaliteitsbeginsel. Een burger moet een bepaalde mate van zekerheid hebben of de overheid zal overgaan tot een repressief optreden jegens hem, en als dit het geval is wat voor reactie dit dan zal zijn. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) plaatst deze overweging van het legaliteitsbeginsel in de bescherming van de verdachte tegen willekeur op het gebied van vervolging, veroordeling en straf.¹¹⁵

Het mes van de rechtszekerheid snijdt aan twee kanten. Wanneer de wetgeving over virtuele kinderporno precies is geformuleerd en voldoende toegankelijk is, en wanneer bovendien duidelijk is hoe het opsporings- en vervolgingsbeleid is ingericht, kan de burger een oordeel vellen over zijn voorgenomen gedrag. Ook de overheid is gebaat bij duidelijke en toegankelijke normen omdat zij weet waar ze aan toe is en dus doelgericht en efficiënt kan optreden tegen overtreders van de kinderpornobepaling.¹¹⁶

Het bepaaldheidsgebod kan dus worden gezien als een opdracht aan de wetgever om de vrijheidssfeer van de burger te respecteren. Gezien de opvattingen over vrijheid binnen de rechtsstaatgedachte heeft het legaliteitsbeginsel, en daarmee het bepaaldheidsgebod, een prominente status. De opvattingen over de (absolute) gelding ervan verschillen.¹¹⁷ Desalniettemin wordt het legaliteitsbeginsel binnen de rechtsgeleerdheid beschouwd als een belangrijke hoeksteen van het strafrecht. Naast een kader voor wetgever en

zelfs op honderd procent, met de kanttekening dat er in Nederland slechts één veroordeling heeft plaatsgevonden.

¹¹⁴ Rozemond 2000, p. 55.

¹¹⁵ EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997, 1 m.nt. Kn (C.R. tegen V.K.).

¹¹⁶ De Hullu 2003, p. 89.

¹¹⁷ Zie bijv. Groenhuijsen 1987, p. 21, Mulder 1987, p. 410-411 en de discussie rond het bepaaldheidsgebod die is ontstaan na HR 20 november 2001 tussen R. de Lange en P.A.M. Mevis (in: *NJ* 2003, 632), M.M. Dolman (in: 'Actus regit locum? Over legaliteit, rechtsmacht en "prospective overruling"', *DD* 2004, p. 231-245) en M.J. Borgers (in: 'De grenzen van het Rijk in Europa en de grenzen van de interpretatievrijheid van de strafrechter', *DD* 2004, p. 590-601).

rechter is het ook een uitdrukking van het ethische uitgangspunt om, kort gezegd, netjes om te gaan met de rechten van burgers. Daarnaast is het legaliteitsbeginsel een opdracht aan de wetgever om de gewoonten en opvattingen van de gemeenschap helder omljnd in de wet tot uitdrukking te brengen.¹¹⁸

Vanaf het eind van de twintigste eeuw is er een ontwikkeling gaande die de indruk wekt afbreuk te doen aan dit ethische uitgangspunt en deze opdracht aan de wetgever.¹¹⁹ Door de vergaande globalisering op alle fronten (dus ook die van de misdaad), de vermeende toegenomen dreiging van georganiseerde misdaad en terreur en het steeds breder in de media uitgemeten worden van misdaad en onveiligheid, lijkt het de hoofdtaak van de overheid te zijn geworden om risico's te verminderen en veilige omgevingen te scheppen. Inspelend op de onbehaaglijke en onveilige gevoelens die in de maatschappij heersen ('moral panics',¹²⁰), kan gemakkelijk een democratische meerderheid worden verkregen, die met een beroep op het belang van die meerderheid inbreuken kan maken op de belangen en rechten van individuele burgers om gevaar te voorkomen en misdaad te bestrijden.

Dit brengt ons weer terug naar de vrijheidssfeer van de burger die beschermd dient te worden door het legaliteitsbeginsel. De beschreven roerige maatschappelijke ontwikkelingen leiden steeds meer tot wetgeving waarin de veiligheid een belangrijkere plaats inneemt dan rechtszekerheid.¹²¹ De idee van verzorgingsstaat is ingeruild voor dat van een veiligheidsstaat.¹²² Naast het bewaken van concrete veiligheid is er een ontwikkeling te ontwarren waarin de wetgeving in toenemende mate ingaat op mogelijk dreigend gevaar.¹²³ Er kan dan niet worden gesproken over codificatie van de positieve moraal maar meer van codificatie van dreigingsbeheersing. De wetgever streeft niet meer primair naar codificatie maar naar modificatie.¹²⁴ Eenvoudiger gezegd wil de overheid gevaar en misdaad een stapje voor zijn: liever voorkomen dan genezen. En dat levert wel eens inbreuken op vrijheid, privacy of recht op meningsuiting op voor de burger.

De strafbaarstelling van virtuele kinderporno kan als een vrucht van deze ontwikkelingen worden beschouwd. Door het internationale karakter en de vele aandacht die het krijgt in de media wordt kinderporno als een serieuze

¹¹⁸ Buruma 2000, p. 66.

¹¹⁹ Buruma 2000, p. 66.

¹²⁰ Buruma 2000, p. 78.

¹²¹ De vele maatregelen die zijn genomen na de aanslagen van 11 september 2001 in het kader van terrorismebestrijding zijn daar een goed voorbeeld van.

¹²² Y. Buruma, 'Strafrechtelijk regeringsbeleid in de veiligheidsstaat', in: *Idealen, waarden en taken van het strafrecht* ('t Hart bundel), Deventer 2002, p. 194-197.

¹²³ Groenhuijsen 1987, p. 16-17.

¹²⁴ T. Koopmans, *De rol van de wetgever*, in: *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle 1970, p. 222-223.

bedreiging voor het maatschappelijk belang gezien. De wetgever lijkt handig op de publieke gevoelens van onveiligheid ingespeeld te hebben om de strafbaarstelling doorgedrukt te krijgen.¹²⁵ Een direct geschaad belang werd immers niet aangetoond. De door de minister aangevoerde argumenten houden echter verband met algehele en doeltreffende misdaadbestrijding en dan is een democratische meerderheid al snel vergaard. Dit is zeker het geval bij een gevoelig onderwerp als virtuele kinderporno, dat al snel de zweem om zich heen heeft van ‘alles dat ermee te maken heeft moeten we aan banden leggen’.

Een democratische meerderheid kan echter niet ter rechtvaardiging dienen voor een lakse houding jegens het bepaaldheidsgebod. Een democratische wens kan het bepaaldheidsgebod als grondslag van de rechtsstaat echter niet opzij zetten zonder die rechtsstaat aan te tasten.¹²⁶ Ook een notoire pedoseksueel heeft immers het ‘recht’ op rechtszekerheid, en die lijkt nu ondergeschoven te worden. Enerzijds door het vage en voor velerlei uitleg vatbare bestanddeel van de ‘schijnbare betrokkenheid’. Anderzijds door de open bewoordingen in de Aanwijzing van het OM en de verrassende jurisprudentie.¹²⁷

3.3. Bepaaldheidsgebod: onvermijdelijke vaagheid versus noodzakelijke helderheid

De wens om met een strafbaarstelling een brede hoek aan gedragingen te bestrijken kan voor de wetgever een drijfveer zijn om bewust vage normen op te nemen. Voor het OM biedt dat het voordeel om de grenzen van de vage strafbepaling (verder) op te rekken en door de rechter te laten toetsen. En gaat de rechter mee, dan heeft het OM zijn speelruimte bevestigd. Al doende wordt door deze ontwikkelingen het legaliteitsbeginsel verwaterd.

Vage delictsomschrijvingen brengen onmiskenbaar nadelige gevolgen met zich mee. Naast de ondermijning van het legaliteitsbeginsel, springt het gebrek aan rechtszekerheid van de burger hier het meest uit. Daarnaast kan genoemd worden dat vage normen de overheid minder houvast bieden bij opsporing, vervolging en berechting. Dat het OM ondanks het vereiste van levensechtheid in de parlementaire geschiedenis proefprocessen wil gaan voeren over virtuele kinderporno in ‘Second Life’, en dat er een veroordeling heeft plaatsgevonden inzake virtuele kinderporno die niet levensecht is,

¹²⁵ Vgl. Buruma 2000, p. 78: “Democratische meerderheden kunnen onder invloed van impulsieve, momentale hartstochten, of heersende vooroordelen akelige wetten maken”.

¹²⁶ Buruma 2000, p. 65.

¹²⁷ Rb ’s-Hertogenbosch 4 februari 2008, *LJN*: BC3225.

kunnen aanwijzingen zijn voor het gebrek aan aanknopingspunten uit art. 240b lid 1 Sr voor opsporing, vervolging en berechting. Onderzocht moet worden in hoeverre en hoe vaak de rechter inderdaad met de wetoprekking van het OM meegaat.

Het idee van democratische legitimatie binnen de rechtsstaat brengt met zich mee dat door een democratisch gekozen wetgever een publiek stelsel van normen moet worden ontwikkeld waarin de meeste burgers zich kunnen herkennen en waarin de rechten van burgers op een gelijkwaardige manier worden beschermd.¹²⁸ De wetgever moet zich daarin tot doel stellen de strafwet een zo goed mogelijke afspiegeling te laten zijn van de alsdan levende maatschappelijke opvattingen.¹²⁹ Dit is een voor een wetgever vanzelfsprekend streven, maar in een ingewikkelde samenleving praktisch bijzonder lastig te verwerkelijken.

Een maatschappelijk systeem is namelijk nooit in al zijn aspecten te voorzien, en al helemaal niet waar het gaat om aspecten die zich mogelijk in de toekomst voor zullen doen. Dit maakt het lastig om strafwetgeving te formuleren die toeziet op alle praktijkgevallen en ook nog eens de tand des tijds kan doorstaan, althans niet steeds met reparatiewetgeving opgelapt moet worden. Het klassieke idee van het Verlichtingsdenken dat wetgeving zo duidelijk mogelijk moet zijn en toegespitst op alle facetten van de maatschappij is inmiddels achterhaald en opgeschoven richting het idee dat open normen *soms* onvermijdelijk zijn.¹³⁰ Duidelijkheid in wetgeving is zeer wenselijk, maar het kan teveel starheid met zich meebrengen.¹³¹ Met name op de twee volgende gebieden kan de vaagheid worden gelegitimeerd door de gewenste flexibiliteit.¹³²

In hoofdstuk 2 is betoogd dat de opvattingen over zeden sterk tijdsgebonden zijn. Sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht zijn er oplevingen van zowel het zedelijkheidsprincipe als van het seksuele vrijheidsprincipe te onderscheiden. Een codificatie die tot in de puntjes de nu geldende maatschappelijke opvattingen omtrent zeden representeert herbergt het risico in zich om over een decennium een discrepantie te vertonen met de dan geldende zedelijke moraal. Met name begrippen als ‘seksuele gedraging’ en ‘schijnbaar betrokken’ zouden een andere maatschappelijke invulling kunnen krijgen in de toekomst. Aldus kan het wenselijk zijn de strafbepaling

¹²⁸ John Rawls omschrijft dit als ‘de publieke rede’, Rozemond 2000, p. 64.

¹²⁹ Dat dit in de praktijk niet altijd het geval is, is reeds opgemerkt door de veelgebezigde krachtterm van Koopmans ‘niet meer codificatie, maar modificatie’ aan te halen.

¹³⁰ Rozemond 2000, p. 51.

¹³¹ EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146 m.nt. EAA (Times tegen Verenigd Koninkrijk).

¹³² De Hullu 2003, p. 91-92.

minder te concretiseren opdat de strafrechter de interpretatie van de wet in kan kleuren naar de veranderende maatschappelijke opvattingen. De flexibiliteit van de regelgeving als een opvangmogelijkheid van veranderende maatschappelijke normen kán dus de rechtvaardiging vormen voor vaagheid in de strafbepaling,¹³³ zo onderschreven de HR¹³⁴ en het EHRM.¹³⁵

Naast de mogelijk toekomstige veranderende maatschappelijke opvattingen is er nog een andere inhoudelijke reden die vaagheid binnen de strafbepaling kan legitimeren. Twintig jaar geleden moest nog een smoezelige zaak binnengetreden worden om aan kinderpornografische VHS-videobanden te komen en was het nog ondenkbaar dat er ooit pedoseksuelen zouden zijn die zich toeleiden op enige vorm van virtuele kinderporno. Nu hebben de eerste praktijkgevallen zich reeds aangediend. Oftewel: het is moeilijk te voorzien hoe de techniek zich zal gaan gedragen ten opzichte van de strafbepaling en vice versa. Open en daarmee flexibele normen bieden betere uitgangspunten om *nieuwe verschijningsvormen* van het misdrijf, dus waar de wetgever nog niet direct aan had gedacht, onder de reikwijdte van de strafbepaling te brengen.¹³⁶

Virtuele kinderporno is zo'n misdrijf waar maatschappelijke veranderingen belangrijk zijn en waar veel technologische ontwikkelingen plaats zouden kunnen vinden. Dit brengt met zich mee dat een hogere mate van vaagheid onder bepaalde omstandigheden hier gelegitimeerd zou kunnen worden, zonder dat de balans te ver doorslaat naar de rechtsonzekerheid.

Vooropgesteld dient hier echter te worden dat de wetgever ten tijde van de aanpassing van art. 240b lid 1 Sr aan een aantal verschijningsmogelijkheden van virtuele kinderporno gedacht heeft, maar er welbewust voor heeft gekozen om deze niet onder te strafbaarstelling te laten vallen.¹³⁷ Dit komt dan ook expliciet tot uitdrukking in de wetsgeschiedenis. Het gaat hier naast de verschijningsvorm van als zodanig herkenbare virtuele kinderporno bijvoorbeeld ook om schilderijen, tekeningen, cartoons en strips.¹³⁸ In het geval van de uitspraak van de rechtbank Den Bosch, maar ook wanneer het in het algemeen gaat om als zodanig herkenbare virtuele kinderporno, betekent dit dus dat de te flexibele en open formulering van de strafbepaling van virtuele

¹³³ De Hullu 2003, p. 92.

¹³⁴ HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001, 14.

¹³⁵ EHRM 24 mei 1988, *NJ* 1991, 685 Müller tegen Zwitserland: pornografie is bij uitstek één van de terreinen waar flexibiliteit voor maatschappelijke veranderingen gewenst is.

¹³⁶ De Hullu 2003, p. 92.

¹³⁷ Vergelijk HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, 564 (Elektriciteit), waarin de Hoge Raad een extensieve interpretatie accepteerde voor een verschijningsvorm van diefstal waar de wetgever ten tijde van het opstellen van de strafbepaling nog niet aan had gedacht.

¹³⁸ Zie bijvoorbeeld EK 2001-2002, 27 745, nr. 299b p. 7-8.

kinderporno niet gebruikt mag worden om daar verschijningsvormen onder te scharen die de wetgever niet strafbaar achtte.

Bij het gedogen van vaagheid op grond van technologische en maatschappelijke redenen blijft voorzichtigheid volgens De Hullu ook geboden. Bij een eigentijdse extensieve interpretatie van misdrijven op technologisch gebied stelt hij de voorwaarde dat de tekst van de wet de mogelijkheid voor de interpretatie moet bieden en er geen ingrijpende, rechtsvormende keuzes op het spel staan.¹³⁹ De tekst van art. 240b lid 1 Sr is zo vaag dat in ieder mogelijk geval van vervolging verdedigd kan worden dat het zowel níet als wél de mogelijkheid biedt voor de interpretatie. Maar met name de ingrijpende, rechtsvormende keuze is van belang bij art. 240b lid 1 Sr. Doordat de vage bewoording zoveel mogelijkheden open laat, het begrip ‘schijn’ nieuw is in het WvSr en met de strafbaarstelling het rijk van de virtuele misdrijven is betreden, wordt al snel een ingrijpende rechtsvormende keuze gemaakt. Bij mogelijk extensieve interpretatie van virtuele kinderporno dient de parlementaire geschiedenis daarom als richtsnoer te fungeren.

Bij het mogelijk gedogen van vaagheid wegens gewijzigde maatschappelijke inzichten en opvattingen volgt volgens De Hullu uit de rolverdeling tussen de strafrechter en strafwetgever een terughoudende opstelling van de strafrechter.¹⁴⁰ Het is immers aan de strafwetgever om de geldende maatschappelijke opvattingen te codificeren in het geldende recht, niet aan de strafrechter. De Hullu noemt specifiek de zedenwetgeving als terrein waarbinnen door de HR veel belang wordt gehecht aan de opvattingen van de wetgever. Ook dit schrijft een interpretatie voor die strookt met de parlementaire geschiedenis.

Naast de bovenstaande inhoudelijke redenen zou ook een wetstechnische reden kunnen doen besluiten om welbewust een vage norm op te nemen. Deze reden is gelegen in het voorkomen van delictsomschrijvingen die zo verfijnd zijn dat daarmee de overzichtelijkheid wegvalt. Door het opnemen van een eindeloze opsomming van strafbare handelingen lijdt het belang van de algemene toegankelijkheid en inzichtelijkheid van de wetgeving schade.¹⁴¹ Deze wetstechnische reden ziet met name toe op de zogeheten ‘spaghetti-wetgeving’ waarin specifieke details worden geregeld in steeds specifiekere wordende ‘vertakte’ wetgeving (wet in formele zin, AMvB, ministeriële regeling, enz., enz.).

In het geval van virtuele kinderporno kan de vrees voor te specifieke wetgeving redelijkerwijs niet bestaan. De strafbepaling staat in het WvSr, een wet in formele zin, en is dus niet vertakt. Bovendien is de strafbaarstel-

¹³⁹ De Hullu 2003, p. 100.

¹⁴⁰ De Hullu 2003, p. 100-101.

¹⁴¹ De Hullu 2003, p. 91.

ling aan het ‘gewone’ kinderpornografieverbod ontsproten en vindt daarin haar pijlers. Het kinderpornografieverbod is op zichzelf al redelijk ruim geformuleerd met begrippen als ‘seksuele gedraging’ en ‘betrokkenheid’, die in de loop der jaren door jurisprudentie zijn ingekleed. Aangezien al veel ‘voorwerk’ in het reguliere kinderpornoverbod is verricht, is het mogelijk om het virtuele kinderpornoverbod specifiekere te formuleren, zeker omdat het gaat om een specifiekere toepassing daarvan. Op generlei wijze hoeft dus worden gevreesd voor te verfiende of specifieke wetgeving.

Bovendien kan gesproken worden van een minimumnorm aan duidelijkheid voor strafbepalingen. Exact het omgekeerde van te specifieke wetgeving is namelijk evenmin wenselijk. Er ontstaat interpretatiechaos als de bepaling zo vaag, weinig specifiek en breed is dat er geen enkele indicatie met betrekking tot strafbare verschijningsvormen uit de bewoordingen van de strafbepaling kan worden afgeleid. Dit geldt helemaal als ook nog een nieuw woord in het Wetboek van Strafrecht wordt geïntroduceerd, zoals het woord ‘schijnbaar’ in art. 240b lid 1 Sr. In zo’n geval is het wenselijk om specifiekere te zijn in de formulering. Mocht dan later blijken dat de formulering te beperkt is omdat bepaalde verschijningsvormen toch niet binnen de reikwijdte blijken te vallen, dan kan de wet alsnog worden aangepast.¹⁴²

Deze laatstgenoemde volgorde is verkieslijk, aangezien bij het omgekeerde een onwerkbaar vacuüm ontstaat. De strafbepaling van virtuele kinderporno is nu te vaag en breed, en zou zonder de gidsende wetsgeschiedenis zo’n onwerkbaar vacuüm zijn. Om te voorkomen dat in het wilde weg wordt geïnterpreteerd, zal dus ook om wetstechnische redenen vastgehouden moeten worden aan de wetshistorie.

Maatschappelijke, technologische en wetstechnische ontwikkelingen kunnen dan wel in bepaalde gevallen de marges van toelaatbare vaagheid vergroten, de eis moet altijd een zo duidelijk en precies mogelijke bepaling zijn. In Nederland lijkt de lat van duidelijkheid van strafwetgeving door de wetgever minder hoog te worden gelegd door de grote waarde die toe wordt gekend aan het opportuniteitsbeginsel, wat gezien voornoemde eis een zwakke plek in het rechtsstatelijke systeem is. Daarbij wordt verondersteld dat het opportuniteitsbeginsel corrigerend kan werken en voor nuancering kan zorgen.¹⁴³

¹⁴² In het geval dat een bepaling te ruim is kan de situatie zich voordoen dat iemand wordt veroordeeld voor een handeling die de wetgever níet strafbaar achtte (in de ogen van de wetgever dus een onschuldige). In het geval dat een bepaling te specifiek en beperkt is, kan de situatie zich voordoen dat iemand vrijuit gaat voor een handeling die door de wetgever wél strafbaar werd geacht. De algemeen gangbare gedachte binnen het strafrecht is dat dit laatste valt te prefereren (‘beter tien schuldigen die vrij rondlopen dan één onschuldige die vastzit’).

¹⁴³ De Hullu 2003, p. 28.

Virtuele kinderporno is hier een duidelijk voorbeeld van. De twee op grond van het Cybercrime-verdrag en het Kaderbesluit toegestane uitzonderingen van virtuele kinderporno zijn welbewust niet in de strafwetgeving opgenomen omdat een grote waarde werd gehecht aan het opportuniteitsbeginsel.¹⁴⁴ Het vereiste van levensechtheid was, zo blijkt uit de parlementaire stukken, een ingangseis voor vervolging, maar werd desondanks niet opgenomen in de wet. Er mag worden aangenomen dat ook hier een groot vertrouwen in het opportuniteitsbeginsel de beweegreden was om het niet op te nemen. Toch vervolgen (en veroordelen) voor als zodanig herkenbaar virtueel kinderpornografisch beeldmateriaal is een aanwijzing dat het opportuniteitsbeginsel er niet voor is om onduidelijke strafbepalingen nader in te vullen.

Het opportuniteitsbeginsel dient ertoe de strafwetgeving naar redelijkheid toe te passen en omvat de bevoegdheid voor het OM om op gronden aan het algemeen belang ontleend van de vervolging van een strafbaar feit af te zien. Het algemeen belang dient bij vervolging voorop te staan. De inzet van het strafrecht is met het oog op dit algemeen belang dus niet in alle gevallen vanzelfsprekend. Uit het opportuniteitsbeginsel vloeit voor het OM een beperkende toepassing van het strafrecht voort, niet een uitbreidende. Door te vertrouwen op de sturende werking van het opportuniteitsbeginsel bij de strafbaarstelling van virtuele kinderporno heeft de wetgever het risico omarmd dat het OM veel vrijheid zou nemen in zijn vervolgingsbeleid.

Achteraf blijkt dit een averechts effect gehad te hebben: in plaats van dat de vervolging beperkt zou worden in gevallen waar het algemeen belang dat toeliet, heeft het OM zich dankzij de te brede formulering van de strafbepaling nu de vrijheid toegemeten om ook te gaan vervolgen in gevallen die onverenigbaar zijn met de wetsgeschiedenis. Op zichzelf betekent dit nog niet per se een verstoring van de balans in de Trias Politica. Zodra de rechter echter zonder deugdelijke motivering meegaat in zo'n tegen de wetsgeschiedenis ingaande uitbreiding, is dit wel het geval.

3.4. Bepaaldheidsgebod in de rechtspraak

Het bepaaldheidsgebod is als onderdeel van het legaliteitsbeginsel één van de uitgangspunten die de rechtsstaat behoort te koesteren. Onze rechtsstaat is een democratie, waarbij democratie kan worden gedefinieerd als een inhoudelijk begrip dat tot uitdrukking probeert te brengen dat een samenleving wordt geregeerd door de normen die de samenleving zelf vaststelt.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Handelingen I, 2 juli 2002, nr. 34, p. 1695.

¹⁴⁵ Rozemond 2000, p. 64.

Het is een utopie (gebleken) aan te nemen dat deze door de samenleving vastgestelde normen direct, interpretatieprobleemloos en zonder aantasting door de tijd doorwerken naar maatschappelijke instellingen. Het algehele besef is gerezen dat sociale systemen een voorlopig karakter hebben. Daardoor moeten ze open staan voor de correcties van vergissingen binnen het systeem, alsmede voor aanpassingen aan veranderingen in de samenleving.¹⁴⁶ Dit is een eerste reden waarom de ontwikkeling van het recht niet volledig in handen van de wetgever kan worden gelegd.

Een andere reden is dat deze vastgestelde normen zichzelf niet kunnen omzetten naar praktijksituaties. Welke van de in het begin van het hoofdstuk geschetste gevallen strafbaar zijn volgens art. 240b lid 1 Sr wordt niet vermeld in, bij wijze van spreken, een voetnoot van het wetboek, en de wetsgeschiedenis uit 2002 biedt ook in lang niet alle gevallen uitkomst. Voor het omzetten van de strafrechtelijke bepalingen naar de concrete situaties en omstandigheden van de praktijk middels interpretatie is altijd de tussenkomst van een rechter nodig. De wetgever kan immers niet volledig voorschrijven hoe wetgeving moet worden gebruikt in de sociale context van het recht. Dat gebruik wordt namelijk mede bepaald door ontwikkelingen in het rechtssysteem, in de rechtspraktijk en in de samenleving waarin het recht functioneert.¹⁴⁷

De taak van de rechterlijke macht ligt niet alleen in het puur en alleen omzetten van de regels naar de praktijk. Wanneer zich enkel standaardsituaties voor zouden doen in een niet aan verandering onderhevig zijnde maatschappij zou dit wél het geval kunnen zijn. Naast de standaardgevallen moet echter ook over de grensgevallen een oordeel worden geveld. Bovendien dienen de veranderende maatschappelijke opvattingen, voorzover mogelijk en toelaatbaar, te worden meegenomen in de rechtspraak. Aldus heeft de (met name hogere) rechter naast een puur rechtsprekende ook een rechtsvormende functie door het interpreteren van de wet.

3.4.1. Regel- en rechtenopvatting van legaliteit

Over de vraag hoe de rechter moet rechtspreken en recht moet vormen in verhouding tot het legaliteitsbeginsel bestaan twee verschillende opvattingen: een regelopvatting en een rechtenopvatting van legaliteit.¹⁴⁸

De regelopvatting van legaliteit klampt zich sterk vast aan een formalistische toepassing van de wet, waarbij de letterlijke wettekst en de wetshistorische bedoelingen doorslaggevend zijn. Dit vindt zijn wortels in de gedachte

¹⁴⁶ Rozemond 2000, p. 51.

¹⁴⁷ Rozemond 2000, p. 42.

¹⁴⁸ Rozemond 1999, p. 118.

dat strafbepalingen regels zijn die de democratisch gelegitimeerde bedoelingen van de wetgever tot uitdrukking brengen.

Deze formalistische inslag brengt een tweetal complicaties met zich mee. De tekst van een strafbepaling en de wetshistorische bedoelingen bieden in lang niet alle gevallen voldoende duidelijkheid over de toepassing in de praktijk, aangezien de wet geen enkele mogelijkheid concretiseert en de wetsgeschiedenis doorgaans slechts een beperkt aantal van alle mogelijkheden van het misdrijf aanduidt. Hierdoor kan een strikte regelopvatting tekortschieten ten opzichte van fundamentele rechten die het strafrecht beoogt te beschermen. Virtuele kinderporno illustreert deze complicatie op treffende wijze.

Voorts zou zich bij een regelopvatting de situatie voor kunnen doen dat de tekst van de wet en de wetshistorische bedoelingen indruisen tegen de huidige ontwikkelingen in het recht en in de samenleving.¹⁴⁹ Bij virtuele kinderporno ligt dit minder snel voor de hand aangezien de strafbaarstelling redelijk recent is. Een dergelijke situatie is eerder denkbaar bij misdrijven die sinds de invoering van het wetboek van strafrecht onveranderd zijn gebleven en aldus al meer dan een eeuw meegaan.

De rechtenopvatting van legaliteit weet beter met deze complicaties om te gaan. Volgens deze opvatting zijn, net zoals overigens bij de regelopvatting, duidelijk kenbare en democratisch gelegitimeerde (geschreven) rechtsregels een belangrijk onderdeel van het recht. Zij vormen als het ware een overkoepelend recht op rechtszekerheid van de burger, dat de wetgever verplicht om duidelijke regels af te kondigen en burgers te beschermen tegen willekeurige bestraffing.

Waar de regelopvatting sterk vasthoudt aan de tekst van de wet en de wetshistorische bedoelingen, bepleit de rechtenopvatting meer het uitleggen van de regels in het licht van de fundamentele rechten van burgers die zij beogen te beschermen. Dit komt voort uit de overtuiging dat het recht gericht is op het verwezenlijken van rechtvaardigheid. Dit impliceert onder meer dat bij de vraag of bestraffing van burgers gerechtvaardigd is ook dient te worden gekeken naar de rechten van slachtoffers.¹⁵⁰ De rechter mag dus niet stil blijven staan bij de letterlijke tekst van de wet en de historische bedoelingen van de wetgever, maar dient zich bij de interpretatie nadrukkelijk af te vragen welke rechten in het geding zijn.^{151 152}

¹⁴⁹ Rozemond 1999, p. 118.

¹⁵⁰ Rozemond 1999, p. 124.

¹⁵¹ Rozemond 1999, p. 129.

¹⁵² De tekst van de wet en de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever vormen interpretatiegrenzen. Zodra over deze grenzen heen wordt gegaan zal ter demo-

Wat betekenen deze opvattingen van legaliteit voor art. 240b lid 1 Sr? De regelopvatting van legaliteit geeft een lezing van virtuele kinderporno die zich beperkt houdt tot de tekst van de wet en de bedoelingen van de wetgever. Zoals betoogd biedt de tekst van de wet weinig houvast en zal dus voornamelijk gekeken moeten worden naar de wetshistorische bedoelingen. Voor de vraag wat voor de regelopvatting dan exact onder de reikwijdte van art. 240b lid 1 Sr valt zij verwezen naar de parlementaire stukken en hoofdstuk 2. In ieder geval zal al het beeldmateriaal dat niet levensecht is volgens deze opvatting buiten de reikwijdte vallen.

De regelopvatting is meer de klassieke gedachte over interpretatie en is inmiddels achterhaald ten gunste van de rechtenopvatting. Zowel de HR als het EHRM hanteren beide een rechtenopvatting.¹⁵³ In de rechtspraak van de HR komt de rechtenopvatting tot uiting in het streven naar evenwicht tussen waarborgen tegen willekeur en bescherming van slachtoffers. Dit evenwicht wordt gevormd door het afwegen van wetshistorische bedoelingen, duidelijke afgrenzingen en beschermende strekkingen van strafbepalingen.¹⁵⁴

Art. 240b lid 1 Sr kent met betrekking tot virtuele kinderporno geen duidelijke afgrenzingen van de reikwijdte van de bepaling aan de hand van de bewoording van de strafbepaling. Dit zal dus in mindere mate meewegen voor het evenwicht. Dan de beschermende strekkingen van strafbepalingen. Bij de meeste delicten is het onvermijdelijk dat de rechten van burgers die slachtoffer zijn geworden spanningen oproepen met de rechten van verdachten. Normaliter bieden de mensenrechten van slachtoffers dan ook tegenwicht aan de beschermende strekkingen voor verdachten. Bij louter virtuele kinderporno als slachtofferloos delict zijn er echter geen directe belangen van concrete slachtoffers in het geding. Het zwaartepunt zal dus bij het recht van de verdachte op rechtszekerheid komen te liggen. Aangezien de rechtszekerheid van de verdachte prevaleert, zal de nadruk - net zoals bij de regelopvatting van legaliteit - op de wetshistorische bedoelingen komen te liggen. Deze wetshistorische bedoelingen steunen immers op een directe democratische legitimatie en bieden de verdachte rechtszekerheid dankzij de kenbaarheid.

De veroordeling van de rechtbank Den Bosch inzake virtuele kinderporno gaat lijnrecht tegen deze lezing van de rechtenopvatting van legaliteit in. De rechtbank hechtte in haar veroordeling inzake virtuele kinderporno veel waarde aan van het belang van slachtoffers, dat zij vond in 'bescherming

cratische legitimatie een nieuwe strafbepaling moeten worden gevormd of de huidige strafbepaling worden aangepast.

¹⁵³ Rozemond 1999, p. 125-129.

tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag en gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert'. Ondanks dat er bij als zodanig herkenbare virtuele kinderporno geen directe belangen van concrete slachtoffers zijn, liet de rechtbank deze belangen toch prevaleren ten koste van de rechtszekerheid van de verdachte.

3.4.2. Interpretatiemethodes voor strafbepalingen

De mate van bepaaldheid van een strafbaarstelling leunt op de bewoordingen van de strafbepaling. Deze bewoordingen stellen de grenzen van het juridisch acceptabele voor de verschillende mogelijkheden om een strafbepaling in een bepaald geval te interpreteren.¹⁵⁵ Aldus dient naar de interpretatiemethodes voor strafbepalingen te worden gekeken om tot een zinnig antwoord op de bepaaldheidsvraag te komen. Zonder te weten hoe met de bewoordingen om te gaan kan men immers geen oordeel vellen over de kwaliteit van de bewoordingen. Ter vergelijking: zonder de wetenschap hoe een auto te besturen is het lastig te beoordelen wat de rijkwaliteiten ervan zijn.

3.4.2.a. Grammaticale interpretatiemethode

Het eerste uitgangspunt voor de interpretatie is uiteraard de tekst van de bepaling, die centraal staat in de grammaticale interpretatiemethode. De tekst van de bepaling is het nauwst verbonden met de rechtszekerheid van de verdachte en het legaliteitsbeginsel, met name het bepaaldheidsgebod. Een verdachte die wil weten waar hij aan toe is zal allereerst en voornamelijk aanhaken bij de bewoordingen van de delictsomschrijving.¹⁵⁶ Maar wanneer de tekst te weinig aanknopingspunten biedt in het 'normale' én in het juridische taalgebruik, zoals in het geval van virtuele kinderporno, zal moeten worden gekeken naar andere manieren om de delictsomschrijving te interpreteren.

3.4.2.b. Wetshistorische interpretatiemethode

De delictsomschrijving is opgesteld door de wetgever, die overwegingen en achtergronden kenbaar maakt in parlementaire stukken. De rechter kan, in tegenstelling tot de wetgever, niet steunen op een directe democratische legitimatie. Aldus vormen de bedoelingen van de wetgever, zoals die blijken uit parlementaire stukken, gezien vanuit het legaliteitsbeginsel een belangrijke

¹⁵⁴ Rozemond 1999, p. 129.

¹⁵⁵ De Hullu 2003, p. 95.

¹⁵⁶ De Hullu 2003, p. 95.

bron voor de interpretatie bij de wetshistorische interpretatiemethode. Met name bij maatschappelijk zeer gevoelige onderwerpen als virtuele kinderporno is het van groot belang om te kijken wat de wetgever hier nu precies mee heeft gewild en bedoeld. Daarbij zal gelden dat naarmate de wetsgeschiedenis ouder is deze minder maatschappelijk relevant zou kunnen zijn, en aldus een minder grote rol zal spelen bij het interpretatieproces.

De wetsgeschiedenis rondom virtuele kinderporno is (relatief) recent en zal daarom een grote rol dienen te spelen bij interpretatievragen. Het kan lastig zijn om een dwingende argumentatie aan de wetsgeschiedenis te ontleen aangezien deze nooit alle verschijningsvormen van het misdrijf kan beschrijven, zo kan ook op worden gemaakt uit de uitspraak van de rechtbank Den Bosch.

De in de wetsgeschiedenis opgenomen eis van levensechtheid lijkt van algemene aard te zijn. Volgens de wetten van de logica omvat het ruimere of algemenere ook het specifiekere, maar nergens in de wetsgeschiedenis is *expliciet* opgenomen dat de eis van levensechtheid niet geldt voor materiaal met een aanmoedigings- of verleidingsaspect (wat dan als een specifiekere of speciale subklasse van het delict kan worden gezien). Volgens de rechtbank kan deze eis in zulke omstandigheden terzijde worden geschoven wanneer wordt aangehaakt bij de hogere ratio van de algemene bescherming van kinderen. Deze handelwijze getuigt van een meer teleologische interpretatie van de bepaling. De verschillende interpretatiemethodes kunnen binnen eenzelfde geval dus strijdigheden opleveren. Uit de motivering waarom voor een bepaalde interpretatie is gekozen en waarom een andere interpretatie achterwege is gelaten zal de rechtvaardiging van de uitspraak moeten blijken.

3.4.2.c. Wetssystematische interpretatiemethode

Een met het oog op virtuele kinderporno interessante interpretatiemethode is de wetssystematische. Deze behelst dat op grond van de structuur van de wet, zoals bijvoorbeeld de titel waarin de bepaling is opgenomen, een bedoeling van de wetgever kan worden geformuleerd. Een systematisch argument kan ook als contra-argument dienen wanneer een andere strafbepaling al in mogelijke aansprakelijkstelling voorziet.¹⁵⁷

Wanneer wordt gekeken naar Titel XIV dan valt op dat bij de overige misdrijven in deze titel het daadwerkelijke misbruik centraal staat. Wat dat betreft is het kinderpornografieartikel een buitenbeentje. De strafbaarheid wordt niet zozeer gevonden in het misbruik als wel in één van de handelin-

¹⁵⁷ De Hullu 2003, p. 97.

gen met betrekking tot beeldmateriaal v n het misbruik. Voor het daadwerkelijke misbruiken van een kind door de producent kan strafrechtelijke aansprakelijkheid van de producent volgen uit de artikelen 242, 244, 245, 246, 248a en 249 Sr. Van deze artikelen gaat al een generaalpreventieve werking uit, maar voor (virtuele) kinderporno is die nogmaals vastgelegd in art. 240b lid 1 Sr.

Mede gezien de strafbare poging van art. 45 Sr en voorbereidingshandelingen van art. 46 Sr wekt het verbazing dat de rechtbank Den Bosch over is gegaan tot veroordeling van als zodanig herkenbare virtuele kinderporno wegens het verleidingsaspect van het beeldmateriaal. Als we in de redenering van de rechtbank meegaan is het uiteindelijke doel van het bezit van een dergelijk filmpje het daadwerkelijk misbruiken van kinderen. Wetssystematisch ligt het meer voor de hand om dan aansluiting te zoeken bij de leerstukken van de strafbare poging en voorbereiding, aangezien daar de intentie van de verdachte centraal staat.

Hierbij lijkt de strafbare voorbereiding een doeltreffender middel dan de poging. Voor een strafbare poging is immers vereist dat een begin van de uitvoering is gemaakt, wat pas op moment van tonen van een dergelijk filmpje aan een kind het geval zal zijn. In de praktijk zou het lastig zijn om op het juiste moment strafrechtelijk in te grijpen, temeer omdat bij misbruik van kinderen meestal op slinkse wijze gebruik wordt gemaakt van ‘grooming’,¹⁵⁸ en aldus moeilijk valt te zeggen wanneer sprake is van een begin van de uitvoering. Het bezit van een dergelijk filmpje daarentegen (op een informatiedrager in de zin van art. 46 Sr) zal vaak opzettelijk zijn en uit de intentie van het filmpje zou kunnen worden afgeleid dat het kennelijk is bestemd tot het begaan van één van de misdrijven van de artikelen 242, 244, 245 of 246 Sr.¹⁵⁹ Zo gezien lijkt de strafbare voorbereiding een werkzamer leerstuk om dergelijke filmpjes strafrechtelijk aan te pakken.

Gezien het systeem van Titel XIV waarin daadwerkelijk misbruik centraal staat en het systeem van het wetboek van strafrecht waarbij de strafbare poging en voorbereiding de geijkte middelen zijn met betrekking tot de intentie, lijkt de wetssystematische interpretatiemethode te eisen dat een intentie die mogelijk rwijs uit het beeldmateriaal zou blijken buiten beschouwing wordt gelaten. Een mogelijke intentie is immers meer op haar plaats bij de strafbare poging en voorbereiding dan bij virtuele misdrijven. Zoals het Amerikaanse Hooggerechtshof opmerkte: met snoepgoed kunnen kinderen

¹⁵⁸ ‘Grooming’ is het proces waarin de verdachte geleidelijk vertrouwen wint van het kind dat resulteert in misbruik, zie <http://www.seksueelmisdrijf.nl> (laatst geraadpleegd: 25 augustus 2008).

¹⁵⁹ De artikelen 248a en 249 Sr komen niet voor strafbare voorbereiding in aanmerking gezien de eis van 8 jaar gevangenisstraf.

ook worden verleid en dat is geen aanleiding om het te verbieden. Bovendien is de HR altijd terughoudend omgegaan met de leerstukken van de poging en de voorbereiding. Intenties liggen precair in het strafrecht, virtuele kinderpornografie mag daarop geen uitzondering vormen.

3.4.2.d. Teleologische interpretatiemethode

Als laatste bestaat de mogelijkheid voor de strafrechter om bij interpretatie de vraag op te werpen of met een bepaalde uitleg een rationeel, door de wetgever ‘bedoeld’, met de strekking van de wet overeenkomend en redelijk resultaat wordt verkregen: de teleologische interpretatiemethode.¹⁶⁰ Het resultaat zal dus in overeenstemming moeten zijn met het doel en de strekking van de strafbepaling. De ratio van de strafbepaling is om kinderen te beschermen. Daarbij is het de gedachte dat pornografische afbeeldingen die *echt* lijken op minderjarigen schade toebrengen aan jeugdigen, ongeacht of er daadwerkelijk kinderen voor zijn misbruikt.¹⁶¹ Volgens deze enge uitleg van de ratio wordt de schadelijkheid van het virtueel kinderpornografisch materiaal gevonden in enerzijds het feit dat niet van echt te onderscheiden virtuele kinderporno evengoed ‘echte’ kinderporno kan zijn, en anderzijds dat het tot dezelfde markt als echte kinderporno behoort. Als zodanig herkenbare virtuele kinderporno zal volgens deze uitleg niet tot die markt gaan behoren en die markt dus vormen noch in stand houden.

De rechtbank Den Bosch koos voor een ruimere uitleg van de ratio. Volgens die uitleg ligt de hogere ratio in een algemene bescherming van kinderen. De mogelijke stimulans van niet levensecht materiaal met een aanmoedigings- of verleidingsaspect voor ‘echte’ kinderporno, het vermeende aanzetten van pedofielen hierdoor tot daadwerkelijk misbruik, en het gestelde gevaar tot verleiding van kinderen met dit materiaal doen afbreuk aan die bescherming. Dit staat op gespannen voet met een wetshistorische interpretatie en zal daardoor krachtig ondersteund moeten zijn met argumenten die onomstotelijk vast staan.

3.4.2.e. Interpretatiemethodes en bepaalbaarheid

De verschillende interpretatiemethodes vormen als het ware aanknopingspunten voor de vraag hoe om moet worden gegaan met de tekst van de wet. Aangezien de tekst van de wet het vertrekpunt is, zal deze zo ondubbelzinnig mogelijk moeten afbakenen. De rechter kan bij duidelijke en precieze strafbepalingen tot een uitspraak komen die in lijn ligt met verwachtingen over

¹⁶⁰ De Hullu 2003, p. 97.

de reikwijdte van de strafbepaling die de verdachte voorafgaand aan het handelen redelijkerwijs kon hebben.

Bij (te) vage strafbepalingen zal de rechter al snel te extensief interpreteren en eerder tot een uitspraak komen die redelijkerwijs buiten de verwachting valt. De vage delictsomschrijving van virtuele kinderporno wekt uitspraken van de strafrechter in de hand die er al snel de schijn van hebben het bereik van de bepaling uit te breiden, zoals de uitspraak van de rechtbank Den Bosch laat zien. Een bepaalde mate van extensief interpreteren is toegestaan; wordt de grens overschreden dan is er sprake van analogie.

Het risico om de cirkel van het verbod van terugwerkende kracht te betreden openbaart zich dan ook. Een nieuwe extensieve interpretatie van een strafbepaling door de rechter zou voor de verdachte op het moment van het begaan van het strafbare feit niet te voorzien kunnen zijn geweest. Wanneer dan dus achteraf blijkt dat door de uitbreidende interpretatie van de strafrechter een door de verdachte op het moment van handelen niet strafbaar geachte handeling toch strafbaar is, doet het zich voorkomen dat die handeling op moment van begaan nog niet strafbaar was. De facto neigt dit naar terugwerkende kracht van de bepaling.¹⁶²

De samenhang tussen de verschillende deelbeginselen van het legaliteitsbeginsel is dus groot. Daarmee wordt ook het belang van het bepaaldheidsgebod aangetoond. Dit belang wordt onderschreven door het EHRM en de HR. Beiden zijn dan ook overgegaan tot het uitzetten van een jurisprudentiële lijn die de naleving van het bepaaldheidsgebod moet bewaken.

3.4.3. Het bepaaldheidsgebod volgens het EHRM en de HR

Het bepaaldheidsgebod ligt noch direct in de Nederlandse wet verankerd, noch in het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Toch hebben zowel de HR als het EHRM het bestaan van het beginsel en de waarde daarvan erkend. De HR oordeelde dat ‘het zogenaamde bepaaldheidsgebod’ besloten ligt in art. 1 Sr.¹⁶³ Het EHRM maakte voor het eerst in *Kokkinakis tegen Griekenland*¹⁶⁴ duidelijk dat het bepaaldheidsgebod voortvloeit uit het EVRM. Naast de beginselen van *nullum crimen* en *nulla poena* onderscheidt het EHRM het verbod op te extensieve interpretatie als derde beginsel. Hieruit volgt het gebod dat de wetgever de strafwetgeving zo duidelijk en precies mogelijk moet formuleren.¹⁶⁵

¹⁶¹ TK 2001-2002, 27 745, nr. 6, p. 9 en 15.

¹⁶² De Hullu 2003, p. 94.

¹⁶³ HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001, 14, bevestigd in HR 28 mei 2002, *NJ* 2002, 483.

¹⁶⁴ EHRM 25 mei 1993, *NJCM-bulletin* 1994, p. 699-709 (Kokkinakis tegen Griekenland, m.nt. B.C. Labuschagne).

¹⁶⁵ Van Dijk 1998, p. 481.

Aan dit gebod wordt voldaan wanneer een persoon aan de hand van de bewoordingen van de strafbaarstelling, voorzover noodzakelijk met behulp van de uitleg daarvan in uitspraken van nationale rechters, kan voorzien welk doen en nalaten leidt tot strafrechtelijke aansprakelijkheid.¹⁶⁶ Dit gebod werd door het EHRM uitgewerkt in de begrippen ‘voorzienbaarheid’ en ‘toegankelijkheid’.¹⁶⁷ Deze begrippen zijn voortgekomen uit het feit dat het EHRM veel oog heeft voor de kwaliteit van het recht.¹⁶⁸ De basis hiervoor is erin gelegen dat het ‘law’-begrip in art. 7 EVRM meer omvat dan de strafbepaling alleen. Zo vallen niet alleen wetgeving in formele zin, maar ook wetgeving in materiële zin, ongeschreven recht en jurisprudentierecht eronder.¹⁶⁹ De consequentie hiervan is dat het bepaaldheidsgebod uit art. 7 EVRM niet alleen van wetgeving, maar ook van jurisprudentie vergt dat deze voldoende toegankelijk en voorzienbaar is.¹⁷⁰

De toegankelijkheid van het recht wordt in Nederland doorgaans goed gewaarborgd door publicatie van wetgeving, jurisprudentie en richtlijnen. De delictomschrijving van virtuele kinderporno, jurisprudentie daaromtrent en richtlijnen van het OM zijn gratis via meerdere communicatiemiddelen te raadplegen.¹⁷¹ Interessanter in het kader van het bepaaldheidsgebod is de norm van voorzienbaarheid.

Bij de voorzienbaarheid van strafwetgeving staat centraal dat de strafbepaling dusdanig helder het strafbaar gestelde gedrag moet afbakenen dat de burger zijn gedrag hierop af kan stemmen.¹⁷² Aangezien ‘law’ uit art. 7 EVRM ook jurisprudentie omvat heeft het EHRM ook een eis inzake de voorzienbaarheid van jurisprudentie ontwikkeld: deze moet aansluiten bij de essentie van het strafbaar feit en de ontwikkeling in de rechtspraak moet redelijkerwijs zijn te voorzien.¹⁷³

De HR hanteert voor strafwetgeving de eis dat de strafbepaling ‘voldoende concreet’ dient te zijn; het EHRM vereist ‘voldoende precisie’. Het verschil ligt in het gegeven dat de concreetheid van de HR niet alleen voortkomt

¹⁶⁶ EHRM 25 mei 1993, *NJCM-bulletin* 1994, p. 699-709 (Kokkinakis tegen Griekenland, m.nt. B.C. Labuschagne); EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997, 1 § 33 (C.R. tegen Verenigd Koninkrijk); EHRM 15 november 1996, *RJD* 1996-V, p. 1614, § 29 (Cantoni tegen Frankrijk).

¹⁶⁷ EHRM 27 september 1995, *NJ* 1996, 49. (G. tegen Frankrijk).

¹⁶⁸ De Hullu 2003, p. 80.

¹⁶⁹ Groenhuijsen 2001, p. 124-125.

¹⁷⁰ EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997, 1 § 33 (C.R. tegen Verenigd Koninkrijk); EHRM 15 november 1996, *RJD* 1996-V, p. 1614, § 29 (Cantoni tegen Frankrijk).

¹⁷¹ Voorbeelden zijn de *Staatscourant*, www.wetten.nl, www.rechtspraak.nl en www.justitie.nl.

¹⁷² EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997, 1 (C.R.); EHRM 24 mei 1988, *NJ* 1991, 685; EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146 (Sunday Times).

¹⁷³ EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997, 1 m.nt. Kn, r.o. 32 en 33.

uit de nauwkeurigheid van de delictsomschrijving, maar dat ook andere factoren, zoals de plaats van handeling, worden meegewogen.¹⁷⁴ De toets van het EHRM lijkt een louter taalkundige maatstaf te zijn, maar wordt verbreed door het opgaan in de algemene toets van voorzienbaarheid.¹⁷⁵

Het belang dat aan het bepaaldheidsgebod toe wordt gekend door het EHRM is ondergeschikt ten opzichte van dit belang in de rechtspraak van de HR.¹⁷⁶ Zo heeft het EHRM bepaald dat het voorschrift niet op zichzelf inzicht hoeft te verschaffen in de toelaatbaarheid van gedrag maar dat de normadressaat zich indien noodzakelijk moet laten adviseren, dat de voorzienbaarheid slechts het minimumniveau behoeft te hebben van ‘redelijk gezien de omstandigheden’, alsmede dat, gezien het algemene ‘law’-begrip, ook de uitleg en toepassing van het voorschrift in de nationale rechtspraak dient te worden meegewogen.¹⁷⁷

De HR schaart zich achter het mogelijkster laten adviseren¹⁷⁸ alsmede het beoordelen van de bepaaldheid met het in ogenschouw nemen van de omstandigheden¹⁷⁹ en eerdere uitleg van de vermeend vage strafbepaling in jurisprudentie.¹⁸⁰ De rechtspraak van de HR sluit meer in het algemeen goed aan bij die van het EHRM met als resultaat dat een strafbaarstelling zeker niet snel als te vaag wordt gediskwalificeerd.¹⁸¹

Desalniettemin bieden de eisen van (in mindere mate) toegankelijkheid en (vooral) voorzienbaarheid bescherming voor de verdachte tegen willekeur, temeer omdat deze niet alleen betrekking hebben op het bepaaldheidsgebod maar ook op het verbod van te extensieve interpretatie.

Vaagheid in de strafbepaling leidt voorafgaand aan het handelen tot rechtsonzekerheid bij burgers aangezien de mogelijkheid ontbreekt gedrag af te kunnen stemmen. Na het handelen leidt vaagheid tot rechtsonzekerheid omdat het risico van (te) extensieve interpretatie op de loer ligt. Dat vaagheid

¹⁷⁴ De vraag is alleen of die factoren altijd even relevant zijn, zo werd in HR 2 april 1985, *NJ* 1985, 796 beslist dat ‘onbehoorlijk gedrag op het station’ voldoende is geconcretiseerd omdat het toeziet op een plaats van handeling.

¹⁷⁵ Groenhuijsen 2001, p. 341.

¹⁷⁶ Martens gaf in zijn *partly dissenting opinion* bij EHRM 25 mei 1993, *Series A* 260-A, p. 33 (Kokkinakis tegen Griekenland) aan dat het bepaaldheidsbeginsel geen consequentie, maar onderdeel is van art. 7 lid 1 EVRM. Hiermee vertolkte hij de gangbare Nederlandse opvatting waarbij het bepaaldheidsgebod meer op de voorgrond treedt dan in de Straatburgse opvatting (Groenhuijsen 2001, p. 340-341).

¹⁷⁷ Groenhuijsen 2001, p. 342.

¹⁷⁸ HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001, 14 ‘indien het om professionele marktdeelnemers gaat, mag worden verlangd dat deze zich terdege laten informeren over de bepalingen waaraan hun gedragingen onderworpen zijn’.

¹⁷⁹ HR 20 oktober 1998, *NJ* 1999, 48.

¹⁸⁰ Groenhuijsen 2001, p. 342.

¹⁸¹ De Hullu 2003, p. 92.

tot grensgevallen leidt is onvermijdelijk en acceptabel.¹⁸² De strafbaarstelling moet in de grote meerderheid van de zaken echter voldoende duidelijkheid bieden.¹⁸³

Zoals aan het begin van dit hoofdstuk getoond is, zal art. 240b lid 1 Sr met betrekking tot virtuele kinderporno voor de gemiddelde burger niet voldoende duidelijkheid bieden. Dit hoeft echter niet doorslaggevend te zijn voor de mogelijke onbepaaldheid. Het EHRM en de HR staan namelijk ver af van de belevingswereld van die burger, ondanks dat zij pretenderen vanuit het perspectief van de burger te kijken.¹⁸⁴

De kans dat art. 240b lid 1 Sr te vaag wordt bevonden is klein: zelfs wanneer de bewoordingen van een strafbepaling de grens van vaagheid lijken te overtreden, wordt zelden tot nooit overgegaan tot het onverbindend verklaren van een strafbepaling.¹⁸⁵ Op papier kan een verdachte van virtuele kinderporno een beroep doen op de onverbindendheid van art. 240b lid 1 Sr, maar in de huidige rechtspraktijk lijkt dit bij voorbaat geen kans van slagen te hebben. Een verdachte zal zijn heil dus in een ander rechtsfiguur dienen te zoeken.

Het EHRM filtreert het bepaaldheidsgebod uit het verbod op te extensieve interpretatie, wat de samenhang tussen beide goed weergeeft. Aangezien een beroep op het bepaaldheidsgebod in de praktijk kansloos blijkt, kan een verdachte zijn pijlen beter richten op het verbod op te extensieve interpretatie. Extensief interpreteren is gezien de eisen van het legaliteitsbeginsel aan strikte voorwaarden gebonden, die erop toezien dat het domein van analogie of terugwerkende kracht niet wordt betreden.

Extensieve interpretatie is volgens het EHRM toegestaan, voor zover bestaande elementen van de strafbepalingen worden verhelderd en aangepast aan nieuwe omstandigheden die redelijkerwijs onder het originele concept van het misdrijf kunnen worden gebracht,¹⁸⁶ mits uiteraard – gezien het verband tussen beide deelbeginselen – dit originele concept op zichzelf al voldoende bepaalbaar is. Voorts heeft het EHRM bepaald dat stilaan mag worden toegewerkt naar een andere invulling in de jurisprudentie, met als voorwaarde dat het resultaat van rechterlijke interpretaties aansluit bij de voldoende bepaalde essentie van een strafbaar feit en dat een bepaalde ontwik-

¹⁸² EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146; HR 8 maart 1994, *NJ* 1994, 412.

¹⁸³ EHRM 15 november 1996, *RJD* 1996-V, p. 1614, § 29 (Cantoni tegen Frankrijk).

¹⁸⁴ Groenhuijsen 2001, p. 345.

¹⁸⁵ Eén op zichzelf staande, wat exotisch aandoende uitzondering, is Rb Breda 1 oktober 1985, *NJ* 1986, 114.

¹⁸⁶ Appl. 8710/79, *X Ltd. And Y v. the United Kingdom*, D&R 28 (1982), p. 77 (80-81).

keling in de rechtspraak geleidelijk dient te verlopen en redelijkerwijs moet zijn te voorzien.¹⁸⁷

De mogelijkheden om bij vervolgingen voor virtuele kinderporno extensief te interpreteren zijn op grond van jurisprudentie van de HR en het EHRM zeer gering, en wel om de volgende redenen. Van nieuwe maatschappelijke omstandigheden die een uitbreidende interpretatie van de strafbepaling rechtvaardigen kan niet worden gesproken. De strafbepaling is van relatief recente datum en aldus is er geen extensieve interpretatie vereist om de strafbepaling een juiste afspiegeling te laten zijn van de huidige maatschappelijke opvattingen. Bovendien is er op dit moment, op één uitzondering na, nog geen jurisprudentie over virtuele kinderporno. Dit betekent dat de strafrechter geen beroep kan doen op een geleidelijke ontwikkeling en dat een enigszins extensieve interpretatie voor de verdachte niet is te voorzien.

Deze omstandigheden maken dat art. 240b lid 1 Sr in principe niet kan worden opgerekt. Mocht dit toch wel worden gedaan, dan zal dit een zorgvuldige motivatie die berust op een meer dan gedegen grondslag met zich mee moeten brengen. Hiervan kan slechts sprake zijn in uitzonderlijke gevallen. Te denken valt dan aan langdurige en duidelijk kenbare maatschappelijke gevoelens, of arresten in aanverwante rechtsgebieden die duidelijk in de richting wijzen van de gekozen interpretatierichting.

Wanneer de strafrechter toch extensief interpreteert en zich daar ook van bewust is, kan ter voorkoming van overgangsrechtelijke problemen gekozen worden voor de methode die de HR heeft gehanteerd in het Chabot-arrest.¹⁸⁸ Dit houdt in dat een rechter in de zaak waarin hij voor het eerst een nieuwe beslissing toepast kan overwegen om geen straf of maatregel op te leggen in verband met de bijzondere omstandigheden van het geval.¹⁸⁹ Met name de goede trouw zal bij een dergelijke beslissing een grote rol spelen. Wanneer een verdachte namelijk beeldmateriaal in het bezit heeft met een duidelijk verleidingsaspect zal niet zo snel over worden gegaan tot deze beslissing als in een geval waarin het evident is dat de verdachte de virtuele kinderporno louter voor privé-gebruik houdt.

3.4.4. Vonnis Rb. Den Bosch getoetst aan het bepaaldheidsgebod

Tot nog toe is het aantal veroordelingen inzake virtuele kinderporno in Nederland blijven steken op één. Aangezien de theorie omtrent het legaliteitsbeginsel, toegespitst op het bepaaldheidsgebod, reeds uiteen is gezet, kunnen

¹⁸⁷ EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997, 1 m.nt. Kn, r.o. 32 en 33; Rozemond 1999, p. 127.

¹⁸⁸ HR 21 juni 1994, *NJ* 1994, 656 m.nt. Sch, r.o. 7.3.

¹⁸⁹ Rozemond 1999, p. 127.

in dit stadium enkele interessante opmerkingen worden geplaatst over deze veroordeling.

De rechtbank Den Bosch heeft bij deze veroordeling, zoals ook de HR en het EHRM dit doen, een rechtenopvatting van legaliteit toegepast. Over het vereiste van levensechtheid geeft de wet geen uitsluitel; de wetsgeschiedenis verordonneert de eis van levensechtheid. Van een regelopvatting bij de rechtbank is dus in geen geval sprake. Inspelend op de rechtenopvatting heeft de rechtbank bij het zoeken naar een evenwicht tussen het belang van slachtoffers en de rechtszekerheid van de verdachte het belang van slachtoffers laten prevaleren. Dit belang is indirect, want slechts via de omweg dat virtuele kinderporno aan zou zetten tot daadwerkelijk misbruik, kan men schadelijkheid bij kinderen beredeneren. Bovendien ziet het belang niet toe op concrete slachtoffers, want wanneer al aan te tonen zou zijn dat deze verdachte daadwerkelijk over zou gaan tot het verleiden van kinderen middels dit filmpje, zou nog volstrekt in het ongewisse blijven welk kind dit precies zou zijn. Aangezien het belang van het niet concrete slachtoffer indirect is, zal volgens de rechtenopvatting meer gewicht komen te liggen bij de rechtsbescherming van de verdachte die hem moet behoeden voor willekeur.

De uit het legaliteitsbeginsel voortkomende eisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid worden door het EHRM in de bescherming van de verdachte tegen willekeur op het gebied van vervolging, veroordeling en bestraffing geplaatst. De toegankelijkheid en voorzienbaarheid eisen dat een burger een bepaalde mate van zekerheid moet hebben of de overheid zal overgaan tot een repressief optreden jegens hem.¹⁹⁰ De voorzienbaarheid van strafrechtelijk overheidsoptreden kan mede voortkomen uit het in de Aanwijzing gepubliceerde vervolgingsbeleid van het OM. Het is volgens de Aanwijzing van het OM ‘denkbaar dat het omschreven belang van kinderen onverminderd groot is in gevallen waarin de virtuele afbeeldingen in mindere mate realistisch zijn’.¹⁹¹ De Aanwijzing legt echter geen prioriteit bij virtuele kinderporno. In beginsel zal de officier van justitie de prioriteiten zoals vastgelegd in de Aanwijzing dienen te volgen. Slechts op grond van zeer bijzondere redenen kan hij ook ten nadele van de verdachte gemotiveerd afwijken van de aanwijzingen.¹⁹² De Aanwijzing is voldoende toegankelijk,¹⁹³ maar twijfelachtig is of de vervolging en veroordeling in dit specifieke geval voldoende voorzienbaar was. De term ‘denkbaar’ in art. 4.1 van de

¹⁹⁰ EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997, 1 m.nt. Kn (C.R. tegen V.K.).

¹⁹¹ Aanwijzing kinderpornografie (art. 240b WvSr), registratienummer 2007A020, inw.tr. 1-9-2007, *Stcrt* 2007, 162, art. 4.1.

¹⁹² *Kamerstukken II* 1996/97, 25392, nr. 3, p. 10; HR 19 juni 1990, *NJ* 1991, 119, m.nt. MS.

¹⁹³ HR 19 juni 1990, *NJ* 1991, 119, m.nt. MS, aanwijzingen van het OM zijn ‘recht’ in de zin van art. 99 Wet RO (oud).

Aanwijzing is welhaast net zo vaag als de term ‘schijnbaar’ in art. 240b lid 1 Sr. Daar komt nog bij dat ‘in mindere mate realistisch’ wat betreft de rechtszekerheid ook het nodige te wensen over laat. Door het gebrek aan prioriteit voor virtuele kinderporno in de Aanwijzing maar het desondanks opnemen van voornoemde passage, is niet alleen het vereiste van voorzienbaarheid al bij de aanvang van deze beleidsontwikkeling ondergraven, ook levert het een innerlijke tegenstrijdigheid op.

Uiteraard kan worden gesteld dat een mogelijke vervolging voor een verdachte niet als een donderslag bij een heldere hemel kan komen omdat het wegvallen van het vereiste van levensechtheid vermeld is in de Aanwijzing. Dit laat echter twee vragen onbeantwoord. Waarom druist het OM zonder motivatie met zijn Aanwijzing opeens in tegen de wetsgeschiedenis? En hoe moet de discrepantie tussen de kenbaar gemaakte vervolgingsmogelijkheid voor als zodanig herkenbare virtuele kinderporno en het gebrek aan vervolgingsprioriteit voor virtuele kinderporno in zijn algemeenheid worden geïnterpreteerd? De rechtszekerheid van de verdachte krijgt een gevoelige knauw door het gebrek aan antwoorden op deze vragen.

De rechtbank heeft het criterium van levensechtheid naast zich neergelegd door zich te beroepen op de door geen feiten onderbouwde stelling dat het beeldmateriaal in de ogen van een kind niet van echt is te onderscheiden. Mede gezien het feit dat er geen sprake is van een geleidelijke ontwikkeling in de rechtspraak kon de interpretatie voor de verdachte ten tijde van het begaan van het strafbaar feit redelijkerwijs niet zijn te voorzien.¹⁹⁴ Hiermee is niet alleen het verbod op te extensieve interpretatie overtreden, ook is er de facto sprake van terugwerkende kracht. De mensenrechten van mogelijke slachtoffers kunnen volgens een rechtenopvatting van legaliteit tegenwicht bieden aan de rechtszekerheid voor de verdachte, maar dat is hier niet aan de orde omdat er geen directe belangen van concrete slachtoffers kunnen worden vastgesteld.

Vanuit een meer rechtspolitiek oogpunt kan worden getwijfeld aan de democratische legitimatie van deze uitspraak. De uitspraak van de rechtbank Den Bosch waarin gesteld wordt dat het verleidingsaspect strafwaardig is getuigt van een oordeel dat in vergaande mate een persoonlijke visie op maatschappelijke ontwikkelingen omvat. Zonder daartoe directe aanwijzingen te kunnen vinden in wettekst of parlementaire geschiedenis heeft de rechtbank ervoor gekozen om een bestanddeel eruit te lichten en te interpreteren vanuit de optiek van diegene die beoogd wordt bescherming te genieten door het artikel. Met een wat vreemde en ongebruikelijke omweg legde

¹⁹⁴ EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997, 1 m.nt. Kn, r.o. 32 en 33.

de rechtbank een eis die onomstotelijk inherent leek te zijn aan het bestanddeel ‘schijnbaar betrokken’ naast zich neer.

Uit de rolverdeling tussen de strafwetgever en de strafrechter komt echter voort dat het niet primair de taak van de strafrechter is, maar eerder die van de strafwetgever, om maatschappelijke opvattingen en inzichten te codificeren in het geldende recht.¹⁹⁵ De strafwetgever kan rechtsopvattingen die spelen binnen de maatschappij in zijn oordeel verwerken, maar zal daar altijd een degelijke onderbouwing en motivering voor moeten geven. De onderbouwing en motivering die hier is aangevoerd berust op veronderstellende argumenten die een dergelijke oprekking van een bestandsdeel niet kunnen rechtvaardigen. In dit verband valt ook op te merken dat de strafwetgever zich nog relatief kort geleden een oordeel heeft gevormd over het vereiste van levensechtheid, wat op papier de marges inzake het eigen maatschappelijke oordeel van de strafrechter zou moeten verkleinen. Door toch een beslissing te nemen die indruist tegen de wetsgeschiedenis kan worden gesproken van een beslissing die de rechtsvormende taak van de rechter te boven gaat.¹⁹⁶

¹⁹⁵ De Hullu 2003, p. 100.

¹⁹⁶ De Hullu 2003, p. 100.

4. Conclusie

De wereld digitaliseert in een razend tempo. De samenleving is inmiddels geworden tot een volwaardige informatiemaatschappij die ongeken- de mogelijkheden biedt, ook op het gebied van criminaliteit. In 2002 is door de Nederlandse wetgever getracht een halt toe te roepen aan virtuele kinderporno, een relatief nieuwe vorm van computercriminaliteit.¹⁹⁷ Met de introductie van dit delict werd tevens een nieuwe categorie delicten geïntroduceerd in het WvSr: virtuele misdrijven, met virtuele slachtoffers maar ‘echte’ daders. Gesproken kan worden van een nieuw ingeslagen weg binnen het strafrecht. Dat vraagt om reflectie. In deze masterscriptie wordt reflectie op dit eerste Nederlandse virtuele misdrijf geboden aan de hand van de meetlat van het legaliteitsbeginsel.

Het strafbaar stellen van virtuele kinderporno ketste in het parlementaire vergaderjaar ’94-’95 nog af. De strekking van art. 240b Sr zou liggen in de plicht om bescherming te bieden tegen daadwerkelijk seksueel misbruik, waarvan bij virtuele kinderporno geen sprake zou zijn. In 2002 bleek de tijd dan toch rijp. De vier woorden ‘of schijnbaar is betrokken’ werden toegevoegd aan art. 240b lid 1 Sr en daarmee werd een nieuw misdrijf een feit. Slechts vier woorden, maar die zijn zo weinig duidelijk en precies dat ze het aantal vragen over de uitleg daarvan al snel doen kwadrateren. De bepaaldheidsvraag staat dan ook centraal in de onderzoeksvraag van deze masterscriptie:

Kan de strafbaarstelling van virtuele kinderporno gezien de fundamentele vereisten van het strafrecht inzake het legaliteitsbeginsel, en met speciale aandacht daarbinnen voor het bepaaldheidsgebod, worden gelegitimeerd?

Op de achtergrond speelde al jarenlang aanhoudende internationale druk om de strafbaarstelling door te voeren. Inhoudelijk gezien was de bewijspositie van het OM de meest doorslaggevende reden. Een ander veel gehoord argument, ook ná de invoering, is dat virtuele kinderporno bij zou dragen aan de vorming van een markt, subcultuur en/of klimaat rondom ‘echte’ kinderporno, wat nauw samenhangt met de stimuleringshypothese. Tezamen met de suggestie dat met virtuele kinderporno kinderen zouden kunnen worden verleid of aangemoedigd tot daadwerkelijk misbruik zijn dit weinig rotsvaste argumenten met een hoog speculatief gehalte, aangezien er nimmer bewijs voor is aangedragen. Het is dan ook de vraag of deze stellingen er niet bijgesleept zijn. Later zou deze overweging, waarschijnlijk in combinatie met in de samenleving opspelende ‘moral panics’, uit zijn samenhang gelicht wor-

¹⁹⁷ Afgezet tegen meer klassieke computerdelicten als bijvoorbeeld computervredesbreuk (‘hacking’).

den en een zelfstandige voedingsbodem blijken te zijn voor het OM en magistraten om te spelen met de reikwijdte van art. 240b lid 1 Sr.

Uiteindelijk is gekozen voor de vier woorden ‘of schijnbaar is betrokken’. Zoals getoond is in paragraaf 3.1 zijn die woorden te weinig duidelijk en precies om voor een veelheid aan verschijningsvormen op het eerste gezicht te kunnen vaststellen of deze onder de bepaling vallen. En wetgeving moet zo duidelijk en precies mogelijk zijn geformuleerd, zo dicteert het bepaaldheidsgebod de wetgever. Soms echter kunnen vage normen onvermijdelijk en zelfs wenselijk zijn, maar in het geval van virtuele kinderporno kan hier geen sprake van zijn. Bovendien is het verkieslijk dat eerder te nauw wordt geformuleerd dan te ruim, immers: beter tien door de wetgever strafbaar geachte personen vrijuit dan één niet strafbaar geachte in het gevang.

Is wetgeving niet duidelijk en precies genoeg, dan is de sanctie op papier het onverbindend verklaren van de desbetreffende bepaling. Op papier, want in de praktijk wordt deze sanctie nooit opgelegd. En dat is kwalijk voor de rechtszekerheid van de verdachte, die het overkoepelende belang vormt van het legaliteitsbeginsel. Zelfs bij een dusdanig ruime strafbepaling als art. 240b lid 1 Sr kan een verdachte dus beter zijn pijlen richten op een nauw aan het bepaaldheidsgebod verbonden deelbeginsel: het verbod van te extensieve interpretatie.

Het proces om tot de uiteindelijke interpretatie van een strafbepaling te komen kent veel facetten. Bij de interpretatie van art. 240b lid 1 Sr zal veel nadruk moeten komen te liggen op de bedoelingen van de wetgever. Niet alleen omdat de strafbaarstelling van recente datum is, maar ook omdat de (inmiddels achterhaalde) regelopvatting en door de HR uitgewerkte rechtenopvatting van legaliteit dit, mede met het oog op de rechtszekerheid van de verdachte, opleggen.

Om tot de uiteindelijke interpretatie van een strafbepaling te komen staan de rechter vier interpretatiemethodes ter beschikking. Uit de wetssystematische interpretatiemethode kan een interessant argument worden verworven voor interpretatiekwesties rondom virtuele kinderporno. Dit geldt met name voor als zodanig herkenbare virtuele kinderporno met een verleidingsaspect, zoals het beeldmateriaal in de zaak die diende voor de rechtbank Den Bosch. Bij de vraag of dit materiaal binnen de grenzen van de strafbaarstelling dient te vallen, blijkt de systematiek van het WvSr logischerwijs eerder te navigeren via het juridische pad van de strafbare voorbereiding en de, hiervoor veel minder geschikte, strafbare poging. Bij deze leerstukken staat namelijk de intentie centraal: zonder die intentie hebben we immers alleen een mislukt, niet levensecht product.

De duidelijkheid en precisie van art. 240b lid 1 Sr laten te wensen over. Een strafrechter zal dan al snel te extensief interpreteren en eerder tot een

uitspraak komen die redelijkerwijs buiten de verwachting valt die de verdachte ten tijde van het handelen had. De uitspraak van de rechtbank Den Bosch laat dit op treffende wijze zien. Zo bezien kan een schending van het bepaaldheidsgebod gemakkelijk leiden tot overtreding van het verbod van te extensieve interpretatie, en zelfs de facto tot terugwerkende kracht van de bepaling.

Het EHRM heeft dit gekoppeld aan het begrip voorzienbaarheid. Een strafbepaling voldoet aan de eis van voorzienbaarheid als deze in de grote meerderheid van de gevallen voldoende duidelijkheid biedt. Voor art. 240b lid 1 Sr is dit geenszins het geval, zoals getoond wordt met de genoemde voorbeelden in paragraaf 3.1. Nationale jurisprudentie kan bijdragen aan deze voorzienbaarheid, maar aangezien die goeddeels ontbreekt bij virtuele kinderporno maakt dit een uitspraak al snel minder voorzienbaar.

Met het oog op de rechtszekerheid van de verdachte en het risico dat de strafrechter op de stoel van de wetgever gaat zitten, zijn de marges voor extensieve interpretatie inzake virtuele kinderporno bijzonder klein, gezien de recente datum van de wetsgeschiedenis, het gebrek aan directe belangen van concrete slachtoffers, het risico op overtreding van de verboden op te extensieve interpretatie en terugwerkende kracht, en de lage mate van voorzienbaarheid wegens een gebrek aan een jurisprudentiële lijn. De ruime formulering van art. 240b lid 1 Sr kapselt op tekstueel vlak veel mogelijkheden in; op juridisch vlak wordt het aantal mogelijkheden sterk ingedamd door voornoemde factoren.

Deze discrepantie tussen hetgeen tekstueel en juridisch mogelijk is, is al een sterke indicatie dat de bepaling te ruim is geformuleerd. Om tot een rijper, breder en definitief oordeel te komen is echter ook een blik op de rechtspraktijk nodig. Ook ontwikkelingen ‘in het veld’ kunnen aan het licht brengen dat een strafbepaling te vaag is geformuleerd.

Een belangrijke spil hierin is het OM, dat beslist welke zaken aan de rechter voor worden gelegd. Betoogd zou kunnen worden dat het mede in de taakstelling van het OM ligt om zich provocerend op te stellen ten aanzien van de grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid – of althans, dat het in ieder geval níet zijn taak is om deze zorgvuldig af te bakenen. Verwacht kan dus worden dat het OM zo af en toe flirt met de reikwijdte van een strafbepaling, maar de verstandhouding tussen het OM en de reikwijdte van art. 240b lid 1 Sr doet de wenkbrauwen toch fronsen.

In het voorjaar van 2007 deed het OM de aankondiging proefprocessen te gaan voeren over virtuele kinderporno in het online platform ‘Second Life’. Deze aankondiging kwam vlak na commotie in de media over ‘volwassen’ personages die in dit platform seks hadden met ‘kinderpersonages’. Later in 2007 werd in de Aanwijzing kinderpornografie, ongetwijfeld mede op basis

van voornoemde aankondiging, opgenomen ‘dat het denkbaar is dat het belang van kinderen onverminderd groot is in gevallen waarin de virtuele afbeeldingen in mindere realistisch zijn’. In dezelfde Aanwijzing wordt echter ook vermeld dat virtuele kinderporno geen opsporings- en vervolgingsprioriteit heeft. Die gaat namelijk uit naar ‘harde’, ‘echte’ kinderporno, met name bij jonge kinderen. Desalniettemin besloot het OM ook daadwerkelijk te vervolgen voor als zodanig herkenbare virtuele kinderporno, wat tot de veroordeling door de rechtbank Den Bosch leidde. Gezien het feit dat de KLPD en het OM – helaas – met meer ‘echte’ kinderporno te maken krijgen dan ze aankunnen (getuige de noodzaak om prioriteiten te stellen binnen de gradaties van kinderporno), doet dit het inspelen op de zogeheten ‘moral panics’ vermoeden. De sowieso immer broeiende haatdragende gevoelens jegens pedoseksuelen werden plots opgelaaid door de verontrustende berichten over ‘Second Life’. Het OM kon met deze aankondigingen op geschikte wijze inspelen op bij het grote publiek levend onbehagen.

De ruime formulering van de strafbaarstelling is mede gelegen in de waarde die toe werd gekend aan het opportuniteitsbeginsel. Het OM kreeg speelruimte van de wetgever toebedeeld met de veronderstelling dat het opportuniteitsbeginsel corrigerend zou werken en voor nuanceren kon zorgen. Uiteindelijk is een avérechts effect bereikt: waar verwacht werd dat het OM zich zou schikken in een inperkende handelswijze omtrent de zeer ruim geformuleerde strafbaarstelling, is een expliciet door de wetgever verworpen verschijningsvorm nu zelfs opgenomen in de Aanwijzing als hebbende vervolgingsprioriteit. In plaats van vergenoegd te zijn met de verlichte bewijslast ontpopt het OM zich nu tot ‘Rupsje Nooitgenoeg’ (hoewel het zich op andere gebieden juist terughoudend opstelt). Een duidelijke proeve dat het bepaaldheidsbeginsel niet uitbesteed mag worden aan de uitvoerende macht: het is onmiskenbaar de niet te delegeren taak van de wetgever.

Een provocerende opstelling van het OM ten aanzien van de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan met enig inlevingsvermogen nog worden begrepen. Op ontoereikende gronden is de rechtbank hierin meegegaan. Middels de met geen feiten geschraagde redenering dat het beeldmateriaal in de ogen van een kind niet van echt is te onderscheiden kwam zij tot een veroordeling. Door zich te beroepen op de ‘aanmoediging of verleiding om deel te nemen aan seksueel gedrag en gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert’, waarvan het beeldmateriaal zou getuigen, stelt de rechtbank in feite de intentie strafbaar. Volgens de wetssystematische interpretatiemethode is dit niet de juiste juridische weg om te bewandelen, en met een beredenering van eenzelfde aard zou zelfs het bezit van snoepgoed strafbaar kunnen worden gesteld.

Het aspect van aanmoediging of verleiding is door de rechtbank gekoppeld aan de ‘algemene bescherming van kinderen’ als hogere ratio van de strafbepaling. Er is echter ook een alternatieve uitleg van de hogere ratio te geven die meer oog heeft voor de bewijspositie van het OM als hiërarchisch hoogste argument en het veronderstellende gehalte van de argumenten van aanmoediging/verleiding en de vorming van een markt, klimaat of subcultuur. Volgens deze uitleg heeft de algemene bescherming van kinderen slechts betrekking op concrete slachtoffers, niet op potentiële.

De rechtbank vonniste expliciet tegen de bedoelingen van de wetgever in, waardoor de rechtszekerheid van de verdachte ernstig tekort is gedaan. Bij toetsing aan de rechtenopvatting van legaliteit van de HR en de eisen omtrent voorzienbaarheid van het EHRM zal dit vonnis juridisch niet acceptabel worden bevonden.

Het vonnis in deze vorm zou alleen als rechtmatig kunnen worden beschouwd als de maatschappelijke opvattingen sinds de invoering van de strafbaarstelling een richting hebben gekregen die aansluit bij het vonnis. De motivering in het vonnis geeft echter geen feitelijke aanknopingspunten die wijzen op deze veranderde opvattingen, waardoor de uitkomst van het vonnis buiten de reikwijdte van art. 240b lid 1 Sr wordt gesitueerd.

Niet alleen de grote discrepantie tussen de tekstuele en juridische mogelijkheden tot interpretatie van de delictsomschrijving van virtuele kinderporno geven aan dat de formulering ‘of schijnbaar is betrokken’ onvoldoende duidelijk en precies is opgesteld, ook de rechtspraktijk geeft hier blijk van. De strafbaarstelling van virtuele kinderporno kan dus, gezien de fundamentele vereisten uit de deelbeginselen van het legaliteitsbeginsel, en dan met name het bepaaldheidsgebod, *niet worden gelegitimeerd*. De onderzoeksvraag dient dus negatief te worden beantwoord. Naast een aantasting van de positie van de verdachte, vergroot dit het gevaar van buiten het territorium van de rechtsvormende taak liggende uitspraken van de strafrechter.

Een strafbepaling die te vaag is kan onverbindend worden verklaard door de strafrechter. Los bezien van het feit dat dit in de praktijk praktisch nooit plaatsvindt, is het niet wenselijk als dit bij iedere vervolging voor virtuele kinderporno geschiedt. Een strafbaarstelling die in de praktijk telkens onverbindend wordt verklaard zaait veel rechtsonzekerheid en levert vanuit pragmatisch oogpunt een onwenselijke situatie op. Veel beter is het dan om de wet aan te passen teneinde deze vaagheid te elimineren.

Een wetswijziging voor art. 240b lid 1 Sr inzake virtuele kinderporno is hoe dan ook wenselijk. Mocht de wetgever zich opnieuw buigen over art. 240b lid 1 Sr en daarbij zullen besluiten om vast te houden aan het vereiste van levensechtheid, dan laat het voorgaande zien dat een preciezere en duidelijkere invulling van het bereik van de strafrechtelijke aansprakelijkheid

noodzakelijk is. Maar ook als het vereiste van levensechtheid terzijde wordt geschoven is dit nodig omdat de huidige formulering nog te veel mogelijkheden open laat.

Bij het vasthouden aan het vereiste van levensechtheid zou bij een wetswijziging kunnen worden geleund op de Amerikaanse formulering ‘afbeeldingen die niet van echt te onderscheiden zijn’ of op de formulering zoals die opgenomen is in het Cybercrime-verdrag: ‘realistische afbeeldingen’. Omdat de strafbaarheid voor virtuele kinderporno nu volgt uit de koppeling met het bestanddeel ‘betrokkenheid’ zou dan gedacht kunnen worden aan een apart artikel voor virtuele kinderporno of een extra lid bij art. 240b Sr waarin het wordt gekoppeld aan het bestanddeel ‘afbeelding’.

Wordt besloten dat levensechtheid geen vereiste meer is, dan moet een keuze worden gemaakt. Moet álle als zodanig herkenbare virtuele kinderporno (met een bepaalde ondergrens van realisme) strafbaar worden gesteld? Of slechts dat materiaal met een duidelijk verleidingsaspect? In beide situaties verdwijnt het argument van de bewijspositie van het OM naar de achtergrond en zal meer nadruk komen te liggen op de aannames rondom aanmoediging/verleiding en/of de vorming van een markt, klimaat of subcultuur. Aangezien dit nu nog slechts aannames zijn zal onderzoek moeten worden gedaan naar het waarheidsgehalte hiervan.¹⁹⁸

In het geval van strafbaarstelling van álle als zodanig herkenbare virtuele kinderporno dient zich een nieuw probleem aan. In hoeverre moet virtuele kinderporno dan namelijk in de buurt komen van levensechtheid om strafbaar te zijn? Gedacht kan dan worden aan een formulering als ‘in mindere mate realistisch’ zoals die is opgenomen in de Aanwijzing van het OM. Op de een of andere manier zal immers een bepaalde gradatie van realisme in de bewoording moeten worden verwerkt om te voorkomen dat bijvoorbeeld ook abstracte kunst binnen de reikwijdte valt. Een heikel punt met het oog op het bepaaldheidsgebod.

Meegaand met de motivering van de rechtbank Den Bosch wordt de strafwaardigheid van als zodanig herkenbare virtuele kinderporno gevonden in het verleidingsaspect van het beeldmateriaal. Bij gebrek aan dit verleidingsaspect zou het materiaal dus niet strafwaardig zijn. Wanneer wordt gekozen voor het omarmen van strafbaarheid voor slechts deze vorm, in plaats van alle als zodanig herkenbare virtuele kinderporno, kan gedacht worden aan een extra lid bij art. 240b Sr. Daarin kan strafbaarheid voor in

¹⁹⁸ Mocht de uitkomst van dat onderzoek blijken te zijn dat op geen enkele wijze sprake is van aanmoediging/verleiding en/of de vorming van een markt, klimaat of subcultuur, dan dient de eis van levensechtheid uiteraard onverkort te blijven gelden. Evenals de eis van een zo duidelijk en precies mogelijke formulering van

mindere mate realistische virtuele kinderporno volgen als uit het materiaal duidelijk een intentie blijkt tot daadwerkelijk seksueel misbruik.

Ter afsluiting van deze masterscriptie een drietal overpeinzingen.

De intentie van het OM is, zo blijkt uit de aankondiging om proefprocessen over virtuele kinderporno in ‘Second Life’ te houden, dat alle als zodanig herkenbare virtuele kinderporno strafbaar wordt. Mocht blijken dat de strafrechter bereid is om daarin mee te gaan (wat nu nog slechts is gebeurd bij materiaal met een verleidingsaspect), dan lijkt de morele verwerpelijkheid voorop te staan. De argumenten dat virtuele kinderporno bij zou dragen aan een markt, klimaat of subcultuur, dat het kan dienen om kinderen aan te moedigen of te verleiden tot daadwerkelijk seksueel misbruik en dat het pedofielen aan zou zetten tot daadwerkelijk misbruik, berusten vooralsnog op niet meer dan veronderstellingen. Het verband tussen als zodanig herkenbare virtuele kinderporno en daadwerkelijk misbruik, oftewel: voldoen aan het schadebeginsel, is dus hypothetisch. Zolang er geen deugdelijke grond voor strafrechtelijke aansprakelijkheid is, is er de facto sprake van sanctiëring van wat moreel verwerpelijk wordt gevonden. De associatie met een gedachtestrafrecht is dan snel gemaakt: zonder het risico op daadwerkelijke schade voor wie of wat dan ook lijkt als zodanig herkenbare virtuele kinderporno niet meer dan slechts een representatie van gedachten te zijn. De strafwet mag niet worden aangewend als middel om een juridisch oordeel te vellen over wat in iemands hoofd omgaat, zonder dat (een uiting van) die gedachten in de buurt komen van, of een eerste stap kunnen zijn tot, daadwerkelijk strafbaar handelen – laat staan dat de strafwet daar vergaande consequenties aan mag verbinden. Zoals het Hooggerechtshof van de V.S. aangaf in het ondertussen geen gelding meer hebbende *Ashcroft v. Free Speech Coalition*: wetgeving mag niet gegrond zijn op de wens om iemands privé-gedachten te controleren, er moet onderscheid worden gemaakt tussen woord en daad, tussen gedachten en gedrag.

Waar de discussie rondom de strafbaarstelling aanvankelijk ging over de vraag of er genoeg gronden waren om virtuele kinderporno strafbaar te stellen, lijkt de aandacht nu meer en meer te verplaatsen richting de technische vraag hoe ver af kan worden geweken van het vereiste van levensechtheid. In de parlementaire stukken is te lezen dat strips, tekeningen, cartoons, schilderijen en geschriften uitdrukkelijk niet onder de strafbaarstelling vallen. Maar hoe zeker kunnen we hier van zijn? Als na het vereiste van levensechtheid ook het begrip ‘seksuele gedraging’ wegens ‘moral panics’ wordt

de delictsomschrijving, die dan dus een herformulering van de delictsomschrijving zal vergen.

opgerekt, dan zijn de putti's van Michelangelo in de Sixtijnse kapel over decennia misschien wel strafbaar. En bij het oprekken van het begrip 'afbeelding' wellicht de geschriften van Markies de Sade of de roman *Lolita* van Nabokov.

Nu blijkt dat het vereiste van levensechtheid niet meer dogmatisch is, is ook het eens zo zwaarwegende argument van de bewijspositie van het OM uit het oog verloren. Argumentatief resten dan de vorming van een markt, klimaat of subcultuur en het aspect van aanmoediging en/of verleiding. Dit zet de deur open voor strafbaarstelling van andere misdrijven op virtueel vlak, zoals virtuele verkrachting of moord. Er blijken namelijk markten te zijn waarin beeldmateriaal van de 'echte' misdrijven worden verhandeld.¹⁹⁹ Het argument van aanmoediging en/of verleiding kan met wat creativiteit²⁰⁰ ook verdedigd worden met de redenering dat het bekijken van het beeldmateriaal aanmoedigt of verleidt tot het plegen van de 'echte' misdrijven, een geluid dat momenteel al vaak genoeg klinkt voor gewelddadige videogames. Met dezelfde argumenten die zijn gebruikt voor virtuele kinderporno zouden deze virtuele misdrijven dus ook onder het bereik van de strafwet kunnen worden gebracht. Het kijken van het gros der speelfilms zou dan strafbaar handelen opleveren wegens de gesuggereerde misdrijven. Als daar bovenop nog het vereiste van levensechtheid weg zou vallen zouden ook cartoons, schilderijen, videogames en geschriften die een misdrijf uitbeelden strafbaar worden. Het is een doemscenario dat de nekslag voor onze cultuur zou betekenen, en dat juridisch gezien gelukkig (nog lang?) niet aan de orde is.

Deze overpeinzingen raken de grondslagen van ons strafrecht. Op hun beurt nodigen ze weer uit tot abstractere, meer fundamentele bespiegelingen

¹⁹⁹ Te denken valt aan de 'Faces of Death' video's (met werkelijk plaatsgevonden en gefilmd fysiek menselijk leed), de zogeheten 'snuff-movies' (waarin daadwerkelijke moorden te zien zijn) en pornografische video's waarin de suggestie wordt gewekt dat daadwerkelijke verkrachtingen plaatsvinden.

²⁰⁰ Naast het verschil dat de (potentiële) slachtoffers van virtuele kinderporno kinderen zijn die (net zoals bijvoorbeeld verstandelijk gehandicapten ex art. 247 Sr) een extra beschermde status hebben in het strafrecht, is er nog een belangrijk verschil tussen de aanmoediging en/of verleiding bij virtuele kinderporno en dat bij overige virtuele misdrijven. De aanmoediging/verleiding bij virtuele kinderporno leidt vrij direct tot eigen 'voordeel' van de aanmoediger/verleider. Bij virtuele verkrachting die aanmoedigt of verleidt tot 'echte' verkrachting zou dit ook kunnen worden vastgesteld. Voor virtuele diefstal geldt dat het veel minder waarschijnlijk is dat iemand zich laat verleiden of aanmoedigen om zich laten bestelen, maar als het gebeurt zal het direct voordeel voor de aanmoediger/verleider opleveren. Bij bijvoorbeeld virtuele moord of geweldpleging is dit problematischer: voorzover een persoon zich al door de virtuele variant aan zou laten moedigen of verleiden tot het worden van slachtoffer van moord of geweld, zal het in het gros der gevallen lastig zijn daar een direct 'voordeel' voor de aanmoediger/verleider uit af te leiden – uitgezonderd uiteraard onalledaagse situaties waarin de aanmoediger/verleider een rassadist is.

over de grenzen van het beschermen van virtuele slachtoffers en de begrenzing van de strafrechtelijke bemoeienis van de staat, alsmede tot een aangescherpte en hernieuwde kijk op de huidige stand van zaken.

De stand van zaken op dit moment is dat gewerkt moet worden met een strafbepaling die onnodig vaag en ruim is. Voorgaande conclusies en overpeinzingen zijn (waarschijnlijk) niet langer geldig respectievelijk prangend wanneer de wetgever de pen hanteert teneinde de delictsomschrijving aan te scherpen - of dit nu ten gunste of ten koste van het vereiste van levensechtheid is. Een helderder afbakening van de strafbaarheid zal voorkomen dat één onderdeel vanuit het hele spectrum van redengeving wordt verzelfstandigd, met het gevolg dat daarmee de reikwijdte op onvoorziene en door de wetgever ongewenste wijze wordt opgerekt. Tevens kan het OM dan wat minder driest te werk gaan, hoeven magistraten niet alle registers open te trekken om tot een interpretatie te komen, en weet de verdachte waar hij aan toe is.

Literatuurlijst

Boeken

- Buruma, Y, 'Het legaliteitsbeginsel in een veranderende democratische rechtsstaat', in: Bogert, P.C. en Kooijmans, T. (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Arnhem: Gouda Quint 2000.
- Van Dijk, P.J. & Van Hoof, G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague: Kluwer Law International 1998.
- M.S. Groenhuijsen, *Straf en wet (oratie KUB)*, Arnhem: Gouda Quint 1987.
- J. de Hullu, *Materieel strafrecht*
- B.J. Koops (red.) (2004), *Strafrecht en ICT* (Monografieën Recht en Informatietechnologie Deel 1), Den Haag: Sdu 2004.
- Nijboer, J.F., & Cleiren, C.P.M. (2006). *Tekst & Commentaar Strafrecht*, (6e druk). Deventer: Kluwer 2006.
- R.S.B. Kool, *De strafwaardigheid van seksueel misbruik (diss. EUR)*. Deventer: Kluwer 1999.
- R.S.B. Kool, 58 Knelpunten rondom de kinderpornografie, *Delikt en Delinkwent*, 2005, nr. 7, p. 810-830.
- Mulder, G.E., 'Vage normen', in: *Naar eer en geweten* (Rommeling-bundel), Arnhem 1987, p. 409-427.
- Rozemond, K., 'Waar ligt de grens van het legaliteitsbeginsel', in: Bogert, P.C. en Kooijmans, T. (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Arnhem: Gouda Quint 2000.
- Quintelier, L., K. van Buyten en K. Vandenbosch, '(Kinder)pornografie', in: G. Vermeulen (ed.), *Aspecten van Europees materieel strafrecht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2002.

Artikelen in tijdschriften

Claessen 2008

- Claessen, J.A.A.C., 'Virtuele kinderpornografie. Niet alles is wat het lijkt en niet alles lijkt op wat het is...', *Nieuwsbrief Strafrecht* 2008, nr. 5, p. 508-513.

Groenhuijsen 2001

- Groenhuijsen, M.S. & F.G.H. Kristen, 'Het Bestimmtheitsgebot bepaald', *Delikt en Delinkwent* 2001, p. 330-346.

Kaspersen 2008

Kaspersen, R., *Strafbaarheid virtuele kinderporno*, Computerrecht 2008, nr. 3, p. 91.

Moerings 2003

Moerings, M., 'Virtuele kinderporno', *Ars Aequi* 2003, p. 28-30.

Kool 2003

Kool, R., *Vrijheid, blijheid? Over het dilemma van de strafbare seksualiteit*, Tijdschrift voor Criminologie 2003, nr. 4, pp. 338-354

Rozemond 1999

Rozemond, K., *Legaliteit in het materiële strafrecht*, RM Themis 1999, nr. 4, p. 117-130.

Wafelbakker 2001

Wafelbakker, F., *Seksuele gedraging... Over de misdrijfomschrijving in de kinderporno-wetgeving*, Tijdschrift voor Seksuologie 2001, nr. 3, pp. 135-138.

Rapporten**Adviescommissie Melai 1980**

Adviescommissie zedelijkheidswetgeving, *Eindrapport*, Den Haag, Staatsuitgeverij, 1980

Lünnemann e.a. 2006

Lünnemann, K., en anderen, *Kinderen beschermd tegen seksueel misbruik; evaluatie van de partiële wijziging in de zedelijkheidswetgeving*. Utrecht: Verwey Jonker Instituut 2006.

De Savornin Lohmann 1999

De Savornin Lohmann, J., en anderen, *Wetgeving gewogen: evaluatie van wet- en regelgeving inzake kinderpornografie*. Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 1999.

Koops 2007

Koops, B., R. Leenes, P. de Hert. *Constitutional rights and new technologies. A comparative study covering Belgium, Canada, France, Germany, Sweden, and the United States*. Tilburg: TILT 2007.

Geraadpleegde internetbronnen

http://rint.rechten.rug.nl/lawgame/specificatie/Ebook/Journalistiek/main_ebook_virtuele_kinderporno_halsema.htm

geraadpleegd op 21 juli 2008

<http://jurel.nl/2008/03/12/eerste-veroordeling-virtuele-kinderporno/> geraadpleegd op 30 juli 2008

<http://www.vandale.nl/opzoeken/woordenboek>

geraadpleegd op 9 augustus 2008

<http://www.seksueelmisdrijf.nl>

geraadpleegd op 25 augustus 2008