

Kinderen beschermd tegen seksueel misbruik

Evaluatie van de partiële wijziging in de zedelijkheidswetgeving

Mr. dr. Katinka Lünemann
Dr. Sima Nieborg
Drs. Marjolein Goderie
Mr. dr. Renée Kool
Drs. Guillaume Beijers

Mei 2006

Voorwoord

Het Verwey-Jonker Instituut heeft een traditie in het doen van wetevaluaties: onder meer de wijziging van de zedelijkheidswetgeving van 1991, de werking van het klachtvereiste en eind jaren negentig de wijziging van de kinderpornografie-bepaling. Het voor u liggende rapport 'Kinderen beschermd tegen seksueel misbruik' bevat de evaluatie van de partiële wijziging in de zedelijkheidswetgeving van oktober 2002. Het onderzoek moet inzicht geven in de vraag of de herziene wet het gewenste effect heeft, namelijk een betere bescherming tegen seksueel misbruik van minderjarigen en andere kwetsbare groepen.

Bij de behandeling van het wetsvoorstel heeft de minister van Justitie de Tweede Kamer toegezegd de wijziging na ongeveer twee jaar te laten evalueren. De evaluatieperiode is vrij kort en dit heeft gevolgen voor de te vinden resultaten. De werking van de wet is nog niet altijd in de praktijk merkbaar. Het is bijvoorbeeld nauwelijks mogelijk betrouwbare cijfers te krijgen van de periode na de wetwijziging, zeker als het de wijze van afdoening door het Openbaar Ministerie en rechters betreft. Om de invloed van de wetwijziging zo breed mogelijk te kunnen vaststellen, zijn in dit onderzoek verschillende bronnen benut: cijfermatige registraties, een analyse van schriftelijke bronnen (de wettekst, jurisprudentie en literatuur) en interviews met actoren uit verschillende geledingen van de strafrechtketen. Daarnaast heeft dossieranalyse aangaande kinderpornografie plaatsgevonden.

Het onderzoek is uitgevoerd door het Verwey-Jonker Instituut in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatie Centrum (WODC) van het ministerie van Justitie. Daarbij is samengewerkt met het Willem Pompe Instituut der strafrechtwetenschappen van de Universiteit Utrecht en de Vrije Universiteit in Amsterdam. De onderzoeksperiode besloeg juni 2005 tot maart 2006.

Wij danken op deze plaats de verschillende respondenten die hun medewerking en tijd hebben gegeven aan de interviews. Ook de leden van de begeleidingscommissie zijn wij zeer erkentelijk voor het in ons gestelde vertrouwen. Zij hebben zorgvuldig de voortgang van het onderzoek bewaakt en conceptteksten van hun deskundig commentaar voorzien.

We hopen met deze evaluatie een bijdrage te leveren aan de aandacht die de bescherming van kwetsbare groeperingen tegen seksueel misbruik verdient. Dit rapport gaat uitgebreid in op de vraag hoe de wetgever hier vorm en inhoud aan kan geven.

Het onderzoeksteam

Inhoud

Voorwoord	3
Samenvatting	9
1. Inleiding	19
1.1 Het denken over strafbare seksualiteit en wijziging in de zedelijkheids-wetgeving	19
1.2 De organisaties achter de aanpak van kinderporno en zedenzaken	23
1.3 Probleemstelling en vraagstelling	25
1.4 Leeswijzer	27
2 Opzet van het onderzoek	29
2.1 Inleiding	29
2.2 Wetstechnische analyse en jurisprudentieonderzoek	30
2.3 Juridisch-statistisch onderzoek	30
2.3.1 Onbruikbaarheid CBS en onbetrouwbaarheid HKS-data	30
2.3.2 Analyse op feitniveau en samengaan van artikelen	32
2.4 Dossieronderzoek kinderporno	32
2.5 Face to face interviews	34
3 Beoogde effecten van wetgeving: parlementaire behandeling	37
3.1 Inleiding	37
3.2 Kinderporno: aanscherping van de strafbepaling (art. 240b Sr)	38
3.3 Kindersekstoerisme: Verruiming van de jurisdictie (art. 5 en 5a Sr)	44

3.4	Vormen van gedwongen seksuele dienstverlening door minderjarigen (art. 248a, 248c en 250a Sr)	46
3.5	Toevoeging ‘verminderd bewustzijn’ (art. 243 en 247 Sr)	50
3.6	Klachtvereiste vervallen, invoering hoorplicht (art. 245, 247 en 248a Sr)	53
3.7	Beoogde effecten	56
4	Interpretatie van de wet	57
4.1	Inleiding	57
4.2	Kinderpornografie: bewijsproblemen aangepakt	58
4.2.1	Strafprocessuele aspecten	58
4.2.2	Uitleg van bestanddelen	64
4.2.3	Juridische knelpunten rond de interpretatie van de kinderpornografie bepaling	82
4.3	Kindersekstoerisme en de betekenis van artikel 5a Sr	87
4.4	Seksuele dienstverlening en aanzetten tot ‘zelfbevrediging’ van minderjarigen	88
4.5	Bescherming in geval van ‘verminderd bewustzijn’	90
4.5.1	De jurisprudentie nader bekeken	91
4.5.2	Verminderd bewustzijn in een relationele context	92
4.6	De hoorplicht een extra drempel	94
4.6.1	Geen sanctie op het niet naleven van de hoorplicht	95
4.6.2	De drempel beslecht?	96
4.7	Conclusie	97
5	Hanteerbaarheid van de wet	101
5.1	Inleiding	101
5.2	Morele afkeuring of bestraffen	102
5.2.1	Onfatsoenlijk of strafwaardig	102
5.2.2	Schadelijkheid en virtuele kinderporno	103
5.3	De invloed van digitalisering op rechtshandhaving	104
5.3.1	Digitalisering	104
5.3.2	Bufferzones en versleuteling van mails en bestanden	105
5.3.3	Webcam	107
5.4	De impact van de wetswijziging op de rechtshandhaving	108
5.4.1	Aspecten van opsporing en vervolging van kinderpornografie	108

5.4.2	Opsporing en vervolging van kinderseksstoerisme	112
5.4.3	Knelpunten in opsporing en vervolging van andere zedendelicten	113
5.5	Randvoorwaarden voor adequate rechtshandhaving	114
6	Kinderporno: het dossieronderzoek	119
6.1	Inleiding	119
6.2	De geseponeerde zaken	120
6.3	Start van het opsporingsonderzoek	121
6.4	Profiel van de verdachte	122
6.5	De aard van de verdenking	124
6.6	De wijze van tenlastelegging in relatie tot de inzage	124
6.7	Verweren	125
6.8	Straftoemeting	130
6.9	Conclusies	130
7	Cijfers over aangiften en afdoening van zedendelicten	133
7.1	Inleiding	133
7.2	Aangiften van zedendelicten bij de politie	134
7.3	Ontwikkeling in inschrijvingen bij Openbaar Ministerie en afdoeningen	135
7.3.1	Inschrijvingen bij het Openbaar Ministerie	135
7.3.2	Afdoening door het Openbaar Ministerie	137
7.4	Kinderporno in samenhang met andere strafbare feiten	144
7.5	Conclusie	149
8	Conclusie	151
8.1	Inleiding	151
8.2	Beoogde doelen	152
8.3	Hanteerbaarheid van de wetswijzigingen in de (rechts)praktijk	154
8.3.1	De hantering van de kinderpornografiebepaling in de praktijk	154
8.3.2	De strafrechtelijke aanpak van kinderseksstoerisme	158
8.3.3	Andere vormen van seksuele uitbuiting van minderjarigen	158

8.3.4	Hantering van de hoorplicht	159
8.3.5	Toevoeging van ‘verminderd bewustzijn’	159
8.4	Gewenste doelen behaald?	160
8.4.1	Inleiding	160
8.4.2	Aanscherping strafbaarstelling kinderpornografie heeft effect	160
8.4.3	De aanpak van kinderseksuïerisme	163
8.4.4	Effecten van de overige wetswijzigingen	163
8.5	Eindconclusie	164
8.6	Aanbevelingen	165

Literatuur	167
-------------------	------------

1	Bijlage tabellen omvang en afdoening zedendelicten	173
----------	---	------------

2	Bijlage Vragenlijsten Interviews Partiële wijziging zedelijkheidswetgeving	175
----------	---	------------

3	Bijlage Samenstelling begeleidingscommissie	191
----------	--	------------

Summary	193
----------------	------------

Samenvatting

De afgelopen decennia zijn verschillende wijzigingen aangebracht in de zedelijkheidswetgeving. Doel van het voorliggend onderzoek is een antwoord te geven op de vraag in welke mate en op welke wijze met de wijziging van de zedelijkheidswetgeving van 2002 een verbetering is gekomen in de manier waarop de instanties belast met opsporing, vervolging en berechting een bijdrage leveren aan de bestrijding van seksueel misbruik en seksueel geweld tegen kinderen en andere kwetsbare personen. Het ging in dit onderzoek om het verkrijgen van informatie over de beoogde doelen van de wetgever met de wetswijziging, hoe de gewijzigde wetgeving wordt gehanteerd in de (rechts)praktijk en of het beoogde doel is bereikt. Deze evaluatie betreft de wijzigingen in de artikelen 240b, 243, 248a, 248c en 250 (oud) Sr. De wijziging van de kinderpornografiebepaling is de meest ingrijpende. Daarom ligt de nadruk van het rapport op de interpretatie van deze kinderpornografiebepaling en de uitvoering ervan.

In het onderzoek is een combinatie van methoden en bronnen gehanteerd, namelijk een jurisprudentieonderzoek, analyse van tweede kamerstukken en literatuuronderzoek. Daarnaast een juridisch-statistisch onderzoek op grond van registratiegegevens bij de politie en rechterlijke macht. Ook is een kwalitatief dossieronderzoek verricht naar 94 zaken van kinderpornografie in de arrondissementen Arnhem, Utrecht en Rotterdam. Hierin is onder meer een *prospectieve* analyse verricht van geseponeerde zaken van voor de wetswijziging. De vraag

was of deze zaken ook na de wetswijziging zouden zijn geseponeerd. Ook is een *retrospectieve* analyse uitgevoerd van geseponeerde zaken en veroordelingen van na de wetswijziging. Hierbij werd de vraag gesteld of de afdoening op dezelfde wijze zou zijn verlopen als tijdens de oude wet. Tot slot zijn interviews met 23 respondenten uit de strafrechtsketen en NGO's gehouden en is een werkbezoek afgelegd aan een zedenbijeenkomst van politie en parket in een der arrondissementen.

Beoogde effecten

De wijzigingen van de zedelijkheidsbepalingen in 2002 hebben in belangrijke mate tot doel de bescherming van minderjarigen tegen vormen van seksueel misbruik te verstevigen. Daartoe is de kinderpornografiebepaling aangescherpt (art. 240b Sr), is de extraterritoriale rechtsmacht verruimd (art. 5 en 5a Sr) en zijn andere vormen van seksuele uitbuiting van minderjarigen strafbaar gesteld (art. 248a, 248c en 250a Sr). Ook is het klachtvereiste in zijn geheel afgeschaft. Daarvoor in de plaats is een hoorplicht geformuleerd (art. 167a Sv). De bescherming van andere kwetsbare groepen is aangescherpt door in de artikelen 243 en 247 Sr het bestanddeel 'verminderd bewustzijn' toe te voegen. Naar soort delict worden verschillende tussenliggende doelen geformuleerd.

Aanscherping van de kinderpornografiebepaling

De aanscherping van de kinderpornografiebepaling heeft als doel concreet seksueel misbruik van kinderen tegen te gaan en het ontmoedigen van de markt van kinderporno. De markt van kinderporno draagt het risico in zich dat minderjarigen worden verleid tot deelname aan seksuele handelingen waarvan afbeeldingen worden gemaakt en dit is een voor hen schadelijke praktijk. Door aanpassing van de strafbepaling op vier punten moet het eenvoudiger worden om in zaken van kinderpornografie tot een vervolging dan wel veroordeling te komen. De strafbepaling is gewijzigd door het toevoegen van 'schijnbaar betrokken' en het verhogen van de leeftijdsgrens. Daarnaast is 'in voorraad' vervangen door 'in bezit' en is de bijzondere strafuitsluitingsgrond afgeschaft. De toevoeging met 'schijnbaar betrokken' heeft tot doel het Openbaar Ministerie te ontlasten van de opdracht te bewijzen dat de ten laste gelegde afbeelding een bestaande minderjarige betrof; er moet sprake zijn van een afbeelding die de schijn wekt een echte seksuele gedraging weer te geven. Voldoende is dat het

Openbaar Ministerie aannemelijk maakt dat de afgebeelde persoon op een minderjarig kind lijkt.

De verhoging van de leeftijdsgrens van zestien naar achttien jaar vloeide voort uit de ratificatie van het ILO-verdrag inzake het verbod en de onmiddellijke uitbanning van de ergste vorm van kinderarbeid. Het oordeel over de kennelijke leeftijd van de minderjarige is overgelaten aan de zittingsrechter. Met de verhoging van de leeftijdsgrens wordt beoogd het bewijs van het bezit van kinderpornografisch afbeeldingen van minderjarigen van vijftien of zestien jaar te vergemakkelijken; de vraag of de afbeelding een minderjarige van vijftien of zestien jaar betreft is niet meer relevant.

De vervanging van het bestanddeel 'in voorraad hebben' door 'in bezit hebben' betekende een codificering van het standpunt van de Hoge Raad dat het 'in voorraad hebben' geen pluraliteit aan afbeeldingen vereist. Tijdens de Tweede Kamer behandeling wordt bevestigd dat het enkele kijken naar kinderpornografie niet valt onder de reikwijdte van artikel 240b Sr. De wetgever benadrukt dat de nadruk niet ligt op het moreel verwerpelijke van het kijken naar kinderpornografische afbeeldingen, maar dat de wet te handhaven moet zijn; om te kunnen handhaven lijken handelingen van enige omvang en tijdsduur noodzakelijk die blijk geven van een zekere intentie.

Met het oog op het risico van onbeperkte verspreiding, gelegen in het digitale karakter van kinderpornografische afbeeldingen, wordt de bijzondere strafuitsluitingsgrond afgeschaft. Deze exceptie maakte het mogelijk straffeloos kinderpornografie te bezitten voor wetenschappelijke, educatieve of therapeutische doelen. Het opportuniteitsbeginsel kan altijd worden gebruikt als vervolging gezien het doel van het aanwezige (kinderpornografische) materiaal niet opportuun is.

Kortom: De wijziging van de kinderpornografiebepaling beoogt de bewijslast voor het Openbaar Ministerie te vereenvoudigen en de marktforming aan banden te leggen, binnen de grenzen van handhaafbaarheid van de wet.

Uitbreiden extraterritoriale rechtsmacht

Met het uitbreiden van de extraterritoriale rechtsmacht wordt beoogd de mogelijkheden tot vervolging uit te breiden: in het buitenland aangehouden verdachten die tijdens hun borgtocht het land ontvluchten, kunnen door deze uitbreiding na terugkeer in Nederland worden aangehouden en vervolgd. Dit kan potentiële daders afschrikken. Een bredere bewustwording van de mogelijkheid tot strafvervolging in eigen land kan ook anderen alerter maken op signalen van

kindersekstoerisme. Daardoor wordt de aangiftebereidheid van mensen, in het bijzonder medereizigers, vergroot. De wetswijziging beoogt de norm dat kindersekstoerisme ontoelaatbaar is, nadrukkelijk naar voren te brengen.

Seksuele uitbuiting van minderjarigen

Expliciet is het aanzetten van een minderjarige tot seksuele handelingen *bij zichzelf* strafbaar gesteld door het vervallen van ‘met hem’ in artikel 248a Sr. Bovendien wordt een nieuw artikel ingevoerd, artikel 248c Sr, waardoor het toeschouwer zijn van seksshows door minderjarigen strafbaar is geworden. Doel is ook andere vormen van seksuele dienstverlening door minderjarigen dan prostitutie strafbaar te stellen.

Toevoeging van ‘verminderd bewustzijn’

Een andere kwetsbare groep betreft personen die, eventueel onder invloed van alcohol, drugs of medicijnen, verkeren in een situatie van (half)slaap. Door het toevoegen van ‘verminderd bewustzijn’ in de artikelen 243 en 247 Sr wordt beoogd extra bescherming te bieden tegen ongewenste seksuele contacten die voor de wetswijziging niet onder de strafbepaling vielen wegens de strikte interpretatie van onmacht. De wetgever heeft bepaald dat het slachtoffer een verantwoordelijkheid heeft voor haar of zijn gedrag voorafgaand aan het verminderd bewustzijn: het maken van avances en het door eigen toedoen in een staat van verminderd bewustzijn verkeren heeft consequenties voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte.

Van klacht naar hoorplicht

Het afschaffen van het klachtvereiste en de invoering van de hoorplicht voor de artikelen 245, 247 en 248a Sr heeft ten doel de opsporing en vervolging van seksueel misbruik van jeugdigen te vergemakkelijken. De hoorplicht is niet absoluut geformuleerd: minderjarige slachtoffers dienen ‘zo mogelijk’ te worden gehoord over een eventuele strafvervolgning.

Hanteerbaarheid en doelbereiking

Wat betekenen de wetswijzigingen voor de opsporing, vervolging en berechting?
En worden de beoogde doelen in de rechtspraktijk bereikt?

Hanteerbaarheid en doelbereiking van de gewijzigde kinderpornografiestraf bepaling

Er is een duidelijke toename van het aantal aangiften van overtreding van artikel 240b Sr. De stijging wordt overigens al ingezet vanaf 2001. De ingeschreven zaken bij het Openbaar Ministerie vertonen eveneens een duidelijke stijging. De afdoening van kinderpornografiezaken door het Openbaar Ministerie en de rechtbank geeft een significante verschuiving weer naar minder technische sepots en vrijspraken.

Uit het onderzoek komt naar voren dat de bewijsproblemen rond de kennelijke leeftijd zijn opgelost. Dit, omdat vervolgd wordt voor bezit, vervaardigen of verspreiden van kinderpornografische afbeeldingen van kinderen (ver) beneden de zestien jaar, conform de Aanwijzing Kinderpornografie. Juridisch gezien is het lastiger om te bewijzen of iemand 'kennelijk minderjarig' is dan 'kennelijk nog geen zestien jaar'. Dat komt omdat in het eerste geval criteria ontbreken, terwijl in het laatste geval gebruik kan worden gemaakt van de Tanner-criteria. Door de wetwijziging is het nu makkelijker te vervolgen als de kinderpornografische afbeeldingen de groep kinderen van twaalf tot vijftien jaar betreft. Hoewel bezit van pornografische afbeeldingen van minderjarigen van zestien en zeventien jaar strafbaar is, vindt geen vervolging plaats.

De toevoeging van 'schijnbaar betrokken' heeft er eveneens aan bijgedragen dat bewijsproblemen rond schijnbaar reële kinderen zijn opgelost. Er is overigens wel een discussie over de vraag of het bezitten, verspreiden of vervaardigen van enkel virtuele kinderpornografische afbeeldingen, zoals een virtuele animatie, vanuit het oogpunt van vergroting van de markt van kinderporno, ook onder de strafbepaling zou moeten vallen. Anderzijds wordt de vraag gesteld of het strafbaar stellen van virtuele kinderpornografie wel legitiem is omdat geen directe schade wordt toegebracht aan het kind. Een meerderheid van de ondervraagden acht de strafbaarstelling een logisch sluitstuk van een op bescherming gerichte wetgeving.

De vervanging van het bestanddeel 'in voorraad' door 'in bezit' wordt beschouwd als de codificatie van de rechtspraak waar is vastgesteld dat onder 'in voorraad' ook enkelvoudig bezit van kinderpornografisch materiaal valt. Het bewijs van het opzet op het bezit of verspreiden van kinderporno levert in de praktijk meestal geen bijzondere problemen op. Dit hangt samen met de groep verdachten die wordt vervolgd. Dit zijn vooral eindgebruikers en zij bekennen vaak het bezit van kinderpornografisch materiaal. Juridisch gezien zijn er echter wel degelijk bewijsproblemen rond de opzet op het bezitten van kinderpornografisch

materiaal. Het criterium is dat voldaan moet worden aan drie met elkaar samenhangende elementen: vastlegging, opzet en een zekere beschikkingsmacht. Het enkele kijken is onvoldoende. Uit het onderzoek komt naar voren dat het opzettelijk bezitten van kinderpornografische afbeeldingen met de huidige digitale technieken niet altijd eenvoudig is vast te stellen, bijvoorbeeld als internetgebruikers een gezamenlijke site met kinderpornografisch beeldmateriaal inrichten waar men naar kan kijken zonder te downloaden op de eigen computer.

De afschaffing van de bijzondere strafuitsluitingsgrond levert geen discussie op in de rechtspraktijk.

De stijging van het aantal aangiften bij de politie en inschrijvingen bij het Openbaar Ministerie is al ingezet in de jaren voor de wetswijziging. Hieruit kan worden afgeleid dat deze toename niet het gevolg kan zijn van de wetswijziging. Uit het onderzoek komt een aantal knelpunten naar voren in de opsporing en vervolging.

Het gaat tegenwoordig om enorme hoeveelheden beeldmateriaal. De technologische ontwikkelingen op het terrein van ICT zorgen voor specifieke problemen in de opsporing. Klassieke methoden van opsporing moeten worden aangevuld met digitale methoden van opsporing. Een belangrijk organisatorisch probleem dat naar voren komt is het ontbreken van voldoende digitale expertise bij de politie: zowel voldoende sterk specialistische digitale kennis bij enkelen, als op brede schaal elementaire digitale kennis. Dit geldt ook voor het Openbaar Ministerie. Tevens is het van belang dat de zittende magistratuur enige digitale kennis heeft om een eigen oordeel te kunnen vellen over bijvoorbeeld het bezit van kinderpornografisch materiaal. Om kinderporno aan te kunnen pakken en niet alleen de eindgebruiker, maar ook de netwerken en producenten te kunnen opsporen en vervolgen, is voldoende digitale expertise noodzakelijk, voldoende capaciteit en internationale samenwerking.

De belangrijkste interveniërende factor bij de doelbereiking is de enorme vlucht die de digitalisering en de verspreidingsmogelijkheden op internet hebben genomen waardoor mensen relatief anoniem op elk uur van de dag kinderpornografische afbeeldingen kunnen bekijken. Het bezit is grootschaliger en de aard van het materiaal is ernstiger dan zo'n tien jaar geleden. De zaken worden in toenemende mate aangebracht bij de meervoudige kamer, waar vroeger gedagvaard werd voor de politierechter.

Daarnaast speelt het internationale karakter van het misdrijf een rol. Dit is een van de redenen dat vooral de eindgebruikers en in mindere mate de pedofiele netwerken worden opgespoord en vervolgd. Hoewel de producenten en commerciële verspreiders in beeld zijn bij de politie en Openbaar Ministerie vergt het aanpakken ervan een internationale samenwerking en stuit men op juridische belemmeringen van internationale (strafrechtelijke) aard, waardoor de vervolging van de producenten moeizaam van de grond komt.

De strafrechtelijke aanpak van kindersekstoerisme

Er zijn geen cijfers te achterhalen over het aantal aangiften en inschrijvingen op het arrondissementsparket van kindersekstoerisme. De ervaring van de door ons geïnterviewde politie, Openbaar Ministerie en rechters is zeer beperkt. De opsporing en vervolging zijn lastig door het internationale karakter van deze problematiek; de aanpak is meer een landelijke zaak dan dat het op arrondissementsniveau kan worden aangepakt en het vergt internationale samenwerking. Of de wet een preventief effect heeft is een open vraag. De beoogde afschrikking en bredere bewustwording lijken niet te hebben plaatsgevonden. De noodzakelijke multisectorale samenwerking (ministeries van Justitie, Buitenlandse Zaken, Economische Zaken) voor de voorlichting aan reizigers en reisorganisaties, en training van politiemensen in de desbetreffende landen, lijkt tot op heden achterwege te zijn gebleven.

Andere vormen van seksuele uitbuiting van minderjarigen

In de rechtspraak is er nog niet veel ervaring met de opsporing en vervolging van overtredingen van de wetsartikelen 248a en 248c Sr. De wijziging van artikel 248a Sr en de invoering van 248c Sr heeft de opsporing en vervolging wel vergemakkelijkt, maar het aantal zaken is gering. De periode tussen de wijziging en deze evaluatie is te kort om cijfermatige effecten te kunnen zien. Het aantal gevallen waarin minderjarigen via *chatboxen* voor de webcam seksuele handelingen (bij zichzelf) vertonen neemt toe. Als vangnet wordt artikel 248a Sr ten laste gelegd en primair artikel 244 Sr.

De opsporing en vervolging van kinderseksshows lijkt door de wetswijziging te zijn vergemakkelijkt. Toch is het niet eenvoudig het bewijs rond te krijgen. Over de interpretatie van artikel 248c Sr is discussie, bijvoorbeeld over het vereiste van fysieke aanwezigheid van de toeschouwer. Valt ook het kijken via een televisiecircuit eronder? En zou de problematiek van de internetgebruikers die een gezamenlijke site met kinderpornografisch beeldmateriaal inrichten waar

men zonder te downloaden op de eigen computer naar kan kijken, als een virtuele bioscoop kunnen worden beschouwd en onder artikel 248c worden gebracht? De vraag is of in de toekomst het vereiste van 'een daartoe bestemde plaats' problemen zal gaan opleveren.

Tot slot blijkt dat niet altijd duidelijk is of een situatie onder artikel 248a of 248c Sr moet worden gekwalificeerd: wanneer is sprake van toeschouwer (art. 248c Sr) en wanneer van medepleger van verleiding (art. 248a Sr)? De interpretatie van deze wetsartikelen zal zich in de toekomst uitkristalliseren.

Hantering van de hoorplicht

Op het niet voldoen aan de hoorplicht staat geen sanctie. Het niet voldoen aan de hoorplicht kan leiden tot niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie of het aanhouden van de zaak. In de rechtspraak leidt de hoorplicht vrijwel nooit tot problemen omdat voldoende is wanneer uit de aangifte blijkt dat het slachtoffer strafvervolgung wenste. Bovendien kan een mogelijk verzuim via het getuigenverhoor alsnog worden hersteld of gerepareerd.

De wetswijziging heeft eraan bijgedragen dat het nu makkelijker is de praktijk van *loverboys* aan te pakken of groepsverkrachtingen. Een klacht is namelijk niet meer noodzakelijk om een opsporingsonderzoek te starten. Toch wordt de hoorplicht soms als drempel ervaren door het Openbaar Ministerie in situaties waar meerdere slachtoffers zijn en ouders aangifte hebben gedaan van ontucht door bijvoorbeeld een sportleraar. In zulke gevallen kan het horen van de minderjarige slachtoffers leiden tot extra commotie en extra emotionele belasting van ouders en kinderen.

Toevoeging van 'verminderd bewustzijn'

In geval van overtreding van artikel 243 Sr (verkrachting van een bewusteloze en geestelijk gestoorde) vindt in het jaar na de wetswijziging een enorme stijging plaats, maar dit kan op toeval berusten: de toekomst moet uitwijzen of dit niveau van aangiften weer daalt, wordt geconsolideerd of dat de stijging zich doorzet. Tevens is er is een significant verschil in afdoening te constateren voor en na de wetswijziging door een afname van technische septs en vrijspraken. De uitbreiding met 'verminderd bewustzijn' wordt positief ontvangen in de rechtspraak; situaties die vroeger niet onder de strafwet vielen, doen dat nu wel. Meer situaties waar sprake is van een verminderd bewustzijn door drank, medicijnen of drugs vallen onder de strafwet. Dit betekent niet dat de bewijsproblemen zijn opgelost. Het blijft lastig om te bewijzen dat de verdachte

inzicht had in de staat van verminderd bewustzijn van het slachtoffer en hiervan misbruik heeft gemaakt, met name als de verdediging aangeeft dat het slachtoffer voorafgaand aan het seksuele incident verschillende (seksuele) handelingen vrijwillig heeft verricht. De toekomst zal moeten uitwijzen hoe ver de verantwoordelijkheid van het slachtoffer reikt en welke invulling wordt gegeven aan ‘verminderde bewustzijn’.

Conclusie

Het is altijd lastig om te kunnen constateren of een wetswijziging het beoogde doel heeft bereikt door de wetswijziging; het is moeilijk om veranderingen direct aan de wijziging van de wet of aan andere ontwikkelingen toe te schrijven. De bewijsproblemen zijn verminderd als het gaat om de aanpak van kinderporno. De vraag blijft of de afname van het aandeel technische septs en vrijspraken (alleen) is te wijten aan de wetswijziging. Andere factoren die daar een rol in spelen zijn de toegenomen ernst van het kinderpornografische materiaal, de verbetering van de technische (digitale) mogelijkheden tot opsporing, de prioriteitstelling in de Aanwijzing Kinderpornografie en veranderende maatschappelijke opvattingen. De verspreidingsmogelijkheden op internet zijn sterk toegenomen waardoor een toename is te constateren van eindgebruikers, die makkelijker zijn op te sporen dan pedofiele netwerken en producenten. Na de wetswijziging worden pedofiele netwerken en producenten nauwelijks aangepakt, terwijl dit volgens de Aanwijzing Kinderporno prioriteit heeft. Dit is echter niet zozeer een effect van de strafbaarstelling, als wel van strafvorderlijke en organisatorische knelpunten.

Ondanks de verruiming van de wet zijn er situaties die niet of moeilijk onder de strafbepaling zijn te brengen. Het kijken naar kinderpornografische afbeeldingen zonder over het beeldmateriaal te beschikken valt bijvoorbeeld niet onder de strafbepaling. Het enkel bezitten van virtuele afbeeldingen van kinderpornografie, terwijl duidelijk is dat het om virtuele mensen en kinderen gaat, valt eveneens niet onder de strafbepaling.

De beoogde verbetering van bescherming van kinderen tegen vormen van seksueel misbruik en het profiteren ervan lijkt met de wetswijziging in gang te zijn gezet. Seksshows met minderjarigen worden bijvoorbeeld opgespoord en vervolgd.

De toekomst moet uitwijzen of nieuwe vormen van seksueel misbruik van minderjarigen en andere kwetsbare groepen als gevolg van nieuwe technische ontwikkelingen met behulp van de huidige wetgeving kunnen worden bestreden.

Inleiding

De zedelijkheidswetgeving van 2002 kent een rijk verleden aan wijzigingen, waarvan we een korte schets geven in paragraaf 1.1. Vervolgens geven we, om de rol van de verschillende partijen te kunnen plaatsen, een indruk van een aantal organisatorische achtergronden van de aanpak van zedendelicten, in het bijzonder de aanpak van het bezit of het verspreiden van kinderpornografische afbeeldingen, in paragraaf 1.2. De probleemstelling en vraagstelling wordt uiteen gezet in paragraaf 1.3 en we besluiten de inleiding met een leeswijzer.

1.1 Het denken over strafbare seksualiteit en wijziging in de zedelijkheidswetgeving

De afgelopen decennia hebben verschillende wijzigingen plaatsgevonden in de zedelijkheidswetgeving. Aan de totstandkoming van de zedelijkheidswetgeving in het begin van de twintigste eeuw lag een breed gedragen streven naar bestrijding van zedelijk verval ten grondslag. Dit streven, gecombineerd met een verdergaande bereidheid tot interventie, vooral waar het minderjarigen betreft, heeft het denken over strafbare seksualiteit tot aan het midden van de jaren zestig van de vorige eeuw bepaald. Vanaf die tijd tot aan de jaren tachtig kwam er, mede door de invloed van de toegenomen welvaart en de beschikbaarheid van anticonceptiemiddelen, een omslag in dit denken naar seksuele vrijheid. Zo

stelde de in het leven geroepen adviescommissie Melai in 1980 dat de staat zich verre diende te houden van de uitingen van de beleving van seksualiteit. Strafrechtelijk optreden werd alleen gelegitimeerd geacht waar ‘strikte bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen inbreuk van derden’ dit vereiste. In feite berustten de voorstellen van de Commissie Melai op een positief vrijheidsbegrip: de nadruk werd gelegd op door de overheid gegarandeerde voorwaarden waarbinnen seksuele zelfbeschikking mogelijk was. Dit positieve vrijheidsbegrip is te zien als tegenstelling tot het negatieve vrijheidsbegrip dat ten grondslag lag aan de zedelijkheidswetgeving tot dan toe.

Vanaf de jaren tachtig gaat de denkrichting over zedenkwesaties meer naar bescherming. Vanuit feministische hoek wordt erop gewezen dat er van een reëel bestaande seksuele zelfbeschikking, gezien de maatschappelijke verhoudingen, geen sprake kan zijn. Dit zou vooral voor vrouwen en kinderen gelden. Dit standpunt werd onderstreept door de openbaarmaking van de ervaringen van slachtoffers van seksueel misbruik binnen het gezin.

De ingrijpende wijziging van de zedelijkheidswetgeving in 1991 reflecteert deze omslag in het maatschappelijk denken over strafbare seksualiteit. Het streven naar modernisering van de strafbepalingen wordt omgebogen naar het bieden van bescherming, waarbij overigens ook een tendens tot terughoudendheid waarneembaar was. De engere uitleg van het bestanddeel dwingen in artikel 242 Sr en artikel 246 Sr en de invoering van het klachtvereiste geven namelijk een relativisering van de beschermingsgedachte aan. De evaluatie van deze gewijzigde wet door De Savornin Lohmann en anderen (1994) wees uit dat juist het klachtvereiste in de praktijk een barrière vormde voor aangifte, vervolging en berechting¹. Op grond van de evaluatie van het klachtvereiste door De Savornin Lohman en anderen (1998) werd besloten het klachtvereiste te vervangen door een hoorplicht.

In de jaren na 1991 werd duidelijk dat de gewijzigde strafbepalingen enkele omissies kenden die hersteld moesten worden, voornamelijk rond de strafbaarstelling van kinderporno (art. 240b Sr) en bescherming van minderjarigen tegen seksueel misbruik. Voor jeugdigen vond een uitbreiding plaats van de strafrechtelijke bescherming. De verjaringstermijn is aangepast in 1994. Bij misdrijven omschreven in de artikelen 240b en 242 tot en met 250a Sr en gepleegd ten aanzien van een minderjarige, vangt de verjaringstermijn aan op het moment dat

¹ Daarnaast is een aantal beleidsmaatregelen voorgesteld om in de praktijk een adequate bescherming te bereiken.

de minderjarige meerderjarig wordt. In 1996 is artikel 240b Sr ingrijpend herzien. De herziening is gelegen in de wens slagvaardiger te kunnen optreden tegen vooral de productie van kinderpornografie en de nieuwe vragen die de moderne communicatietechnieken stellen. De strafmaat werd verhoogd naar een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of een geldboete van de vijfde categorie (van drie maanden of een geldboete van de derde categorie). Tevens werd een strafuitsluitingsgrond vastgesteld voor gebruik van kinderpornografie voor een wetenschappelijk, educatief of therapeutisch doel. Het beroep of gewoonte maken van het delict werd bestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of een geldboete van de vijfde categorie. Uit de evaluatie van deze herziening² bleek dat deze gewijzigde wet vooralsnog voldeed. Toch waren er argumenten om digitaal bewerkte afbeeldingen, waar met een afbeelding van een kind en/of de context gemanipuleerd is, alsnog uitdrukkelijk onder het bereik van artikel 240b Sr te brengen. Ook het gebruik maken van de diensten van een jeugdige prostitue(e) bleef strafbaar, als uitzondering op de legalisering van de prostitutie door de opheffing van het bordeelverbod. Besloten werd tot een partiële wijziging van de zedelijkheidswetgeving. Deze wetswijziging is op 1 oktober 2002 inwerking getreden. Hoewel deze wetswijziging qua omvang beperkt is, getuigt zij wel van een voortgaande ontwikkeling in de richting van bescherming, in het bijzonder van minderjarigen.³

De wetswijziging van 2002 betreft meerdere herzieningen en vernieuwingen. Allereerst de aanscherping van de strafbaarstelling van kinderpornografie. Daartoe werd het bestanddeel 'in voorraad hebben' ex artikel 240b Sr vervangen door 'in bezit hebben'. Ook de zogenoemde virtuele kinderpornografie is strafbaar gesteld. De strekking van artikel 240b Sr is de bescherming van echte kinderen tegen seksueel misbruik, maar de huidige techniek maakt het mogelijk om levensechte beelden te vervaardigen zonder betrokkenheid van echte personen (in casu kinderen). Voor een effectieve bestrijding van kinderporno, in het bijzonder op internet, kan het daarom nodig zijn op te treden tegen schijnbaar echte kinderporno. Ook werd met de wetwijziging de leeftijdsgrens voor alle in artikel 240b Sr genoemde gedragingen verhoogd van zestien tot

² Savornin Lohmann, J. de en anderen (1999). Wetgeving gewogen: evaluatie van wet- en regelgeving inzake kinderpornografie. Utrecht: Verwey-Jonker Instituut.

³ Deze passage is grotendeels gebaseerd op: Kool, R. (2003). Vrijheid, blijheid? Tijdschrift voor criminologie, p. 338-253.

achttien jaar. Daarnaast werd de bijzondere strafuitsluitingsgrond ex artikel 240b lid 2 Sr voor bezit van kinderpornografie ten behoeve van wetenschap, educatie of therapie geschrapt.

De invoering van artikel 248c Sr en de verruiming van artikel 248a Sr dan wel 250a Sr vormden een substantiële uitbreiding van de strafwet. Kijken naar en uitbating van pornografisch optreden door minderjarigen vallen nu onder de reikwijdte van de strafwet, óók wanneer dit geen seksueel contact met een meerderjarige inhoudt.

In aansluiting op deze verruiming van de nationale wetgeving is de jurisdictie uitgebreid via wijziging van artikel 5 en invoering van 5a Sr. Door het vervallen van het vereiste van dubbele strafbaarheid is bewerkstelligd dat het Nederlandse strafrecht toepasbaar is op zedendelicten ten aanzien van minderjarigen, gepleegd door een Nederlander in een ander land waar dat feit niet strafbaar is. Ook vallen zulke zedendelicten gepleegd door een vreemdeling die in Nederland een vaste woon- of verblijfplaats heeft, voortaan onder de Nederlandse jurisdictie. Deze uitbreiding van de rechtsmacht strekt tot verbetering van de aanpak van sekstoerisme.

De laatste wetswijziging betreffende minderjarigen is de afschaffing van het klachtvereiste. Bij de wetswijziging van 1992 prevaleerde het toekennen van een zekere seksuele autonomie aan minderjarigen in de leeftijd tussen twaalf en zestien jaar boven de behoefte bescherming te bieden tegen ongewenste seksuele contacten. In de praktijk bleek het klachtvereiste de opsporing en vervolging van ongewenste seksuele contacten echter in de weg te staan. Daarom is besloten in de plaats van het klachtvereiste een hoorverplichting te introduceren.

Hoewel de wetswijzigingen van 2002 hoofdzakelijk strekken ter bescherming van minderjarigen, bevatten zij ook een enkele wijziging betreffende meerderjarigen. De artikelen 243 dan wel 247 Sr boden in de praktijk geen bescherming tegen ongewenste seksuele contacten gedurende halfslaap. Daarom zijn deze wetsartikelen herzien. Zedelijkheidswetgeving bevindt zich op het scherpst van de snede: het streven van de overheid van rechtswege bescherming te bieden tegen inbreuken op de seksuele autonomie mag immers niet leiden tot onge-rechtvaardigde inperkingen van die seksuele autonomie als zodanig. Operationalisering van de open geredigeerde strafbepalingen is dan ook geen sinecure en verdient voortdurende aandacht. Periodieke evaluatie van deze strafbepalingen is daarom gewenst. In navolging van de evaluatie van 1999 heeft het parlement ook voor de partiële herziening van 2002 een evaluatie bedongen, uit te voeren

ongeveer drie jaar na de inwerkingtreding. Het voorliggende onderzoek beoogt uitvoering te geven aan dit beleidsvoornemen. Het onderzoek is uitgevoerd in opdracht van het WODC op verzoek van de Directie Wetgeving, in nauw overleg met de Directie Handhaving.

1.2 De organisaties achter de aanpak van kinderporno en zedenzaken

De evaluatie van de zedenwetgeving betreft de invloed van de wetswijzigingen op de praktijk van opsporing, vervolging en berechting. Hierbij spelen verschillende organisaties een rol. Omdat deze verderop in dit rapport aan de orde komen, in het bijzonder in hoofdstuk 5, wordt op deze plaats kort ingegaan op de wijze waarop binnen politie en Openbaar Ministerie de aanpak van zedenzaken, en specifiek de aanpak van kinderporno, is georganiseerd.

Vanaf het midden van de jaren tachtig is er in de praktijk van opsporing en vervolging meer aandacht voor zedenzaken gekomen. De primaire aandacht betrof eerst de bejegening van en zorg voor slachtoffers van zedenmisdriven en verschoof eind jaren negentig naar opsporing en berechting van daders. Er is geen uniformiteit in de manier waarop korpsen hun zedentaak binnen de organisatie hebben vormgegeven. Niet elke politieregio heeft een zedenafdeling; de meerderheid (15) heeft een gespecialiseerde afdeling zeden. Binnen de politie vindt collegiale intervisie plaats en worden kwaliteitsbijeenkomsten georganiseerd. Alle arrondissementsparketten hebben tegenwoordig een ‘zedenaanspreekofficier van justitie’. Er is een landelijke taakomschrijving, maar de feitelijke invulling van de taak is per parket verschillend. Doorgaans is de zedenaanspreekofficier portefeuillehouder. De zedenaanspreekofficiëren overleggen in de OM-commissie implementatie zedenaanwijzingen.⁴

Er is een vijftal beleidsregels van belang als het gaat om de opsporing en vervolging van zedenzaken:

- De ‘Aanwijzing opsporing en vervolging inzake seksueel misbruik’. Deze bevat regels over de opsporing en vervolging van seksueel misbruik in het algemeen en in afhankelijkheidsrelaties en regels voor de omgang met slachtoffers van zedendelicten;

⁴ Inspectie Openbare Orde en Veiligheid (2003). De Politie en justitiële zedentaak. Den Haag.

- De ‘Aanwijzing kinderpornografie’. Deze richt zich op het maken en verspreiden van kinderporno;
- De Aanwijzing aanpak mensenhandel en andere vormen van uitbuiting in de prostitutie;
- De ‘Richtlijn voor strafvordering schennis der eerbaarheid’. Hierin is opgenomen dat, als het slachtoffer jonger is dan 16 jaar en/of de verdachte zich agressief opstelt, dit kan leiden tot een hogere straf;
- De ‘Aanwijzing huiselijk geweld’. Deze geeft procedurele regels voor politie en Openbaar Ministerie over de aanpak van geweld in huiselijke kring.

Tijdens de loop van dit onderzoek, in juni 2005, is door het College van Procureurs-Generaal de brief inzake het beoordelingskader in kinderpornozaken uitgebracht.⁵

De aanpak van kinderporno

In enkele politieregio's bestaan afdelingen commerciële zeden, waar men zich bezig houdt met alle zedenzaken waarin het commerciële oogmerk een belangrijke rol speelt, zoals kinderporno, prostitutie en mensenhandel. De regiokorpsen rechercheren op het bezit of verspreiden van kinderpornografie na een melding of bijvangst (bij de opsporing van een ander delict stuit men op kinderpornografische afbeeldingen). Verschillende regio's beschikken over apparatuur voor het versneld kunnen afspelen van banden en speciale software. In de Oostelijke politieregio's werken de eenheden die zich met de aanpak van kinderpornografie bezighouden samen in clusterverband.⁶

Vrijwel elke kinderpornozaak uit de regio's wordt ter beoordeling voorgelegd aan het KLPD (Korps Landelijke Politie Diensten). Het KLPD speelt in de opsporing van kinderpornografie een bijzondere rol. Bij het KLPD houdt een team zich specifiek met opsporing van kinderpornografie bezig, mede gezien het internationale karakter van het verschijnsel. Het team bestaat uit zes medewerkers: naast zedenrechercheurs zijn er internetrechercheurs en een informatierechercheur.⁷

⁵ Brief 3 juni 2005, PaG/BJZ/14081.

⁶ Van dit cluster maken deel uit: Gelderland Noord, Gelderland Midden en Gelderland Zuid, Flevoland, IJsselland, Twente en de Koninklijke Marechaussee.

⁷ De minister van Justitie heeft toegezegd het aantal medewerkers te verhogen naar negen personen (brief van 21 maart 2006, kenmerk 5399943/506).

De taakstelling van het KLPD bestaat uit:

- Het registreren van meldingen
- Het zelf rechercheren (bijvoorbeeld in chatboxen)
- Het doen van meldingen aan het buitenland
- Het uitzetten van onderzoeken in de politieregio's
- Kwalificeren dan wel verbaliseren op verzoek van regiokorpsen.

Het KLPD heeft één keer in de twee maanden overleg met de zedenrechercheurs uit de politieregio's, waaraan zo'n vijftig functionarissen deelnemen: het zogenoemde Landelijk Operationeel Overleg Pedoseksuele Misdrijven en Kinderpornografie. Het accent ligt hierbij op de opsporing van kinderporno. In dit overleg worden kwalificatiecriteria afgestemd en gegevens uitgewisseld. Het KLPD heeft geen hiërarchische bevoegdheden naar de regiokorpsen, maar is vooral ondersteunend.

Sinds 31 maart 2006 kan kinderporno worden gemeld bij het politiemeldpunt Cybercrime.⁸

Een al langer bestaand meldpunt is het Meldpunt Kinderporno op Internet (MK).⁹ Gebruikers van internet kunnen bij het MK melding doen van op internet aangetroffen kinderporno. Het MK beoordeelt de meldingen (op grond van instructie door het KLPD) en geeft meldingen van strafbare kinderporno door aan het KLPD of, als het adressen in het buitenland betreft, aan het desbetreffende land. Het MK ziet zichzelf als NGO en is lid van het internationale netwerk INHOPE (Association of Internet Hotline Providers in Europe). Dit netwerk is een samenwerkingsverband van Europese meldpunten en een aantal niet-Europese leden als de Verenigde Staten, Korea, Taiwan en Australië.

1.3 Probleemstelling en vraagstelling

Het onderzoek dient inzicht te geven in de mate waarin de wijzigingen in de zedelijkheidswetgeving van 2002 hebben bijgedragen aan een verhoogde

⁸ www.meldpuncncybercrime.nl

⁹ Dit meldpunt is een Stichting te Amsterdam die voor een deel van haar omzet jaarlijks een subsidie ontvangt van het ministerie van Justitie en van de EU. Er zijn drie professionals werkzaam.

rechtsbescherming tegen seksueel misbruik/seksueel geweld. De probleemstelling luidt:

In welke mate en op welke wijze is met de wijziging van de wetgeving een verbetering gekomen in de manier waarop de instanties belast met opsporing, vervolging en berechting een bijdrage leveren aan de bestrijding van seksueel misbruik en seksueel geweld tegen kinderen (en andere kwetsbare personen)?

Er is onderzocht of de vooronderstellingen die ten grondslag liggen aan de wetswijzigingen van 2002 in de rechtspraktijk houdbaar blijken en op welke wijze de wet wordt gehandhaafd. Vanwege de operationalisering van de probleemstelling worden drie dimensies onderscheiden: de beoogde effecten van de wetswijzigingen, de wijze waarop de wet wordt uitgevoerd door politie, Openbaar Ministerie en zittende magistratuur (hanteerbaarheid van de wet), en de doelbereiking (realisering van de beoogde doelen).

De meer toegespitste vraagstelling luidt:

1. *Is na invoering van de nieuwe wetgeving een toe- of afname van het aantal zaken op grond van de gewijzigde of nieuwe artikelen 240b, 243, 247, 248a, 248c en 250a Sr te constateren bij politie, Openbaar Ministerie en rechtbanken? Wat is het aandeel van zaken van sekstoerisme (art 5 en 5a Sr)?*
2. *Is er een inschatting te maken van het aantal gevallen dat met de strafbaarstelling van virtuele kinderporno binnen het bereik van het strafrecht is gebracht?*
3. *Wat zijn de praktijkervaringen van politie, Openbaar Ministerie en rechterlijke macht met het gegeven dat virtuele kinderporno sinds de nieuwe wetgeving ook onder het bereik van de strafwetgeving valt (het bestanddeel “schijnbaar betrokken”)?*
4. *Wat is het aandeel van zaken met betrekking tot art. 240b Sr waarin het gaat om kinderen die zestien jaar en ouder zijn? Kan de rechtspraktijk uit de voeten met het bestanddeel ‘kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet bereikt’?*

5. *Draagt de verplichting tot het horen van minderjarigen tussen twaalf en zestien jaar (art. 245 en 247 Sr) bij aan het nemen van een verantwoorde vervolgingsbeslissing door het Openbaar Ministerie?*
6. *Hoe wordt het effect op de rechtspraak beoordeeld van het opnemen van het bestanddeel verminderd bewustzijn in artikel 243 en artikel 247 Sr?*

1.4 Leeswijzer

In dit rapport gaan we eerst kort in op de opzet van het onderzoek (hoofdstuk 2). In hoofdstuk 3 behandelen we de door de wetgever beoogde effecten van de wetswijziging, zoals die mede in de parlementaire behandeling tot uiting komt. Het meest uitgebreid wordt ingegaan op de problematiek van kinderporno. In aansluiting hierop wordt in hoofdstuk 4 de interpretatie van de wet aan de hand van analyse van jurisprudentie en de uitkomsten van de interviews beschreven. In hoofdstuk 5 volgt de hanteerbaarheid van de wet. Centraal in dit hoofdstuk staat of er specifieke problemen zijn volgens de actoren in de strafrechtketen in de praktijk van opsporing, vervolging en berechting. In hoofdstuk 6 worden de resultaten van het kwalitatieve dossieronderzoek naar zaken van kinderpornografie beschreven. De omvang en afdoening van de relevante zedenmisdrijven worden in hoofdstuk 7 beschreven. Het rapport eindigt met conclusies en aanbevelingen (hoofdstuk 8).

2

Opzet van het onderzoek

2.1 Inleiding

In het onderzoek is een combinatie van methoden en bronnen gehanteerd die verschillende typen van evidentie leveren om de probleemstelling te kunnen beantwoorden. Door gebruik te maken van verschillende onderzoeksmethoden is elkaar aanvullende informatie verzameld. Er zijn bijvoorbeeld cijfers verzameld over de aangiften en inschrijvingen bij het arrondissementsparket, waardoor trends in de tijd kunnen worden aangegeven voor en na de wetswijziging van 2002. De resultaten uit de interviews en het dossieronderzoek kunnen een licht werpen op de achtergronden van de trends, terwijl een wetstechnische analyse in combinatie met een jurisprudentieonderzoek informatie verschaft over de bedoeling van de wet en de juridische toepasbaarheid.

Er zijn vijf deelonderzoeken uitgevoerd:

1. Wetstechnische analyse en jurisprudentieonderzoek
2. Juridisch-statistisch onderzoek
3. Dossieronderzoek kinderpornografie
4. Interviews
5. Analyse en rapportage

In de wetstechnische analyse en het jurisprudentieonderzoek wordt vooral ingezoomd op de beoogde effecten van de wetswijziging en de wetsinterpretatie. Bij de overige deelonderzoeken wordt de mate van doelbereik nagegaan: in hoeverre worden de beoogde effecten daadwerkelijk bereikt? De hanteerbaarheid van de wet staat centraal in de interviews, terwijl ook het dossieronderzoek hier informatie over geeft voor de problematiek van kinderporno.

2.2 Wetstechnische analyse en jurisprudentieonderzoek

Er heeft een analyse plaatsgevonden van de parlementaire behandeling aan de hand van de kamerstukken en literatuur. Welke wijzigingen hebben plaatsgevonden en wat is daarmee beoogd? Waar relevant is verkend welke acties zijn voorzien en welke variabelen verder een rol spelen (zoals afspraken van politie en Openbaar Ministerie om aan bepaalde zaken voorrang te verlenen). Daarnaast is relevante jurisprudentie bestudeerd om inzicht te krijgen in de wijze waarop in de rechtsspraak de gewijzigde strafbepalingen toepast.

2.3 Juridisch-statistisch onderzoek

Het juridisch-statistisch onderzoek bestaat uit een analyse van aangiften, inschrijvingen bij het arrondissementsparket en de wijze van afdoening door het Openbaar Ministerie en de rechters in de relevante zedenzaken voor de periode 1996 tot en met 2004.

Voor de analyse van de trend in de aangiften is gebruik gemaakt van gegevens van het HKS-systeem van zestien politieregio's. Voor de analyse van de ingeschreven zaken bij het arrondissementsparket en de wijze van afdoening is gebruik gemaakt van OMDATA. Dit systeem bevat op artikelniveau informatie over bij het Openbaar Ministerie ingeschreven zaken en hun afdoening. De cijfers vanaf 1994 zijn voor dit onderzoek verkrijgbaar. We staan uitgebreider stil bij de aangiftecijfers (paragraaf 2.3.1) en het onderscheid tussen strafbaar feit en overtreding van verschillende strafbepalingen (paragraaf 2.3.2).

2.3.1 Onbruikbaarheid CBS en onbetrouwbaarheid HKS-data

De gebruikelijke bron voor aangiftecijfers is het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS). Het CBS registreert van zedendelicten de aangiften voor

verkrachting (art. 242 Sr) en aanranding (art. 246 Sr). De overige zedendelicten worden verzameld onder één restcategorie: zeden overig. Voor dit onderzoek is het echter juist noodzakelijk voor ieder artikel afzonderlijk te weten hoeveel aangiften er gedaan zijn. Het CBS kan deze gegevens niet leveren.

HKS is een landelijk uniform systeem dat per politieregio gevuld wordt. Het Korps Landelijke Politiediensten (KLPD) voegt deze regionale systemen samen tot een landelijk systeem.

Vervolgens vindt opschoning plaats om dubbele registratie te vermijden. HKS is een relationele database bestaande uit twee delen die onderling gekoppeld zijn: het aangiftedeel en het verdachtdeel. Alle regio's houden het verdachtdeel (redelijk) betrouwbaar bij. Het aangiftedeel echter wordt door een aantal regio's (waaronder Amsterdam-Amstelland en Rotterdam-Rijnmond) niet of slechts ten dele gebruikt. Sommige regio's leveren het ene jaar wel en het andere jaar geen betrouwbare aangiftecijfers. Gevolg is dat het landelijke HKS wat betreft de aangiften slechts voor 16 van de 25 regio's een betrouwbaar beeld geeft over de gehele periode 1996 tot en met 2004.

Nagegaan is of de regio's waarvan de aangiftecijfers niet betrouwbaar in HKS opgenomen zijn, in staat zijn de aangiftecijfers per artikel en per jaar uit hun bedrijfsprocessysteem (BPS, Xpol of Genesys) te leveren. Dit bleek niet het geval. In deze systemen wordt namelijk een aangifte niet op wetsartikel geregistreerd, maar op een maatschappelijke klasse (niet art. 242 Sr maar de maatschappelijke term 'verkrachting'). Deze omschrijvingen zijn van dien aard dat het niet mogelijk is om de aangiften achteraf alsnog naar wetsartikel te registreren.

Dit betekent dat de analyse van de aangiften gebaseerd is op zestien politieregio's, te weten:

1. Twente
2. Noord- en Oost Gelderland
3. Gelderland Midden
4. Gelderland Zuid
5. Utrecht
6. Zaanstreek-Waterland
7. Kennemerland
8. Gooi- en Vechtstreek
9. Haaglanden
10. Hollands Midden

11. Zuid Holland Zuid
12. Zeeland
13. Midden en West Brabant
14. Brabant Zuid Oost
15. Limburg Noord
16. Limburg Zuid

De analyses zullen dan ook geen representatief beeld van de absolute aantallen geven. Voor de wetevaluatie is het vooral van belang om na te kunnen gaan of de wetswijziging een veranderd aangiftepatroon te zien geeft. Dat is met de gegevens uit HKS wel mogelijk.

2.3.2 Analyse op feitniveau en samengaan van artikelen

Doorgaans staan aangiften onder één wetsartikel te boek terwijl het verschillende strafbare feiten kan betreffen. Ook in de justitiële statistiek worden zaken teruggebracht tot één wetsartikel wanneer de zaak feitelijk bestaat uit meerdere, vaak verschillende, strafbare feiten. Registratie vindt plaats op de strafbepaling met de zwaarste strafdreiging.

Voor dit onderzoek zijn voor de analyse van de wijzigingen in de strafbepalingen slechts enkele zedendelicten onderzocht. Omdat het van belang is de ontwikkeling op artikelniveau te kunnen volgen, wordt op het niveau van het strafbare feit (feitniveau) geanalyseerd. Dit maakt het eveneens mogelijk om na te gaan in welke combinaties artikelen voorkomen. Voor de kinderpornozaken waar overtreding van artikel 240b Sr bij minstens één feit voorkomt, is nagegaan welke andere strafbare feiten hierbij voorkomen en of de combinatie van feiten verandert na de wetswijziging.

2.4 Dossieronderzoek kinderporno

Het dossieronderzoek betreft alleen zaken van kinderpornografie (art. 240b Sr). Het heeft plaatsgevonden in de arrondissementen Arnhem, Utrecht en Rotterdam. Met de keuze van deze onderzoekslocaties werd een zekere spreiding verkregen over het oosten, midden en westen van het land en naar omvang van stedelijkheid.

De onderzoeksperiode loopt van 1 januari 1996 tot 1 juli 2005. De ingangsdatum van de nieuwe wet ligt op 1 oktober 2002. Omdat er geen overgangsregeling is

vastgesteld, vallen alle overtredingen van artikel 240b Sr vanaf 1 oktober onder de nieuwe wet. Feiten die zijn gepleegd tot en met 30 september 2002 vallen onder de oude wet.

De parketten is gevraagd alle zaken voor te leggen die in COMPAS¹⁰ geregistreerd stonden onder artikel 240b Sr. Het betrof zaken waarin zowel een enkelvoudige verdenking ter zake van kinderpornografie heeft bestaan, als zaken waarin ook andere delicten aan de orde waren. De parketten konden niet alle dossiers leveren die in COMPAS staan geregistreerd.

In de selectie van dossiers is onderscheid gemaakt tussen de periode voor de wetswijziging en na de wetswijziging. Gelet op het doel van het onderzoek (effect van de wetswijziging) heeft de nadruk gelegen op de periode na de inwerkingtreding van de wetswijziging.

In het totaal zijn 94 dossiers bestudeerd, waarvan 38 met een sepot zijn afgedaan (zaken van voor en na de wetswijziging) en 56 vonnissen na de wetswijziging.

Het onderzoek van de periode voor de wetswijziging omvat alleen geseponeerde zaken vanuit de vraag: zou bij deze zaken ook na de wetswijziging zijn geseponneerd (prospectieve analyse)?¹¹ De zaken van na de wetswijziging zijn bekeken vanuit twee optieken. Indien het een sepot betrof, had dat sepot dan (mogelijk) te maken met de vervolgings- en berechtingsmogelijkheden? Hierbij gaat het dus om de vraag of de formulering van de wet adequaat genoeg is. Of waren er andere dingen aan de hand? Indien het een veroordeling betrof is retrospectief geanalyseerd: was deze veroordeling ook mogelijk geweest ten tijde van de oude wet?

Bovendien zijn de dossiers bekeken op een aantal onderwerpen als: hoe komen zaken aan het rollen, zijn de verruiming die de wetswijziging biedt terug te vinden in de zaken?

¹⁰ COMPAS is het registratiesysteem van het Openbaar Ministerie, waarin ook de rechterlijke uitspraken zitten.

¹¹ Zaken die in het verleden succesvol konden worden afgedaan, dat wil zeggen met een veroordeling ter zake van 240b Sr, kunnen immers gelet op de onderzoeksvraagstelling buiten beschouwing worden gelaten.

2.5 Face to face interviews

Via mondelinge interviews met actoren in de strafrechtketen (politie, officieren van justitie, rechters) en twee Niet-Gouvernementele Organisaties (Meldpunt Kinderporno en Ecpat) is naar het oordeel over de doelbereiking en de hanteerbaarheid van de gewijzigde strafbepalingen gevraagd.

In de interviews is zo mogelijk gevraagd prospectief en retrospectief naar de doelbereiking te kijken. Met andere woorden: gevraagd is of zaken van voor de wetswijziging - gezien in het licht van de nieuwe wetgeving - tot een andere afdoening zouden hebben geleid, bijvoorbeeld minder vaak tot een sepot of vrijspraak (prospectief). Daarnaast is gevraagd of zaken die na de wetswijziging met een veroordeling zijn afgedaan, eenzelfde afdoening hadden kunnen krijgen onder het regime van de oude wet (retrospectief). Het bleek lastig voor de respondenten om hierop een gefundeerd antwoord te geven. Velen moesten deze vraag dan ook onbeantwoord laten. Anderen schoot wel een oude zaak te binnen die destijds tot een sepot geleid had, maar onder de nieuwe wetgeving naar hun oordeel tot een veroordeling zou leiden. Omdat de beantwoording van deze vragen te incidenteel was, wordt hier bij de verslaglegging van de interviews (hoofdstuk 4 en 5) niet op ingegaan. Zoals gezegd gebeurt dit wel bij de verslaglegging van het dossieronderzoek. Gevraagd is verder naar problemen rond de hanteerbaarheid, die kunnen liggen in bewijsbaarheid. Bijvoorbeeld: hoe stelt men vast of het gaat om minderjarigen die 'kennelijk' de leeftijd van achttien jaar niet hebben bereikt? Bij dergelijke open delictomschrijvingen heeft de wetgever de neiging de invulling aan de rechter over te laten. Daarnaast is gevraagd naar organisatorische aspecten die een rol kunnen spelen bij het uitvoeren van de wet.

Wat betreft het vervallen van het klachtvereiste richten de vragen zich voornamelijk op het al dan niet gemakkelijker opsporen en dus vervolgen door het Openbaar Ministerie. Er kan ook sprake zijn van een keerzijde: krijgt de rechter nu zaken voorgelegd die minder opportuun kunnen worden geacht en misschien via het klachtvereiste niet waren aangebracht? De vragenlijsten die zijn gehanteerd staan in bijlage 2.

In totaal zijn zeven interviews afgenomen met vertegenwoordigers van de regiopolitie en het KLPD. Daarnaast zijn vier interviews afgenomen met advocaten. Er is een werkbezoek afgelegd aan een zedenbijeenkomst van politie en parket in een der arrondissementen. Van het Openbaar Ministerie zijn vier

respondenten geïnterviewd en daarnaast zijn met zes rechters interviews gehouden. Tot slot is met iemand van het Meldpunt Kinderporno en Ecpat Nederland gepraat (in totaal 23 interviews en een werkbezoek).

3

Beoogde effecten van wetgeving: parlementaire behandeling

3.1 Inleiding

De wijzigingen in de zedelijkheidswetgeving worden beschouwd als een sluitstuk van de verschillende maatregelen die zijn genomen om seksueel geweld en seksueel misbruik te bestrijden, in het bijzonder van minderjarigen. De bedoelde maatregelen zijn beschreven in het Nationaal actieplan aanpak seksueel misbruik van Kinderen (NAPS) uit 2000.¹² Deze beleidsnota richtte zich vooral op de preventie en bestrijding van kinderprostitutie, kinderseksstoerisme en (digitale) kinderpornografie. Tevens wordt voortgebouwd op de beleidsvoornemens die zijn geformuleerd tijdens het Wereldcongres tegen commerciële seksuele exploitatie van kinderen (Stockholm, augustus 1996).¹³

¹² Nationaal actieplan seksueel misbruik van Kinderen, 's-Gravenhage, 21 maart 2000; Kamerstukken II 1999-2000, 26690, nr. 4. Hieraan ten grondslag lag de Nota Bestrijding van seksueel misbruik van en seksueel geweld tegen kinderen, Kamerstukken II 1998-1999, 26690, nrs. 1-2. Het betreft een interdepartementale nota, die dient als inventarisatie van het overheidsbeleid.

¹³ The Stockholm Declaration and Agenda for Action, 1996, www.ECPAT.nl.

In dit hoofdstuk staan de beoogde effecten van de wetswijzigingen centraal. Aan de hand van parlementaire stukken wordt ingegaan op het parlementaire debat en op wat de wetgever beoogt met de wetswijzigingen. De problematiek van kinderporno is het meest uitgebreid behandeld, omdat de wetswijziging het meest ingrijpend was. De wijziging betrof immers meerdere bestanddelen en er was veel discussie over. We geven daarom eerst de discussie aan rond de wijziging van de kinderpornografiebepaling. Vervolgens komt de verruiming van de jurisdictie betreffende kindersekstoerisme aan bod. We gaan daarbij in op de wijzigingen die verband houden met seksuele exploitatie van minderjarigen. Tot slot behandelen we de toevoeging met het bestanddeel ‘verminderd bewustzijn’ en de vervanging van het klachtvereiste door de hoorplicht.

3.2 Kinderporno: aanscherping van de strafbepaling (art. 240b Sr)

De toenemende internationale druk om de bestrijding van (commercieel) seksueel misbruik effectief te bestrijden resulteerde in het voornemen de strafbaarstelling van kinderpornografie aan te scherpen. Daartoe werd artikel 240b Sr op vier punten gewijzigd: virtuele kinderpornografie werd strafbaar gesteld door invoeging van het bestanddeel ‘schijnbaar betrokken’, de leeftijdsgrens werd verhoogd van zestien naar achttien jaar en de bijzondere strafuitsluitingsgrond opgenomen in het tweede lid verviel. Ten slotte werd het standpunt van de Hoge Raad over het enkelvoudige bezit van kinderpornografie gelegaliseerd: het bestanddeel ‘in voorraad hebben’ werd vervangen door ‘in bezit hebben’.

Strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie

De discussie of virtuele kinderpornografie strafbaar moet worden gesteld is een langer lopende discussie. Tijdens het kamerdebat midden jaren negentig over de wijziging van artikel 240b Sr. werd strafbaarstelling door de minister van Justitie afgewezen; zo’n verruiming zou niet overeenstemmen met de strekking van het wetsartikel, gelegen in de plicht bescherming te bieden tegen daadwerkelijk seksueel misbruik.¹⁴ Aangezien dat niet mogelijk is bij een virtuele minderjarige

¹⁴ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 8. Diezelfde opstelling koos de minister ten tijde van de parlementaire behandeling van de nota Bestrijding seksueel misbruik van en seksueel geweld tegen kinderen uit

ontbrak volgens de minister de grondslag voor strafbaarstelling. Door aanhouden- de internationale druk en na te komen verdragsverplichtingen, in combinatie met toenemende politieke druk in eigen land, besloot de wetgever in 2002 alsnog over te gaan tot strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie.¹⁵ Uitgangspunt was niet de morele verwerpelijkheid van het handelen, maar het schadetoebrengende karakter.¹⁶ Het streven was voor eens en altijd duidelijk te maken dat seksueel geweld en seksuele uitbuiting, in welke vorm dan ook, niet aanvaardbaar is.

Vooraf in de Eerste Kamer is langdurig gediscussieerd over de vraag of virtuele kinderpornografie zou kunnen werken als uitlaatklep waardoor daadwerkelijk seksueel misbruik voorkomen kan worden.¹⁷ De wetgever toonde zich echter niet ontvankelijk voor het argument dat het vervaardigen, verspreiden en bezitten van virtuele kinderpornografie - zelfs niet van een enkele afbeelding - zou kunnen fungeren als uitlaatklep, met daaraan verbonden afname van daadwerkelijk seksueel misbruik.¹⁸ Van enige aanwijzingen in die richting was immers niets gebleken.

Bovendien was het streven niet alleen daadwerkelijk seksueel misbruik te bestrijden, maar ook de daarmee samenhangende marktvorming aan banden te leggen vanwege het risico op verleiding tot deelname door minderjarigen aan deze voor hen schadelijke subcultuur.¹⁹ Overigens achtte de minister het vervaardigen, verspreiden of bezitten van virtuele kinderpornografie wel minder

1999. Hij gaf aan internationale ontwikkelingen af te willen wachten. De Tweede Kamer drong destijds echter per amendement aan op strafbaarstelling; Kamerstukken II 1999-2000, 26690, nr. 5.

¹⁵ Kamerstukken I 2001-2002, 27745, nr. 299b, p. 8.

¹⁶ Handelingen I, 2 juli 2002, p. 1697-1698; Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 9.

¹⁷ Over dit punt werd naar aanleiding van de uitspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof in de zaak *Ashcroft vs The Free Speech Coalition* van 16 april 2002 uitgebreid gedebatteerd in de Eerste Kamer; Handelingen I, 2 juli 2002, nr. 34, in het bijzonder p. 1694-1697 resp. p. 1700-1701. Voorts nr. 35, p. 1719-1720 en Kamerstukken I 2001-2001, 27745, nr. 299b, p. 8.

¹⁸ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 16. Het afwijzen van het bezit van één enkele virtuele afbeelding werd onderbouwd met het argument dat deze gebruiker aan het einde van de verspreidingslijn zit en zodoende seksueel misbruik bevordert. Bovendien schuilt in dit digitale bezit een risico op verspreiding.

¹⁹ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 8-9 en 15; Kamerstukken I, 2001-2002, 229b, p. 7. Eerder ook: Kamerstukken II 1998-1999, 26690, nr. 2, p. 29.

strafwaardig dan vergelijkbare handelingen met betrekking tot bestaande minderjarigen.²⁰

Een belangrijk, zo niet doorslaggevend, motief voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie was de wens het Openbaar Ministerie te ontlasten van de haast onmogelijke opdracht te bewijzen dat de ten laste gelegde afbeelding²¹ een bestaande minderjarige betrof.²² Daarmee wordt het verweer van de verdachte dat de afbeelding geen levensechte weergave bevat niet uitgesloten, maar beperkt tot die gevallen waarin naar het oordeel van de rechter geen sprake is van een realistische weergave.²³ Voldoende is dat de afbeelding de verspreiding en het in bezit hebben van kinderpornografie bevordert vanwege de daarmee gewekte schijn van daadwerkelijk seksueel misbruik.²⁴ Of de bezitter of de verspreider ervan op de hoogte is dat het een virtueel geconstrueerde minderjarige betreft doet niet ter zake. Voldoende is dat het Openbaar Ministerie aannemelijk maakt dat de afgebeelde persoon op een minderjarig kind lijkt.²⁵ In geval van foto's en films is daarvan al snel sprake.²⁶ Striptekeningen en schilderijen missen in de regel de benodigde levensechtheid.²⁷

²⁰ Kamerstukken I 2001-2002, 27 745, nr. 299b, p. 8.

²¹ Opgemerkt dient te worden dat onder 'afbeelding' beelden en voorwerpen dienen te worden verstaan en geen geschriften. Deze laatste vallen onder het bereik van art. 240a Sr. Voor een uitbreiding van art. 240b Sr naar geschriften was geen plaats nu niet was gebleken dat dergelijke geschriften een kinderpornografische subcultuur in de hand werkten, aldus de minister. Voor de virtuele kinderpornografie lag dat anders, daar is geen sprake van onderscheiden markten; Kamerstukken I 2001-2002, 27745, nr. 299b, p. 3-4 resp. 7.

²² Handelingen I 2 juli 2002, nr. 34, p. 170, waar de minister opmerkt: "De rechtvaardiging voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie is gelegen in de wenselijkheid dat niet langer het bewijs hoeft te worden geleverd dat echte kinderen voor de vervaardiging van kinderporno zijn gebruikt". Zie ook: Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 14 en Kamerstukken I 2001-2002, 27745, nr. 299b, p. 3-4 resp. p. 7.

²³ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 8-9. Hier wordt aansluiting gezocht bij art. 9, tweede lid onderdeel c van de Covention on Cyber-Crime en art. 1 onderdeel b van het (voorgestelde) Kaderbesluit ter bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en van kinderpornografie van de Raad van Europa.

²⁴ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 9; Handelingen I, 9 juli 2002, nr. 35, p. 1722.

²⁵ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 8.

²⁶ Kamerstukken I 2001-2002, 27745, nr. 299b, p. 8. 'Gewone' naaktfoto's of vakantie filmpjes met daarop fragmenten van blote kinderen vallen niet onder de reikwijdte van artikel 240b Sr als er geen sprake is van een seksuele gedraging.

²⁷ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 14, p. 15; Kamerstukken I 2001-2002, 299b, p. 2 en 7.

Verhoging van de leeftijdsgrens

Uit de ratificatie van het ILO-verdrag betreffende het verbod en de onmiddellijke uitbanning van de ergste vorm van kinderarbeid vloeide de verplichting tot verhoging van de leeftijdsgrens van zestien naar achttien jaar voort.²⁸ Het gaat om minderjarigen die ‘kennelijk’ de leeftijd van achttien jaar niet hebben bereikt. Het criterium ‘kennelijk’ is overgenomen van artikel 240b Sr-oud met als doel bewijsproblemen te voorkomen: waar de identiteit van de afgebeelde minderjarige niet bekend is, kan diens werkelijke leeftijd niet altijd worden achterhaald, en waar het gaat om een virtueel geconstrueerde minderjarige kan per definitie geen werkelijke leeftijd worden vastgesteld. Dit betekent dat de werkelijke leeftijd van de afgebeelde minderjarige in rechte niet hoeft te worden vastgesteld; het oordeel is aan de zittingsrechter.

Als echter de werkelijke leeftijd is vastgesteld en de minderjarige oogt ouder dan de in rechte vastgestelde kalenderleeftijd, is artikel 240b Sr gewoon van toepassing. Hier geldt de werkelijke leeftijd en de wetenschap daarvan, als in rechte vastgesteld, en niet de kennelijke leeftijd vastgesteld aan de hand van het uiterlijk van de afgebeelde minderjarige.²⁹

De ophoging van het leeftijdscriterium staat op gespannen voet met de leeftijds-systeematiek gehanteerd in de overige bepalingen. In de zedelijkheidswetgeving gelden duidelijke leeftijdsgrenzen: vanaf zestien jaar geldt een minderjarige in principe als seksueel volwassen en moet deze autonoom kunnen beslissen over het aangaan van seksuele contacten. Enkel waar sprake is van uitbuiting wordt als grens het achttiende levensjaar gehanteerd.³⁰ Dat uitgangspunt kan problemen opleveren wanneer blijkt dat een zestien- of zeventienjarige vrijwillig heeft deelgenomen aan de vervaardiging van kinderpornografische afbeeldingen. Een sepot kan dan uitkomst bieden.³¹ Of dat gebeurt, zal afhankelijk zijn van een weging van de betrokken belangen. De instemming van betrokken minderjarige

²⁸ Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 5. Voor het ILO-verdrag: Stbl. 2001, 139 resp. 2002, 10 en Tractatenblad, 2000, 52 resp. 2002, 96; het verdrag is voor Nederland op 14 februari 2003 in werking getreden. Voorts werd aansluiting gezocht bij artikel 34 Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind, New York, waar een minderjarige wordt gedefinieerd als een persoon jonger dan achttien jaar.

²⁹ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 10; Handelingen I, 2 juli 2002, p. 1700.

³⁰ Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 5. Zie voorts: Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 19-20 waar het te vervallen klachtvereiste wordt behandeld.

³¹ Kamerstukken I 2001-2002, 27745, nr. 299b, p. 5.

laat immers onverlet dat het vervaardigde materiaal een zekere markt in stand houdt met het daaraan verbonden risico op seksueel misbruik van andere minderjarigen.

Vervallen van exceptie

In de oude kinderpornografiebepaling was de bijzondere strafuitsluitingsgrond opgenomen (art. 240b, lid 2 Sr), die het mogelijk maakte straffeloos kinderpornografie te bezitten voor wetenschappelijke, educatieve of therapeutische doelen. Deze exceptie was in 1996 tegen de uitdrukkelijke wens van de minister van Justitie via een amendement in de wet opgenomen.

De exceptie stond tijdens het debat in de Tweede Kamer weer ter discussie. In eerste instantie werd bepleit een vergunningstelsel in te voeren, in combinatie met het in beheer geven van een centrale collectie aan het Nederlands Instituut voor Sociaal Seksuologisch Onderzoek (NISSO).³² Voorgesteld werd de minister van Justitie te belasten met het toekennen van de vergunningen.

Het voorstel stuitte echter op bezwaren bij zowel de minister van Justitie als de Tweede Kamer. Uiteindelijk is via een amendement voorgesteld de bijzondere strafuitsluitingsgrond te laten vervallen. Op die manier wordt een signaal afgegeven dat het bezit van kinderporno strafwaardig en strafbaar is. Er kan altijd een beroep worden gedaan op de algemene strafuitsluitingsgronden, in het bijzonder op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid.³³ Dit standpunt werd gedeeld door de minister.³⁴

Naar de mening van de minister diende geen gebruik te worden gemaakt van de in het Kaderbesluit ter bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie geboden ruimte een beperkte strafuitsluitingsgrond in te voeren.³⁵ Volgens dit Kaderbesluit kan de nationale wetgever een exceptie opnemen over bezit van kinderpornografisch materiaal dat uitsluitend voor persoonlijk gebruik wordt aangewend, en waarvan bovendien is vast komen te staan dat dit niet vervaardigd is met behulp van daadwerkelijk seksueel misbruik (art. 3 onder 2, sub c van het Kaderbesluit). De minister achtte echter in die

³² Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 8, ingetrokken amendement Barth/De Pater-Van der Meer. In reactie hierop de minister van justitie: Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 10; Handelingen II 2001-2002, 27745, nr. 14, p. 24 en Handelingen EK, 2 juli 2002, 34, p. 1702.

³³ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 12, gewijzigd amendement Barth/De Pater-Van der Meer.

³⁴ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 15, p. 1.

³⁵ Kamerstukken I 2001-2002, 27745, nr. 299b, p. 7, Handelingen I 2 juli 2002, 27745, nr. 299b, p. 1701-1702.

gevallen de gevaarstelling, ten grondslag liggende aan de strafbaarstelling, niet geweken omdat de gevaarstelling ligt in het digitale karakter van zulke afbeeldingen en het daaruit voortvloeiende risico op onbeperkte verspreiding.³⁶ Waar strafvervolgning niet gerechtvaardigd wordt geacht, kan het opportunitieitsbeginsel uitkomst bieden.³⁷

In bezit hebben

Met de vervanging van het bestanddeel 'in voorraad hebben' door 'in bezit hebben' legaliseerde de wetgever het standpunt van de Hoge Raad gegeven in zijn uitspraak van 28 april 1998, waarin werd overwogen dat het 'in voorraad hebben' geen pluraliteit aan afbeeldingen vereist.³⁸ Sindsdien viel het in bezit hebben van één enkele afbeelding onder de werking van artikel 240b Sr oud, ook wanneer het bezit strekt ter eigen gebruik.

In de Tweede Kamer werd uitleg gevraagd over 'in bezit hebben': wat moest hier precies onder worden verstaan? Valt daar ook het openen van een *attachment* onder? Geantwoord werd dat in zo'n geval waarschijnlijk geen sprake is van het voor bezit benodigde opzet. Na doorvragen wordt duidelijk dat ook het opslaan van zo'n *attachment*, zonder voorafgaande inzage, niet per definitie bezit oplevert. Van bezit is slechts sprake wanneer in rechte is vast komen te staan dat de ontvanger kennis heeft genomen van de inhoud en strekking van het bestand, maar dit vervolgens niet heeft gewist. Het enkele downloaden van een onbekend bestand is daarom niet strafbaar.³⁹ Het standpunt van de minister is ingegeven vanuit de handhaafbaarheid van de strafbepaling en niet vanuit het moreel verwerpelijke karakter van de handeling. Tegen deze achtergrond moet eveneens het eerder ingenomen standpunt dat het enkele kijken naar kinderpornografie niet valt onder de reikwijdte van artikel 240b Sr worden begrepen.⁴⁰ Een strafrechtelijk verbod handhaven om in de privé-sfeer *attachments* met daarin opgenomen kinderpornografische afbeeldingen te bekijken, zou een overstrekking van het strafrecht betekenen. Om te kunnen handhaven zijn handelingen

³⁶ Handelingen I, 2 juli 2002, nr. 34, p. 1703.

³⁷ Handelingen I, 2 juli 2002, nr. 34, p. 1698 resp. 1703, waar wordt opgemerkt dat de mening van de minderjarige weliswaar moet worden betrokken in de beslissing inzake de strafvervolgning, maar niet doorslaggevend is.

³⁸ HR 28 april 1998, NJ 1998, 782, m.nt. 't H.

³⁹ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 14, p. 16.

⁴⁰ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 15, p. 2.

van enige omvang en tijdsduur noodzakelijk die blijk geven van een zekere intentie. Het downloaden van kinderpornografisch materiaal vormt volgens de minister zo'n handeling van enige omvang, het eenmalig openen van een naar inhoud onbekend *attachment* niet.

3.3 Kindersekstoerisme: Verruiming van de jurisdictie (art. 5 en 5a Sr)

Nederland wijst kindersekstoerisme principieel af. Dit is tot uitdrukking gekomen in het voorstel om de extraterritoriale rechtsmacht te verruimen. De extraterritoriale werking van de Nederlandse strafwet wordt onder meer geregeld in artikel 5 Sr. Op grond van deze bepaling kan de Nederlandse staat rechtsmacht claimen over strafbare feiten door Nederlanders begaan in het buitenland. De achterliggende gedachte is dat Nederlanders zulke misdrijven niet behoren te plegen en om die reden hier te lande vervolgd moeten kunnen worden (actief personaliteitsbeginsel).

Concrete aanleiding tot verruiming van de rechtsmacht vormden internationale verplichtingen uit hoofde van verschillende verdragen en overige regelgeving. Het gemeenschappelijke optreden van de EU-lidstaten van 24 februari 1997 ter bestrijding van mensenhandel en seksuele uitbuiting van kinderen (PbEG L 63) was een belangrijke aanleiding, waarvan het toen genomen besluit inmiddels is vervangen door het Kaderbesluit ter bestrijding van seksuele uitbuiting en kinderpornografie.⁴¹

⁴¹ 22 december 2003, L 13/44. Zie: Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 10. Overige verdragen en regelingen uit hoofde waarvan een verplichting tot intensivering van de bestrijding van (commercieel) seksueel verruiming kan worden afgeleid zijn:

- art. 4 Facultatief Protocol inzake kinderhandel, prostitutie en pornografie bij het Verdrag inzake de Rechten van het Kind, New York, 25 mei 2000, Trb. 2001, 63;
- art. 15 van het Verdrag tegen transnationale georganiseerde misdaad, New York, 15 november 2000, Trb. 2001, 68,
- in verbanding met het Protocol inzake de voorkoming, bestrijding en bestraffing van mensenhandel, in het bijzonder vrouwen en kinderhandel, tot aanvulling van dat verdrag, New York, 15 november 2000, Trb. 2004, 35 en
- art. 6 Kaderbesluit van 19 juli 2002 inzake de bestrijding van mensenhandel, L 203/1.

Oorspronkelijk was voorzien in invoering van een nieuwe bepaling, artikel 5a Sr, die het mogelijk zou maken vervolging in te stellen tegen Nederlandse ingezetenen die zich elders jegens minderjarigen schuldig hadden gemaakt aan overtreding van artikel 240b en/of 242 tot en met 250a Sr. Als voorwaarde gold dat de verdachte ten tijde van de vervolgingsbeslissing beschikte over een vaste woon- of verblijfplaats in Nederland. In overeenstemming met artikel 5 tweede lid Sr zou daaraan ook zijn voldaan wanneer de vreemdeling pas ná het plegen van het delict een vaste woon- of verblijfplaats heeft verworven.⁴²

In eerste instantie werd vastgehouden aan het vereiste van dubbele strafbaarheid. Het laten vervallen daarvan werd niet opportuun geacht. Nu er in de wereld nog verschil van inzicht bestaat over de reikwijdte en beschermingsomvang van de strafwetgeving inzake seksueel misbruik van kinderen, kon naar het oordeel van de regering de noodzakelijke samenwerking ontbreken voor een succesvolle vervolging in het eigen land.⁴³ Op aandringen van het parlement werd echter besloten deze voorwaarde te laten vervallen in artikel 5 en het voorgestelde artikel 5a.⁴⁴ Op deze manier werd bewerkstelligd dat justitie kon beschikken over een zo ruim mogelijk strafrechtelijk instrumentarium: een Nederlander of een vreemdeling die ten tijde van de vervolgingsbeslissing beschikt over een vaste woon- of verblijfplaats kan hier te lande worden vervolgd wegens sekstoerisme, ongeacht de plaats van het delict.

De wetswijziging was vooral bedoeld als vangnet. Met de wetswijziging werd duidelijk gemaakt dat Nederland kindersekstoerisme principieel afwijst. De verruiming van de rechtsmacht diende primair om te voorkomen dat elders aangehouden verdachten tijdens hun borgtocht het land zouden ontvluchten, om na terugkeer in eigen land niet meer vervolgd te kunnen worden; een scenario dat in de praktijk regelmatig voorkomt. Een ander doel was potentiële daders af te schrikken door hen te confronteren met de mogelijkheid van strafvervolging in

⁴² In art. 5 lid 2 Sr staat bepaald dat latere naturalisatie niet in de weg staat aan het claimen van jurisdictie. Aanknopingspunt voor de jurisdictie is hier, evenals in art. 5a Sr het wonen; Kamerstukken 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 24.

⁴³ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 14, p. 17.

⁴⁴ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 14, p. 17.

eigen land.⁴⁵ Ten slotte werd een bredere bewustwording beoogd. Door ruchtbaarheid te geven aan de mogelijkheid van strafvervolgning in eigen land, hoopt men anderen, in het bijzonder medereizigers, alert te maken op signalen over kindersekstoerisme, in de hoop dat zij hun eventuele vermoedens zouden melden.⁴⁶

In navolging van de wetswijziging is een Code of Conduct opgesteld in samenwerking met de World Tourism Organisation en gesteund door de Europese Commissie. Doel is dat reisorganisaties deze code ondertekenen, waarbij zij zich verplichten concrete, voor de klant zichtbare maatregelen te nemen gericht op het informeren over de strafbaarheid van kindersekstoerisme en mogelijke strafvervolgning daarvan in eigen land. Een concreet voorbeeld is bijvoorbeeld het voorlichten van klanten op potentiële risicoreizen door het verstrekken van folders of het vertonen van voorlichtingsfilms in bussen of vliegtuigen.⁴⁷

3.4 Vormen van gedwongen seksuele dienstverlening door minderjarigen (art. 248a, 248c en 250a Sr)

Doel van het formuleren van artikel 248c Sr en het wijzigen van de artikelen 248a⁴⁸ en 250a Sr is het strafbaar stellen van het profiteren van vormen van seksuele dienstverlening die niet onder prostitutie vallen.⁴⁹ De wijzigingen moeten in samenhang met elkaar worden gezien.

⁴⁵ Seabrook, 2002, i.h.b. p. 85. Overigens hebben Vogelzang c.s. onderzocht in hoeverre het ontbreken van strafwetgeving en handhaving bijdraagt aan het ontstaan resp. toenemen van kindersekstoerisme, Bij gebrek aan betrouwbare informatie kon die vraag niet worden beantwoord; Vogelzang, c.s., par. 8.3.

⁴⁶ Uit het onderzoek van ECPAT blijkt dan ook dat de meeste aangiften afkomstig zijn van particuliere organisaties of individuen, Seabrook, 2002, p. 95.

⁴⁷ ECPAT Nederland, Nieuwsbrief 2004, nr. 1; melding wordt gemaakt van een overeenkomst met OAD Reizen en TUI Nederland, waartoe enkele vliegtuigmaatschappijen behoren. Zie ook: ECPAT Nederland, Kinderprostitutie in relatie tot reizen, informatiemap, www.ecpat.nl. Overigens staat daar abusievelijk nog steeds vermeld dat voor strafvervolgning het vereiste van dubbele strafbaarheid geldt.

⁴⁸ Bij wet van 28 oktober 1999, Stb. 1999, 464 is art. 248ter Sr vernummerd tot art. 248a Sr. Destijds verviel ook het in art. 248ter Sr opgenomen vereiste dat de minderjarige van 'onbesproken gedrag' moest zijn.

⁴⁹ Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 7.

Profiteren van seksuele ‘zelfbevrediging’ (art. 248a Sr)

In artikel 248a Sr is door het laten vervallen van het bestanddeel ‘met hem’ ook strafbaar geworden dat een minderjarige wordt aangezet tot het verrichten van seksuele handelingen met zichzelf. Daarvoor waren alleen wederzijdse seksuele handelingen strafbaar. Wat betreft het verleiden tot het zich laten welgevalen van dergelijke handelingen door een derde veranderde niets. De bedoeling was de klant strafbaar te stellen. Of die klant iemand is die bemiddelt bij het tot stand brengen van het seksuele contact tussen de minderjarige en een derde, of dat het gaat om een rechtstreekse afspraak tussen de minderjarige en de klant doet niet ter zake.⁵⁰

Verbod op toeschouwer zijn bij live seksshows door minderjarigen (art. 248c Sr)

In het verlengde hiervan ligt de strafbaarstelling van het opzettelijk aanschouwen van dergelijke seksuele handelingen. Ook hier is geen sprake van enig wederzijds seksueel contact; doel is diegenen te kunnen straffen die profijt hebben van het verrichten van de seksuele exploitatie van een minderjarige die seksuele handelingen met zichzelf pleegt.⁵¹ De wetgever bedoelt hier bewuste, fysieke aanwezigheid van de toeschouwer; toevallige aanwezigheid volstaat niet.⁵²

In de Tweede Kamer werd in eerste instantie de voorgestelde bepaling als te beperkt ervaren. Per amendement werd voorgesteld het vereiste van fysieke aanwezigheid te schrappen.⁵³ De achterliggende gedachte was dat dit vereiste gemakkelijk was te ontduiken, bijvoorbeeld door in een aangrenzende ruimte via technische hulpmiddelen kennis te nemen van het optreden.

Minister Korthals vreesde echter dat het loslaten van het vereiste van fysieke aanwezigheid zou leiden tot een niet te handhaven strafbepaling.⁵⁴ Dat zou immers impliceren dat ook het in huiselijke kring bekijken van een live optreden via de *webcam* onder de werking van artikel 248c Sr zou vallen.⁵⁵ Bovendien was

⁵⁰ Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 11.

⁵¹ Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 7.

⁵² Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 11 en 12; Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 21.

⁵³ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 13, amendement Dittrich.

⁵⁴ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 14, p. 19; Handelingen I, 2 juli 2002, nr. 34, p. 1074.

⁵⁵ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 14, p. 19 en 25. In reactie op een amendement waarin zo’n verstreckende verruiming werd voorgesteld was de minister wel bereid om kennisneming via technische

zulk handelen al strafbaar via de constructie van het uitlokken of medeplegen van artikel 240b of 248a Sr.⁵⁶

Tijdens het parlementaire debat blijken de minister en de kamerleden echter enigszins langs elkaar heen te praten. Waar het de Tweede Kamer gaat om het risico op ontduiking van de voor artikel 248c Sr gestelde voorwaarde van fysieke aanwezigheid, verzet de minister zich tegen een door hem bespeurd streven naar strafbaarstelling van het in huiselijke sfeer bekijken van kinderpornografisch optreden via de *webcam*. Hoewel dit laatste door hem evenzeer moreel verwerpelijk wordt gevonden, ziet hij geen mogelijkheden tot handhaving.⁵⁷

Nadat dit misverstand uit de wereld is geholpen, komt de minister tegemoet aan de wens van de Tweede Kamer om de voorwaarde van fysieke aanwezigheid te verruimen. Ook het in een aangrenzende ruimte, via technische hulpmiddelen kennis nemen van zo'n seksshow, valt onder de reikwijdte van de bepaling. Volgens minister Korthals vloeide dit voort uit '*een redelijke uitleg*' van artikel 248c Sr.⁵⁸ Voor de groep daders die op een andere, verder gelegen locatie kennis neemt van zo'n georganiseerd kinderpornografisch optreden blijft de minister vasthouden aan de constructie van het uitlokken of medeplegen van artikel 240b Sr.⁵⁹ Naar aanleiding van het hier door de minister ingenomen standpunt wordt het amendement ingetrokken.⁶⁰

Het amendement waarin werd voorgesteld het kijken naar kinderpornografische films, zonder deze in bezit te hebben, strafbaar te stellen, wordt niet ingetrok-

hulpmiddelen in hetzelfde gebouw als overtreding van art. 248c Sr te kwalificeren; Handelingen II 2001-2002, 27745, nr. 13, amendement Dittrich, Barth, Pater-Van der Meer, resp. Handelingen II 2001-2002, 27745, nr. 15, p. 3.

⁵⁶ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 21; Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 14, p. 19 resp. 25.

⁵⁷ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 14, p. 19 en 25 respectievelijk nr. 15, p. 2.

⁵⁸ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 15, p. 2. Zie ook: Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 14, p. 26, waar wordt opgemerkt dat ook degenen die vanwege de drukte in het "uitwijkzaaltje" zitten te kijken strafbaar zijn krachtens art. 248c Sr.

⁵⁹ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 15, p. 2-3. Gesproken wordt van "de persoon die daadwerkelijk betrokken is bij de bevordering van elders vervaardigde kinderporno".

⁶⁰ Handelingen II, 4 april 2002, nr. 64, p. 4311. Uit de opmerkingen van de betreffende kamerleden valt overigens op te maken dat zij ervan uitgaan dat het via technische hulpmiddelen op dezelfde locatie kijken naar een live optreden onder de reikwijdte van art. 248c Sr valt.

ken⁶¹ en wordt uiteindelijk aangenomen, ondanks het ontraden ervan door de minister. De voorgestelde wijziging ging immers verder dan de bedoelingen die de wetgever destijds bij het ontwerpen van artikel 240b Sr had; van enig voornemen tot strafbaarstelling van het enkele kijken zonder gelijktijdig bezit was geen sprake.

Dit uitgangspunt zou gehandhaafd dienen te blijven in artikel 248c Sr. Daarvan uitgaande is het niet de bioscoopbezoeker, maar de uitbater die zou moeten worden vervolgd.⁶² Bovendien is er, anders dan bij artikel 248c Sr, geen sprake van fysieke aanwezigheid bij het optreden van de minderjarige. Hoewel minister Korthals toegaf dat er nauwelijks moreel verschil is tussen het kijken naar een live optreden of naar een kinderpornografische film, hield hij vast aan het vereiste van fysieke betrokkenheid. Via dat criterium werd tot uitdrukking gebracht dat de prioriteit moet liggen bij degene die het dichtst bij de bron zit.⁶³ Bovendien bood het een concrete ingang voor strafvervolgning.⁶⁴ Deze zienswijze heeft de Tweede Kamer echter niet kunnen overtuigen.

Artikel 248a in relatie tot 248c Sr

De vraag is hoe artikel 248a en 248c Sr zich tot elkaar verhouden. Duidelijk is dat de wetgever bij het ontwerpen van artikel 248c Sr optredens van een zekere schaalgrootte en organisatiegraad op het oog had. Gesproken wordt van ‘pornografische peepshows’.⁶⁵ Zo er al sprake is geweest van verleiding, dan heeft die plaatsgevonden op initiatief van de organisator van het live optreden; de lijfelijk aanwezige toeschouwer profiteert slechts daarvan. Het verschil tussen beide strafbepalingen wordt echter niet nauwkeurig aangegeven. Zo wordt de toeschouwer bedoeld in artikel 248c Sr vergeleken met de klant van een minderjarige prostitué(e), wat samenvalt met de strekking van artikel 248a Sr.⁶⁶ Aangenomen moet worden dat het verschil ligt in de uiterlijke gerichtheid van de gepleegde handelingen: voor een peepshow is immers een hogere organisatie-

⁶¹ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 11, amendement Van der Staaij c.s.; Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 15, p. 2.

⁶² Handelingen II, 4 april 2002, nr. 64, p. 4313.

⁶³ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 14, p. 25-26.

⁶⁴ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 14, p. 19; Handelingen I, 2 juli 2002, nr. 34, p. 1704.

⁶⁵ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 14, p. 19 en 23.

⁶⁶ Noyon/Langemeijer/Rommelink, Wetboek van Strafrecht, Artikel 248a Sr, aantekening 7, voetnoot 4, waar aandacht wordt besteed aan eventuele samenloop van beide bepalingen.

graad vereist en is niet uitgesloten dat het aanschouwen daarvan op anoniemer wijze plaatsvindt dan de in artikel 248a Sr bedoelde verleiding.⁶⁷

Seksuele uitbuiting voor een derde (art. 250a Sr)

De wijziging van 2002 betrof het vervangen van de woorden 'met een derde' door 'met of voor een derde'. Commerciële seksuele uitbuiting waarbij geen sprake is van rechtstreekse betrokkenheid bij de (door een minderjarige) gepleegde seksuele handelingen is daarmee strafbaar gesteld.⁶⁸ Evenals bij de artikelen 248a en 248c Sr is de gedachte mede dat een derde geen voordeel mag trekken uit door de minderjarige gepleegde seksuele handelingen. Deze wijziging is later doorgetrokken naar artikel 151a Gemeentewet.⁶⁹ In de Eerste Kamer zijn slechts enkele opmerkingen gemaakt over deze kwestie.

Met ingang van 1 januari 2005 is artikel 250a Sr komen te vervallen.⁷⁰ Gekozen is om de strafbaar stelling van uitbuiting niet meer te beperken tot seksuele exploitatie, maar om allerhande vormen van exploitatie van maatschappelijk kwetsbare personen (minderjarig en meerderjarig) strafbaar te stellen via het nieuw ingevoerde artikel 273a Sr.

3.5 Toevoeging 'verminderd bewustzijn' (art. 243 en 247 Sr)

Met de invoeging van het bestanddeel 'verminderd bewustzijn' in de artikelen 243 en 247 Sr beoogde de wetgever een gesignaleerde leemte in de zedelijkheidswetgeving te herstellen. Eventuele strafbaarstelling van seksuele misleiding is destijds wel besproken, maar heeft niet geresulteerd in een wetswijziging.⁷¹ Toen ook bij de evaluatie van de herziene zedelijkheidswetgeving (1994) geen aandacht werd besteed aan dit punt is het gewoonweg blijven liggen.

⁶⁷ Kamerstukken 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 24; gesproken wordt over rechtstreeks aanschouwen of via een kijkgat.

⁶⁸ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 3, p. 7.

⁶⁹ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 4.

⁷⁰ Stbl. 2004, nr. 690.

⁷¹ Handelingen II 1990-1991, 17 oktober 1990, nr. 11, p. 509, resp. nr. 12, p. 586-587, nr. 12, p. 591 en nr. 12, p. 605.

Naar aanleiding van het zogenoemde Slaap arrest⁷² werd de kwestie echter weer actueel. In deze zaak had de verdachte zich via insluiping toegang tot de slaapkamer van het slachtoffer verschaft. Daarna misleidde hij de halfslapende vrouw door zich voor te doen als haar vriend om vervolgens seksueel contact met haar te hebben. Vervolgd voor verkrachting werd de verdachte vrij gesproken, omdat de rechtbank en het hof het voor het dwingen vereiste opzet niet bewezen achtten. De Hoge Raad deelde deze visie.

Naar aanleiding hiervan rees de vraag of het Openbaar Ministerie had moeten vervolgen op grond van artikel 243 Sr. Volgens De Jong en Van der Neut zou dit geen soelaas hebben geboden vanwege de strikte, op wethistorische gronden gebaseerde uitleg van het in artikel 243 Sr-oud opgenomen bestanddeel 'onmacht'.⁷³ De oplossing lag volgens hen in een zelfstandige, beperkte strafbaarstelling van misleiding omtrent de aard van de (seksuele) handeling en/of de identiteit van de pleger.

Hoewel deze suggestie destijds positief werd ontvangen in wetgevingskringen, is uiteindelijk afgezien van zo'n specifieke strafbaarstelling omdat deze te ruim zou zijn. Gekozen werd voor verruiming van artikel 243 en 247 Sr in de vorm van invoering van het bestanddeel 'verminderd bewustzijn'.⁷⁴ Daarbij werd gedacht aan situaties waarin het slachtoffer in een sluimertoestand of in een roes verkeert, voorafgaand aan de toestand van vaste slaap, als gevolg van het consumeren van alcohol, drugs of medicijnen. Het moest gaan om een toestand tussen waakzaamheid en bewusteloosheid.⁷⁵ Niet alleen een fysieke toestand, ook psychische omstandigheden werden redengevend geacht voor het aannemen van een toestand van verminderd bewustzijn.⁷⁶ Of sprake is van verminderd bewustzijn dient met inachtneming van de omstandigheden van het geval te worden bepaald.⁷⁷

⁷² HR 24 maart 1998, NJ 1998, 534. Zie ook de annotatie van Lünemann bij RN 1998, 942 en 943.

⁷³ D.H. de Jong & J.L. van der Neut, List, onmacht en verkrachting, NJB 1997, afl. 24, p. 1067-1074.

⁷⁴ Handelingen II 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 9.

⁷⁵ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 23.

⁷⁶ Handelingen II 2000-2001, 27745, nr. 6, p. 22; Handelingen I 2001-2002, nr. 299b, p. 11; Handelingen I, 9 juli 2002, nr. 35-1721.

⁷⁷ Noyon/Langemeijer/Rommelink merken dan ook terecht op dat "De omvang van het verminderd bewustzijn nogal diffuus van aard [is]."; Wetboek van Strafrecht, Artikel 243, aantekening 3.

Een probleem bij het vaststellen van het verminderde bewustzijn vormt het (voorwaardelijk) opzet daarop van de verdachte. Deze moet immers wetenschap hebben gehad van de geestestoestand van het slachtoffer. Ook moet deze de daarin gelegen belemmering van de wilsvorming, althans de aanmerkelijke kans daarop, bewust hebben aanvaard. De wetenschap *sec* is onvoldoende voor strafbaarheid, bewezen moet zijn dat de verdachte daarvan misbruik heeft gemaakt.⁷⁸

Het slachtoffer heeft in dezen een eigen verantwoordelijkheid.⁷⁹ Hoewel het door eigen toedoen geraken in een situatie van verminderd bewustzijn zeker geen vrijbrief oplevert voor de verdachte, rust op het slachtoffer zo nodig de plicht aannemelijk te maken dat deze, voorafgaande aan zo'n schemertoestand, geen avances heeft gemaakt of deze heeft gedoogd.⁸⁰ Waar vrijwillig risico wordt genomen op verminderde wilsvorming kan bescherming door het strafrecht worden ontzegd.⁸¹ De nadere invulling van het verminderde bewustzijn is nadrukkelijk overgelaten aan de rechtspraktijk.⁸²

⁷⁸ Melai in: Noyon/Langemeijer/Rommelink, Wetboek van Strafrecht, Artikel 243, aantekening 4. Voorts D.H. de Jong in zijn annotatie bij HR 2 december 2002, NJ 2004, 353.

⁷⁹ Handelingen I 9 juli 2002, nr. 35, p. 1721, opgemerkt wordt dat het niet hoeft te gaan om toestanden waarop een eenduidig medisch etiket kan worden geplakt.

⁸⁰ Handelingen II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 22; Handelingen 9 juli 2002, nr. 35-1718 resp. 1721. Vanuit de Eerste Kamer wordt aangedrongen op een duidelijker omschrijving van het verminderde bewustzijn. De minister merkt ten deze op dat hij niet verwacht dat vervolgd zal worden ter zake van seksuele contacten waarvoor "betrokkenen de volle verantwoordelijkheid dient te dragen (...) Ook al zou die persoon deze betrokkenheid achteraf betreuren". Ook De Jong en Van der Neut wezen daar eerder op, 1997, p. 1073.

⁸¹ In het oog moet worden gehouden dat de zogenoemde positieve verplichtingen de overheid ertoe verplichten bescherming te bieden tegen allerhande vormen van (seksueel) geweld. Zie: EHRM, M.C. vs Bulgarije, NJCM, 2005, nr. 3, m.nt. Liesbet Stevens. Voorts: R.S.B. Kool, Veranderde zeden?, Delikt en Delinkwent, 2004, 9, p. 918-921; Comité Vrouwenverdrag, 26 januari 2005, Comm. nr. 2/2003, NJCM 2005, nr. 4, A.T. vs Hongarije, m.nt. Ineke Boerefijn.

⁸² Kamerstukken II 2000-2001, 27 745, nr. 6, p. 22; Handelingen I, 9 juli 2002, nr. 35, p. 1703 resp. 1722.

3.6 Klachtvereiste vervallen, invoering hoorplicht (art. 245, 247 en 248a Sr)

Voor de herziening van de zedelijkheidswetgeving van 1992 bevatte enkel artikel 245 lid 2 Sr een klachtvereiste, als voorwaarde voor strafvervolging. Opneming daarvan berustte destijds op de gedachte dat het slachtoffer er wellicht de voorkeur aan gaf te trouwen met haar belager, om zo doende de maatschappelijke schande verkracht te zijn, te ontlopen. Ruim een eeuw later lag de nadruk echter op het recht op seksuele zelfbeschikking. Minderjarigen in de leeftijd tussen zestien en achttien jaar werden in staat geacht zelf de keuze te kunnen maken met wie zij seksueel contact wensten. Gevreesd werd voor een te absolute strafbaarstelling van seksuele contacten met oudere minderjarigen. Inmenging door de strafrechtelijke overheid werd slechts legitiem geacht wanneer de minderjarige of wettelijke vertegenwoordigers aangaven deze te wensen. Op initiatief van de Tweede Kamer werd het klachtvereiste ook opgenomen in de artikelen 247 en 248a Sr. Deze beslissing was geenszins onomstreden. Integendeel, de toenmalige minister van Justitie ontraadde het en ook de Eerste Kamer had twijfels.⁸³

De opsporings- en rechtspraktijk ondervonden belemmeringen vanwege het klachtvereiste. Volgens de Hoge Raad staat het klachtvereiste niet alleen strafvervolging in de weg, maar ook gerichte opsporing ter zake van artikel 245, 247 en 248a Sr.⁸⁴ In 1998 verscheen een evaluatie over het klachtdelict; aanbevolen werd het klachtvereiste te laten vervallen en te vervangen door een hoorplicht analoog artikel 165a Sv.⁸⁵

⁸³ Kool, 1999, p. 107-109 en 112-118.

⁸⁴ HR 16 juni 1998, NJ 1998, 800. Hierover: B. Swier, Het klachtdelict belicht, NJB 1998, afl. 4, p. 164-170. Zie ook: Noyon/Langemeijer/Remmelink, Wetboek van Strafrecht, Artikel 245, aantekening 4. Melai merkt hier op dat opsporingshandelingen gericht op de identificatie van slachtoffers met het oog op het informeren over de mogelijkheid tot het doen van aangifte en daaraan verbonden indienen van een klacht zijns inziens wel was toegestaan.

⁸⁵ J. De Savornin Lohman, e.a., Het functioneren van het klachtvereiste in de zedelijkheidswetgeving, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut, 1998. Bij de wet van 28 oktober 1999, Stb. 1999, 464 was het klachtvereiste al vervallen voor feiten verband houdende met kinderprostitutie. De reden daarvoor was dat het als belemmering werd ervaren bij de opsporing van sekstoerisme; Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 6.

Dit voorstel is door de wetgever van 2002 overgenomen: het klachtvereiste is in zijn geheel vervallen.⁸⁶ Daarvoor in de plaats kwam artikel 167a Sv, waar staat opgenomen dat minderjarige slachtoffers ‘zo mogelijk’ door het Openbaar Ministerie gehoord dienen te worden over eventuele strafvervolgning ter zake van artikel 245, 247 en/of 248a Sr.⁸⁷ Dit horen impliceert dat het slachtoffer in de gelegenheid is om zich uit te spreken over de wenselijkheid van strafvervolgning. Hoewel de mening van het minderjarige slachtoffer gewicht in de schaal legt, is deze niet van doorslaggevende betekenis.⁸⁸ Wél geldt als uitgangspunt dat jongeren vanaf zestien jaar volledig vrij zijn in de invulling van hun seksuele leven.⁸⁹

In overeenstemming hiermee is de hoorplicht niet absoluut geformuleerd. Niet naleving ervan kan onder omstandigheden worden geëxcuseerd. Het is aan de rechter te beoordelen of het Openbaar Ministerie zich in een dergelijk geval voldoende moeite heeft getroost. De wetgever sprak de verwachting uit dat het Openbaar Ministerie zich tot het uiterste zal inspannen om het slachtoffer te horen.⁹⁰ Als mogelijke belemmering werd gedacht aan de lichamelijke- of geestelijke toestand van het slachtoffer, een verblijf in het buitenland of het niet kunnen traceren van het slachtoffer.⁹¹ Dezelfde zorgvuldigheid eist de verplichting om de minderjarige op de hoogte te stellen van de voorgenomen

⁸⁶ Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 11; voor feiten gepleegd vóór 1 oktober 2002 blijft het klachtvereiste uit hoofde van de vervallen regeling gelden. Zie ook: Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 3, p. 1 & nr. 6, p. 24; Kamerstukken II 2000-2001, B, p. 1.

⁸⁷ Opgemerkt kan worden dat de Eerste Kamerfractie van Groen Links de vraag opwierp of het niet zinvol zou zijn de verplichting tot horen van toepassing te doen zijn op art. 240b Sr, gelet op de voorgestelde verhoging van de leeftijdsgrens tot achttien jaar. De minister wees deze suggestie van de hand en stelde dat het voor de hand lag minderjarigen van twaalf jaar en ouder die betrokken slachtoffer zijn van kinderpornografie te horen over voorgenomen strafvervolgning. Zie: Handelingen EK 2001-2002, 27745, nr. 299a, p. 4 respectievelijk Kamerstukken I, 2001-2002, 27745, nr. 299b, p. 9.

⁸⁸ Kamerstukken II 20001-2002, 27745, nr. 6, p. 18 resp. 20.

⁸⁹ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 20.

⁹⁰ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 14, p. 26. De minister merkt hier op: “Er moet een heel duidelijke en goede aanleiding zijn om daarvan af te zien.”

⁹¹ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 24.

strafvervolgung,⁹² en een motivatie van het Openbaar Ministerie waarom er al dan niet wordt vervolgd, in het geval het oordeel afwijkt van de wens van het slachtoffer.⁹³

Als sprake is van onzorgvuldig handelen kunnen daaraan gevolgen worden verbonden, behalve wanneer uit de stukken blijkt dat conform de wens van het slachtoffer strafvervolgung is ingesteld.⁹⁴ Overigens zijn geen wettelijke sancties gesteld op niet-naleving van de verplichting door het Openbaar Ministerie.⁹⁵ Het horen van het slachtoffer betreft een inspanningsverplichting: aan niet-nakoming kunnen hooguit consequenties worden verbonden in de sfeer van de schending van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging.⁹⁶

Deze hoorverplichting geldt niet voor de andere klachtgerechtigden, zoals de ouders. Evenmin geldt de hoorplicht voor geestelijk minder begaafde slachtoffers, hoewel het Openbaar Ministerie hen wel in de gelegenheid mag stellen te worden gehoord.⁹⁷ Aanbevolen wordt een en ander te regelen in een aanwijzing

⁹² Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 6-7. In de Aanwijzing opsporing en vervolging inzake seksueel misbruik, staat vermeld dat slachtoffers geïnformeerd moeten worden over “alle belangrijke beslissingen”, Scrt. 2005, nr. 17, p. 4.

⁹³ Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 7; Kamerstukken I 2001-2002, 27745, nr. 299b, p. 11.

⁹⁴ Handelingen II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 17. Dit standpunt stemt overeen met de opvatting van de Hoge Raad inzake het klachtvereiste; HR 31 maart 1998, NJ 1998, 608. Die jurisprudentie was één van de redenen om het klachtvereiste te laten vervallen; Kamerstukken I 2001-2002, 27745, nr. 299b, p. 10. Overigens bleken er ook grenzen te zijn aan deze materiële uitleg van het klachtvereiste; zie ten deze HR 15 april 2003, LJN AF5227, inzake art. 248ter Sr-oud.

⁹⁵ Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 5, p. 9; de suggestie van de PvdA-fractie om aan schending een niet-ontvankelijk verklaring van het Openbaar Ministerie te verbinden, zoals destijds gesuggereerd in de evaluatie inzake het klachtvereiste, vond geen gehoor bij de minister.

⁹⁶ In de jurisprudentie wordt op dergelijke wijze gesanctioneerd in geval van schending van art. 51f Sv, waar staat bepaald dat de benadeelde partij door het Openbaar Ministerie op de hoogte moet worden gesteld van de zittingsdatum. Een vergelijking tussen niet naleving van art. 167a Sv en 51f Sv gaat in zoverre mank dat de laatste verplichting ertoe strekt de benadeelde partij de gelegenheid te geven een wettelijk recht uit te oefenen, namelijk het indienen of toelichten van een vordering tot schadevergoeding. Wat betreft het horen ex art. 167a Sv is geen sprake van enig wettelijk recht. Toch lijkt er een parallel te zijn tussen beide kwesties. Zie voor de bedoelde jurisprudentie: HR 14 oktober 1997, NJ 1998, 156; HR 14 september 1999, NJ 1999, 722; Hof Den Bosch 24 mei 2004, NJ 2004, 392; HR 29 juni 2004, NJ 2004, 481.

⁹⁷ Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 6, p. 19.

van het College van Procureurs-generaal.⁹⁸ Dit laatste is inmiddels gebeurd in de Aanwijzing opsporing en vervolging inzake seksueel misbruik. Vermeld wordt dat de officier van justitie het horen van de minderjarige kan delegeren aan de politie.⁹⁹

3.7 Beoogde effecten

De wetswijzigingen van 2002 hebben tot doel de bescherming van minderjarigen en andere kwetsbare groepen tegen vormen van seksueel misbruik te verstevigen.

De kinderpornografiebepaling is aangescherpt met als doel concreet seksueel misbruik van kinderen tegen te gaan, maar ook om de markt van kinderporno te ontmoedigen. Door een aantal knelpunten in de bewijsvoering weg te nemen (toevoegen 'schijnbaar betrokken', verhogen leeftijdsgrens) moet het eenvoudiger worden om in zaken van kinderpornografie tot een vervolging dan wel veroordeling te komen. Door het uitbreiden van de rechtsmacht beoogt de wetgever de mogelijkheden tot vervolging uit te breiden en de norm dat kindersekstoerisme ontoelaatbaar is, nadrukkelijk naar voren te halen. Daarnaast wordt beoogd vormen van seksuele uitbuiting van minderjarigen tegen te gaan. Dit gebeurt door ook het profijt trekken van minderjarigen die bij zichzelf seksuele handelingen verrichten strafbaar te stellen, evenals het toeschouwer zijn van seksshows door minderjarigen. Een andere kwetsbare groep betreft personen die, eventueel onder invloed van alcohol, drugs of medicijnen, verkeren in een situatie van (half)slaap. Door het toevoegen van 'verminderd bewustzijn' in de artikelen 243 en 247 Sr wordt beoogd extra bescherming te bieden tegen ongewenste seksuele contacten. Tot slot is het afschaffen van het klachtvereiste voor de artikelen 245, 247 en 248a Sr te beschouwen als manier om de opsporing en vervolging van seksueel misbruik van jeugdigen te vergemakkelijken.

⁹⁸ Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 6.

⁹⁹ Procureurs-generaal, Aanwijzing opsporing en vervolging inzake seksueel misbruik, Stcrt. 25 januari 2005, nr. 17, in werking getreden per 15 februari 2005. Uitgangspunt is dat het horen op een zo efficiënt mogelijke wijze dient te gebeuren, voor de hand liggend is daarom dat het horen door de politie gebeurt.

4 Interpretatie van de wet

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is ingegaan op de beoogde effecten. In aansluiting hierop wordt de interpretatie van de wet aan de hand van jurisprudentie en de resultaten van de interviews beschreven. Waar relevant wordt gerefereerd aan jurisprudentie gewezen vóór de inwerkingtreding van de wetswijziging; de nadruk ligt echter op uitspraken gewezen ná 1 oktober 2002. Er is niet gestreefd naar een volledige weergave van de verschenen uitspraken. In kadertjes wordt een korte beschrijving van relevante uitspraken gegeven.

Het hoofdstuk is, evenals hoofdstuk 3, opgebouwd aan de hand van de gewijzigde strafbepalingen rond de volgende onderwerpen: kinderporno, kinderseksuïerisme, profijt van seksuele exploitatie van minderjarigen, toevoegen van ‘verminderd bewustzijn’ en de vervanging van het klachtvereiste door de hoorplicht. Ook wordt in dit hoofdstuk de problematiek van kinderporno het meest uitgebreid behandeld, omdat de wetswijziging meerdere bestanddelen betrof en er veel jurisprudentie is over de bewijsvraag van ‘bezit’.

4.2 Kinderpornografie: bewijsproblemen aangepakt

Artikel 240b Sr stelt de rechtspraak voor een aantal problemen, welke deels ook voor de wetswijziging een rol speelden. Om de vraag te kunnen beantwoorden of het geldende artikel 240b Sr aan zijn doelstelling beantwoordt, is het wenselijk een compleet beeld te presenteren. Welke problemen doen zich voor bij de toepassing van artikel 240b Sr en hoe verhouden deze problemen zich tot elkaar? We behandelen eerst strafprocessuele aspecten, waaronder we het aspect groeperen van het ontbreken van de eigen waarneming door de rechter. Vervolgens gaan we in op de interpretatie van de (gewijzigde) bestanddelen.

4.2.1 Strafprocessuele aspecten

Het meest naar voren springend probleem van strafprocessuele aard betreft de geldigheid van de dagvaarding. Het tweede aspect dat we hier behandelen is het omgaan met het ontbreken van de eigen waarneming door de rechter dat strikt genomen een bewijsvraag is. Daarnaast geven we een aantal uitspraken over onrechtmatig verkregen bewijs.

De geldigheid van de dagvaarding

De dagvaarding, met de daarin opgenomen tenlastelegging, fungeert als akte van inbeschuldigingstelling; uit dien hoofde moet aan de verdachte inzichtelijk worden gemaakt waarvan hij wordt verdacht. Dat kan op tweeërlei wijze: door een voldoende feitelijke aanduiding van de aard van de afbeeldingen in de tenlastelegging, of door aanhechting van een kopie van de gewraakte afbeeldingen. Op gezag van de Procureurs-generaal gebeurt dit laatste niet in geval van kinderporno: vaste regel is dat de afbeeldingen als stukken van overtuiging gelden en niet in het dossier worden gevoegd. De argumentatie is dat moet worden voorkomen dat het Openbaar Ministerie de schijn wekt zich schuldig te maken aan verspreiding van kinderpornografie. Immers, aanhechting van het belastende materiaal zou ertoe kunnen leiden de dagvaarding als pornografisch geschrift aan te merken, met daaraan verbonden risico van verspreiding. De Aanwijzing Kinderpornografie bepaalt daarom dat volstaan dient te worden met een in feitelijke termen vervatte beschrijving van de afbeeldingen, waarbij een maximum geldt van vijftientig afbeeldingen.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Stcrt. 2003, nr. 168, p. 11.

De wijze waarop voorafgaand aan de zitting inzage wordt gegeven verschilt, afhankelijk van de afspraken gemaakt in het overleg tussen het Openbaar Ministerie en de zittende magistratuur. Het kan zo zijn dat de officier van justitie de stukken meeneemt naar de zitting, zodat desgewenst inzage kan plaatsvinden. Een andere werkwijze is dat de rechter-commissaris volstaat met het proces-verbaal van inzage, waarbij ook de verdediging en het Openbaar Ministerie in de gelegenheid zijn gesteld kennis te nemen van de afbeeldingen. Ook in dat geval kunnen de stukken op voorafgaand verzoek van de zittingsrechter door de officier van justitie worden meegenomen naar de zitting (zie ook hoofdstuk 6, paragraaf 6.6).

De Aanwijzing Kinderpornografie bepaalt tevens welke soort afbeeldingen prioriteit dienen te krijgen bij de strafvervolgning. Bepalend zijn de leeftijd - in het bijzonder de categorie prepuberaal, omvattende minderjarigen beneden de veertien jaar -, het geweldsaspect, de afhankelijkheidsfactor sprekende uit de afbeelding, de hoeveelheid en toegankelijkheid van het verspreide materiaal en als laatste criterium het commerciële oogmerk. De prioriteit ligt op de vervolging van de productie van dergelijke afbeeldingen. Voor postpuberale kinderpornografie (vijftien tot achttien jaar) prevaleert de opsporing en vervolging van commerciële productie.

Het KLPD, afdeling Moord en Zeden, aan wie de classificatie van in beslag genomen kinderpornografie is toevertrouwd, rapporteert overeenkomstig de genoemde prioritering. Daarbij wordt aandacht besteed aan de vraag of het oud of nieuw materiaal betreft en in hoeverre de verdachten en/of slachtoffers bekend zijn in het internationale circuit. Het geclassificeerde materiaal wordt vastgelegd op cd of dvd. Het KLPD zendt het los van het proces-verbaal aan de rechercheur van de regio, waardoor het beschikbaar is voor de juridische procedure. De officier van justitie houdt het beeldmateriaal onder zich als stuk van overtuiging.

Vanuit verdedigingsperspectief is betoogd dat de tenlastelegging niet altijd voldoende feitelijk van karakter is en zodoende niet voldoet aan de vereisten van artikel 261 Sv. Strijdigheid met artikel 261 Sv leidt tot nietigheid van de dagvaarding. We bespreken hieronder het arrest van de Hoge Raad (HR 28 september 2004, NJ 2004, 684)¹⁰¹ uitgebreid, omdat het goed de problemen weergeeft.

¹⁰¹ Ook gepubliceerd als: LJN AQ3710 en JOL 2004, 491.

De feiten zijn als volgt: Verdachte wordt verweten een omvangrijke verzameling kinderpornografie te hebben bezeten (art. 240b lid 1 jo lid 3 Sr). In de tenlastelegging worden de afbeeldingen in een mengeling van wettelijke en jurisprudentiële termen beschreven. In het inleidende deel van de tenlastelegging wordt gesproken over afbeeldingen *“van (een) seksuele gedraging(en) waarbij een of meer personen die kennelijk de leeftijd van zestien jaar nog niet had(den) bereikt, zijn/is betrokken, te weten foto’s en/of digitale afbeeldingen van een of meer (naakte en/of deels naakte) personen.”*

De afgebeelde seksuele gedragingen worden vervolgens geconcretiseerd en onderverdeeld. De tenlastelegging omvat:

- afbeeldingen bevattende een “(...) op zodanige wijze poseren en/of zijn afgebeeld dat hun ontblote geslachtsdelen nadrukkelijk en/of uitdagend in beeld zijn gebracht (op een wijze kennelijk bedoeld althans mede bedoeld om seksuele prikkeling op te wekken)”, en
- afbeeldingen betreffende het (laten) verrichten van “(een) seksuele gedraging(en) met zichzelf en/of een of meer andere personen (op een wijze kennelijk althans mede bedoeld om seksuele prikkeling op te wekken (...))”.

De laatste categorie wordt verder uitgesplitst in:

- “het seksueel binnendringen van het lichaam van zichzelf en/of het dulden van dat seksueel binnendringen door een ander persoon”, en
- het plegen van (een) ontuchtige handeling(en) met zichzelf of een ander, dan wel het dulden van zo’n ontuchtige handeling van een ander persoon”.

Het hof Amsterdam honoreert het verweer van de verdediging dat de tenlastelegging onvoldoende feitelijk is, en spreekt een algehele nietigheid van de tenlastelegging uit, zoals eerder ook de rechtbank Utrecht. Het Openbaar Ministerie stelt cassatie in. Betoogd wordt dat de opsteller van de tenlastelegging - staande voor het dilemma de tenlastelegging in feitelijke termen te omschrijven en zodoende het risico te lopen op het creëren en verspreiden van een kinderpornografisch geschrift, dan wel te kiezen voor een soberder, minder feitelijke omschrijving - de juiste keuze heeft gemaakt. Het Openbaar Ministerie vindt daarvoor steun in een proces-verbaal opgesteld door de rechter-commissaris, waar in feitelijke bewoordingen verslag wordt gedaan van de kennisname van het materiaal door de verdachte in aanwezigheid van diens raadsman en de officier van justitie.

In zijn conclusie stelt A-G Machielse voorop dat de wens van het Openbaar Ministerie om de tenlastelegging niet te doen verworden tot een pornografisch

geschrift, geen afbreuk mag doen aan het vereiste van een voldoende feitelijke omschrijving van de ten laste gelegde handelingen. Hij concludeert tot partiële nietigheid: niet volstaan kan worden de afbeeldingen te beschrijven als ontuchtige handelingen. Waar het gaat om de beschrijving van de afgebeelde seksuele gedraging in termen van seksueel binnendringen meent hij dat deze voldoende feitelijk is. De Hoge Raad beslist conform de conclusie van de A-G en casseert. In latere arresten heeft de Hoge Raad haar opvatting dat 'seksueel binnendringen' een voldoende feitelijke term in de zin van artikel 261 Sv is, en de term 'ontuchtige handelingen' geen feitelijke term is, bestendigd.¹⁰²

De rechter is echter niet altijd van mening dat een verweer inzake de dagvaarding wegens een onvoldoende feitelijk karakter dient te worden gehonoreerd. Dat was onder andere het geval in de hieronder vermelde uitspraken.¹⁰³

RB ARNHEM 25 MAART 2004, LJN AO6240

Gesteld wordt dat de tenlastelegging onvoldoende duidelijk weergaf welke van de afgebeelde personen werden bedoeld en welke seksuele gedragingen zij pleegden, wat diende te resulteren in een nietigverklaring van de dagvaarding. Ook wordt aangevoerd dat de tenlastelegging innerlijk tegenstrijdig was nu de daarin opgenomen *zinsnede* "die kennelijk de leeftijd van zestien jaar nog niet hadden bereikt" niet te verenigen zou zijn met het in de nadere omschrijving vermelde "jongens in de leeftijd van circa veertien/vijftien jaar". Onder deze laatste aanduiding konden immers ook jongens van zestien jaar worden begrepen.

De rechtbank meent echter dat op grond van de tenlastelegging, bezien in samenhang met de daaraan ten grondslag liggende processtukken, voor verdachte "volstrekt duidelijk" was waartegen deze zich moest verweren.

RB. BREDA 22 FEBRUARI 2006, LJN AV2458

Volstaan was met het beschrijven van een beperkt aantal van de gewraakte afbeeldingen in de tenlastelegging. Oordelend over de geldigheid van de tenlastelegging refereert de rechtbank aan de uitspraak van de HR van 28 juni 2005. Nu de Hoge Raad heeft uitge maakt dat voor de beschrijving van de gewraakte afbeeldingen kan worden volstaan met algemene omschrijvingen zou het naar het oordeel van de rechtbank aanbeveling verdienen om de afbeeldingen, waarvan een verdachte een verwijt wordt gemaakt,

¹⁰² Zie: HR 28 juni 2005, NJ 2005, 470, ook gepubliceerd als Nieuwsbrief Strafrecht 2005, 405.

¹⁰³ Zie voorts o.a. Rb Zutphen 18 juni 2003. LJN AH8581.

zodanig te omschrijven dat alle ten laste gelegde afbeeldingen daaronder kunnen vallen. Toch meent de rechtbank dat de tenlastelegging volstaat, en dat de daarin opgenomen beschrijvingen dienen te worden opgevat als voorbeelden die representatief zijn voor alle afbeeldingen, ook voor degene die niet in de tenlastelegging zijn uitgewerkt. Zij grondt haar oordeel mede op het proces-verbaal van het KLPD, waarin staat vermeld dat de meerderheid van de afbeeldingen beschouwd kunnen worden als kinderporno bedoeld in artikel 240b Sr.

Rb BREDA 22 FEBRUARI 2006, LJN AV2996

Dat het van belang is in de tenlastelegging onderscheid te maken in de periode voor en na de wetswijziging blijkt in deze zaak, waar de rechtbank een partiële nietigheid van de dagvaarding uitspreekt. Zij komt daartoe omdat de ten laste gelegde afbeeldingen enkel melding maakten van minderjarigen beneden de leeftijd van achttien jaar. Voor feiten gepleegd voor 1 oktober 2002 geldt echter een leeftijdsgrens van zestien jaar. Nu dit onderscheid niet werd gemaakt in de tenlastelegging was deze naar het oordeel van de rechtbank innerlijk tegenstrijdig.

Bewijsbeslissing en ontbreken van eigen waarneming

Een ander probleem dat voortvloeit uit de huidige wijze van ten laste leggen is dat de zittingsrechter wordt belemmerd in de mogelijkheid direct kennis te nemen van de in de tenlastelegging omschreven afbeeldingen. In die gevallen waarin de verdachte de aard van de afbeelding bestrijdt kan dit tot problemen leiden. Eigen waarneming door de zittingsrechter ten overstaan van de verdachte en het Openbaar Ministerie is dan geïndiceerd. Het Openbaar Ministerie kan anticiperen op zo 'n verweer door de gewraakte afbeelding bij de hand te hebben, zodat eigen waarneming door de zittingsrechter ten overstaan van de verdachte mogelijk is.¹⁰⁴

De rechter kan echter ook besluiten de zaak af te doen op de stukken die zijn opgenomen in het strafdossier, wat voor de verdachte gunstig kan uitpakken, zo leert de jurisprudentie.

¹⁰⁴ De Hoge Raad heeft overwogen dat niet zonder meer mag worden vertrouwd op het oordeel van de verbalisant, althans niet waar het gaat om het vaststellen van de kennelijke minderjarigheid. HR 7 december 2004, NJ 2006, 62. Anders: Rb Middelburg 16 maart 2005, LJN AT6872.

RB. ARNHEM 25 MAART 2004, LJN AO6240/ RB. ARNHEM 16 JUNI 2004, LJN AP1705

In deze beide zaken leidt het gemis aan directe mogelijkheden tot eigen waarneming van álle ten laste gelegde afbeeldingen door de rechter tot partiële vrijspraak. Enkel voor het materiaal dat door de rechtbank zelf was waargenomen volgt een veroordeling.

RB. DORDRECHT 29 JANUARI 2004, LJN AO2649/HR 22 MAART 2005, LJN AS5874

Hier berust de veroordeling in beide gevallen op eigen waarneming door de zittingsrechter. In één geval betrof het een video-opname. Uit de gepubliceerde teksten blijkt niet op wiens initiatief het bekijken van de afbeeldingen dan wel de videoband heeft plaatsgevonden. Evenmin is duidelijk of tijdens het vooronderzoek kennis is genomen van het materiaal door de rechter-commissaris.

Onrechtmatig verkregen bewijs

Een enkele maal wordt een beroep gedaan op artikel 359a Sv in de vorm van een aangevoerde niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, dan wel de uitsluiting van het bewijs wegens onregelmatigheden in het vooronderzoek.

HOF DEN HAAG 15 NOVEMBER 2002, LJN AF0684

Hoewel deze zaak is gebaseerd op artikel 240b Sr-oud, is de rechtsvraag van belang voor de geldende bepaling. In deze zaak komt de verdenking ter zake van overtreding van artikel 240b Sr tot stand via melding door een derde aan de politie. Deze gebruiker had bij een surftocht op de site Zeelandnet.nl toegang verkregen tot de personal computer van de hem onbekende verdachte en daarop kinderpornografische bestanden aangetroffen. Na melding bij de politie werd hem verzocht opnieuw melding te doen aan de politie wanneer hij weer in contact zou komen te staan met de bedoelde computer. Wanneer dat gebeurt, belt de aangever als gevraagd de politie en wordt hem gevraagd het IP-nummer (Internet Protocoladres) door te geven. De daartoe te volgen instructie ontvangt hij telefonisch van de politie.

Door de verdediging wordt betoogd dat zodoende een inbreuk is gemaakt op de privacy van de verdachte. Het hof verwerpt dit verweer en geeft daartoe een uitgebreide motivering. De gemaakte inbreuk is, gelet op de eenvoud van de procedure om het IP-nummer te achterhalen, het toegankelijke karakter van de daartoe benodigde kennis, in combinatie met het destijds algemeen bekende feit dat Zeeland-net.nl een onbeschermd omgeving was, alsmede dat de verdachte evenmin maatregelen had getroffen om zijn computer te beschermen tegen inbreuken van buitenaf, gelet op de strekking van de overtreden strafbepaling niet disproportioneel te achten, aldus het hof.

RB. ARNHEM 25 MAART 2004, LJN AO6240

Aanleiding tot de strafzaak was hier de vondst van twee videobanden met kinderpornografisch materiaal door een door de verdachte ingehuurd videomonteur. Deze deed na zijn vondst aangifte, wat resulteerde in de strafzaak. De verdediging stelde dat het bekijken van de banden door de monteur onrechtmatig was, hetgeen diende te leiden tot uitsluiting van het bewijs. Hoewel de rechtbank eveneens van mening is dat de monteur onrechtmatig heeft gehandeld, wordt dit niet toegerekend aan justitie. Ook een daaropvolgend onrechtmatig binnentreden door de verbalisanten geeft geen aanleiding daartoe, nu het bewijsmateriaal niet enkel en alleen is verkregen als gevolg van dit onrechtmatige optreden.

RB. UTRECHT 24 JANUARI 2005, LJN AU4848

Ook hier voert de verdachte verweer tegen de zijns inziens onrechtmatige verkrijging van het bewijsmateriaal. Hier was de politie getipt door de huisgenoot van de verdachte, die op diens computer kinderpornografisch materiaal had aangetroffen. Deze computer werd door de politie, na met toestemming van de huisgenoot de woning te zijn betreden, in beslag genomen. De verdachte stelde dat dit onrechtmatig was, nu hij daar geen toestemming voor had gegeven. De rechtbank oordeelde echter dat de huisgenoot rechtmatig huurder was en uit dien hoofde de politie toestemming kon verlenen de woonkamer te betreden om daar de computer van verdachte in beslag te nemen.

Na deze meer strafprocessuele aspecten gaan we in op de interpretatie van de verschillende bestanddelen van het kinderpornografieartikel.

4.2.2 Uitleg van bestanddelen

De gewijzigde (en ongewijzigde) bestanddelen van artikel 240b Sr die hier worden behandeld zijn: in voorraad/in bezit; verspreiden en vervaardigen; seksuele gedraging; kennelijk minderjarig en schijnbaar betrokken. Ook gaan we in op gewoonte als strafverzwarende omstandigheid en het afschaffen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond.

In voorraad of bezit

Uit het jurisprudentieonderzoek komt naar voren dat de verdediging aanvoert dat niet voldaan is aan de bestanddelen 'seksuele gedraging', 'kennelijke minderjarigheid' en - sinds kort - de betekenis van 'schijnbaar betrokken'. Vooral wordt echter het (voorwaardelijk) opzet ontkend, dat besloten ligt in het 'verspreiden, openlijk tentoonstellen, vervaardigen, invoeren, doorvoeren, uitvoeren of in

bezit hebben'. Veelal gaat het daarbij om een ontkenning van het bezit. Voor feiten gepleegd voor 1 oktober 2002 geldt sinds de uitspraak van de HR van 21 april 1998, NJ 1998, 782 dat dit gelijk mag worden gesteld aan enkelvoudig bezit. De wetswijziging van 1 oktober 2002 heeft deze jurisprudentie gelegaliseerd. Het louter kijken naar kinderporno is niet strafbaar gesteld in artikel 240b Sr.¹⁰⁵ In een digitale context gaat het, zoals A-G Knigge in zijn conclusie voor HR 24 februari 2006, LJN AU 9104 opmerkt, om 'vastgelegde data', (voorwaardelijke) opzet en een zekere beschikkingsmacht (r.o. 13). Daaruit vloeit voort dat het enkel downloaden van afbeeldingen van het internet niet gelijk gesteld mag worden aan bezit/in voorraad hebben in de zin van artikel 240b Sr. Daarvoor is minstens voorwaardelijke opzet vereist, ofwel het aanvaarden van de aanmerkelijke kans te kunnen beschikken over kinderpornografisch materiaal

In het algemeen heeft de Hoge Raad de bewijsmotivering over het bewezen geachte voorwaardelijke opzet aangescherpt: de aard van het te schenden rechtsbelang speelt geen rol voor de vaststelling van de aanmerkelijke kans. Ook waar het gaat om zwaarwegende rechtsbelangen blijft de eis gelden dat sprake dient te zijn van een reële, als aanmerkkelijk te kwalificeren kans.¹⁰⁶ Deze jurisprudentie is van belang voor het vaststellen van het opzet in de zin van art. 240b Sr. De vraag is: welke eisen kunnen worden gesteld aan de gebruiker van internet? En wanneer kan bewezen worden dat sprake is van bezit van kinderpornografisch materiaal?

Naar aanleiding van de stroom van jurisprudentie waarin uitleg wordt gegeven aan het bestanddeel bezit heeft het College van Procureurs-generaal onlangs een beoordelingskader opgesteld.¹⁰⁷ De vraag of er sprake is van bezit in de zin van artikel 240b Sr wordt daarin als volgt beantwoord:

- Bezit vereist bewustheid van en macht over het bezit. Dat impliceert opzet, al dan niet in voorwaardelijke vorm.
- Het enkel kijken naar kinderpornografisch materiaal is niet strafbaar.
- Van bezit is sprake wanneer het kijken wordt gevolgd door downloaden, dan wel wanneer zonder voorafgaand kijken bewust kinderpornografisch materiaal wordt gedownload.

¹⁰⁵ Zie ook: Hof Leeuwarden 22 maart 2005, LJN AT6636.

¹⁰⁶ HR 25 maart 2003, LJN AE9049 (HIV-arrest).

¹⁰⁷ Procureurs-generaal, Beoordelingskader in kinderpornozaken, brief 3 juni 2005, PaG/BJZ/14081.

- Van bezit is ook sprake in het geval de verdachte grote hoeveelheden pornografisch materiaal download en zich bewust had moeten zijn op deze wijze risico te lopen kinderpornografie te downloaden. Aanwijzingen daarvoor kunnen worden gevonden in bijvoorbeeld de naam van de site, of het feit dat de verdachte enkele kinderpornografische afbeeldingen heeft gezien en verwijderd, maar heeft nagelaten de overige bestanden te schonen.
- Het bewijs van bezit in de zin van artikel 240b Sr is onvoldoende als uit de elektronische aard van het bestand en de plaats op de harde schijf blijkt dat:
 - a) de afbeelding niet bewust is gedownload;
 - b) de afbeelding na het downloaden niet is bekeken, dan wel na openen daarvan de afbeelding direct is verwijderd. Daartoe is onvoldoende dat het bestand in de prullenbak is geplaatst; daar is het immers direct weer opvraagbaar.

Een bloemlezing uit de jurisprudentie leert dat de feiten en omstandigheden van het geval bepalend zijn voor de vraag of sprake is van strafbaar bezit van kinderporno. Vooropgesteld moet worden dat voorzichtigheid is geboden voor de internetgebruiker.¹⁰⁸ Aanwijzingen dat de verdachte de te betrachten zorgvuldigheid niet, althans onvoldoende in acht heeft genomen, kunnen besloten liggen in de wijze waarop hij materiaal heeft binnen gehaald. Bijvoorbeeld: heeft hij gezocht naar bestanden, op welke bestandsnamen en op welke manier is gezocht? Hoe grofmaziger de zoekmethode, hoe minder aannemelijk het verweer op bijvangst wordt. Zeker wanneer uit de feiten blijkt dat de verdachte zich bewust is geweest van (het risico op) een dergelijke bijvangst. Of sterker, gebruik heeft gemaakt van een programma dat hem in staat stelde de verplichte registratie op betaalde sekssites te omzeilen (Rb. Groningen 5 augustus 2004, LJN AQ6334; ook Rb. Utrecht 1 juli 2005, LJN AT8591). Voorts zijn ook de naam van de nieuwsgroep, en die van de daarin gevonden bestanden van belang. Deze kunnen immers aanwijzingen bevatten dat de verdachte - ondanks dat hij wellicht niet bewust op zoek was naar kinderpornografie - door zo te downloaden rekening had moeten houden met de aanmerkelijke kans dat hij zulk materiaal zou binnenhalen. In dat geval loopt de verdachte, gelet op de beschermende strekking van artikel 240b Sr, het gevaar de door hem ten toon gespreide onzorgvuldigheid te krijgen toegerekend (HR 8 mei 2001, NJ 2001, 479).

¹⁰⁸ A-G Knigge in zijn conclusie bij HR 24 februari 2006, LJN AU9104, r.o. 13.

Het verweer dat de bestanden door tussenkomst van een derde op de computer van de verdachte terecht zijn gekomen, wordt kritisch gezien.¹⁰⁹ Zo'n verweer kan aanleiding geven tot het gelasten van een deskundigenonderzoek. Het is van belang vast te stellen of er meerdere personen gebruik maakten van de computer in de ten laste gelegde periode, en welke maatregelen de verdachte heeft genomen om zijn computer tegen inbraak door derden te beveiligen. Een dergelijk 'derden-verweer' is niet altijd gedoemd te mislukken. Sterker nog: het maakt een goede kans van slagen, mits het voldoende is onderbouwd is.¹¹⁰ Dat de verdachte de bestanden zelf heeft verwijderd kan, in combinatie met het ontbreken van andere gebruikers, voldoende zijn om het beroep op tussenkomst door een derde onaannemelijk te achten: uit het persoonlijk verwijderen kan immers worden afgeleid dat de bestanden op enig moment op een voor de verdachte toegankelijke plek van de harde schijf hebben gestaan (Hof Arnhem 4 april, Nieuwsbrief 2005, 279). Zo wordt belang gehecht aan de handelswijze van verdachte na ontdekking van het materiaal. Ook hier bepalen de feiten en omstandigheden van het geval of het verweer aannemelijk wordt geacht. Duidelijk is dat de rechter grote waarde hecht aan een adequate reactie van de verdachte wanneer deze het materiaal ontdekt; dit noodzaakt tot zorgvuldige onderbouwing respectievelijk verwerping van zo'n verweer. Daarbij moeten twee situaties worden onderscheiden: die waarin de verdachte stelt het bestand als *attachment* te hebben toegestuurd gekregen, en die waarin de verdachte zelf bestanden heeft gedownload. In het eerste geval gaat het in de regel om bezit van geringe omvang; in het tweede geval kan het gaan om een enkel bestand of om een omvangrijke verzameling. Tijdens de kamerbehandeling (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3) is uitgesproken dat het opslaan van een *attachment* niet per definitie 'bezit' oplevert. Waar het op aankomt, is het moment van kennisnemen; op dat moment ontstaat een verplichting om het bestand met daarin opgenomen kinderpornografisch materiaal te kennen.¹¹¹ In het midden is gelaten welke mate van zorgvuldigheid mag worden verwacht bij deelname aan digitale communicatie. Vereisen de 'omstandigheden' dat de ontvanger van een e-mail met *attachment* aandacht zou moeten besteden aan de afzender en de bestandsnaam van het

¹⁰⁹ Zie o.a.: Rb. Middelburg 12 februari 2003, LJN AF4981; Hof Arnhem 4 april 2005, Nieuwsbrief 2005, 279; Rb. Utrecht 1 juli 2005, LJN AT8591; Rb. Den Haag 3 oktober 2004, LJN AU367 en HR 24 februari 2006, LJN AU9104.

¹¹⁰ Zie laatstelijk: Rb Dordrecht 19 januari 2006, LJN AV0150.

¹¹¹ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 14, p. 16.

meegestuurde *attachment* teneinde te voorkomen dat mogelijk (tijdelijk) kinderporno wordt opgeslagen? Zo werd namens verdachten al enkele malen aangevoerd dat het binnenhalen van de bestanden geen bezit kan opleveren nu de verdachte deze niet heeft bekeken. In dit verband worden ook de *file created* datum en de last accessed datum aangevoerd, evenals het tijdsverloop daartussen. Afgaande op de wetsgeschiedenis zou hier geen sprake hoeven te zijn van bezit in de zin van artikel 240b Sr. Uit de hieronder te bespreken jurisprudentie blijkt dat de rechter zo'n verweer afweegt tegen de omstandigheden van het geval.

RB. MIDDELBURG 12 DECEMBER 2003, LJN AF4981/RB. ARNHEM 25 MAART 2004, LJN AO6240

In beide zaken neemt de rechter aan dat het downloaden van de bestanden, in combinatie met het opslaan ervan (al dan niet op diskette) voldoende was om te spreken van 'in voorraad hebben' ex artikel 240b Sr-oud.

In de Arnhemse zaak voert de verdediging nog aan dat ten aanzien van een aantal bestanden de *last accessed*-datum ontbrak, waaruit zou moeten worden afgeleid dat deze bestanden niet meer zouden zijn gebruikt door de verdachte. De rechtbank verwerpt het verweer en wijst ter onderbouwing op een proces-verbaal met de daarin opgenomen bevinding van een verbalisant dat de bedoelde bestanden gemakkelijk te openen waren.

HOF LEEUWARDEN 22 MAART 2005, LJN AT6636

De verdachte die kinderpornografie had gedownload en bekeken op beeldscherm, maar deze vervolgens niet had opgeslagen, maakt zich niet schuldig aan 'bezit' in de zin van artikel 240b Sr-nieuw. Door de bestanden niet op te slaan had deze verdachte er geen blijk van gegeven het materiaal te willen bezitten.

Het hof merkt op dat het bestand weliswaar automatisch wordt opgeslagen als tijdelijk internetbestand, maar dat levert niet per definitie bezit op. Dat zou slechts het geval zijn wanneer de verdachte wetenschap heeft gehad van deze tijdelijke opslag, hetgeen niet is vast komen te staan. Evenmin is naar het oordeel van het hof sprake van een algemene ervaringsregel; dergelijke kennis mag niet bij iedere computergebruiker bekend worden verondersteld. Of dat voor de toekomst ook zal gelden, laat het hof uitdrukkelijk open. Overigens betrof het hier een partiële vrijspraak: de verdachte in deze zaak werd wel veroordeeld voor het verspreiden en in bezit hebben van enkele bestanden die hij had toegezonden aan een MSN-groep.

Ook het hof Arnhem spreekt in haar arrest van 4 april 2005 vrij van 'bezit'. Of het hof, evenals de rechtbank ervan uitgaat dat de verdachte de bestanden daadwerkelijk heeft bekeken alvorens te wissen, wordt uit het arrest niet duidelijk.¹¹²

Het enkele feit dat de bestanden op een gebruikersplek hebben gestaan levert volgens het hof echter geen bezit op nu de verdachte de bestanden heeft gewist en vervolgens ook heeft verwijderd uit de *recycle bin*. Aangenomen wordt dat de verdachte zich "*op de meest effectieve wijze die hem als min of meer gewoon computergebruiker ter beschikking stond*" van de bestanden heeft ontdaan. Het hof besteedt expliciet aandacht aan het tijdsverloop gelegen tussen het moment van ontvangst en verwijderen; geoordeeld wordt dat dit niet zover uiteen ligt dat het gerechtvaardigd zou zijn te spreken van bezit.

Opgemerkt kan worden dat de verdediging nog het verweer had gevoerd dat de 'last accessed' datum een andere kan zijn dan de 'file created' datum, nu het besturingssysteem van de personal computer soms zelf bestanden benadert. Het Openbaar Ministerie heeft niet gesteld dat dit niet het geval kan zijn.

Ook het Haagse hof vindt in het feit dat het materiaal op enig moment direct raadpleegbaar is geweest onvoldoende om te spreken van bezit. Nodig is dat in rechte wettig en overtuigend komt vast te staan dat deze verdachte zich bewust is geweest van de aard van de *gedownload*e afbeeldingen en deze in zijn macht heeft willen brengen. Nu de mogelijkheid bestaat dat de verdachte de gevonden bestanden heeft ontvangen via nieuwsgroepen en deze direct heeft verwijderd, kan niet worden vastgesteld dat de verdachte opzettelijk kinderpornografie in zijn bezit heeft gehad. Het feit dat de bestanden zijn aangetroffen op de zogenaamde *unallocated* clusters van de harde schijf, in samenhang met het feit dat niet is vast komen te staan dat de verdachte beschikte over de software benodigd om deze bestanden weer op te roepen, sterkt het hof in deze opvatting.¹¹⁴

¹¹² Zie in eerste aanleg: Rb. Arnhem 13 oktober 2004, LJN AR3696. Hier werd abusievelijk aangenomen dat de bestanden nog in de recycle bin zaten. In hoger beroep wordt aangenomen dat de verdachte de bestanden heeft verwijderd uit de recycle bin.

¹¹³ Zie ook: Dordrecht 5 september 2005, NJF Strafzaken 2005, 9.

¹¹⁴ Unallocated clusters zijn bestanden die zich bevinden op de gebruikersruimte van de harde schijf bevinden. Echter, deze ruimtes zijn niet door de gebruiker toegewezen, maar door het besturingssysteem van de computer. Vaak gaat het om restsporen van gewiste bestanden.

RB. ZWOLLE 1 SEPTEMBER 2005, LJN AU1861

Het verweer dat uit het feit dat de verdachte de bestanden in de prullenbak heeft geplaatst kan worden afgeleid dat deze geen opzet heeft gehad op het bezit van kinderpornografie, wordt regelmatig gevoerd. Of het verweer gehonoreerd wordt is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In de zaak die werd voorgelegd aan de rechtbank Zwolle had de verdachte de bestanden niet alleen in de prullenbak geplaatst, maar was ook aannemelijk dat hij deze niet nogmaals geopend had. Ook uit het feit dat hij direct na de vondst van het materiaal zijn ouders en de burens daarover inlichtte werkt in zijn voordeel. Ten slotte gaat de rechtbank mee met het verweer van de raadsman die erop wijst dat de bestanden op eenvoudiger wijze kunnen worden opgeroepen, dan via het openen van de prullenbak.

Een andere vraag is of gesproken kan worden van bezit, verspreiden en/of openlijk tentoonstellen wanneer de verdachte de harde schijven heeft geformatteerd en zodoende in de veronderstelling verkeert deze te hebben verwijderd.¹¹⁵ De Haagse rechtbank¹¹⁶ meent dat in dat geval geen sprake is van bezit omdat de bestanden vanwege het formatteren niet eenvoudig beschikbaar zijn; om die reden volgt een (partiële) vrijspraak. Voor de periode voorafgaand aan het formatteren wordt verdachte wel veroordeeld.

Bij het opstellen van de tenlastelegging moet rekening worden gehouden met het ontbreken van overgangswetgeving. Wanneer de tenlastelegging zich uitstrekt over de periode vóór de wetwijziging en die daarna, dienen de feiten te worden gesplitst en te worden ten laste gelegd als ‘in voorraad hebben’ dan wel ‘bezit’. Dat levert in de regel geen problemen op.

RB. LEEUWARDEN 2 SEPTEMBER 2004, LJN AQ9972/RB. DORDRECHT 17 FEBRUARI 2004, LJN AO3817, AO3821 EN AO383.

Waar een splitsing naar periode niet is aangebracht staat het de strafrechter vrij de verschrijving als een kennelijke misslag te kwalificeren en de tenlastelegging te lezen conform de geldende terminologie.¹¹⁷ Zo leest de rechtbank Leeuwarden het ten laste gelegde ‘in voorraad hebben’, dat in 2003 zou hebben plaatsgevonden, als ‘bezit’. Ook

¹¹⁵ Het is namelijk mogelijk om nadat de harde schijf is geformatteerd de daardoor gewiste bestanden alsnog te achterhalen. Dat vergt echter wel enige kennis en inspanning.

¹¹⁶ Rb. Den Haag 18 september 2003, LJN AL1187

¹¹⁷ Zie voor kritiek hierop: A-G Jörg, in zijn conclusie bij HR 25 januari 2005, LJN AR7190.

de rechtbank Dordrecht gaat uit van een kennelijke misslag in een drietal samenhangende strafzaken waarin de tenlastelegging weliswaar was gesplitst naar periode, maar voor beiden de herziene wettelijke terminologie was gebruikt.

Verspreiden en vervaardigen

Aansluitend op het 'in bezit hebben' nog enkele opmerkingen over het verspreiden en vervaardigen van kinderpornografie. Met enige regelmaat wordt bestreden dat sprake zou zijn van verspreiden. Soms wordt betoogd dat het slechts zou gaan om een onderlinge uitwisseling van afbeeldingen bij wijze van 'vriendendienst'. Andermaal wordt aangevoerd dat de kinderpornografie slechts voor eigen gebruik bedoeld was: het feit dat het materiaal op een voor anderen toegankelijke ruimte werd geplaatst is slechts bijzaak, niet beoogd werd anderen te laten delen in het gebruik.

Een zodanig verweer wordt verworpen door het Bossche hof (Hof Den Bosch 5 oktober 2005, LJN AU4032). Niet alleen in taalkundige zin is sprake van verspreiding, ook de strekking van de strafbepaling brengt met zich mee dat het uitwisselen van dergelijke afbeeldingen strafbaar is. Door met een computerprogramma (Kazaa Lite) kinderpornografisch materiaal te verzamelen om dit vervolgens op te slaan in een zogenaamde 'gedeelde map', zijnde een voor anderen vrij toegankelijke map op de eigen computer, vergroot de verdachte de kring van hen die kunnen kennisnemen van het materiaal. Uit het feit dat de verdachte bij het installeren van het computerprogramma de optie gedeelde mappen heeft geïnstalleerd, en niet van de mogelijkheid gebruik heeft gemaakt deze optie te blokkeren, zoals werd aangegeven, kan worden afgeleid dat de verdachte voorwaardelijk opzet heeft gehad op de verspreiding van kinderpornografie. Daartoe is, anders dan de verdediging aanvoerde, geen commercieel oogmerk vereist.

Het vervaardigen omvat het vastleggen van seksuele gedragingen van minderjarigen, waaronder het op beeldmateriaal vastleggen van door verdachte zelf gepleegd seksueel misbruik.

De opkomst van de webcam als middel om kinderpornografisch materiaal te produceren is een nieuw fenomeen (zie hoofdstuk 5). Met enige regelmaat worden uitspraken gepubliceerd waarin meerderjarigen, al dan niet door misleiding, een minderjarige verleiden tot het voor de webcam plegen van seksuele gedragingen met zichzelf. Het op beeld vastleggen daarvan geldt als het vervaardigen van kinderpornografie. Hier laat zich de vraag stellen of dergelijk

handelen onder de reikwijdte van artikel 248c Sr valt (zie daarover paragraaf 4.4).

RB. DORDRECHT 24 JANUARI 2005, LJN AU4724

Nadat de verdachte een elfjarig meisje zo ver had gekregen haar blote billen voor de webcam te laten zien, chanteerde hij haar met de daarvan gemaakte opname en eiste dat zij, of een ander, zich verder zou ontbloten voor de webcam. Toen een andere minderjarige, om haar vriendin te helpen, hier gevolg aan gaf, maakte hij ook daar opnames van en zette de chantage voort. Onder druk daarvan zag deze minderjarige zich gedwongen meermalen seksuele handelingen uit te voeren voor de webcam, ten overstaan van de verdachte. Het maken van de opnames werd gekwalificeerd als het vervaardigen van kinderpornografie. Daarnaast werd het handelen, gelet op het dwangaspect, gekwalificeerd als aanranding (art. 246 Sr).

Seksuele gedraging

Niet altijd is evident dat de afbeelding een seksuele gedraging weergeeft. Het kan ook gaan om een minderjarige in een natuurlijke houding. Vooral waar het gaat om (familie)foto's, of om materiaal dat zou zijn vervaardigd bij kunstzinnige activiteiten, hoort men dit verweer. Hoewel dit verweer in de gevonden jurisprudentie meestal wordt verworpen, is twijfel over de kinderpornografische aard van de afbeelding mogelijk, in het bijzonder waar het gaat om naturalistisch aandoende opnames. Het kan ook gaan om foto's die zijn gemaakt als voorstudie voor beelden. Sinds de wetswijziging kent art. 240b Sr geen bijzondere strafuitsluitingsgronden meer.¹¹⁸ Wel kan worden aangevochten dat de afbeelding een seksuele gedraging zou weergegeven als bedoeld in art. 240b Sr. De maatstaf of sprake is van een seksuele gedraging is de objectief te bepalen schade die voor de minderjarige voortvloeit uit het vervaardigen of in omloop brengen van dergelijke afbeeldingen, en niet de subjectieve opvatting van de verdachte. Hieronder volgen enkele uitspraken ter illustratie.

HR 22 MAART 2005, LJN AS 5874

De verdachte in kwestie verweerde zich door te stellen dat de gewraakte afbeeldingen geen seksuele gedraging bevatten, maar slechts minderjarigen in een natuurlijke pose. De

¹¹⁸ Over deze problematiek: P.C. Bogert (2003) De juiste beslissing of een gemiste kans?, *Delikt en Delinkwent*. P. 9-22 en P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulditsluiting* (2005), diss. EUR, Deventer: Kluwer.

verdachte, die tevens werd beschuldigd van moord op zijn vrouw, had foto's genomen van zijn stiefdochters met, zo stelde hij, de bedoeling deze op te nemen in het familiealbum. De opnames bevatten afbeeldingen van twee meisjes, gefotografeerd in badkleding en in ontklede staat. De foto's waarop een ontblote vagina respectievelijk schaamhaar te zien waren, werden door de moeder ongeschikt geacht voor opname in het familiealbum. Het Amsterdamse hof verwerpt het verweer en stelt dat sprake is van een seksuele gedraging. Ten overvloede overweegt het hof dat de foto's kennelijk bedoeld waren om een seksuele prikkeling op te wekken.

A-G Jörg acht de foto's niet te kwalificeren als bevattende een seksuele gedraging, hoewel het als een randgeval wordt beschouwd: niet kiese afbeeldingen, die echter slechts een weergave bevatten van een natuurlijke gedraging. De motivering van het hof is problematisch. Het hof heeft zijn oordeel betreffende de aard van de foto's kracht willen bijzetten door op te merken dat deze er kennelijk toe strekten een seksuele prikkeling op te wekken. Dit criterium is echter niet relevant. De Hoge Raad haalt de gewraakte overwegingen wel aan, maar verbindt er geen conclusies aan. In het licht van de gebezigde bewijsmiddelen, waaronder de eigen waarneming, kan het oordeel van de feitenrechter in stand blijven, meent de Hoge Raad.

Daarmee lijkt de Hoge Raad de door haar gekozen wethistorische interpretatie aan te vullen met een teleologische overweging: gemeten naar de ratio van de strafbepaling en naar behoren geconstateerd via de eigen waarneming van de feitenrechter, was hier sprake van een afbeelding bevattende een seksuele gedraging. Uitgaande van het feit dat het om geposeerde gedragingen gaat, te begrijpen in samenhang met de compositie en de weigering van de moeder de foto's op te nemen in het familiealbum en het naderhand wissen van de bestanden, wijst in de richting van kinderpornografische afbeeldingen. Maar zoals de conclusie van Jörg laat zien, kan men hierover van mening verschillen.

RB. ARNHEM 23 DECEMBER 2004, LJN AR8201

De verdachte doet (impliciet) een beroep op de kunstexceptie. Hij stelt de in beslag genomen afbeeldingen te hebben verzameld en vervaardigd als voorstudie voor door hem te maken beelden. Alleen dat al zou impliceren dat er geen sprake zou zijn van seksuele gedragingen in de zin van artikel 204b Sr.

In de onderhavige uitspraak honoreerde de rechtbank Arnhem het verweer gedeeltelijk: de in beslag genomen film waarop een spelend bloot jongetje was te zien had, naar het oordeel van de rechtbank, niet de voor kinderpornografie benodigde seksuele connotatie.

HR 10 JUNI 2003, LJN AF6437

De verdachte heeft een videofilm gemaakt van een foto van blote kinderen die spelen op een strand. Daarbij had hij langdurig en suggestief ingezoomd op de geslachtsdelen. Het Bossche hof verwerpt het verweer dat geen sprake is van een seksuele gedraging en stelt dat de verdachte een op zichzelf onschuldige afbeelding heeft getransformeerd tot seksuele gedraging.

A-G Machielse toont zich niet gelukkig met deze uitspraak, maar meent dat dit feitelijke oordeel in cassatie onaantastbaar is. Immers, hoewel de wetgever en de Hoge Raad duidelijke aanwijzingen hebben gegeven over hoe het bestanddeel seksuele gedraging uit te leggen, blijft *“de uiteindelijk concrete invulling hiervan voorbehouden aan de feitenrechter”* (r.o. 4.3).

De Hoge Raad is echter van mening dat in het verweer een rechtsvraag ligt besloten die onvoldoende gemotiveerd is weerlegd en casseert. Voor het vervaardigen van de afbeelding hebben de afgebeelde kinderen immers geen gedraging verricht die naar haar aard of als gevolg van plaatsing in een onnatuurlijke context een seksuele strekking zou hebben (r.o. 4.7). De foto waarop de film is gebaseerd is niet tot stand gekomen dankzij enig seksueel misbruik. Evenmin is er schade toegebracht aan de betreffende kinderen met het in omloop brengen van de film, in die zin dat zij te boek zouden staan als zijnde betrokken bij de vervaardiging van kinderpornografie. De subjectieve bedoelingen van de verdachte bij het maken van de film rechtvaardigt objectief bezien niet het oordeel dat sprake zou zijn van kinderpornografie. Van enig gedrag dat naar zijn aard of door de plaatsing in een onnatuurlijke context een seksuele strekking zou hebben was in dit geval geen sprake.

RB. DEN HAAG 18 SEPTEMBER 2003, LJN AL1187

De verdachte, die naaktfoto's had genomen van kinderen op het strand en deze had verspreid, beroept zich erop dat de foto's geen seksuele gedraging bevatten in de zin van artikel 240b Sr. De gepubliceerde tekst is niet compleet, zodat niet duidelijk is wat precies bewezen is verklaard. Bij de straftoemeting verwijst de rechtbank echter naar de aard van de bewezen verklaarde feiten en merkt daarover op dat *“verdachte niet geschroomd [heeft-red.] om zelf opnames te maken van ontblote geslachtsdelen van jonge kinderen op het strand en deze vervolgens te verspreiden. Het zijn ernstige feiten. Immers, deze feiten kunnen niet los worden gezien van het daaraan ten grondslag liggende seksueel misbruik van jonge en zelfs zeer jonge kinderen en de exploitatie van dergelijk misbruik”*.

Kennelijk minderjarig

Binnen de zedelijkheidwetgeving is het leeftijdscriterium geobjectiveerd, dat wil zeggen dat niet hoeft te worden bewezen dat de afgebeelde minderjarige daadwerkelijk jonger is dan achttien jaar. Voldoende is dat de afbeelding die indruk wekt. In geval ter zake een verweer wordt gevoerd volstaat eigen waarneming door de rechter; de beoordeling van de leeftijd is aan de rechter voorbehouden. Tot de leeftijd van vijftien jaar bestaat redelijke overeenstemming over het hanteren van de zogenoemde Tanner-criteria.¹¹⁹ Dit zijn van oorsprong medische criteria waar aan de hand van lichaamsbouw en haarbegroeiing een leeftijdsschatting wordt gemaakt. De Tanner-criteria zijn lastig toe te passen als het gaat om de schatting van de leeftijd van minderjarigen met een niet West-Europees uiterlijk, in het bijzonder minderjarigen met Aziatische kenmerken. Het KLPD, afdeling Moord en Zeden, geeft mede aan de hand van de Tanner-criteria, maar ook op basis van kennis en ervaring, een leeftijdsschatting. De criteria en de daarbij behorende categorisering van seksuele gedragingen zijn redelijk kenbaar en toetsbaar voor derden. Dit wil overigens niet zeggen dat hierover geen discussie mogelijk is. De leeftijd van minderjarigen vanaf vijftien jaar is echter nog lastiger vast te stellen. Voor deze leeftijdscategorie gelden geen vaste criteria. Het oordeel van de rechter berust op eigen inzicht, hoewel ook hier een leeftijdsschatting wordt gegeven door het KLPD. Indien ter zake verweer wordt gevoerd respondeert de rechter daar in de regel op door in het vonnis/arrest te verwijzen naar de eigen waarneming ter zitting. Uit de hiernavolgende jurisprudentie komt naar voren hoe lastig het is om harde criteria te formuleren over de leeftijdsschatting. Als in het proces-verbaal niet in voldoende mate is gespecificeerd welke feitelijke waarnemingen ten grondslag liggen aan het (kwalificatieve) oordeel dat de leeftijd van de afgebeelde minderjarige kennelijk jonger is dan 16 (of 18) jaar, moet er ander bewijsmateriaal aanwezig zijn. In veel gevallen zal dit de eigen waarneming van de rechter zijn. Dit betekent dat de afbeeldingen moeten worden getoond aan de rechter. Naast de vraag of sprake is van minderjarigheid (of kennelijk jonger dan 16 jaar) kan onduidelijkheid in de tenlastelegging omtrent de periode voor en na de wetswijziging problemen opleveren.

¹¹⁹ Deze criteria zijn algemeen, ook internationaal, geaccepteerd.

HR 8 MEI 2001, LJN AB1517

Ter beoordeling stond het oordeel van het Haagse hof dat op de afbeeldingen minderjarigen waren afgebeeld die kennelijk jonger dan zestien jaar waren (art. 240b Sr-oud). Het hof baseerde haar oordeel op eigen waarneming en legde voorts algemeen bekend veronderstelde criteria ten grondslag aan haar beslissing, dat zonder meer duidelijk was dat het minderjarigen betrof die de leeftijd van zestien jaar nog niet hadden bereikt. Hoewel de gehanteerde criteria niet nader worden gespecificeerd overweegt het hof wel dat zij bij de hantering daarvan een ruime marge heeft aangehouden, evenals dat rekening is gehouden met het feit dat het bij Aziatische kinderen moeilijker is de leeftijd te schatten.

De verdediging neemt stelling tegen deze toepassing van als algemeen bekend veronderstelde criteria en stelt dat het hof had moeten specificeren aan de hand van welke kenmerken zij tot haar oordeel kwam ter zake van de kennelijke minderjarigheid.

De Hoge Raad verwerpt het middel en stelt dat het hof niet gehouden was nader aan te geven welke criteria het op het oog had. Wel noemt de Hoge Raad de lengte en de lichamelijke ontwikkeling als algemeen aanvaard criterium.

HR 7 DECEMBER 2004, NJ 2006, 62/ LJN AQ8936/JOL 2004, 690/NIEUWSBRIEF STRAFRECHT 2005, NR. 26.

De objectivering van het leeftijdsvereiste, zoals gegeven in HR 8 mei 2001, wordt bevestigd: *“Naar de tekst en de strekking van deze bepaling gaat het er immers om of gelet op de afbeelding het kind er jonger uitziet dan zestien jaar”*, aldus de Hoge Raad. Dit oordeel dat sprake is van een minderjarige moet worden gemotiveerd. Vertrouwen op het deskundige oordeel van de verbalisant door de rechter is toegestaan, maar slechts op voorwaarde dat deze in een proces-verbaal in voldoende mate specificeert welke feitelijke waarnemingen ten grondslag liggen aan het oordeel. Wanneer dat niet zo is, zoals in de onderhavige zaak, dient de conclusie dat sprake is van kinderpornografisch materiaal te berusten op andere bewijsmiddelen, bijvoorbeeld op de eigen waarneming van de rechter. Dit brengt met zich mee dat het Openbaar Ministerie zich op voorhand moet vergewissen van de vraag of het bedoelde proces-verbaal voldoende feitelijk is. Is dat niet het geval dan dient in geval van betwisting van de kennelijke minderjarigheid rekening te worden gehouden met de mogelijkheid dat de rechter zelf kennis zal willen nemen van de afbeeldingen. Afhankelijk van het moment waarop het verweer wordt gevoerd kan worden volstaan met het bieden van inzage aan de rechter-commissaris, waarna deze zijn bevindingen op voldoende feitelijke wijze dient te relateren in een proces-verbaal. Wanneer zo’n inzage ten overstaan van de rechter-commissaris niet heeft

plaatsgevonden lijkt overlegging van de stukken ter zitting noodzakelijk teneinde vast te kunnen stellen of de afbeelding een kennelijke minderjarige betreft.

RB. LEEUWARDEN 23 SEPTEMBER 2004, LJN AR4924

Het ontbreken van een specificatie naar periode leidde in deze zaak tot partiële vrijspraak. Nadat de dagvaarding wegens een onvoldoende feitelijk karakter partieel nietig was verklaard, volgde vrijspraak voor een deel van de ten laste gelegde feiten. Uit de tekst van het arrest is niet op te maken welke periode de tenlastelegging omspande, noch welk verweer ter zake is gevoerd. Logisch lijkt aan te nemen dat de tenlastelegging mede betrekking had op de periode voor 1 oktober 2002, in samenhang met het feit dat het ten laste gelegde materiaal onder andere afbeeldingen bevatte van minderjarigen tussen de zestien en achttien jaar oud. Nu uit de bewijsmiddelen niet kon worden opgemaakt of de verdachte al het materiaal, dan wel een specifiek deel daarvan in bezit/voorhanden had gehad voor 1 oktober 2002 moest vrijspraak volgen, aldus de rechtbank.

RB. ARNHEM 23 DECEMBER 2004, LJN AR8201

Hier was wel sprake van een gesplitste tenlastelegging. Het ging om een grote verzameling niet gedateerde foto's (500) waarvan een groot deel minderjarigen tussen de zestien en achttien jaar betrof. Gelet op de ten laste gelegde periode was het noodzakelijk vast te stellen welke van de foto's in welke periode gemaakt waren en of het minderjarigen beneden de leeftijd van zestien dan wel achttien jaar betrof. De rechtbank overwoog dat dit slechts mogelijk was voor een beperkt aantal foto's, namelijk van de afbeeldingen waarvan de identiteit van de afgebeelde minderjarige bekend was. Dit gegeven, in samenhang met de omschrijvingen van de verbalisanten aan de hand van de Tanner-criteria, bood naar het oordeel van de rechtbank voldoende zekerheid over de leeftijd van de afgebeelde persoon op de betreffende foto's. Voor de overige foto's kon de leeftijd niet met voldoende zekerheid worden vastgesteld en volgde vrijspraak.

RB. ALKMAAR 15 DECEMBER 2004, LJN AR7614

In deze zaak liep de ten laste gelegde periode van 1 januari 2001 tot 15 maart 2004, en omvatte daarom de tussentijdse wetwijziging van 1 oktober 2002. De tenlastelegging vermeldde onder andere dat de verdachte een afbeelding in voorraad zou hebben gehad van een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij *“een persoon die kennelijk de leeftijd van zestien jaar nog niet had bereikt (...) te weten (...) een zichtbaar minderjarige jongen”* was betrokken.

De rechtbank meende op grond van het bewijsmateriaal geen oordeel te kunnen geven over de vraag of het bezit/in voorraad hebben van de betreffende afbeelding strafbaar was of niet. Met de term “*zichtbaar minderjarige jongen*” had het Openbaar Ministerie onvoldoende gespecificeerd in welke periode (voor of na 1 oktober 2002) de verdachte de foto’s in bezit/voorraad had gehad.

Beide laatste uitspraken hechten zwaar aan de rechtszekerheid, zwaarder dan vereist krachtens de jurisprudentie van de Hoge Raad. Het kunnen vaststellen van de exacte leeftijd is daarbinnen immers geen voorwaarde. De uitspraak van 23 december 2004 vloeit voort uit de wens van de Arnhemse rechtbank duidelijkheid te bieden gelet op de complexe aard van de strafzaak en het gevoerde verweer. De combinatie van grote hoeveelheden afbeeldingen, tussentijdse wetswijziging, en het onderbouwde verweer van verdachte dat geen sprake was van minderjarigen beneden de leeftijd van zestien jaar, stelt eisen aan de rechtszekerheid en daarmee aan de wijze van opstellen van de tenlastelegging. De vraag is of de uitspraak van de Alkmaarse rechtbank (15 december 2004) in hetzelfde licht moet worden gezien, nu alleen afbeeldingen van minderjarigen jonger dan zestien jaar ten laste waren gelegd. Het ruimere leeftijdscriterium van achttien jaar dat ten nadele van de verdachte zou hebben gestrekt, was niet gebruikt. (De overige ten laste gelegde afbeeldingen gaven overigens geen aanleiding tot problemen.)

Schijnbaar betrokken

In overeenstemming met de gewijzigde wettekst staat in de tenlasteleggingen doorgaans ‘betrokken en/of schijnbaar betrokken’ opgenomen.¹²⁰ Deze ingebouwde veiligheid wordt door de rechter in de regel niet gebruikt: in de bewezenverklaringen wordt het bestanddeel ‘schijnbaar betrokken’ meestal uitgestreept.

Vanaf de inwerkingtreding van de wetswijzigingen per 1 oktober 2002 zijn slechts een paar uitspraken gepubliceerd waarin het bestanddeel ‘schijnbaar betrokken’ bewezen werd verklaard. Slechts van één zaak is bekend om welk soort materiaal het ging, namelijk om een digitale bewerking van bestaande afbeeldingen.

¹²⁰ Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 16; de minister merkt hier op dat waar het Openbaar Ministerie niet met zekerheid kan vaststellen dat de afgebeelde minderjarige een bestaande persoon is, dan wel een virtueel gecreëerde persoon, gekozen dient te worden voor het mede ten laste leggen van het bestanddeel schijnbaar betrokken.

Digitale bewerkingen van foto's lijken geen probleem te zijn. Daar is immers vrijwel altijd sprake van een seksueel misbruikt kind. Een voorbeeld is het geval waarin de verdachte een jongenslichaam van een bekende kinderpornografische afbeelding bewerkte door daar het hoofd van zijn buurjongen op te plakken, deze afbeelding vervolgens aanvulde met een blootfoto van zichzelf en zodoende de suggestie opwekte de buurjongen anaal te penetreren.

Er zijn echter ook andersoortige virtuele afbeeldingen, waarvan duidelijk zichtbaar is dat ze geheel digitaal geconstrueerd zijn: er zijn geen bestaande minderjarigen bij betrokken. De vraag is of dergelijke afbeeldingen vallen onder de noemer 'schijnbaar betrokken'. Afgaande op de ratio van de strafbaarstelling lijkt dat het geval te zijn: dergelijke afbeeldingen zijn zonder enige twijfel bedoeld om de suggestie van seksueel misbruik te wekken en kunnen daardoor bevorderend werken. Anderzijds is er geen daadwerkelijk seksueel misbruik gemaakt van een bestaand kind en dit zou kunnen worden beschouwd als afwezigheid van een seksuele gedraging als bedoeld in art. 240b Sr.¹²¹ Met andere woorden, moet het bewerken van oorspronkelijk onschuldige beelden hetzelfde worden beoordeeld als bedoelde virtuele afbeeldingen die expliciet seksueel misbruik suggereren? Hoe deze vraag wordt beantwoord, hangt samen met de visie op schadelijkheid van virtuele kinderpornografie (zie hoofdstuk 5, paragraaf 5.2).

Hieronder beschrijven we twee uitspraken. Van een van de twee gevonden uitspraken is niet duidelijk of het om virtuele kinderpornografie gaat. In het tweede geval gaat het om een virtueel geconstrueerde afbeelding van een minderjarige waar ook sprake is van smaadschrift.

RB. DORDRECHT 17 FEBRUARI 2004, LJN AO3817, AO3821 EN AO3832

Het betreft drie verdachten die zich schuldig zouden hebben gemaakt aan het medeplegen van artikel 240b Sr. Opmerkelijk is dat ter zake van het onder het eerste feit bewezen verklaarde materiaal wordt gesproken van "*betrokken*" zijnde minderjarigen en ten aanzien van het onder feit 2 bewezen verklaarde medeplegen van "*betrokken of schijnbaar betrokken*". Uit de beschrijving van de afbeeldingen in de gepubliceerde tekst valt niet op te maken of al dan niet is vastgesteld dat het om afbeeldingen van bestaande, dan wel virtueel geconstrueerde minderjarigen ging. Mogelijk is men vergeten het bestanddeel 'schijnbaar betrokken' uit te strepen voor het als tweede bewezen verklaarde feit.

¹²¹ Zie HR 10 juni 2003, LJN 6437.

RB. ARNHEM 20 JANUARI 2005, LJN AS3632

Deze zaak betreft een virtueel geconstrueerde afbeelding van een minderjarige. De verdachte had kinderpornografie gedownload, dit vervolgens bewerkt door het hoofd van het slachtoffer te plaatsen op het afgebeelde lichaam en deze bewerkte afbeelding vervolgens als seksadvertentie op internet geplaatst. Hier is sprake van virtuele kinderpornografie, welke door de rechtbank via het 'schijnbaar betrokken' zijn van een minderjarige bewezen wordt verklaard.

De foto was echter niet bedoeld als kinderpornografie, maar als smaadschrift. Het bewezen verklaarde levert zowel smaadschrift (artikel 261 Sr), als een overtreding van artikel als 240b Sr op. Overigens beperkte dit laatste zich niet tot de gewraakte virtuele afbeelding, verdachte had nog meer kinderpornografische afbeeldingen op de computer staan.

Gewoonte als strafverzwarende omstandigheid

Een manier om het verwijt dat op grootschaliger wijze kinderpornografisch materiaal is vervaardigd én verspreid ten laste te leggen, is om de strafverzwarende omstandigheid van artikel 204b, tweede lid, Sr op te nemen. Het gaat dan om het gewoonte maken van het vervaardigen, voorhanden hebben en verspreiden van kinderpornografie. De vraag of daartoe een commercieel oogmerk vereist is wordt in de jurisprudentie verschillend uitgelegd. In twee zaken is geoordeeld dat sprake is van gewoonte als verdachte langere tijd kinderpornografische afbeeldingen actief download en uitwisselt en deel uitmaakt van een internetbox of internationale internetcontacten onderhoudt (Rb Breda 29 april 2004, Rb Dordrecht 18 december 2003). Het hof Den Bosch (19 december 2003) acht noodzakelijk dat de verdachte gedurende de hele (ten laste gelegde) periode de kinderpornografische afbeeldingen in voorraad moet hebben gehad. De Rechtbank Utrecht (30 november 2004) acht een commercieel oogmerk noodzakelijk als voorwaarde voor 'gewoonte', maar het hof Arnhem (12 oktober 2005) overrulet dit. Het lijkt erop dat sprake is van een 'gewoonte' als de verdachte gedurende langere tijd afbeeldingen voorhanden heeft gehad waarop minderjarigen staan afgebeeld die jonger zijn dan achttien jaar en die betrokken zijn bij een seksuele gedraging. Het bezit ervan hoeft niet permanent te zijn geweest. Er hoeft eveneens geen commercieel oogmerk aanwezig te zijn.

RB. BREDA 29 APRIL 2004, LJN AO8758

De rechtbank Breda meent dat sprake is van gewoonte als de verdachte gedurende langere tijd (anderhalf jaar) actief gedownload heeft en heeft uitgewisseld. Bovendien was hij

medebeheerder van een internetbox, die ten doel had kinderpornografische afbeeldingen uit te wisselen.

RB DORDRECHT 18 DECEMBER 2003, LJN AO1399

De rechtbank Dordrecht achtte gewoonte bewezen ten aanzien van een verdachte die op grote schaal kinderpornografische afbeeldingen had gedownload en uitgewisseld. Deze verdachte had bovendien geparticipeerd in de vervaardiging van het materiaal en bijgedragen aan het onderhouden van internationale uitwisselingscontacten. Het verweer van de verdachte dat hij als 'undercover' het materiaal had willen verzamelen om vervolgens over te dragen aan de politie werd ongeloofwaardig geacht.

RB. UTRECHT 30 NOVEMBER 2004, LJN AR 6673/HOF ARNHEM 12 OKTOBER 2005. LJN AU 4229

De rechtbank Utrecht meende dat er bij een verdachte die ten eigen behoeve een omvangrijke verzameling had aangelegd geen sprake was van gewoonte. Het daarvoor benodigde commerciële oogmerk ontbrak volgens de Utrechtse rechtbank. In appèl komt het hof Arnhem tot een andere conclusie. Het door de raadsman aangevoerde argument dat het gewoonte maken op grond van de wetsgeschiedenis moet worden gekoppeld aan een commercieel oogmerk, wordt verworpen. Het hof laat de ratio van de strafbepaling, strekkende tot bescherming van minderjarigen tegen seksueel misbruik, in samenhang met een taalkundige interpretatie van het bestanddeel gewoonte, prevaleren. Het gedurende een aantal jaren vrijwel dagelijks binnenhalen van kinderpornografische bestanden heeft als gewoonte in de zin van artikel 240b lid 2 Sr te gelden.

HOF DEN BOSCH 19 DECEMBER 2003, LJN AO1915

Het hof Den Bosch spreekt vrij van gewoonte ter zake van het in voorraad hebben van kinderpornografie omdat zij niet bewezen acht dat de verdachte gedurende de gehele periode alle ten laste gelegde afbeeldingen in voorraad heeft gehad.

Buitenwettelijke strafuitsluitingsgronden

Door het afschaffen van de specifieke excepties is een verandering opgetreden in de bewijspositie van het Openbaar Ministerie. Voorheen moest het Openbaar Ministerie aantonen dat ten onrechte gebruik werd gemaakt van de uitzondering in de wet. Nu moet de bezitter aannemelijk maken dat er goede redenen zijn voor de collectie van kinderpornografisch materiaal. Het bezit van kinderporno voor wetenschappelijke, educatieve en therapeutische doeleinden is nog steeds

mogelijk onder bepaalde voorwaarden. Dan kan een beroep worden gedaan op een algemene strafuitsluitingsgrond.¹²²

Daarnaast wordt een verkapt beroep op de afwezigheid van alle schuld gedaan als een verweer op het ontbreken van een van de bestanddelen wordt gevoerd. Een voorbeeld is het verweer dat geen sprake is van een seksuele gedraging, zoals in het arrest van de Hoge Raad (22 februari 2005). In de uitspraak van de Rb. Arnhem (29 april 2005) wordt een beroep gedaan op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid. In beide gevallen wordt het beroep verworpen.

HOGE RAAD 22 FEBRUARI 2005, NR. 02383/04

Verdachte deed een verkapt beroep op afwezigheid van alle schuld. Hij stelde dat het hier verouderd materiaal betrof dat hij in de jaren zeventig had aangeschaft. Destijds was het bezit daarvan niet strafbaar, en daarom ook nu niet. Dit verweer wordt verworpen: door na de wijzigingen geen afstand te doen van het materiaal heeft de verdachte zich schuldig gemaakt aan overtreding van artikel 240b Sr.

RB. ARNHEM 29 APRIL 2005, LJN AT4918

Het bezit als zodanig werd niet ontkend door de verdachte. Hij stelde echter dat er geen sprake was van strafbaar bezit, omdat hij het materiaal onder zich zou hebben vanwege een door hem te vervaardigen proefschrift. Bij gebrek aan een wettelijke exceptie, deze was immers komen te vervallen, beriep hij zich op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid. Vast kwam te staan dat de verdachte inderdaad begonnen was met een proefschrift; de laatste acht jaar had hij echter geen stukken meer geproduceerd. Dat laatste gaf de rechter aanleiding het verweer te verwerpen.

4.2.3 Juridische knelpunten rond de interpretatie van de kinderpornografie bepaling

Er is veel jurisprudentie verschenen op het terrein van kinderpornografie. Niet alle behandelde jurisprudentie heeft direct betrekking op de wijzigingen van de strafbepaling. Het beperken tot alleen de wetswijzigingen zou echter een half beeld opleveren over de effecten van de wijzigingen.

In deze concluderende paragraaf concentreren we ons op de juridische aspecten die nauw samenhangen met de wijzigingen in de strafbepaling. We bespreken eerst strafprocessuele knelpunten en vervolgens gaan we in op de interpretatie

¹²² Zie brief van College van procureurs-generaal, 20 augustus 2003 (kenmerk PaG/BJZ/5299) en Aanwijzing Kinderpornografie

van de strafbepaling. De gevonden knelpunten in de jurisprudentie worden onderbouwd met resultaten uit de interviews.

Knelpunten in het dagvaarden en rond de eigen waarneming van de rechter

Er zijn twee strafprocessuele knelpunten. Deze hangen nauw samen met de beleidslijn van het Openbaar Ministerie dat het voegen van afbeeldingen in het strafdossier moet worden beschouwd als het verspreiden van kinderporno. Uit de jurisprudentie komt naar voren dat als de tenlastelegging te weinig feitelijk is opgesteld, dit kan leiden tot (partiële) nietigheid van de dagvaarding. Daarnaast kunnen bewijsproblemen ontstaan door belemmeringen van de eigen waarneming door de rechter.

Uit de interviews met officieren van justitie, advocatuur en rechters komt naar voren dat de problemen met het concipiëren van de tenlastelegging tegenwoordig geen grote rol meer spelen. Een officier van justitie: 'Net na de wijziging van de kinderpornografiebepaling ging er nog wel eens iets mis, bijvoorbeeld dat de tenlastelegging te weinig feitelijk was, maar tegenwoordig worden geen problemen meer geconstateerd.'

Het probleem van de eigen waarneming van de rechter is echter niet opgelost. Zowel advocaten als rechters brengen naar voren dat de eigen waarneming van de rechter in gevaar kan komen. Een advocaat stelt dat het zorgelijk is dat in zaken van kinderpornografie doorgaans wordt afgegaan op wat de politie heeft gezien en vervolgens heeft vastgelegd in een proces-verbaal. 'De politie haalt de bestanden langs banden, zodat de afbeeldingen die al eerder zijn gezien direct worden herkend en het proces-verbaal al is geschreven. Maar op die manier kijkt niemand er echt naar. Ik vind dit griezelig.' De rechters benadrukken dat als er twijfel is over de aard van de afbeelding, vertrouwen op de deskundigheid van de rechercheur of het oordeel van de officier van justitie voor rechters geen optie is. Het is immers de rechter die verantwoordelijk is voor de waarheidsvinding; over de aard van het materiaal mag geen discussie bestaan. Officieren van justitie, die voorzien dat er discussie kan gaan ontstaan over de aard van afbeeldingen, kunnen inzage voorafgaand aan de zitting mogelijk maken, bijvoorbeeld door de afbeelding rond te doen gaan in een gesloten enveloppe. Overigens wordt er zowel vanuit de advocatuur als de zittende magistratuur op gewezen dat het vanwege een strafvorderlijke procedure bijvoegen van beeldmateriaal aan het dossier niet bij voorbaat het verspreiden van kinderporno

is. Wel is iedereen het erover eens dat alleen bij twijfel het materiaal onder bepaalde voorwaarden aan het dossier zou moeten kunnen worden toegevoegd. De advocatuur brengt naar voren dat het belang van de verdediging in het gedrang kan komen nu het beeldmateriaal niet tot de processtukken wordt gerekend. In sommige gevallen is een kopie van het materiaal noodzakelijk. Alleen door het materiaal meerdere malen te bekijken en bepaalde beelden met elkaar te vergelijken, kan een verweer worden gevoerd omtrent bijvoorbeeld de leeftijd, het ontbreken van een seksuele gedraging, of dat het telkens om dezelfde persoon gaat. Een eenmalig bezoek aan het politiebureau of griffie is dan niet voldoende om het verweer goed te kunnen voorbereiden. Een van de geïnterviewde advocaten heeft in een zaak uiteindelijk een kopie ontvangen. Het hof Arnhem heeft in een tussenbeslissing bepaald dat in dit geval het privacybelang niet opweegt tegen het verdedigingsbelang. De reden is het feit dat het om niet recent beeldmateriaal gaat en vanwege de aard en soort gedragingen die zijn waar te nemen. De kopie is onder strikte voorwaarden afgegeven, namelijk: de kopie mag het kantoor niet uit, de videoband mag niet worden vermenigvuldigd en de band moet weer retour. Deze advocaat vindt dat er een algemene regeling zou moeten komen. Die komt erop neer dat nadat de beelden in eerste instantie elders (op de griffie of politiebureau) zijn bekeken, de mogelijkheid moet bestaan om ontheffing te krijgen van de regel dat geen kopieën worden verstrekt. De ontheffing kan alleen worden gegeven als er zwaarwegende argumenten zijn dat de verdachte in zijn verdediging wordt geschaad als er geen kopie wordt verstrekt. Als het verweer betrekking heeft op de beelden (of als sprake is van seksuele gedraging, kennelijk zestien/achttien jaar), moet de verdediging de beelden ter beschikking krijgen. Dit zou in een ministeriële beschikking kunnen worden geregeld. Het is belangrijk dat iedereen onder bepaalde voorwaarden het materiaal kan krijgen, bijvoorbeeld ook een rechter-commissaris die bestanden wil om aan een deskundige te laten zien.

Discussie rond de uitleg van de strafbepaling en het afschaffen van de exceptie
De gewijzigde bestanddelen betreffen de verhoging van de leeftijd, het toevoegen van 'schijnbaar betrokken' en de verandering van 'in voorraad' naar 'in bezit'. Ook werd de bijzondere strafuitsluitingsgrond afgeschaft.

De beoordeling van de 'kennelijke minderjarigheid' stelt de rechter voor meer problemen dan 'kennelijk jonger dan 16 jaar'. De Tanner-criteria bieden de rechter, samen met de veelal voorzichtige leeftijdschatting door het KLPD, voldoende houvast bij het beoordelen van de leeftijd tot zestien jaar. Voor

minderjarigen tussen de zestien en achttien jaar ontbreken dergelijke criteria en is de rechter op zijn eigen deskundigheid aangewezen. De verhoging van de leeftijdsgrens van zestien naar achttien jaar heeft echter wel tot gevolg dat verweren omtrent kennelijk nog geen zestien jaar niet meer relevant zijn; in die zin zijn bewijsproblemen opgelost.

Over de toevoeging van 'schijnbaar betrokken' is op grond van de jurisprudentie niet veel te melden. Er is slechts een uitspraak gevonden waar 'schijnbaar betrokken' een rol speelde. Het betrof een virtueel geconstrueerde afbeelding waar tevens sprake was van smaadschrift.

De strafbaarstelling van enkelvoudig bezit heeft geen verandering gebracht; dit standpunt gold immers al langer op gezag van de Hoge Raad. In de praktijk levert het gewijzigde bestanddeel dan ook geen problemen op. Toch is het bewijs dat sprake is van bezit niet altijd eenvoudig vast te stellen. Onder invloed van de toenemende digitalisering van de kinderpornografie zijn de bewijsproblemen in zaken van kinderpornografie alleen maar toegenomen. Er is sprake van bezit als het materiaal is vastgelegd, als er (voorwaardelijke) opzet aanwezig is en er van een zekere beschikkingsmacht kan worden gesproken.

De afschaffing van de excepties heeft ertoe geleid dat het verweer bijvoorbeeld verschuift naar de ontkenning van een van de bestanddelen (seksuele gedraging), of dat een beroep wordt gedaan op afwezigheid van alle schuld of het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid.

De discussie of sprake is van een seksuele gedraging staat los van de wetswijziging. Of de afgebeelde gedraging van seksuele aard is, wordt bepaald door de objectief te bepalen schade voor de minderjarige die voortvloeit uit het vervaardigen of in omloop brengen van de afbeelding.

De resultaten uit de interviews bevestigen de hierboven weergegeven conclusies. De wijziging van de leeftijd heeft de bewijsproblemen rond 'kennelijk geen 16 jaar' opgelost, aldus de respondenten. De verhoging van de leeftijd heeft eraan bijgedragen dat over de vraag of iemand kennelijk nog geen zestien jaar is, niet meer wordt gediscussieerd op de zitting (tenzij de zaak onder de oude wetgeving valt). In feite is de vraag of iemand kennelijk achttien jaar is moeilijk vast te stellen, maar aan deze vraag komt men niet toe. Dit komt omdat - mede op grond van de Aanwijzing Kinderpornografie - alleen kinderpornografie van kinderen jonger dan kennelijk zestien jaar wordt vervolgd. Bovendien speelt in de praktijk de discussie over leeftijd doorgaans geen rol. Het materiaal bestaat namelijk uit duizenden beelden waartussen (vele) plaatjes van kinderen in de

leeftijd (ver) beneden veertien/vijftien jaar. Boven deze leeftijdsgrens wordt niet gericht gezocht: bij twijfel over de leeftijd worden de desbetreffende beelden niet ten laste gelegd. Een rechter merkt op: 'Feitelijk heb je als rechter geen vaste maatstaf voor het beoordelen van het leeftijdsvereiste; wat rest is "met elkaar kijken" naar het materiaal om in goed overleg de leeftijd vast te stellen.'

Rechters en officieren van justitie waarderen de leeftijdsverhoging. De wetgever geeft een duidelijk houvast aan de rechter doordat wordt aangeduid dat ook 'oudere' minderjarigen bescherming behoeven. Het kan zijn dat de schijnbaar vrijwillige medewerking van een minderjarige tussen de zestien en achttien jaar aan het vervaardigen van kinderpornografisch materiaal in feite berust op uitbuiting, in die zin dat misbruik wordt gemaakt van de neiging de seksuele grenzen te verkennen. Juist het feit dat minderjarigen eerder seksueel rijp lijken te zijn, noodzaakt tot bescherming tegen misbruik door anderen. De verhoging van de leeftijdsgrens biedt waarborgen tegen dergelijke uitbuitingssituaties. Vrijwel alle respondenten oordelen dat het bestanddeel 'schijnbaar betrokken' de opsporing, vervolging en berechting heeft vergemakkelijkt. Geconstrueerde foto's, die voor de wetswijziging niet strafbaar waren, zijn dit na die datum wel. De discussie over de echtheid van kinderporno wordt op de zitting (nog) zelden gevoerd. Hoewel in de praktijk meer van dergelijke afbeeldingen bekend zijn blijft vervolging ter zake vooralsnog uit; het feit dat in de regel meer dan genoeg niet virtueel materiaal wordt aangetroffen is hier debet aan.

Enkele rechters en advocaten uiten twijfels bij de aanscherping van artikel 240b Sr. Zij vinden dat de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie te ver gaat. Naar hun oordeel gaat het hier om gedachten 'tegen de grenzen van de strafbaarheid aan'. Zij vinden dat het Openbaar Ministerie te vaak verdachten vervolgt wegens het in bezit hebben van kinderpornografie waarbij de verdachten 'geen schurken' zijn, maar mensen die binnen de grenzen van hun seksuele voorkeur een zinvol maatschappelijk bestaan hebben opgebouwd. Zij lijken door de strafvervolging onevenredig hard te worden gestraft. In hoofdstuk vijf (paragraaf 5.2) gaan we in op virtuele kinderpornografie in relatie tot het schadelijkheidscriterium.

Alle respondenten oordelen dat het vervangen van het bestanddeel *in voorraad hebben* door de term *in bezit* geen gevolgen heeft voor de omgang met meldingen, de opsporing, vervolging en berechting. Door de uitspraak van de Hoge Raad van 21 april 1998 (NJ 1998, 782) waren deze begrippen al aan elkaar gelijk gesteld. Dit neemt niet weg dat het in de praktijk niet altijd duidelijk is of iets

valt onder 'in bezit'. Door de snelle ontwikkelingen in de digitalisering komen er telkens nieuwe situaties (zie hoofdstuk 5).

De politie, rechters en officieren van justitie staan positief tegenover de afschaffing van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Als de verdachte meent een goede reden te hebben gehad voor het bezit van de kinderpornografie moet deze 'de rechter maar zien te overtuigen van diens goede bedoelingen', zoals een rechter stelt. Voor uitzonderingsgevallen kan worden volstaan met een beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid. Dergelijke verweren lijken samen te vallen met een ontkenning van het kinderpornografisch karakter van de afbeelding als zodanig. Uit de jurisprudentie en de interviews komt naar voren dat er nauwelijks een beroep wordt gedaan op de vroegere strafuitsluitingsgronden. Als zo 'n beroep wordt gedaan wordt dit doorgaans niet gehonoreerd

4.3 Kindersekstoerisme en de betekenis van artikel 5a Sr

De uitbreiding van rechtsmacht (art. 5 en 5a Sr) is tijdens het onderzoek (tot januari 2006) geen issue geweest in een rechtszaak.¹²³ Onder de oude wetgeving zijn zover bekend vijf verdachten vervolgd voor kindersekstoerisme. Vier strafzaken vonden plaats medio jaren negentig; de vijfde dateert uit 2004 (zgn. Gambia-zaak).¹²⁴ In alle vijf de zaken berust de rechtsmacht op artikel 5 lid 2 Sr en werd een veroordeling uitgesproken.

¹²³ Rb. Zwolle, 18 januari 2005, NJ 2005, 123 bevat wel een verwijzing naar art. 5a Sr. In deze zaak ging het om de vraag of Nederland jurisdictie had ter zake van art. 250a Sr. Uit de uitspraak is niet af te leiden dat sprake zou zijn van seksuele exploitatie van minderjarigen. Nu deze zaak niet wordt vermeld op de website van ECPAT Nederland (www.ecpat.nl) mag worden aangenomen dat het ging om vrouwenhandel. De raadsman voerde als verweer dat Nederland geen rechtsmacht had nu de handelingen niet op Nederlands territorium hadden plaatsgevonden, de verdachte niet beschikte over de Nederlandse nationaliteit, noch over een vaste woon- of verblijfplaats hier te lande. De rechtbank verwierpt dit verweer; gesteld wordt dat de locus delicti onder andere in Nederland ligt, zodat art. 2 Sr rechtsmacht genereert.

¹²⁴ Rb. Den Haag 8 oktober 1996, ECPAT 1999, 19-31; Nemesis 1997, 689, m.nt. S. Meuwese; Rb. Den Haag 28 januari 1997, ECPAT 1999, 35-47; Rb. Utrecht 13 november 1997, ECPAT 1999, 49-60; Rb. Haarlem 7 december 2004, LJN AR7023. In vervolg op de strafzaken van Rb. Den Haag van 8 oktober 1996 resp. Rb. Utrecht 13 november 1997 werden civiele claims tot schadevergoeding ingesteld, zie Rb. Den Haag 15 september 2004, LJN AR4546.

De geïnterviewden hebben doorgaans geen ervaring met strafzaken die op sekstoerisme betrekking hebben. Bijna alle respondenten achten de uitbreiding van de rechtsmacht een logische stap in het crimineel politieke beleid dat is gericht op het vergroten van de bescherming tegen ongewilde seksuele handelingen. Sommige achten de artikelen 5, tweede lid, en 5a Sr een (te) vergaande uitbreiding van de rechtsmacht, zoals twee advocaten die erop wijzen dat artikel 5a Sr in strijd kan komen met het legaliteitsbeginsel: kan de persoon nog beseffen dat hij iets doet wat strafbaar is? Een rechter ziet de wetswijziging als ‘een rechtspolitiek gebaar’ dat als zodanig een logisch sluitstuk vormt van de wetswijzigingen. De verruiming van de rechtsmacht neergelegd in de artikelen 5 en 5a Sr vormt ‘een door de wetgever gemarkeerde grens, een fatsoensregel’. Respondenten benadrukken dat de praktische betekenis van de uitbreiding wellicht gering is, maar dat dit geen afbreuk doet aan de normatieve boodschap. (Zie hoofdstuk 5 voor de knelpunten die aanwezig zijn om tot opsporing en vervolging van kinderseksstoerisme te kunnen komen.)

4.4 Seksuele dienstverlening en aanzetten tot ‘zelfbevrediging’ van minderjarigen

De wetgever heeft geen misverstand willen laten bestaan over de strafwaardigheid van misbruik van kinderen, ook als dit uit seksuele gedragingen bestaat die het kind bij zichzelf uitvoert zonder feitelijke betrokkenheid van een ander en zonder dat sprake is van dwang. Daarom is het verleiden van een kind tot het plegen van seksuele handelingen met zichzelf (art. 248a Sr)¹²⁵ en het exploiteren

Zie voor een beschrijving van deze Nederlandse zaken en enkele buitenlandse strafvervolgingen: EC-PAT/Defence for Children, Europe Law Enforcement Group, Extraterritorial Legislation as A Tool to Combat Sexual Exploitation of Children, Amsterdam, april 1999; J. Seabrook, Nergens veilig. Extraterritoriale wetgeving in de praktijk: de vervolging van kinderseksstoeristen in eigen land, Utrecht: SWP, 2002. Voorts: Th. Noten, Nederlandse wetgeving en beleid, in: Handboek Internationaal Jeugdrecht. Een toelichting voor de rechtspraak en jeugdbeleid op het Verdrag inzake de Rechten van het Kind en nadere internationale regelgeving over de rechtspositie van minderjarigen, S. Meuwese, M. Blaak en M. Kaandorp (red.), Nijmegen: Ars Aequi, oktober 2005, par. 5.3.6.

¹²⁵ Iemand dwingen tot seksuele handelingen met zichzelf valt onder artikel 247 Sr; HR 11 oktober 2005, Nieuwsbrief Strafrecht 2005, 405. Echter, wanneer dit gebeurt voor de webcam onder dwang kan ook sprake zijn van aanranding (Rb Dordrecht 20 oktober 2005, LJN AU4724).

van seksshows waar kinderen optreden (art. 248c Sr) strafbaar gesteld. Bovendien is de strafbaarstelling van commerciële seksuele uitbuiting van minderjarigen uitgebreid (art. 250a Sr)¹²⁶ (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.5).

Sinds de wetswijziging zijn enkele uitspraken gedaan waarin sprake was van het aanschouwen van minderjarigen die seksuele handelingen bij zichzelf plegen.

Artikel 248a wordt als vangnet gebruikt als een minderjarige wordt aangezet tot seksuele handelingen bij zichzelf via chatboxen en dit te zien is op een webcam.¹²⁷ Er is een zaak waar overtreding van artikel 248c ten laste was gelegd in de situatie dat een man met de webcam pornografische afbeeldingen maakte van minderjarige meisjes. De rechtbank Breda sprak in die situatie vrij van het opzettelijk aanwezig zijn bij het plegen van ontuchtige handelingen vanwege het ontbreken van de vereiste fysieke aanwezigheid (Rb Breda 10 februari 2006, LJN AV1470).¹²⁸

Het is niet altijd duidelijk of een situatie onder artikel 248a Sr of 248c Sr valt te kwalificeren: wanneer is sprake van toeschouwer (art. 248c Sr) of medeplegen van verleiding (art. 248a Sr)? Relevant is de mate van betrokkenheid: wie nam het initiatief, van wie zijn de daarmee gepaard gaande giften en/of beloften afkomstig?¹²⁹

Doorgaans worden de wijzigingen van voorgaande strafbepalingen positief beoordeeld, zo komt uit de interviews naar voren. In de praktijk vindt echter nauwelijks opsporing en vervolging van dit soort zaken plaats.

Het Openbaar Ministerie gebruikt artikel 248a als vangnet in gevallen waar de webcam een rol speelt, bijvoorbeeld als een kind via de chatbox wordt aangezet een voorwerp in de vagina of anus op en neer te bewegen. Primair wordt in deze

¹²⁶ Sinds 2005 is dit artikel vervallen en is er een nieuw artikel 273a Sr.

¹²⁷ Zie onder andere: Rb Groningen 31 januari 2006, LJN AV0559, Rb Zutphen 1 maart 2006, LJN AV3246 en Hof Den Haag 23 februari 2006. LJN AV2588.

¹²⁸ De verdachte werd wel veroordeeld voor overtreding van art. 240b en 246 Sr.

¹²⁹ In de zaak die voorlag in Rb Arnhem 6 oktober 2004, LJN AR3484 werd vrijgesproken ter zake van art. 247 Sr. De door de verdachte uitgelokte seksuele handeling, uitgevoerd voor de webcam kon niet gelden als een 'ontuchtige handeling' omdat geen sprake was van wederzijds fysiek contact. Daarmee miskent de rechtbank echter dat een ontuchtige handeling niet per se een fysiek contact behoeft (HR 30 november 2004, NJ 2005, 184). Voorts: Rb. Arnhem 17 november 2004, LJN AR 5780, waar het ging om het via telefonisch contact bewegen van een minderjarige tot masturbatie. Ook hier werd geen ontuchtige handeling in de zin van art. 247 Sr aangenomen. Zie ook: 20 oktober 2005. LJNAU4724.

gevallen artikel 244 Sr ten laste gelegd. (Zie voor de webcamproblematiek hoofdstuk 5.)

De politie geeft aan dat tegen personen die aanwezig zijn bij seksshows waar minderjarigen seksuele handelingen verrichten, sinds de wetswijziging vervolging plaatsvindt op grond van artikel 248c Sr. Het Openbaar Ministerie in Arnhem hanteert een ruime opvatting met betrekking tot de aanwezigheid: zij achten het niet noodzakelijk dat personen lijfelijk aanwezig zijn. Ook het kijken via een gesloten tv-circuit valt eronder. Zij pleiten ervoor ook het kijken via de webcam eronder te laten vallen. Dit laatste druist echter in tegen de kamerbehandeling en jurisprudentie.

Het begluren van meisjes die onder de douche ontuchtige handelingen verrichten valt niet onder artikel 248c Sr omdat hier geen sprake is van 'een daarvoor bestemde ruimte'. Een toevallig aanwezige loodgieter bij een peepshow valt er ook niet onder; deze is niet opzettelijk aanwezig. De bewijsbaarheid van het opzettelijk aanwezig zijn is lastig; waaruit kan worden afgeleid dat kijkers bewust naar minderjarigen kijken die zich zelf seksueel betasten? Opgemerkt wordt dat het groepsgebeuren belangrijk is bij seksshows met minderjarigen, en dat het bestanddeel 'daarvoor bestemde ruimte' beter geschrapt kan worden. Dit brengt immers extra bewijsproblemen met zich mee. Verschillende respondenten wijzen erop dat in situaties waar minderjarigen in peepshows optreden het belangrijker is de producer/werkgever aan te pakken dan het publiek.

4.5 Bescherming in geval van 'verminderd bewustzijn'

Aan artikel 243 en 247 Sr is het bestanddeel 'verminderd bewustzijn' toegevoegd. Slachtoffers die niet geheel bewusteloos (onmachtig) zijn, noch zich geheel bewust zijn van de situatie, worden toch beschermd. Naast de toestand waarin het slachtoffer zich bevindt, is het van belang dat de verdachte wetenschap heeft van het verminderde bewustzijn en dat hiervan misbruik is gemaakt (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.4). De interpretatie van 'verminderd bewustzijn' kan daarom niet los worden gezien van de interpretatie van de gehele strafbepaling, met name de interpretatie van het opzet. Eerst geven we de belangrijkste jurisprudentie weer. Vervolgens trekken we conclusies, mede op grond van de resultaten van de interviews.

4.5.1 De jurisprudentie nader bekeken

Sinds de uitspraak van de Hoge Raad in 2002 (3 december 2002, NJ 2004, 253) wordt erkend dat onder ‘weten’ het voorwaardelijk opzet wordt begrepen. De Hoge Raad geeft met dit arrest blijk van een teleologische interpretatie. Eerst stelt de Hoge Raad vast dat de wetgever bij het ontwerpen van artikel 243-oud Sr niet het oog heeft gehad op voorwaardelijk opzet; onder ‘weten’ werd niet verstaan het voorwaardelijke opzet. De wethistorische uitleg volstaat echter niet meer, volgens de Hoge Raad, gelet op de strekking van de strafbepaling. Duidelijk is immers dat de wetgever van 1992 beoogd heeft de strafrechtelijke bescherming tegen seksueel geweld te verruimen. De uitbreiding van de strafbaarstelling van seksuele contacten met personen die door een geestelijke handicap niet of niet voldoende in staat zijn hun wil ten aanzien van dergelijke gedragingen te bepalen, wijst daarop. Vanuit dat perspectief geredeneerd kan niet langer worden vastgehouden aan de eis van het blote opzet van artikel 243 Sr-oud. Het is voldoende wanneer vast komt te staan ‘dat deze willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat het slachtoffer in enige in die bepaling bedoelde toestand verkeerde (r.o. 3.7).¹³⁰ Onder de gegeven omstandigheden, stelt de Hoge Raad, kan het niet anders zijn dan *‘dat de verdachte heeft geweten dat het slachtoffer ten tijde van het plegen van de seksuele handelingen in een staat van bewusteloosheid of lichamelijke onmacht verkeerde en dat aldus zijn opzet was gericht op die fysieke weerloosheid van het slachtoffer’*.¹³¹ Het aantal gepubliceerde strafzaken waarin sprake kan zijn van ‘verminderd bewustzijn’ is gering. De uitspraken betreffen twee gevallen waar alcohol een rol speelde en het seksueel misbruik plaatsvond na bezoek aan een feest (Rb Zutphen, 12 mei 2004, LJN: AO9545; Hof Leeuwarden, 8 februari 2006, LJN AV2093). In een andere zaak wordt het ontbreken van de opzet op het misbruik maken van de toestand waarin het slachtoffer verkeerde, vastgesteld op grond van het feit dat onduidelijkheid bestond over de status van de relatie tussen verdachte en slachtoffer. Zij hadden in het verleden een seksuele relatie met

¹³⁰ Zie ook HR 12 februari 2002, NJ 2002, 328; HR 12 februari 2002, NJ 2002, 329.

¹³¹ Zie ook: K. Rozemond, De teleologie van de bewusteloosheid en de lichamelijke onmacht, NJB 1997, afl. 29, p. 1332-1334. De door de Hoge Raad gekozen teleologische interpretatie sluit aan op het eerder naar aanleiding van het Slaaparrest door Rozemond - in reactie op De Jong en Van der Neut, 1992 - ingenomen standpunt, dat waar het gaat om een zo persoonlijk en aan verandering onderhevige materie als de strafbare seksualiteit aansluiting dient te worden gezocht bij de maatschappelijke opvattingen. Ook wanneer dat betekent dat moet worden afgeweken van een expliciete, maar verouderde bedoeling van de wetgever.

elkaar (Rb Zutphen 24 juni 2005, LJN AT9804). Een vergelijkbaar feitencomplex betreft de hieronder weergegeven uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage.

RB. 'S-GRAVENHAGE 2 APRIL 2004, LJN AO6995

De feiten die zijn ten laste gelegd dateren van na de wetswijziging en vallen daardoor onder het regime van artikel 247 Sr-nieuw, met het daarin opgenomen bestanddeel 'verminderd bewustzijn'.

De verdachte in kwestie wordt ten laste gelegd ontuchtige handelingen te hebben gepleegd met zijn ex-vriendin terwijl deze sliep. Na zich via insluiping toegang tot de woning te hebben verschaft, ontkleedde de verdachte zich en ging naast het slachtoffer in bed liggen. Vervolgens heeft hij haar seksueel betast, tegen welke handeling zij zich niet kon verzetten omdat zij sliep. Verdachte wordt vervolgens veroordeeld wegens het plegen van een ontuchtige handeling ex artikel 247 Sr.

In de bewezenverklaring wordt echter niet gerefereerd aan het verminderde bewustzijn, maar aan de bestanddelen van artikel 247 Sr-oud. De rechtbank stelt namelijk vast dat de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan het *'met iemand van wie hij weet dat zij in een staat van bewusteloosheid of lichamelijke onmacht verkeert buiten echt ontuchtige handelingen plegen'*. Klaarblijkelijk heeft men bij de kwalificatiebeslissing het verkeerde artikel gebruikt.

4.5.2 Verminderd bewustzijn in een relationele context

De vraag is of de verruiming van artikel 243 dan wel 247 Sr bijdraagt aan een verbeterde bescherming tegen seksueel geweld. De Hoge Raad heeft met zijn uitspraak van 3 december 2002 aangegeven dat 'weten' ook het voorwaardelijke opzet omvat. De barrière die is opgeworpen door het op wethistorische gronden strikt geïnterpreteerde bestanddeel 'onmacht' kan via een verruimde interpretatie van het dwingen worden beslecht, zij het dat de Hoge Raad aangaande het dwingen blijk geeft van een strikte opvatting. Er is overigens nog een hindernis te nemen in geval van 'verminderd bewustzijn'. Het betreft het standpunt van de wetgever dat het slachtoffer, dat door eigen toedoen in een toestand van verminderd bewustzijn is geraakt, verminderde aanspraken op strafrechtelijke bescherming heeft: het slachtoffer heeft zo nodig de plicht aannemelijk te maken dat zij geen avances heeft gemaakt of gedoogd (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.4). De vraag is hoe deze verantwoordelijkheid van het slachtoffer zich verhoudt tot de verantwoordelijkheid van de verdachte zich te vergewissen van vrijwilligheid van het slachtoffer: 'de aanmerkelijke kans aanvaarden dat het slachtoffer zich in een toestand van verminderd bewustzijn bevindt.'

De relationele context waarin de seksuele handelingen verricht worden speelt eveneens een belangrijke rol: als sprake is van een ex-relatie lijken hogere eisen te worden gesteld aan de omstandigheden waaruit kan blijken dat sprake is van onvrijwilligheid (bijvoorbeeld 's nachts insluipen). De achterliggende gedachte is dat als er in het verleden een seksuele relatie is geweest, er duidelijke aanwijzingen moeten zijn waaruit blijkt dat de verdachte had kunnen weten dat het slachtoffer niet gediend is van seksuele handelingen.

De uitbreiding met 'verminderd bewustzijn' wordt door bijna alle respondenten positief ontvangen; situaties die vroeger niet onder de strafwet vielen, doen dat nu wel. Een rechter geeft aan dat met de toevoeging de wetgever 'de lat wat hoger heeft gelegd' en ook de handelingen voorafgaand aan het daadwerkelijke seksuele contact onder de reikwijdte van de strafwet heeft willen brengen. 'De verdachte wordt afgerekend op de gemaakte keuze gelegen in het exploiteren van de onmacht van het slachtoffer', aldus de rechter. Een advocaat geeft als voorbeeld verkrachting van prostituees die door verdachte van te voren een drankje kregen, waardoor ze in staat van verminderd bewustzijn waren tijdens de seksuele penetratie. Volgens de advocaat was zijn cliënt onder de oude wet vrijgesproken. Hierover is echter geen eenstemmigheid. Een officier van justitie benadrukt dat de toevoeging niet nodig was. Bovenvermelde situaties van verminderd bewustzijn door tranquillizers (of alcohol) of situaties van halfslaap zijn naar haar mening onder 'onmacht' te brengen of met enige creativiteit onder verkrachting (art. 242 Sr) of aanranding (art. 246 Sr). Het werkelijke probleem wordt met de toevoeging van verminderd bewustzijn naar haar mening niet opgelost, namelijk het weten dat de ander in staat van verminderd bewustzijn of onmacht verkeert en dat hier misbruik van wordt gemaakt. Een andere advocaat geeft aan dat de toevoeging van verminderd bewustzijn weliswaar meer situaties onder de strafwet heeft gebracht, maar dat de dubbele eis (weten en misbruik maken van situatie) of de 'zorgplicht' van het slachtoffer afbreuk kunnen doen aan de bescherming van het slachtoffer. Zij geeft het volgende voorbeeld:

Cliënte was gaan slapen na een avond stappen met haar nichtje, terwijl haar nichtje met een man in haar woonkamer achterbleef. Haar nichtje en de man zijn gaan vrijen, en hebben dit voortgezet in het tweepersoonsbed waar zij lag te slapen. Toen haar nichtje naar het toilet ging (wat lange tijd duurde), is de man in haar vagina binnengedrongen. Pas toen haar nichtje van het toilet kwam en begon te schreeuwen kreeg ze door dat hij bovenop haar lag en in haar was.

Ze was zo verbouwereerd dat ze niets deed. De verdachte zegt dat hij tegen haar aankroop, dat zij zich naar hem toedraaide en dat zij wilde. Het nichtje zegt dat zij zag dat cliënte sliep toen verdachte bovenop haar lag. De rechtbank Alkmaar acht bewezen 'dat slachtoffer in staat van verminderd bewustzijn of onmacht verkeerde - door alcoholgebruik, sluimering of diepe slaap - toen de verdachte met zijn penis haar vagina binnendrong. In juridische zin is er sprake van voorwaardelijke opzet wat betreft de wetenschap van de verdachte door willens en wetens de aanmerkelijke kans te aanvaarden dat het slachtoffer in staat van verminderd bewustzijn of lichamelijke onmacht verkeerde.' (Rb. Alkmaar 24 november 2004, ongepubliceerd.) Een half jaar later wordt verdachte in hoger beroep, zonder motivering, vrijgesproken.

'In hoger beroep is het slachtoffer vreselijk aan de tand gevoeld', aldus de advocaat. Het lijkt erop dat hier de 'zorgplicht' van het slachtoffer in haar nadeel speelde: zij had moeten duidelijk maken dat ze geen seks wilde.¹³² Uit de interviews komt nog een voorbeeld naar voren waaruit blijkt hoe lastig het is om te bewijzen dat verdachte inzicht had in de staat van verminderd bewustzijn en hiervan misbruik heeft gemaakt. Het betrof een dementerende vrouw die een hersenbloeding had gehad. Een man op straat met wie zij in gesprek was geraakt, ging met haar mee naar huis en zij belandde in bed met deze man. Niet bewezen werd verklaard dat de man had kunnen weten dat de vrouw in een staat van verminderd bewust was.

Het bewijs van misbruik van 'verminderd bewustzijn' is lastig, vooral als de verdediging aangeeft dat er voorafgaand aan het seksuele incident verschillende handelingen in vrijwilligheid zijn verricht, zo komt uit de jurisprudentie en de interviews naar voren.

4.6 De hoorplicht een extra drempel

Het klachtvereiste is vervangen door een hoorplicht om te voorkomen dat de politie en het Openbaar Ministerie belemmerd worden in het opsporingsonderzoek en/of vervolging (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.6). We behandelen eerst een zaak van eerste aanleg en dan een zaak in hoger beroep waar het slachtoffer niet

¹³² Er is wel een schadevergoeding voor materiële schade (99 euro) en immateriële schade (2750 euro) uitgekeerd door het Schadefonds Geweldsmisdrijven.

was gehoord. Vervolgens beschrijven we de reacties van respondenten en komen tot een conclusie.

4.6.1 Geen sanctie op het niet naleven van de hoorplicht

Er zijn drie zaken gepubliceerd over de consequenties van het niet horen van het slachtoffer.

In HR 7 maart 2006, LJN AV0312 wordt als verweer gevoerd dat het niet horen van het slachtoffer moet leiden tot niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Noch in eerste aanleg (Rb Utrecht, 23 december 2003), noch in hoger beroep bij het hof Amsterdam (3 december 2004) wordt het verweer gegrond verklaard. Het hof Amsterdam overweegt dat artikel 167a Sv strekt ter bescherming van het slachtoffer. Niet-nakoming van artikel 167a Sv hoeft daarom niet tot niet-ontvankelijkheid te leiden. Bovendien is het slachtoffer op een later tijdstip alsnog gehoord en heeft haar mening betreffende de strafvervolgging kenbaar kunnen maken. De Hoge Raad oordeelt echter anders: nu de ten laste gelegde feiten dateren van voor de wetswijziging is art. 167a Sv niet van toepassing, maar geldt voor deze zaak het klachtvereiste. Gelet op het ontbreken van een overgangsregeling geldt uit hoofde van artikel 1 lid 2 Sr de voor de verdachte gunstigste bepaling, in deze art. 245 Sr-oud. Het ontbreken van een formele klacht hoeft naar het oordeel van de Hoge Raad echter niet tot cassatie te leiden omdat uit de stukken duidelijk blijkt dat de wettelijk vertegenwoordiger strafvervolgging wenste. De redenering van de rechtbank in onderstaande uitspraak sluit aan bij de vroegere jurisprudentie inzake het klachtvereiste van de Hoge Raad waarin de klacht materieel werd geïnterpreteerd: voldoende is dat uit de stukken is gebleken dat de slachtoffers strafvervolgging wensen.

RECHTBANK GRONINGEN 31 JANUARI 2006, LJN AV0059

Hier wordt niet ontvankelijkheid bepleit van het Openbaar Ministerie wegens het niet voldoen aan de hoorverplichting ex art. 167a Sv. De rechtbank verwerpt het verweer nu uit de stukken blijkt dat politie en Openbaar Ministerie voldoende inspanningen hebben geleverd ter zake. Beide minderjarige slachtoffers zijn zowel bij de politie, als bij de rechter-commissaris gevraagd naar hun mening over de gepleegde feiten. Daarmee is naar het oordeel van de rechtbank het hoorrecht voldoende gerealiseerd.

Hier wordt aangenomen dat bij gebrek aan een overgangsregeling ex art. 1 lid 2 Sr de oude bepaling -artikel 248a Sr - heeft te gelden. Hoewel het hof aanneemt dat de politie de slachtoffers niet heeft gewezen op het klachtvereiste, staat dit strafvervolgning niet in de weg nu uit de stukken duidelijk blijkt dat de slachtoffers dit wel wensten.

4.6.2 De drempel beslecht?

De wijziging van klachtrecht naar hoorplicht wordt door de meeste respondenten als een verbetering beschouwd, zowel vanuit de beschermingsgedachte als meer praktisch bezien. De discussie wie klachtbevoegd was, was op de zitting tijdrovend. Volgens sommige rechters was het klachtvereiste - oorspronkelijk bedoeld om het slachtoffer enige handelingsruimte te bieden tegen ongewenste vervolging - verworpen tot een ongewenste drempel bij het vervolgen van zedendelicten onder invloed van de liberalisering. Anderen benadrukken dat er door de materiële invulling van het klachtvereiste in de praktijk nauwelijks problemen waren.

Over de vraag wat te doen wanneer de hoorplicht opgenomen in artikel 167a Sv niet wordt nagekomen, lopen de meningen enigszins uiteen tussen de rechters onderling, maar ook tussen rechters en officieren van justitie. Aan de ene kant wordt benadrukt dat het horen van het slachtoffer verplicht is en er alles aan moet worden gedaan om dit voor elkaar te krijgen, zoals het aanhouden van de zaak om alsnog het slachtoffer te horen. Aan de andere kant wordt de betekenis van het niet horen (vormverzuim) gerelativeerd; niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie is niet snel aan de orde en evenmin het aanhouden van de zaak. In feite zijn alle rechters het erover eens dat de hoorplicht in de praktijk vrijwel nooit tot problemen leidt. Het is voldoende wanneer uit de aangifte blijkt dat het slachtoffer strafvervolgning wenste. Bovendien wordt het slachtoffer toch veelal als getuige gehoord en kan het verzuim op die wijze worden hersteld. Aanhouden van de zaak komt daarom zelden voor.

Het Openbaar Ministerie wijst erop dat het niet horen van kinderen die twaalf jaar of ouder zijn kan leiden tot een niet ontvankelijk verklaring of aanhouden van de zaak. De betekenis van 'zo mogelijk' in artikel 167a Sv is dat er een inspanning moet worden verricht. Dit betekent dat niet licht van het horen mag worden afgezien. In het dossier moet een verslag zitten van het horen van de minderjarige. De officier van justitie moet een belangenafweging maken en kan de mening van de minderjarige naast zich neerleggen. Als de minderjarige geen vervolging wil moet het Openbaar Ministerie echter met argumenten komen om

toch te gaan vervolgen. Als bijvoorbeeld ouders een vervolging willen, maar het kind niet, moet er een zwaarwegend belang zijn om toch tot vervolging over te gaan. Voor de wetswijziging was het volgens een officier van justitie lastiger om de praktijken van de loverboy aan te pakken, of een groepsverkrachting. De hoorplicht kan echter ook tot problemen leiden, bijvoorbeeld in situaties waarin meerdere ouders aangifte doen van ontucht met hun kind door een sportleraar. In zo'n geval, waar het gaat om meerdere slachtoffers, kan het horen van de kinderen tot extra onnodige commotie leiden en het kind en de ouders onnodig extra belasten. Bovendien bestaat de kans op onbetrouwbare verklaringen. Soms kan het worden opgelost door op een ander delict te vervolgen. Vanuit het Openbaar Ministerie wordt voorgesteld de verplichting tot horen niet te laten gelden in gevallen waarbij een groep slachtoffers is betrokken. Een officier van justitie stelde de vraag of de hoorplicht niet beter kan worden afgeschaft en vervolgens het een en ander te regelen in een richtlijn van de procureurs-generaal.

Uit de jurisprudentie en de interviews komt naar voren dat de hoorplicht wordt nageleefd conform de strekking van artikel 167a Sv. Daarmee lijkt de ingevoerde hoorplicht te voldoen aan haar doel. De belemmeringen voor opsporing en vervolging, voorheen gelegen in het klachtvereiste, zijn opgeheven zonder afbreuk te doen aan de belangen van het slachtoffer. Toch vormt de hoorplicht in de praktijk soms nog een drempel, bijvoorbeeld als het gaat om groepen (jonge) slachtoffers.

4.7 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de interpretatie van de wet in de rechtspraak centraal; zijn de juridische (bewijsrechtelijke) problemen opgelost door de gewijzigde strafbepalingen? Politie, Openbaar Ministerie, advocatuur en rechters waarderen de duidelijke normstelling die in de wetswijziging tot uitdrukking wordt gebracht. De door de wetgever geboden duidelijkheid komt de rechtszekerheid ten goede.

De meeste veranderingen betreffen de kinderpornografiebepaling. Er wordt niet getwijfeld aan het nut van de strafbaarstelling. Alleen over de toevoeging van schijnbaar betrokken lopen de meningen uiteen.

Door het toevoegen van ‘schijnbaar betrokken’ en het verhogen van de leeftijdsgrens zijn een aantal bewijsproblemen opgelost. Als er twijfel is over de echtheid van de afgebeelde minderjarige, leidt dit niet meer tot discussies op de zitting omdat schijnbaar betrokken voldoet. Ook de discussie of het een jongere van vijftien of zestien jaar betreft is niet meer relevant voor de gevallen die onder de nieuwe wetgeving vallen. Hoewel het nog lastiger is om de grens tussen zeventien jaar en achttien jaar vast te stellen wegens het ontbreken van criteria, komt deze discussie niet of nauwelijks voor op de zitting. Dit, omdat de beleidslijn van het Openbaar Ministerie is alleen kinderpornografische afbeeldingen betreffende kinderen jonger dan zestien jaar te vervolgen (Aanwijzing Kinderpornografie).

Het afschaffen van de specifieke excepties heeft voor de rechtspraak geen grote betekenis. De verdediging moet nu aannemelijk maken dat sprake is van een algemene strafuitsluitingsgrond. Voor de rechtspraak heeft deze wijziging nauwelijks gevolgen gehad; deze discussie speelde vroeger en ook nu nauwelijks een rol.

De vervanging van ‘in voorraad’ door ‘in bezit’ kan worden beschouwd als het vastleggen in de wet wat op rechtspraakniveau al geldend was. Dit neemt niet weg dat de bewijsproblemen rond het opzet nog steeds een belangrijke rol spelen, voornamelijk doordat het opzettelijk bezitten van kinderpornografische afbeeldingen binnen de huidige technische ontwikkelingen niet altijd eenvoudig is vast te stellen. Als voldaan wordt aan de drie met elkaar samenhangende elementen vastlegging, opzet en een zekere beschikkingsmacht, kan worden gesproken van bezit: een wilsbesluit gericht op het persoonlijke beheer van het materiaal. Het enkele kijken is onvoldoende.

Wat de effecten zijn op de rechtspraak van de andere wetswijzigingen is nog niet uitgekristalliseerd. Er zijn nauwelijks zaken van vervolging van kindersekstoerisme bekend. Er zijn nog niet veel zaken rond de bepalingen van seksuele exploitatie van minderjarigen (art. 248a en 248c Sr). Er tekent zich een tendens af om het aanzetten van minderjarigen tot seksuele handelingen via de webcam subsidiair onder artikel 248a Sr te vervolgen (en primair onder art. 244 Sr). De toekomst moet uitwijzen in hoeverre de bepalingen zullen worden toegepast en of er kwalificatieproblemen zijn.

De uitbreiding van de rechtsmacht heeft, zover wij konden achterhalen, nog niet geleid tot het versterken van de opsporing en vervolging van kindersekstoerisme.

Er zijn nog weinig uitspraken waar de toevoeging ‘verminderd bewustzijn’ (art. 243 en 247 Sr) een rol speelt, maar dit soort zaken lijken wel toe te nemen. Het lijkt erop dat door de toevoeging de groep personen die onder invloed is van alcohol, drugs of medicijnen of in een halfslaap verkeert, sneller onder de strafbepaling valt. Of dit altijd tot een verbeterde bescherming leidt is echter de vraag. De verdachte moet niet alleen kunnen weten dat de ander in een staat van ‘verminderd bewustzijn’ is, maar hier ook misbruik van maken, terwijl het slachtoffer de verantwoordelijkheid heeft om in de fase voorafgaand aan de seksuele handelingen duidelijk te maken dat zij niet van seks is gediend. Wat betreft de vervanging van het klachtvereiste door de hoorplicht (art. 167a Sv) komt uit de jurisprudentie naar voren dat de hoorplicht materieel wordt ingevuld. Dit neemt niet weg dat het Openbaar Ministerie de hoorplicht soms nog als drempel ervaart.

In het komende hoofdstuk gaan we nader in op de handhaving van de strafbepalingen kinderpornografie en seksueel misbruik van minderjarigen en andere kwetsbare groepen.

5

Hanteerbaarheid van de wet

5.1 Inleiding

Het doel van de wijzigingen in de zedelijkheidswetgeving is een verbetering van de bescherming tegen seksueel misbruik van minderjarigen en andere kwetsbare groepen. In hoofdstuk 4 stond de interpretatie van de wet centraal. In dit hoofdstuk staat de hanteerbaarheid van de wet voorop. Zijn er specifieke problemen in de praktijk van opsporing en vervolging en berechting volgens de deskundigen werkzaam bij de politie, het Openbaar Ministerie, de zittende magistratuur en NGO's?

Een belangrijk aspect dat invloed heeft op de mogelijkheden tot rechtshandhaving van de gewijzigde strafbepalingen is de technologische ontwikkeling, vooral de digitalisering van de maatschappij. Dit speelt niet alleen rond de handhaving van kinderporno. Digitalisering brengt ook nieuwe vormen van seksueel misbruik met zich mee. Daarnaast komt een aantal algemene handhavingproblemen naar voren voor kinderporno, kindersekstoerisme en zedenmisdrijven. Aan het slot van dit hoofdstuk benoemen we de voorwaarden die volgens de respondenten aanwezig moeten zijn om tot een adequate opsporing, vervolging en berechting te kunnen komen. Maar eerst nog enkele opmerkingen over de samenhang tussen sociaal-ethische opvattingen en zedenzaken.

5.2 Morele afkeuring of bestraffen

In zedenzaken spelen sociaal-ethische opvattingen een rol bij de interpretatie van seksueel gedrag binnen de context waar dat gedrag zich afspeelt. De vraag of sprake is van natuurlijk gedrag of een seksuele gedraging van een minderjarige op een afbeelding, van vrijwilligheid of dwang en of van ontucht, wordt mede bepaald door de geldende maatschappelijke opvattingen. Daarnaast hangt strafwaardigheid samen met schadelijkheid. Als bepaalde gedragingen geen schade berokkenen aan anderen, ook al is de handelwijze afkeurenswaardig, is het de vraag of het gedrag strafbaar zou moeten zijn. Uit de interviews komt naar voren dat er niet alleen een tegenstelling te horen valt tussen advocatuur en politie en Openbaar Ministerie, maar dat ook binnen de beroepsgroepen geen eenduidigheid in opvatting bestaat.

5.2.1 Onfatsoenlijk of strafwaardig

Uit het onderzoek komt een algemeen punt naar voren, en wel de vraag of in Nederland de slinger niet te veel doorslaat naar het strafwaardig achten van wat vroeger alleen moreel afkeurenswaardig was. Dit geldt in bijzondere mate voor de discussie of een bepaalde afbeelding kinderpornografisch is of dat het gaat om natuurlijk bloot van kinderen. Is een afbeelding van een kind in een uitdagende houding op het strand een kinderpornografische afbeelding? Of reclameplaatjes van kinderen of baby's die in een andere, dubieuze context worden geplaatst, of heimelijk opgenomen filmbeelden van douchende jongens in de kleedkamer van een voetbalclub? De wijze waarop de geslachtsdelen zijn afgebeeld vormt het aanknopingspunt (zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.2). Als deze op de voorgrond staan of als met seksuele attributen accenten worden gelegd, dan is sneller sprake van een seksuele gedraging. Dit levert geen hard criterium op, waardoor de discussie over natuurlijk bloot, onfatsoenlijke afbeeldingen of strafwaardige afbeeldingen, aanhoudt. Voorkomen moet worden dat iedere afbeelding van kinderbloot een connotatie heeft met kinderporno, zo wordt door vooral de advocatuur naar voren gebracht.¹³³ Daarnaast kan het strafbaar stellen van virtuele kinderpornografie worden beschouwd als het strafbaar stellen van afbeeldingen die weliswaar moreel afkeurenswaardig zijn, maar waarbij de link

¹³³ Zie ook: Wafelbakker, F. (2001) Seksuele gedraging... over delictomschrijving in de kinderpornowetgeving. Tijdschrift voor Seksuologie, p. 130-138.

met directe schade aan anderen niet aanwezig is doordat er geen daadwerkelijk misbruik van kinderen heeft plaatsgevonden (zie hieronder).

Over seksuele omgangsvormen en interactie bestaan eveneens verschillen van mening. Is het onfatsoenlijk of strafwaardig om een slapende vrouw seksueel te penetreren nadat men samen dronken in bed belandt na een avond feestvieren? Konden mannen begrijpen dat vrouwen niet gediend waren van seksuele handelingen nadat ze wel hadden gezoend? Als meisjes zich zelf aanmelden om fotosessies te laten maken en ze trekken hun kleren uit voor naaktfoto's, wanneer is het dan nog vrijwillig en wanneer is er een situatie van dwang? Uit de interviews komen verschillende visies naar voren over wat men onfatsoenlijk of strafwaardig vindt; wat opportuun is om te vervolgen of niet.

5.2.2 Schadelijkheid en virtuele kinderporno

Er is bij de politie geen overeenstemming over de vraag of virtuele animaties strafbaar zijn, waarin kinderen niet schijnbaar betrokken zijn, maar wel in animatie duidelijk wordt dat het om seksueel misbruik van kinderen gaat. Het gaat dan om virtuele mensen in een computerspel die niet alleen een huis inrichten en gaan sporten, maar ook seks hebben met kinderen. Tot nog toe heeft men zulk materiaal niet gevonden, maar politiemensen zijn ervan overtuigd dat dit in de toekomst gaat gebeuren. De vraag is of dit dan strafrechtelijk kan worden aangepakt.

Een discussiepunt is de vraag van schadelijkheid; brengt virtuele kinderpornografie mensen op ideeën en draagt virtuele kinderpornografie bij aan het proces van 'grooming'? Dit proces komt er kort gezegd op neer dat mensen beginnen met het af en toe kijken naar plaatjes van zachte kinderporno, langzaam maar zeker meer en gewelddadiger plaatjes bekijken en ten slotte overgaan tot seksueel misbruik. De politie geeft aan dat daders na een verzadigingspunt op zoek gaan naar echte kinderen. Ook deskundigen die werken met daders van seksueel misbruik wijzen op de mogelijkheid van dit proces van *grooming*.¹³⁴ Hier tegenover staat de mening dat het kijken naar virtuele kinderporno vooral een individuele zaak is, waar geen kinderen feitelijk voor misbruikt worden. Enkele advocaten en rechters vragen zich af of de wetgever met deze strafbaarstelling niet te ver is doorgeschoten, omdat het geen directe schade toebrengt aan een

¹³⁴ Buschman, J. en J. Mulder (2005). Mannen die kinderporno downloaden Een eerste studie van inhoudelijke aspecten hiervan. Naar onze mening moeten de uitkomsten van dit onderzoek gerelativeerd worden omdat het gaat om een zeer selectieve groep in een specifieke setting

kind. Een advocaat ziet de strafbaarstelling als een weg terug omdat het niet meer alleen gaat om bescherming tegen seksueel misbruik van kinderen, maar om wat men moreel verwerpelijk vindt. Anderen, waaronder officieren van justitie, zien het als een logisch sluitstuk van de op bescherming gerichte wetgeving. Een rechter verklaart: 'Het gaat om duidelijkheid, het markeren van de grens via een 'gedragscode'. Ook vanuit internationaal perspectief is er een zekere noodzaak tot een dergelijke strafbaarstelling. Immers, Nederland moet niet 'het vieze achterstraatje van Europa' worden.'

Een enkeling is voor het schrappen van dit bestanddeel omdat er geen sprake is van reëel seksueel misbruik en het alleen een moreel oordeel is. De meeste respondenten pleiten voor een terughoudende handhaving.

5.3 De invloed van digitalisering op rechtshandhaving

De technologische ontwikkelingen in het digitale tijdperk zorgen voor specifieke problemen als het gaat om de opsporing en vervolging van verspreiding, de vervaardiging en openlijke tentoonstelling, en het bezit van kinderporno. Bovendien ontstaan nieuwe vormen van seksuele dwang die niet altijd eenvoudig zijn te kwalificeren als een van de zedendelicten. We besteden hier aandacht aan digitalisering, bufferzones en versleuteling, en de invloed van de webcam.

5.3.1 Digitalisering

De klassieke methoden van opsporen zijn niet altijd geschikt voor de opsporing van 'cybercrime'. Het internet is grenzeloos, dus de Nederlandse grenzen zijn niet meer het uitgangspunt. Het internet is een anarchistisch en dynamisch communicatiemiddel met honderden miljoenen gebruikers. Er vinden in hoog tempo technologische vernieuwingen plaats. Bovendien is het lastig te achterhalen wat waar gebeurt en wie achter het verspreiden van informatie zit; er is een nieuwe virtuele werkelijkheid ontstaan. Het aantal meldingen van kinderporno op internet bij het Meldpunt Kinderporno neemt dan ook toe.¹³⁵ Tevens verandert de vorm van verspreiding van kinderporno: bijvoorbeeld meer spam en veel gebruik van chatboxen.

De digitalisering heeft geleid tot een schaalvergroting; enorme hoeveelheden kinderporno zijn te downloaden of te bekijken. De harde schijf van computers

¹³⁵ Zo kreeg het meldpunt in 2004 6500 meldingen binnen, in 2005 rond 7000.

kan grote hoeveelheden kinderporno aan en dankzij breedband en ISDN worden enorme hoeveelheden kinderporno bekeken, aangeboden, gekocht of geruild. Dit kan in hoge mate anoniem gebeuren; mensen kunnen redelijk anoniem zoeken naar plaatjes en filmpjes en deelnemen aan netwerken waar materiaal uitgewisseld wordt. Normafwijkend gedrag brengt hierdoor minder risico's met zich mee op internet dan in het concrete leven. Degenen die zich op grote schaal bezighouden met kinderpornografie hebben veel kennis van de digitale techniek. Zij hebben zich erop toegelegd om op allerlei manieren digitale sporen te voorkomen of verbloemen, bijvoorbeeld door bestanden te versleutelen. Kinderporno kan verscholen zitten op originele Disney-videobanden of cd-roms van muziekgroepen.

De verdergaande technologische ontwikkelingen, samen met de enorme omvang en de beweeglijkheid van internet, bemoeilijken de opsporing en vervolging van kinderpornografie. De digitale ontwikkelingen hebben tot gevolg dat de klassieke opsporingsmethoden niet altijd voldoen, terwijl er nog geen nieuwe opsporingsmethoden voorhanden zijn. Verder verouderen de nieuwe digitale opsporingsmethoden snel. Telkens zoeken naar nieuwe vormen van rechercheren is noodzakelijk om 'cybercrime', waaronder kinderporno, te kunnen aanpakken. Te weinig mensen bij de recherche hebben voldoende digitale kennis en de kennis van de recherche loopt (ver) achter op de deskundigheid in pedofiele netwerken, zo blijkt uit de interviews met politie en Openbaar Ministerie.¹³⁶ Gebrek aan kennis over digitale mogelijkheden speelt eveneens een rol bij officieren van justitie. Ook rechters kunnen kennis van de digitale mogelijkheden ontberen en zijn afhankelijk van deskundige voorlichting, bijvoorbeeld voorlichting door het Nederlands Forensisch Instituut, in de zaken waar technische verweren worden gevoerd.

5.3.2 Bufferzones en versleuteling van mails en bestanden

Een actueel probleem is het misbruik maken van de bufferzone die een provider toekent aan een abonnee, bijvoorbeeld voor zijn e-mail. De abonnee kan nu onder een alias kinderporno naar dit adres mailen. Vervolgens stelt hij het adres ter beschikking aan anderen, die de geposte kinderporno kunnen bekijken. Door

¹³⁶ Zie ook: Lensink, H. (2004). Ziek & Slim, pedo's ontraceerbaar op internet. *Nieuwe Revu*, 52, p. 33-34; Stol, W. (2003) Sociale controle en technologie, De casus politie en kinderporno op internet. *Amsterdams sociologisch tijdschrift*, 30, p. 162-181; Hoekstra, O. (2006). Niets hoeft te zijn wat het lijkt, *Opportuun*, nr. 3, p. 6-8.

nu zelf deze mail niet te lezen kan nooit worden aangetoond dat hij wist wat die mails bevatten en kan bezit niet bewezen worden. Hij heeft immers niet geweten wat die ander (zijn alias) hem gemaïld heeft.¹³⁷ Een ander probleem kan ontstaan als iemand geheugenruimte huurt bij een provider om grote hoeveelheden gegevens op te slaan, daar vervolgens kinderporno op plaatst, terwijl de bestanden fysiek zijn opgeslagen in een ander land. Bovendien is vaak onbekend of een verdachte op deze wijze elders bestanden heeft ondergebracht. Het materiaal staat niet op de voor privé-gebruik bestemde computer van de verdachte. Kan dan nog gesproken worden van bezit, of is hier sprake van verspreiding: heeft de verdachte met de plaatsing van het materiaal in een gedeelde zone het voorwaardelijk opzet gehad het materiaal te delen met anderen? Uit de interviews komt naar voren dat de politie en het Openbaar Ministerie hiermee worstelen.

Door de Procureurs-generaal wordt in het Beoordelingskader kinderporno van 28 juni 2005 de vraag opgeworpen of het bekijken van kinderporno, opgeslagen in een gedeelde map van de vrije zone van de provider, niet zou moeten worden beschouwd als een 'virtuele bioscoop' en daarmee als overtreding van 248c Sr. De vraag is of dit mogelijk is nu aan de eis van fysieke aanwezigheid niet wordt voldaan. Er lijkt geen sprake te zijn van het in bezit hebben van kinderpornografie ex art. 240b Sr als de vrije ruimte wordt gebruikt om kinderpornografie op te plaatsen en de gebruiker daar vrij toegang tot heeft, omdat enkel kijken niet strafbaar is. Als de toeschouwer blijk geeft van de intentie het materiaal te willen bezitten, bijvoorbeeld door dit te downloaden, is wel sprake van bezit. Er wordt door verschillende respondenten geopperd dat ook het betalen voor de website kan worden beschouwd als een intentie het materiaal (tijdelijk) te bezitten. Daarnaast kan het plaatsen van kinderpornografisch materiaal op een bufferzone worden beschouwd als het verspreiden van kinderporno. Immers, het materiaal wordt opgeslagen in zogenoemde gedeelde mappen. Daarmee biedt de verdachte - of hij dat beoogt of niet - anderen de mogelijkheid kennis te nemen van het kinderpornografische materiaal en maakt hij zich schuldig aan verspreiding in de zin van artikel 240b Sr.

Afgaande op de wetsgeschiedenis heeft de wetgever niet het oog gehad op kijkgedrag in zo'n bufferzone. Het enkele kijken is door de wetgever steeds als straffeloos benoemd vanwege vermoede handhavingproblemen.

¹³⁷ Dit fenomeen kwam al eerder ter sprake in hoofdstuk 4, paragraaf 4.2, waar het ging om het bezit respectievelijk verspreiden van kinderpornografie.

Een ander probleem voor de opsporing betreft de versleuteling van zowel mails als van bestanden (PGP). Voor het ontsluiten van PGP codes beschikt het Nederlands Forensisch Instituut over speciale computerprogrammatuur. Soms lukt het om hiermee PGP te kraken, maar in veel gevallen niet omdat de sleutel te lang en daarmee te complex is. Bovendien wisselen de PGP-codes regelmatig. Opsporingstechnisch en juridisch het meest lastig zijn combinaties van bovengenoemd misbruik van bufferzones en versleuteling.

5.3.3 Webcam

De webcam maakt het mogelijk de ander via het beeldscherm te zien. Daarnaast wordt via chatboxen met elkaar gecommuniceerd. Het is mogelijk om via de digitale snelweg (chatten) anoniem en zonder een ander fysiek aan te raken, aan te zetten tot het plegen van seksuele handelingen en dat zichtbaar te maken via de webcam. Of sprake is van een strafbaar feit en hoe dit dan moet worden gekwalificeerd, wordt door de politie, het Openbaar Ministerie en de advocatuur als lastig bestempeld. Valt het onder het verleiden van minderjarigen tot het plegen van seksuele handelingen met zichzelf (art. 248a Sr) of is het een vorm van ontucht? En wat als het beeldmateriaal wordt verspreid? Uit de jurisprudentie komt naar voren dat er sprake is van ontucht als de meerderjarige 'met (bedreiging met) geweld of een andere feitelijkheid' de minderjarige dwingt tot het ten overstaan van de webcam plegen van ontuchtige handelingen. Vrijwillig gepleegde seksuele handelingen door een minderjarige ten overstaan van via de webcam meekijkende meerderjarige lijkt niet onder de bestaande strafbepalingen te vallen, althans niet wanneer de toeschouwer daar geen afbeeldingen van maakt. Is dat laatste het geval dan gaat het om het vervaardigen dan wel bezit van kinderpornografie in de zin van artikel 240b Sr (zie hoofdstuk 4). Dit fenomeen van het via de webcam verleiden van minderjarigen - al dan niet met vastlegging van de beelden - neemt, zoals het KLPD en respondenten van de politie bevestigden, snel toe.

De wetgever acht het privé, via de webcam, bekijken van kinderpornografisch materiaal niet strafbaar, zoals in hoofdstuk 3 naar voren komt.¹³⁸ Reden daarvoor is de onmogelijkheid een dergelijk verbod te handhaven.

¹³⁸ Zie ook de Aanwijzing Kinderpornografie waarin een opmerking van dezelfde strekking staat opgenomen.

5.4 De impact van de wetswijziging op de rechtshandhaving

Heeft de wetswijziging bijgedragen aan een verbetering van de opsporing en vervolging van zedenmisdrijven of zijn er (nieuwe) knelpunten? Per delictcategorie (kinderpornografie, sekstoerisme en andere zedendelicten) wordt ingegaan op de opsporing en vervolging.

5.4.1 Aspecten van opsporing en vervolging van kinderpornografie

Opsporing en vervolging

Kinderpornografie wordt op verschillende manieren ontdekt. Regelmatig start een opsporingsonderzoek na een melding of aangifte; een derde - een huisgenoot, een werkgever of een computerreparateur - ontdekt kinderpornografie en doet daarvan aangifte. Naar aanleiding van een verdenking van seksueel misbruik van een kind kan een doorzoeking plaatsvinden. In dat geval wordt zonodig de computer meegenomen en kan kinderpornografie worden aangetroffen op de computer van de verdachte (bijvangst). Ook als er verdenking bestaat van andere delicten, bijvoorbeeld fraude, kan blijken dat sprake is van bezit van kinderporno. Daarnaast worden door gerichte opsporing, bijvoorbeeld internetsurveillance, kinderpornoactiviteiten achterhaald. Tot slot worden netwerken in internationaal verband opgerold in Nederland en in het buitenland. De opsporingsactiviteiten worden in die gevallen gecoördineerd via Interpol of Europol. (Zie tevens hoofdstuk 6, paragraaf 6.3.)

Alle respondenten wijzen erop dat meestal eindgebruikers worden vervolgd en dit blijkt eveneens uit het dossieronderzoek (hoofdstuk 6, paragraaf 6.4). De verdachten zijn 'de kleine jongens', variërend van de enigszins geïsoleerd levende zonderling, de huisvader met een baan en de man met een belangrijke positie in de maatschappij. Deze mensen bekennen vaak dat ze kinderporno bekijken en in bezit hebben. Sommigen zijn opgelucht als ze worden gepakt. Hier zijn geen grote problemen als het gaat om opsporing, vervolging en berechting. Daarnaast zijn er de 'pedofiellenetwerken'. Het Meldpunt Kinderporno wijst bijvoorbeeld op het veel voorkomen van uitwisselingsprogramma's (*peer to peer groups*), waarin ook kinderporno wordt uitgewisseld. Soms stuit de politie na een melding op zo'n netwerk. Deze netwerken hebben veel kennis om digitaal onzichtbaar te zijn voor niet ingewijden, zoals we in de vorige paragraaf uiteen

hebben gezet.¹³⁹ Tot slot zijn er de producenten, de groep mensen die veel geld verdient aan kinderporno. Het Openbaar Ministerie en de politie beschouwen deze groep als een vorm van zeer zware georganiseerde criminaliteit gezien de (zeer) gewelddadige kinderporno die wordt geproduceerd. Deze producenten komen vaak in beeld, maar bevinden zich vrijwel altijd in het buitenland (Oost-Europa en Azië). De grote producenten kunnen alleen in internationaal verband worden aangepakt.

Vrijwel alle respondenten zijn van oordeel dat meer nadruk zou moeten liggen op de opsporing en vervolging van producenten en dat meer aandacht moet gaan naar de commerciële kinderpornografie (conform de Aanwijzing kinderpornografie). Dit wil niet zeggen dat de eindgebruikers niet moeten worden aangepakt.¹⁴⁰

Via eindgebruikers, de *downloaders*, kun je bij de producenten komen en daarom is het niet goed een tegenstelling te creëren tussen eindgebruikers en producenten, zo wordt opgemerkt. Het Openbaar Ministerie en de politie benadrukken dat de eindgebruikers een markt in stand houden; een markt van misbruik van kinderen.

Naast het vergroten van deskundigheid en uitbreiding van de opsporings- en vervolgingscapaciteit is het vooral van belang in de preventieve sfeer aandacht te besteden aan kinderporno. Zoals een rechter opmerkte: 'Het is dweilen met de kraan open. Er zal voorlichting moeten komen over omgangsvormen, bijvoorbeeld op scholen of in de media. Vooral mensen in kwetsbare posities worden misbruikt, dus daar moet de aandacht naar gaan; hoe kun je hun positie versterken?'

Omvang en waarneming

De omvang van kinderpornografisch materiaal is enorm. Het gewelddadige karakter van kinderporno lijkt toe te nemen. Het kinderpornografische materiaal omvat zeer jonge kinderen die op gewelddadige wijze worden verkracht, waaronder baby's. In toenemende mate worden dit soort zaken aangebracht bij de meervoudige kamer, waar vroeger werd gedagvaard voor de politierechter. Ondanks dat het materiaal doorgaans als ernstig wordt gekwalificeerd, zijn er ook afbeeldingen waar discussie over mogelijk is. Binnen de politie is geen eenduidige mening over wat onder kinderpornografie moet worden verstaan,

¹³⁹ Zie ook hoofdstuk 6, paragraaf 6.4. Voor een levendige beschrijving hoe je toegang kunt krijgen tot zo'n netwerk zie het artikel: Kleef, J. van (2004). Kinderporno, kinderspel. *Nieuwe Revu*, 52, p. 28-32.

¹⁴⁰ Enkele politie functionarissen wijzen hier op.

ondanks de tweemaandelijkse afstemming tussen de regio's en het KLPD. Er komen regionale verschillen en verschillen in inzicht tussen regio's en het KLPD naar voren. Vanuit de politie wordt gevraagd om aanscherping van de aanwijzing kinderporno, maar de vraag is of dit mogelijk is omdat het lastig blijft om (harde) criteria te geven. Daarnaast hangt het af van de maatschappelijke ontwikkelingen hoe iets wordt geïnterpreteerd.

Doorgaans wordt veel kinderpornografisch materiaal gevonden en betreffen de ten laste gelegde feiten afbeeldingen waarover geen discussie mogelijk is. Het Openbaar Ministerie gaat niet snel tot vervolging over als er problemen zijn rond de opzet: er zijn immers voldoende zaken waarin met succes vervolgd kan worden. In hoofdstuk 4 zijn we ingegaan op het feit dat door het ontbreken van beeldmateriaal in het strafdossier, de rechter oordeelt op grond van de schriftelijke stukken zonder het beeldmateriaal te hebben gezien. Als er een verweer wordt gevoerd dat afbeeldingen geen 'seksuele gedraging' in de zin van artikel 240b Sr zijn of dat er geen sprake is van de kennelijke leeftijd van nog geen zestien jaar (oude wet) of nog geen achttien jaar (nieuwe wet), kan dit ertoe leiden dat de rechter zich een compleet beeld moet vormen. Kennisname van het materiaal kan plaatsvinden ter zitting, of achter gesloten deuren in bijzijn van de verdachte. Ook kan de officier van justitie voor de zitting de mogelijkheid tot inzage bieden, bijvoorbeeld in het geval waar de verdachte de ernst van het materiaal ontkende en verklaard had dat 'dergelijke foto's normaal zijn in de gay scene'. Het verweer dat het geen kinderpornografie zou betreffen wordt vaak door de feiten overruled, of het betreft slechts een enkele afbeelding, terwijl de rest van het materiaal gekwalificeerd kan worden als kinderpornografisch materiaal.

Er speelt hier echter nog een ander punt. Zowel politie als Openbaar Ministerie brengen naar voren dat rechters de ernst van het kinderpornografische materiaal vaak onderschatten omdat het beeldmateriaal niet wordt getoond; rechters worden beschermd tegen de impact die deze beelden hebben. De politie en Openbaar Ministerie brengen naar voren dat rechters hogere straffen opleggen als zij zelf het beeldmateriaal hebben gezien. Een advocaat die tevens rechter-plaatsvervanger is, erkent dat rechters worden beschermd en vaak afgaan op de schriftelijke stukken als er geen bewijsverweer wordt gevoerd. Beelden van kinderen die seksueel worden misbruikt hebben meer impact dan een beschrijving op papier. Bovendien speelt hier nog een ander aspect. Als het kinderpornografisch materiaal als bijvangst is gevonden bij het strafrechtelijke onderzoek

naar seksueel misbruik, staat het actuele seksueel misbruik van een concreet slachtoffer meer op de voorgrond en wordt het kinderpornografisch materiaal eerder beschouwd als slechts plaatjes; het oorspronkelijke seksueel misbruik dat gepaard ging met de vervaardiging van de kinderpornografie staat op de achtergrond.

Berechting in zaken van kinderporno

Veel eindgebruikers bekennen dat zij kinderporno in bezit hebben. Advocaten houden daarom vaak een strafmaatverweer. Een van de advocaten adviseert al in een vroeg stadium zijn cliënt om hulp te zoeken bij een forensisch-psychiatrische polikliniek; als de verdachte daar een behandeling volgt werkt dit positief voor de strafmaat.

In veel gevallen wordt een voorwaardelijke straf en een taakstraf opgelegd (zie ook hoofdstuk 6). Het Openbaar Ministerie en de politie vinden de straffen vaak te laag, zeker als het mannen betreft die bewust deel uitmaken van een netwerk en veel materiaal in voorraad hebben. Bij een grote voorraad kinderporno hoort een hogere straf, terwijl iemand die het verwerpelijke ervan inziet, een lagere straf verdient. De politie en het Openbaar Ministerie signaleren (grote) verschillen in strafmaat; de ene rechter legt 240 uur taakstraf op en de ander een gevangenisstraf voor soortgelijke zaken. Dit achten zij onwenselijk.

Een rechter geeft een verklaring voor de lage strafmaat. De bulk van de zaken betreft *first offenders*, dikwijls zonder een strafblad. Als de verdachte dan ook nog een gezin heeft en werk, bovendien zegt spijt te hebben en een behandeling volgt bij een forensisch-psychiatrische polikliniek, dan wordt laag gestraft. De strafmaat wordt bepaald aan de hand van een aantal factoren: de hoeveelheid kinderporno, alleen bezit of ook verspreiden, de seksuele gedragingen die op de afbeeldingen staan, of sprake is van recidive of niet, of het om prepuberale kinderporno gaat. Bovendien, zo merkt een rechter op, 'er zitten ook verdachten tussen die hoge posities bekleden (rechter, kinderarts); zij zijn in hun beroep al afgebrand, moet je ze dan ook nog een hoge straf opleggen?'

Wat te doen met in beslag genomen materiaal

Een ander knelpunt dat politie en Openbaar Ministerie naar voren brengen, is wat moet worden gedaan met al het in beslag genomen materiaal. Soms beveelt de rechter de harde schijf terug te geven, maar dit kan onwenselijk zijn. Tegenwoordig is het erg moeilijk er zeker van te zijn dat de kinderporno geheel gewist is. Ook als de verdachte de computer terug wil omdat zijn administratie erop

staat, acht het Openbaar Ministerie teruggave om voorgaande reden niet altijd gewenst. Een ander punt is dat het om enorme hoeveelheden gaat die niet kunnen worden afgevoerd naar de domeinen. Het vernietigen van het materiaal is een tijdrovende zaak.

5.4.2 Opsporing en vervolging van kinderseksstoerisme

In zekere zin is de pakkans verkleind, nu het gemakkelijker is om digitale foto's thuis te bekijken of af te drukken. Vroeger deed een fotowinkel nog wel eens aangifte. De meeste aangiften zijn van particuliere organisaties of individuen, zo blijkt uit het onderzoek van Seabrook.¹⁴¹

De respondenten uit de verschillende geledingen van de strafrechtketen komen zaken waarin artikel 5 of 5a Sr een rol speelt niet of nauwelijks tegen. In één politie regio speelden twee zaken. In een van deze zaken, die na de wetswijziging speelde, was zowel seksueel misbruik van minderjarigen in een ander land (via deelname aan seksreizen) als deelname aan een criminele organisatie ten laste gelegd. De negen verdachten zijn in eerste aanleg vrijgesproken omdat deelname aan een criminele organisatie niet te bewijzen was. Ze zijn vervolgens op beide feiten in hoger beroep veroordeeld. Was de verruiming er niet geweest, aldus de respondenten uit de desbetreffende politieregio, dan was deze uitspraak niet mogelijk geweest.

Uit het onderzoek van Vogelzang en anderen¹⁴² komt naar voren dat de verhoogde aandacht voor kinderseksstoerisme en de daarmee gepaard gaande verruiming van het strafrechtelijke instrumentarium niet direct hebben geresulteerd in een toename van opsporings- en vervolgingsactiviteiten. Het is lastig om de omvang van de problematiek vast te stellen, en dit bemoeilijkt een gerichte aanpak.¹⁴³

Een aantal respondenten bevestigt dat er geen directe verhoging van opsporings- en vervolgingsactiviteiten heeft plaatsgevonden.

De vraag is hoe de opsporing en vervolging verbeterd kunnen worden. Hiervoor lijkt een actieve multisectorale aanpak vanuit de ministeries van Justitie,

¹⁴¹ Seabrook, 2002, p. 95.

¹⁴² Vogelzang, B.O., e.a. (2002). Kinderseksstoerisme (vanuit Nederland): Onderzoek naar bestaande en (mogelijk) nieuwe reisbestemming. Woerden: WODC, Adviesbureau van Montfoort.

¹⁴³ Om de aanpak te verbeteren wordt aanbevolen een eenvoudig toepasbaar, uniform registratie-instrument voor kinderseksstoerisme te ontwikkelen en de gegevens op internationaal niveau te verzamelen. Zie Vogelzang en anderen, 2002, hoofdstuk 8. Uit hetzelfde onderzoek blijkt overigens dat er sprake is van een toename in de handel van minderjarigen ten behoeve van commerciële seksuele exploitatie.

Economische Zaken (vanwege de reisindustrie), Buitenlandse Zaken (ambassades) noodzakelijk. Deze aanpak kan voorlichting, kennisontwikkeling en training van de politie en ambassadepersoneel in Nederland en in het buitenland vorm helpen geven, aldus een NGO: zonder een gericht implementatietraject dreigt de wet een dode letter te blijven. Er moet breed op voorlichting worden ingezet. Door ruchtbaarheid te geven aan de mogelijkheid van strafvervolging in eigen land kunnen mensen, in het bijzonder medereizigers, alert worden gemaakt op signalen van kinderseksuïerisme, in de hoop dat zij hun eventuele vermoedens zouden melden. Ook is een steviger inspanning nodig op voorlichting aan vliegmaatschappijen en reisbureaus. Malafide reisbureaus moeten worden aangepakt, zo wordt naar voren gebracht.

Het Openbaar Ministerie wijst erop dat opsporing en vervolging van kinderseksuïerisme een ingewikkelde materie is, die niet regionaal aangepakt kan worden. Het behoort landelijk te worden aangepakt; daar voor is opbouw en versterking van expertise vereist en moet capaciteit worden vrijgemaakt. Daarnaast zijn informatiepunten in het buitenland nodig (bijvoorbeeld in Thailand en Tunesië) om tot een goede opsporing en vervolging te kunnen komen.

Geconcludeerd kan worden dat de verruiming van de extraterritoriale werking van de Nederlandse strafwet niet direct heeft geleid tot een toename van het aantal strafvervolgingen. Dit is niet verwonderlijk; de wetswijziging was vooral bedoeld als vangnet. De verruiming van de rechtsmacht diende primair om te voorkomen dat elders aangehouden verdachten tijdens hun borgtocht het land zouden ontvluchten, om na terugkeer in eigen land niet meer vervolgd te kunnen worden. Daarnaast werd met de wetswijziging beoogd het bewustzijn over deze problematiek te verhogen bij bijvoorbeeld medereizigers of reisbureaus. Van een implementatietraject lijkt tot nu nog niet veel werk te zijn gemaakt.

5.4.3 Knelpunten in opsporing en vervolging van andere zedendelicten

Het gebruik maken van seksuele diensten, verleend door minderjarigen (artikelen 248a en 248c)

De door ons geïnterviewde deskundigen hebben nauwelijks ervaring met de opsporing en vervolging van zaken die kunnen worden gekwalificeerd als het aanzetten van minderjarigen tot het plegen van seksuele handelingen en het gebruik maken van seksuele diensten (sekseshows, verleend door minderjarigen). In hoofdstuk 4 is beschreven dat er nog geen eenduidige interpretatie is van de

wetsartikelen 248a en 248c Sr. Artikel 248a Sr wordt vaak subsidiair ten laste gelegd in ‘webcam-situaties’, hiermee kan men volgens de politie goed uit de voeten.

Opgemerkt wordt dat het bewegen tot seksuele handelingen met een derde niet lijkt te vallen onder artikel 248a Sr en deze leemte wordt als gemis ervaren.

De politie constateert dat dankzij het nieuwe artikel 248c Sr kan worden opgetreden tegen seksshops met minderjarigen. Specifieke knelpunten komen niet naar voren.

Geconcludeerd kan worden dat de wijziging van artikel 248a Sr en de invoering van 248c Sr de opsporing en vervolging wel is vergemakkelijkt, maar wat de politie betreft is het aantal zaken gering. Wel merkt men dat het aantal webcamzaken snel toeneemt.

Verminderd bewustzijn en het hoorrecht

Er zijn geen specifieke knelpunten naar voren gekomen in de opsporing en vervolging van seksueel geweld waarbij sprake was van een ‘verminderd bewustzijn’. Evenmin over de wijziging van het klachtrecht in een hoorplicht, althans geen andere knelpunten dan die al genoemd zijn in hoofdstuk 4, paragraaf 4.5 en 4.6.

5.5 Randvoorwaarden voor adequate rechtshandhaving

Aan de respondenten is voorgelegd welke verbeteringen zij wensen of welke voorwaarden er zijn om tot een adequate vervolging van kinderporno en andere zedendelicten te komen. Alle respondenten wijzen op vergroting van de digitale expertise en de noodzaak van zedenspecialisten. Daarnaast wordt gewezen op de zorg voor het voorkomen van secundaire traumatisering bij personen die intensief bij de opsporing en vervolging van kinderpornografie (en andere ernstige zedenzaken) zijn betrokken.

Verdieping en verbreding van digitale expertise

Digitale ontwikkelingen hebben het opsporen van kinderporno bemoeilijkt, zeker als het gaat om producenten van kinderpornografisch materiaal, maar ook netwerken zijn niet eenvoudig op te sporen. De enige manier om greep te krijgen op de producenten is te investeren in kennisverdieping en verbreding van de

digitale expertise binnen de politie, het Openbaar Ministerie en de rechterlijke macht.

De 'whizzkids' bij de politie moeten worden vastgehouden en in aantal uitgebreid en er moet worden geïnvesteerd in scholing van zedenrechercheurs. Sinds 1 januari bestaat in het ressort Arnhem het Interregionale Bureau Digitale Expertise (IBDE). Dat biedt enerzijds ondersteuning aan politiemensen over digitaal Rechercheren en ontwikkelt anderzijds nieuwe opsporingstechnieken. In elke regio zou de digitale expertise moeten zijn gewaarborgd.

Tevens moet meer worden geïnvesteerd in het ontwikkelen van nieuwe opsporingsmethoden. Een officier van justitie oppert om meer aandacht te besteden aan het verder doordenken van combinaties van biometrische data (lichamelijke kenmerken) en technische vernieuwingen.

Bijscholing en deskundigheidsbevordering

Er moet voldoende tijd en ruimte worden vrijgemaakt om de deskundigheid op peil te houden bij de politie, het Openbaar Ministerie en de zittende magistratuur. Onderscheid moet worden gemaakt tussen een klein aantal mensen bij de politie en het Openbaar Ministerie dat diepgaande kennis van internet moet hebben en een grote groep mensen die voldoende basiskennis moet hebben. Er ontbreekt momenteel voldoende basiskennis op het gebied van digitalisering en zedenmisdrijven, niet alleen als het gaat om kinderporno, maar ook nieuwe vormen zoals via de chatbox minderjarigen aanzetten tot seksuele handelingen voor de webcam. Daarnaast moet er voldoende algemene deskundigheid aanwezig zijn om adequaat te kunnen reageren op nieuwe fenomenen, bijvoorbeeld *spanking* (het slaan van kinderen met een seksuele bedoeling).

Een eenmalige bijscholing op zedenmisdrijven is niet voldoende, het moet een voortdurend proces zijn. In dat kader is het belangrijk jaarlijks bijeenkomsten te organiseren van politie en Openbaar Ministerie (en zittende magistratuur) waarin technische en juridische vragen aan bod komen, ontwikkelingen in maatschappelijke fenomenen en de gevolgen daarvan voor de juridische kwalificatie. Daarbij moet er aandacht zijn voor de ethische vraagstukken rond zeden. Begripsverheldering is gewenst: er zijn (grote) verschillen over wat onder ontucht wordt verstaan, wat onder seksuele gedraging bij kinderporno en wat nog opportuun is om te vervolgen bij zedendelicten.

Zedenspecialisten

Zedendelicten omvatten zeer ingewikkelde zaken, niet alleen als het gaat om het opsporen en vervolgen van kinderporno, maar ook in geval van kindersekstoerisme, mensenhandel, loverboys en andere zedenzaken. Specifieke deskundigheid over zedenmisdriven is gewenst bij de politie, het Openbaar Ministerie en ook de zittende magistratuur.

Vanuit de politie wordt opgemerkt dat zedenzaken een hogere prioriteitsstelling behoeven. Het gebeurt dat complexere zedenzaken niet uitgerechercheerd worden, omdat de capaciteit niet toereikend is. In een omvangrijke kinderpornozaak bleef men bijvoorbeeld op deze wijze ‘steken’ bij de *downloaders* en ontbrak de tijd en capaciteit om door te dringen tot de producenten.

Door de huidige technische ontwikkelingen komen nieuwe vormen van seksueel geweld voor, die niet altijd eenvoudig zijn te kwalificeren. Door de verschillende wijzigingen in de zedelijkheidswetgeving is het soms lastig om de tenlastelegging goed op te stellen; afhankelijk van de pleegdatum geldt een andere wetsbepaling. Daarnaast zijn de verjaringstermijnen afhankelijk van de hoogte van het strafmaximum en bovendien zijn deze een aantal keren gewijzigd. Ook dit levert een complexe materie op. Het is daarom wenselijk dat hiervoor gespecialiseerde parketsecretarissen en officieren van justitie worden aangesteld. Het Openbaar Ministerie benadrukt dat er per team (dus niet alleen per arrondissement) een vaste secretaris en officier van justitie belast moeten zijn met de zedendelicten. Daarnaast wordt voorgesteld om ook landelijk meer gewicht toe te kennen aan de zedenproblematiek, zoals er tegenwoordig aandacht is voor de georganiseerde criminaliteit als fraude en milieucriminaliteit. Een ‘superdeskundige’ voor zedenzaken op het Functioneel Parket zou de zeer ingewikkelde zaken moeten doen en ondersteuning bieden aan de regionale officieren van justitie. Bovendien stellen respondenten voor ook binnen de zittende magistratuur meer specialisatie toe te laten voor zeden, zoals dit geldt voor ingewikkelde fraudezaken. De zeer ingewikkelde zedenzaken zouden mede door een deskundige zedenrechter moeten worden behandeld.

Voorkomen van secundaire traumatisering

Opsporen en vervolgen van zedenzaken kan diep ingrijpen in het persoonlijke leven van de politieagent(e) of officier van justitie. Doorgaans hoort dit bij het vak en kan men goed omgaan met ernstige gewelds- en zedenzaken. Uit het onderzoek komt naar voren dat zeker bij het opsporen en vervolgen van kinderporno aandacht voor secundaire traumatisering geboden is: voorkomen

moet worden dat door de impact van het beeldmateriaal of van schokkende verhalen politiemensen en officieren van justitie zelf getraumatiseerd raken. De politie moet bij de opsporing en vervolging van kinderporno honderden beelden bekijken. Hoewel er programma's zijn ontwikkeld die al eenmaal bekeken afbeeldingen herkennen,¹⁴⁴ komen er telkens nieuwe afbeeldingen bij die bekeken moeten worden. Niet elke politierechercheur kan deze beelden aan en is voor dit werk geschikt: vandaar ook de behoefte aan gespecialiseerde functionarissen. Bij de politie valt bovendien enige bitterheid te bespeuren dat zij de beelden uitentreuren onder ogen krijgen en de overige actoren in de strafrechtketen nauwelijks. De NGO's merken op dat men het zien van de beelden wel aankan, maar dat het frustrerend is dat er aan zulke schokkende zaken vervolgens relatief zo weinig capaciteit wordt besteed.

Ook bij het Openbaar Ministerie is niet iedereen geschikt om zaken van kinderporno te doen. Zeker bij kinderporno van jonge kinderen blijkt dat vooral officieren van justitie die zelf jonge kinderen hebben, het zwaar vinden zaken van kinderporno te behandelen.

Voorkomen moet worden dat bij politiemensen en officieren van justitie secundaire traumatisering optreedt. Er zou meer gerichte aandacht en zorg moeten zijn voor het risico hierop bij de politie en het Openbaar Ministerie. Het zou goed zijn als er, zeker bij het Openbaar Ministerie, vaker intervisie plaatsvindt en collegiale toetsing.

Conclusie

Uit het onderzoek komt naar voren dat de geconstateerde knelpunten in de handhaving niet zozeer samenhangen met de wijzigingen van de wet, als wel vooral met maatschappelijke en technische ontwikkelingen van internet en het ontbreken van voldoende deskundigheid. Verdieping en verbreding van digitale expertise in de strafrechtketen en deskundigheidsbevordering ten aanzien van nieuwe ontwikkelingen in zedenzaken is noodzakelijk. Daarnaast dient secundaire traumatisering te worden voorkomen. Uitbreiding van zedenspecialismen bij politie, Openbaar Ministerie en zittende magistratuur lijkt gewenst. Ook dient meer aandacht te komen voor voorlichting en een implementatietraject rond kindersekstoerisme.

¹⁴⁴ Gewezen wordt op de Hash-code.

6

Kinderporno: het dossieronderzoek

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staan de bevindingen van het dossieronderzoek naar de afhandeling van zaken van kinderporno centraal. Het dossieronderzoek heeft tot doel inzicht te verkrijgen in de doorwerking van de wetswijziging in het afhandelen van kinderporno zaken. Zouden zaken van voor de wetswijziging die zijn afgedaan met een sepot, onder de nieuwe wetgeving wel zijn vervolgd (prospectieve benadering)? Zouden zaken die onder de nieuwe wetgeving zijn afgedaan, voor de wetwijziging vaker met een sepot zijn afgedaan (retrospectieve benadering)? Extra aandacht is uitgegaan naar geseponeerde zaken (n=38): om welke redenen zijn zaken geseponeerde, en is er een verschuiving in de tijd aanwijsbaar in gronden van sepot? Daarnaast hebben we een kwalitatieve analyse van de dossiers gemaakt. Wat is de aanleiding tot de opsporing, wat is het profiel van de verdachte en de aard van de verdenking, welke verweren worden gevoerd en welke straffen worden opgelegd? Het dossieronderzoek is een kwalitatief onderzoek. Er zijn 94 dossiers onderzocht, verspreid over een periode van bijna

tien jaar en drie arrondissementen.¹⁴⁵ Doel was het achterhalen van (juridische) argumenten die een rol spelen in de afhandeling van zaken van kinderporno. Bij de samenstelling van het te analyseren dossierbestand is daarom gezocht naar vertegenwoordiging van dossiers met relevante variabelen zoals ‘kennelijk’, ‘seksuele gedraging’, ‘schijnbaar betrokken’ en dergelijke.

6.2 De geseponeerde zaken

In totaal zijn er 38 geseponeerde zaken bestudeerd, waarvan 19 zaken van voor de wetswijziging en 19 zaken van na de wetswijziging. We hebben geen uitsplitsing naar beleidssepot versus technisch sepot gemaakt, om twee redenen: uit het dossieronderzoek kwam niet altijd naar voren of sprake was van een technisch dan wel beleidssepot. Nog belangrijker is echter dat het ons niet gaat om een getalsmatige vergelijking (want het aantal sepots is niet representatief), maar om een kwalitatieve analyse.¹⁴⁶

De analyse van de geseponeerde zaken levert het volgende resultaat op. We zien een verandering in de verhouding voorwaardelijke en onvoorwaardelijke sepots.

Van de 38 geseponeerde zaken in totaal waren 23 sepots onvoorwaardelijk en 15 sepots voorwaardelijk. De verhouding onvoorwaardelijke - voorwaardelijke sepots is sinds de wetswijziging sterk veranderd. Na de wetswijziging betrof het in meerderheid voorwaardelijke sepots, voor de wetswijziging lag die verhouding andersom. Daar waar voorwaardelijk werd geseponeerd, werd doorgaans de algemene voorwaarde gesteld dat de verdachte niet zou recidiveren binnen de opgelegde proeftijd. Soms werd een transactie als voorwaarde gesteld, een enkele maal in de vorm van een taakstraf.

De reden dat een onvoorwaardelijk sepot werd opgelegd, is meestal gelegen in het gebrek aan voldoende wettig bewijs (technische sepots). Van zowel de dossiers die dateren van voor de wetswijziging als na de wetswijziging is

¹⁴⁵ Het betrof de periode van 1 januari 1996 tot 1 juli 2005 en de arrondissementen Rotterdam, Arnhem en Utrecht. Zie voor een nader uitleg van de aanpak van het dossieronderzoek hoofdstuk 2, paragraaf 2.4.

¹⁴⁶ Gezien de kwalitatieve invalshoek van het dossieronderzoek en de wijze van samenstellen van het geanalyseerde bestand, is het niet juist om een getalsmatige uitsplitsing te geven van aantallen technische sepots en beleidssepots voor en na de wetswijziging.

‘onvoldoende wettig bewijs’ de meest voorkomende sepotgrond. Uit het dossieronderzoek komt naar voren dat sinds 2003/2004 de technische opsporingsmogelijkheden, zoals de mogelijkheden tot digitaal Rechercheren, vergroot zijn: zowel gedurende het opsporingsonderzoek als ten behoeve van het gerechtelijk vooronderzoek. Dit geeft aan dat het verminderen van het aantal technische sepot, zoals in hoofdstuk 7 naar voren komt, niet (alleen) te danken is aan de wetswijziging.

Een aantal keren gaf de leeftijd van de verdachte (bejaard)¹⁴⁷, diens persoonlijke omstandigheden (bijvoorbeeld de verdachte heeft hersenletsel door een auto-ongeluk) of de aard van de zaak (gering feit) aanleiding tot een sepot (beleidssepot).

In drie zaken na de wetswijziging is de zaak met een sepot afgedaan, omdat de verdachte overleden was. In twee zaken betrof het jonge verdachten, die kort na aanhouding en verhoor suïcide pleegden.

Vanuit een prospectief oogpunt bekeken, valt op dat zaken die voor de wetswijziging met een sepot zijn afgedaan, na de wetswijziging waarschijnlijk vervolgd zouden worden. De reden om nu tot vervolging over te gaan is niet omdat de aanwezige bewijsproblemen zouden zijn opgelost, maar omdat de zaken als ernstiger worden beoordeeld. Voor de wetswijziging leidde bezit van een of enkele kinderpornografische afbeeldingen, zeker wanneer het om ouder materiaal ging, vaker tot sepot dan na de wetswijziging. Wanneer we de ontwikkeling in de tijd bezien, valt op dat het bezit van een of enkele kinderpornografische afbeeldingen de afgelopen jaren als ernstiger misdrijf wordt beschouwd.

6.3 Start van het opsporingsonderzoek

Er zijn meerdere aanleidingen voor het starten van een opsporingsonderzoek. Meer dan de helft van de opsporingsonderzoeken in de 94 geanalyseerde dossiers wordt gestart naar aanleiding van meldingen die afkomstig zijn van burgers, grotendeels van mensen die tijdens hun beroepsuitoefening geconfronteerd

¹⁴⁷ In dossiers van na de wetswijziging kwamen we ook twee maal minderjarige verdachten tegen. Minderjarigheid was geen reden voor seponeren.

worden met kinderpornografische beelden, zoals computertechnici. Ook de alertheid van werkgevers is bij kinderporno van belang.

Slechts bij ongeveer een kwart van de zaken komt de verdachte in beeld na een gericht opsporingsonderzoek van de politie zelf. Soms gaat het dan om een gericht opsporingsonderzoek van de Nederlandse politie, soms van politie uit het buitenland (Zwitserland, Groot Brittannië, de Verenigde Staten, Duitsland).

Gerichte opsporingsonderzoeken van de politie betreffen infiltratie van rechercheurs in een besloten internationaal netwerk van pedofielen op een besloten BBS.¹⁴⁸

Verder zijn meldingen van het Meldpunt Kinderporno - al dan niet in combinatie met gerichte opsporing - startpunt van een zaak. Ook aangiften van ontucht met kinderen zijn soms aanleiding om verder te zoeken. Tot slot komt het voor dat kinderporno bijvangst is van op een andere titel gestart opsporingsonderzoek. Soms betreft het dan ontuchtzaken, waarbij tijdens het opsporingsonderzoek ook kinderporno boven tafel komt; soms gaat het om meer onverwachte bijvangst, bijvoorbeeld van een drugsmokkelzaak of een moordzaak.¹⁴⁹

6.4 Profiel van de verdachte

Hoewel uit de gevonden gegevens geen 'harde' uitspraken kunnen worden gedaan over het profiel van de verdachten, kan daarover wel een enkele opmerking worden gemaakt (zie ook hoofdstuk 5, paragraaf 5.4). De verdachten komen uit allerlei bevolkingsgroepen. Zij verschillen niet alleen in leeftijd (minderjarig tot bejaard), opleidingsniveau en beroepsgroep (van laag geschoold tot medisch specialist), burgerlijke staat (alleenstaand, maar ook getrouwd met kinderen), maar ook wat betreft seksuele interesse. Sommigen van hen hebben uitgesproken pedofiele gevoelens en verzamelen om die reden kinderpornogra-

¹⁴⁸ Alleen leden hebben toegang tot een dergelijk BBS. De werkwijze is als volgt. Iedere bezoeker wordt geacht kinderpornoplaatjes te plaatsen. Dit gebeurt op een gehackte website, een forum in Noord Korea bijvoorbeeld. Software biedt een lid de mogelijkheid om plaatjes te plaatsen. Vervolgens geeft dit lid aan een ander het adres door van deze sites en kan die ander er plaatjes vandaan halen, in ruil voor andere plaatjes. Er wordt maar een korte periode gebruik gemaakt van zo'n gehackte site; regelmatig wordt er van site-adres geswitcht

¹⁴⁹ Dat meldingen van burgers - meer dan gerichte opsporing door de politie - aanleiding vormen voor de start van een strafrechtelijk onderzoek naar kinderporno, was ook een bevinding uit het onderzoek van Savornin Lohman, et al., 1999.

fisch materiaal. Voor anderen ligt de nadruk meer op hun homoseksuele geaardheid, waarbij zij een zekere voorkeur hebben voor minderjarige jongens. Weer anderen leggen een zeer brede seksuele belangstelling aan de dag en verzamelen zowel volwassen pornografie als kinderpornografie. Er zijn echter ook verdachten die niet een uitgesproken seksueel profiel lijken te hebben; hun acties lijken te zijn ingegeven door een te vergaande nieuwsgierigheid. Laatstgenoemden beschikken meestal over slechts enkele afbeeldingen. Gemeenschappelijk kenmerk van de meeste verdachten is echter hun verzamel drift: zij verzamelen enorme hoeveelheden materiaal.

Vrijwel alle verdachten zijn mannen. Slechts in twee gevallen betrof het een vrouw. In een geval betrof dat het vervaardigen van kinderpornografische afbeeldingen, in het andere geval betrokkenheid bij het vervaardigen.

Voor slechts drie verdachten lag het motief in de te maken winst. Een verdachte brandde op verzoek cd's van via internet verkregen afbeeldingen en verkocht die. Een ander wilde proberen geld te gaan verdienen met algemene pornosites en was zo 'slordig' het materiaal dat hij daartoe verzamelde niet goed uit te zuiveren, waardoor er ook kinderporno tussen zat. De derde verdachte bij wie het motief winst was, heeft samen met haar man een postorderbedrijf in erotica op internet. Zij hadden pornografische foto's van een vijftienjarig meisje gemaakt en waren van plan die op hun site te plaatsen.

Opvallend is een verschuiving in de laatste jaren naar eindgebruikers die in beeld komen bij justitie. De conclusie van het vorige evaluatieonderzoek¹⁵⁰ dat bij meer dan de helft van de verdachten sprake was van commerciële en professionele productie, distributie en grootschalige ruilhandel, kunnen we op basis van dit onderzoek zeker niet meer trekken. In de meer recente dossiers komen we vooral verdachten tegen die kinderpornografische afbeeldingen verzameld hebben (van een of enkele afbeeldingen tot enorme aantallen) en enkele pedofiele verdachten aan wie ruilhandel en/of (kleinschalige) productie ten laste is gelegd. Grote producenten die puur uit zijn op winstbejag komen niet voor in de onderzochte dossiers.

¹⁵⁰ Savornin Lohman et al., 1999.

6.5 De aard van de verdenking

Artikel 240b Sr noemt een arsenaal aan handelingen waaraan de verdachte zich schuldig kan maken: verspreiden, openlijk ten toon stellen, vervaardigen, invoeren, doorvoeren, uitvoeren of in voorraad hebben, dan wel in bezit hebben. In de meerderheid van de 94 onderzochte dossiers concentreerde de verdenking zich op het in bezit of in voorraad hebben. Regelmatig wordt deze verdenking aangevuld met het verspreiden.

In een minderheid van de gevallen wordt een verdachte het vervaardigen van kinderpornografie ten laste gelegd.¹⁵¹ Het gaat dan ofwel om het afbeelden van kinderen in pornografische poses, of om het op film of foto vastleggen van door de verdachte gepleegd seksueel misbruik. In twee gevallen wordt daar een mobiele telefoon voor gebruikt. Andere verdachten maken zich wel schuldig aan seksueel misbruik, maar het kinderpornografische materiaal dat zij bezitten is door anderen vervaardigd en betreft hen onbekende kinderen. Ten slotte worden sommige verdachten beschuldigd van het gewoonte maken van dergelijke handelingen (art. 240b lid 3 Sr).

6.6 De wijze van tenlastelegging in relatie tot de inzage

Net na de wetswijziging is een aantal uitspraken gepubliceerd waar in zaken van kinderpornografie een beroep werd gedaan op de nietigheid van de dagvaarding wegens een onvoldoende feitelijk karakter (art. 261 Sv), zoals in hoofdstuk 4 is aangegeven. In de onderzochte strafdossiers wordt dit verweer slechts enkele malen gevoerd; de opgestelde tenlasteleggingen voldoen dan ook meestal. Voor een aantal geldt echter dat deze in te algemene termen zijn gesteld, er wordt echter geen verweer gevoerd. In de meest recente zaken komt het in algemene termen gesteld zijn van de tenlasteleggingen niet meer voor (dit wordt bevestigd in de interviews, zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.3). In één tenlastelegging was de materiële omschrijving vervangen door verwijzing naar de pagina's van het proces-verbaal van het KLPD, met de daar beschreven omschrijving.

¹⁵¹ Dat het hier een minderheid betreft, zal mede beïnvloed zijn door de nadruk die gelegd is om dossiers van na de wetswijziging in het onderzoek te betrekken.

Wanneer de verdediging een beroep doet op art. 261 Sv, wordt ook de wijze van inzage geproblematiseerd. De wijze waarop de inzage wordt georganiseerd kan verschillen. Zo werd in één zaak door de officier van justitie, in samenspraak met de politie, een fotoboek samengesteld dat een week voor de zitting ter beschikking werd gesteld aan de rechter en de verdediging. Andermaal kreeg de verdediging de gelegenheid om samen met de cliënt de ten laste gelegde afbeeldingen in te komen zien op het politiebureau. In de laatste zaak werd daarvan evenwel geen gebruik gemaakt. De raadsvrouw volstond met het zelf - kortstondig - kennisnemen van het materiaal; inzage in gezelschap van de cliënt onder toezien van de politie werd als te belastend ervaren. Wanneer op voorhand geen inzage heeft kunnen plaatsvinden, dan wel daar geen gebruik van is gemaakt, wordt de verdachte in de regel ter zitting de gelegenheid geboden zich een oordeel te vormen over de ten laste gelegde afbeeldingen.

6.7 Verweren

Of, en zo ja, welk verweer door de verdediging ter zitting is gevoerd, is niet altijd uit het strafdossier op te maken. Zeker niet wanneer de zaak is aangebracht bij de politierechter vanwege diens mondelinge vonnis. Ook in de zaken die zijn afgedaan door de meervoudige kamer is niet in alle gevallen terug te vinden welke verweren zijn gevoerd en welke respons daarop is gegeven door de rechter. Bronnen van informatie zijn, naast het vonnis, aantekeningen van de griffier of de rechter in het dossier. Ook is het mogelijk dat er in een aantal gevallen gewoonweg geen verweer is gevoerd.

Toch hebben we een palet aan verweren gevonden. Wanneer verweer is gevoerd betreft het meestal een bewijsverweer, een enkele maal aangevuld met een beroep op een strafuitsluitingsgrond. Daarnaast wordt een enkele maal, behalve in het eerder besproken beroep op nietigheid van de dagvaarding wegens onvoldoende feitelijkheid, een beroep gedaan op de niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie of op bewijsuitsluiting.

Onrechtmatige opsporing

Zo zou in de zaak waarin de niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie wordt ingeroepen volgens de verdediging sprake zijn van onrechtmatige opsporing. De aanleiding daartoe lag in het feit dat het kinderpornografisch materiaal niet het resultaat was van opsporingsactiviteiten van de politie. Deze

had het materiaal namelijk overhandigd gekregen van een onderzoeksbureau, dat door de werkgever van de verdachte was ingeschakeld. Dat de politie het materiaal vervolgens had bestudeerd en gekwalificeerd als kinderpornografie was volgens de verdachte onvoldoende.

Dit verweer doet denken aan het beroep op schending van de privacy in een andere zaak. Daarin kreeg de politie eveneens via interventie van een derde, in dit geval een computerreparateur, het materiaal op cd-rom aangeleverd. In deze laatste zaak zou, zo stelt de verdachte, zijn gehandeld in strijd met art. 8 EVRM. In beide zaken wordt het verweer verworpen, conform het standpunt van de Hoge Raad dat door derden aangeleverd materiaal door de politie gebruikt mag worden.

Overigens geven vermoede onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek in één zaak aanleiding tot een onvoorwaardelijk sepot. Het betrof hier een ambtshalve bekende pedofiel die door diens werkgever als vermist werd opgegeven. De politie dringt naar aanleiding van deze melding het huis van de man binnen vanwege mogelijke hulpverlening en treft daar kinderpornografisch materiaal aan. Hier wordt een onzuiverheid in het optreden vermoed die aanleiding geeft tot sepot.

In één zaak wordt partiële niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie uitgesproken. De verdachte in die betreffende zaak was al eerder voor een deel van de ten laste gelegde feiten veroordeeld. Ook werd in twee zaken overschrijding van de redelijke termijn aangevoerd.

Ontbreken van het opzet

Een aantal malen ontkent de verdachte het ten laste gelegde opzet op het bezit of het verspreiden van kinderpornografie. Gesteld wordt dat men in legale nieuwsgroepen heeft gesurft en daaruit bestanden heeft gedownload. De aangetroffen kinderpornografische bestanden zouden slechts bijvangst zijn, waarvan de verdachte zich bovendien niet bewust is geweest. Evenmin heeft de verdachte de bedoeling gehad kinderpornografie te verspreiden; de door hem verzonden berichten met bijlagen betroffen slechts een vriendendienst, of moeten als ruilhandel worden gezien. Meestentijds hecht de rechter geen waarde aan een dergelijk verweer; bijvoorbeeld omdat de aard en omvang van de in beslag genomen afbeeldingen de lezing van de feiten als gepresenteerd door de verdachte weerspreken.

Geen ‘in voorraad hebben’

In zaken daterend van voor de wetswijziging wordt het ‘in voorraad hebben’ meermalen betwist. Gesteld wordt dat de daarvoor benodigde pluraliteit van afbeeldingen, in samenhang met de benodigde externe gerichtheid, ontbrak bij de verdachte. Het zou slechts gaan om privé-bezit. Een zodanig verweer wordt standaard verworpen met verwijzing naar de uitspraak van de Hoge Raad van 28 april 1998 (NJ 1998, 782). Uit dien hoofde gold immers al voor de wetswijziging dat bezit voor privé-doeleinden ook onder de reikwijdte van art. 240b Sr-oud viel.

Eén verdachte voert aan dat geen sprake is geweest van bezit wegens de kortstondige duur daarvan. Het gegeven dat hij de afbeeldingen na het downloaden na korte tijd weer heeft verwijderd, staat zijns inziens het spreken van bezit in de weg. Immers, enkel kijken is niet strafbaar gesteld. Dit verweer wordt verworpen.

Kennelijke leeftijd

Slechts twee maal wordt een verweer aangetroffen waarin de leeftijd van de afgebeelde minderjarige werd betwist. De verdediging trekt hier de verklaring van de verbalisant van het KLPD in twijfel, waarin deze de leeftijd vaststelt aan de hand van het postuur en de mate van lichaamsbehandling van de afgebeelde jongen (de zogenaamde Tanner-criteria). De verdediging trekt de expertise van deze verbalisant in twijfel. Het zou, stelt de verdediging, hier gaan om een meerderjarige met groeistoornissen. De rechtbank verworpt dit verweer. Het leeftijdsvereiste is immers geobjectiveerd; het gaat om de kennelijke leeftijd, blijken uit de afbeelding, niet om de werkelijke leeftijd van de afgebeelde persoon.

In de andere zaak treft het verweer wel doel. Gesteld wordt dat niet in rechte kan worden vastgesteld dat de afgebeelde minderjarige kennelijk de leeftijd van achttien jaar niet heeft bereikt. De rechter honoreert het verweer en spreekt gedeeltelijk vrij.

(Geen) Kinderpornografie?

In een aantal gevallen wordt het kinderpornografische karakter van het materiaal bestreden. In drie zaken wordt dit verweer gehonoreerd.

In twee zaken is een verschil van mening tussen het KLPD en verbalisanten van de afdeling Kinderpornografie van een regiokorps over de vraag of de gewraakte afbeeldingen kunnen worden gekwalificeerd als kinderpornografie. Na kennisne-

ming ter zitting volgt de rechter in beide zaken het oordeel van het KLPD en volgt partiële vrijspraak. De rechtbank motiveert de partiële vrijspraak in beide gevallen met de overweging dat de afbeeldingen geen seksuele gedraging weergeven die 'kennelijk bedoeld is om een seksuele prikkeling op te wekken', daarmee refererend aan een inmiddels vervallen criterium.

In de derde zaak heeft een medewerker van een internetcafé gezien dat de verdachte naaktfoto's van kinderen heeft zitten downloaden en heeft opgeslagen op diskettes. De van internet gedownloade foto's waren kinderen van drie tot achttien jaar. Tijdens de huiszoeking vindt de politie ook naaktfoto's van de stiefdochters van de verdachte in de tienerleeftijd. Tijdens de zitting ontstaat discussie of er sprake is van een pose. De rechtbank oordeelt dat er niet of nauwelijks sprake is van een kinderpornografische aard van de afbeeldingen en geeft de verdachte het voordeel van de twijfel.

In een ander dossier dat feiten betreft van voor de wetswijziging is een zeer uitgebreide pleitnotitie terug te vinden, waarin de advocaat het kinderpornografische karakter van het materiaal betwist. Volgens het verweer is het materiaal onder te verdelen in drie categorieën:

- a. kinderen die niet poseren, maar in hun blootje spelen, tv kijken en dergelijke;
- b. kinderen die wel poseren, maar geen uitdagende houding aannemen;
- c. foto's waarop het geslachtsdeel nadrukkelijk in beeld is en/of waarop de houding dit lijkt de bevorderen.

De eerste twee categorieën betreffen volgens het verweer geen seksuele gedragingen. De derde categorie wel, maar die foto's bewaarde verdachte in een speciaal mapje. De verdachte, die kunstenaar is en het materiaal als voorstudie voor zijn werk produceerde, heeft de foto's niet gepubliceerd. Daarom zou volgens de advocaat van de verdachte getoetst moeten worden of het brengen tot de gefotografeerde gedraging schadelijk was. De kinderen zouden verklaard hebben dat zij het niet erg vonden dat er foto's van hen gemaakt zijn. Tevens wordt aangevoerd dat er geen sprake is van seksuele exploitatie. Tot slot wordt indirect een beroep gedaan op een kunstexceptie: 'Hoewel de exceptio artis uiteindelijk uitdrukkelijk niet als strafuitsluitingsgrond in de wet is opgenomen, is deze mijns inziens toch in casu relevant.' Het verweer treft geen doel.

Terugblikkend op het materiaal dat is aangetroffen in de dossiers zou een verweer dat geen sprake is van een seksuele gedraging, meermalen kans van

slagen hebben gehad, althans voor de aangetroffen afbeeldingen die naar ons inzicht aandoen als natuuristenfoto's. Wij achten de afbeeldingen niet steeds kwalificeerbaar als kinderpornografie in de zin van artikel 240b Sr; de daartoe benodigde nadruk op de geslachtsdelen ontbreekt. Dat zo'n verweer niet wordt gevoerd ligt waarschijnlijk aan het feit dat deze afbeeldingen niet staan opgenomen op de tenlastelegging, of omdat het slechts één afbeelding betreft, terwijl er vele andere afbeeldingen zijn die overduidelijk wel een kinderpornografisch karakter hebben.

Schijnbaar betrokken

In één zaak doet de rechter een uitspraak 'avant la lettre'. De verdachte voert namelijk aan dat het zou gaan om een gemanipuleerde afbeelding, waarbij daarom geen sprake is van daadwerkelijk seksueel misbruik. De rechtbank stelt dat ook indien dat het geval zou zijn - waarvoor overigens geen aanwijzingen zijn gevonden - de afbeelding onder de reikwijdte van art. 240b Sr-oud valt. Immers, de strekking van die bepaling was jongeren te beschermen tegen daadwerkelijk seksueel misbruik én tegen de risico's verbonden aan publicatie daarvan. De rechtbank grondt haar oordeel op de wetsgeschiedenis.

Gewoonte

Een laatste verweer dat meermalen wordt gevoerd is dat geen sprake zou zijn van 'het gewoonte maken van', als strafverzwarende omstandigheid. De verdediging beroept zich hierbij in de regel op het ontbreken van een commercieel oogmerk en de daarmee samenhangende externe gerichtheid. Dergelijke verweren treffen geen doel, en worden verworpen met verwijzing naar de omvang van de verzameling en het tijdsverloop.

Er was een uitzondering, een zaak uit 1996, waar de verdachte verklaarde de videobanden voornamelijk te hebben gekregen en soms geruild. Dit leidde tot een sepot gering aandeel in het feit. 'De figuren van wie hij e.e.a. ontving zijn duidelijk de grotere jongens, die wel degelijk onder 240b (oud en nieuw) vallen.'

(Rechts)dwaling

In het verlengde van het ontkennen van het opzet beroept een aantal verdachten zich op rechtsdwaling (afwezigheid van alle schuld). Zij stellen niet te hebben begrepen dat privé-bezit van kinderpornografie strafbaar is. Sommigen van hen beroepen zich er op het aangetroffen materiaal, althans een deel ervan, al decennia lang in bezit te hebben en het destijds te hebben gekocht in de kiosk

op de hoek. Dergelijke afbeeldingen hebben veelal een relatief onschuldig karakter.

Eén verdachte stelt bovendien dat de wetgever verzaakt heeft voldoende duidelijkheid te bieden. Gewezen wordt op uitlatingen van toenmalig minister van Justitie Sorgdrager, die destijds verklaarde dat het bezit van een enkele afbeelding voor privé-gebruik niet strafbaar zou zijn. De rechtbank wijst er echter op dat deze verdachte een omvangrijke verzameling heeft aangelegd, en stelt vast dat een enkele uitlating van een ministeriële bewindsvrouw geen schulduitsluitingsgrond creëert. In een andere zaak wijst de rechter nog op de Aanwijzing Kinderpornografie uit 1998, en leidt daaruit af dat de strafbaarheid van het bezit van kinderpornografisch materiaal destijds voldoende publiekelijk bekend was.

6.8 Straftoemeting

Straftoemeting is slechts ten dele onderworpen aan een standaardisering. De strafmaat wordt immers bepaald door de omstandigheden van het geval. Eensluidende uitspraken over de strafmaat kunnen dan ook niet worden gedaan op grond van het verzamelde materiaal. Toch kunnen enkele opmerkingen worden gemaakt over de hoogte van de straf.

In veel gevallen wordt volstaan met een volledig voorwaardelijke straf, met daaraan verbonden een proeftijd van twee jaar. Regelmatig ook wordt een taakstraf opgelegd, evenals een geldboete van één of meerdere duizenden euro's, slechts af en toe een gevangenisstraf. De strafwaardigheid van bezit lijkt de afgelopen jaren vergroot te zijn.

6.9 Conclusies

Meerdere aanleidingen voor het opsporingsonderzoek komen voor. Meer dan de helft van opsporingsonderzoeken wordt gestart na meldingen, afkomstig van burgers, vooral van mensen die tijdens hun beroepsuitoefening geconfronteerd worden met kinderpornografische beelden, zoals computertechnici. Slechts bij ongeveer een kwart van de zaken komt de verdachte in beeld naar aanleiding van een gericht opsporingsonderzoek van de politie zelf. Verder zijn meldingen van het Meldpunt Kinderporno - al dan niet in combinatie met gerichte opsporing -

startpunt van een zaak. Tot slot komt het ook voor dat kinderporno bijvangst is van op een andere titel gestart opsporingsonderzoek.

Uit het dossieronderzoek komt naar voren dat de verdachten doorgaans kijkers en/of verwoede verzamelaars zijn. In een enkel geval is de verdachte een producent. Wanneer er sprake is van productie, dan is dit op kleine schaal gebeurd. De pedoseksuelen die zelf voor nieuw en hard materiaal moeten zorgen, in ruil voor dergelijk materiaal, komen tegenwoordig nauwelijks in beeld. Personen waar het motief puur het maken van winst is voor het vervaardigen, verspreiden, invoeren, doorvoeren en/of uitvoeren van kinderpornografisch materiaal, lijken niet in beeld te komen.

Van het arsenaal aan handelingen waaraan de verdachte van artikel 240b Sr zich schuldig kan maken, concentreerde de verdenking zich in meerderheid op het in bezit dan wel in voorraad hebben. Deze verdenking werd regelmatig aangevuld met het verspreiden van afbeeldingen. Het kwam nauwelijks voor dat in de tenlastelegging het vervaardigen werd opgenomen. Wanneer de verdachten zich schuldig maakten aan seksueel misbruik, legden zij hun eigen misbruik doorgaans niet vast.

Sinds 1998 worden kinderpornografische afbeeldingen op gezag van de Procureurs-generaal niet meer aangehecht aan de tenlastelegging. Toch hebben we in eenderde deel van de dossiers vanaf 1998 wel afbeeldingen aangetroffen. In twee gevallen zat er ook een videoband in het dossier. Het materiaal varieert van aard: naast naturalistisch getinte foto's bevatten de dossiers hard materiaal dat niets aan de verbeelding overlaat. De afgebeelde minderjarigen zijn verdeeld over alle leeftijdscategorieën, van pubers tot schoolkinderen en van kleuters tot baby's.

Zaken waarin virtueel gemanipuleerde afbeeldingen aan de orde zijn werden niet aangetroffen.

Er is niet altijd informatie terug te vinden in de dossiers over of er verweer is gevoerd en zo ja, wat voor soort verweer. Ook zijn weinig vonnissen gemotiveerd. Voor zover we verweren teruggevonden hebben, hadden deze betrekking op onrechtmatige opsporing, ontbreken van opzet, seksuele gedraging, geen misbruik maar voorstudie voor kunstenaar (kunstexceptie) en kennelijke leeftijd.

De redenen voor afdoening met een sepot waren veelsoortig: gebrek aan voldoende wettig bewijs of onrechtmatig verkregen bewijs, ten onrechte als

verdachte aangemerkt, de aard van de zaak (gering feit), verdachte inmiddels overleden, de leeftijd van de verdachte (bejaard) of diens persoonlijke omstandigheden. Hoewel uit de recentere dossiers duidelijk wordt dat de technische mogelijkheden in het opsporingsonderzoek vergroot zijn, lopen onderzoeken toch nog regelmatig stuk. Zowel voor als na de wetswijziging is 'onvoldoende wettig bewijs' de meest voorkomende sepotgrond.

Vanuit retrospectief oogpunt kijken we naar de dossiers van na de wetswijziging en vragen ons af of deze dossiers volgens de wetgeving van voor de wijziging hetzelfde zouden zijn afgedaan. Dit is niet het geval: meer zaken zouden wegens problemen rond het bewijs van 'kennelijk nog geen zestien jaar' niet tot een veroordeling hebben geleid. Dit is niet het geval ten aanzien van het bestanddeel 'schijnbaar betrokken'. Uit het dossieronderzoek blijkt dat na de wetswijziging dossiers met virtuele afbeeldingen geen rol spelen; de dossier bevatten alleen afbeeldingen van reële kinderen.

Kijken we vanuit prospectief oogpunt (zouden de zaken van voor de wetswijziging na de wetswijziging anders zijn afgedaan?) dan valt op dat naast de verruimde wettelijke mogelijkheden van artikel 240b Sr ook andere aspecten van invloed zijn. Het gaat vooral om de grotere technische mogelijkheden van de politie tijdens de opsporing en gerechtelijk vooronderzoek, maar ook om de toegenomen strafwaardigheid van de 'kleinschalige eindgebruiker'.

De belangrijkste vraag die ten grondslag lag aan de analyse van de dossiers, namelijk of de verruiming die de wetswijziging biedt terug te vinden zijn in de zaken, kan positief beantwoord worden voor het bestanddeel 'kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet bereikt'; dit geldt niet voor het bestanddeel 'schijnbaar betrokken'.

7

Cijfers over aangiften en afdoening van zedendelicten

7.1 Inleiding

De hoofdvraag van dit hoofdstuk is of er verschillen zijn te constateren in omvang en afdoening voor en na de wetswijziging van 2002.

Het betreft de strafbepalingen: kinderpornografie (art. 240b Sr), verkrachting van een 'bewusteloze' (art. 243 Sr), ontucht met iemand beneden de 16 jaar (art. 247 Sr), verleiding van een minderjarige (art. 248a Sr), seksuele dienstverlening door minderjarigen (art. 248c Sr) en mensenhandel (art. 250a Sr). Voor de analyse van de trend in de aangiften is gebruik gemaakt van HKS-gegevens van zestien politieregio's over de periode 1996 tot en met 2004. Voor de analyse van de ingeschreven zaken bij het parket en de wijze van afdoening is gebruikt gemaakt van OMDATA over de periode 1996 tot en met 2004.¹⁵²

De wijziging in de zedelijkheidswetgeving van 2002 betrof eveneens een wijziging van artikel 5 Sr en invoering van artikel 5a Sr. Uit de gegevens van OMDATA is niet te herleiden of in een zaak tot een veroordeling is gekomen met toepassing

¹⁵² Hoofdstuk 2 bevat de methodologische verantwoording.

van artikel 5 of 5a Sr aangezien dit niet in het systeem wordt vermeld. Er is daarom ook gekeken naar het aantal zedendelicten ten aanzien van minderjarigen dat in het buitenland is gepleegd. Dit betrof een zo gering aantal dat er geen uitspraak gedaan kan worden met betrekking tot ontwikkelingen over aangiften en afdoening van kinderseksuïerisme.

Eerst gaan we in op de ontwikkelingen in de aangiften van zedenzaken (paragraaf 7.2) en vervolgens beschrijven we de ontwikkelingen in de inschrijving bij het Openbaar Ministerie. Daarbij wordt eveneens de wijze van afdoening voor en na de wetwijziging beschreven (paragraaf 7.3). In paragraaf 7.4 gaan we in op de vraag in hoeverre een verdenking van bezit van kinderpornografie samengaat met een verdenking voor andere delicten. We sluiten het hoofdstuk af met een conclusie (paragraaf 7.5).

7.2 Aangiften van zedendelicten bij de politie

Er is een stijgende lijn waar te nemen in het aantal aangiften van kinderpornografische afbeeldingen (art. 240b Sr), die zich voornamelijk manifesteert vanaf 2001. De aangiften van overtreding van de artikelen 243 Sr en 247 Sr geven een wat grilliger beeld. In 2003 is een duidelijke toename in het aantal aangiften te constateren ten opzichte van de voorgaande jaren, maar deze stijging zet zich niet voort in 2004, zoals in onderstaande tabel 7.1 tot uiting komt.

Het aantal aangiften van overtreding van artikel 248a Sr vertoont sinds 1996 een dalende lijn (met uitzondering van het jaar 2000). Vanaf 2003 komen er ook zaken voor die het nieuwe artikel 248c Sr betreffen. In 2003 is er één aangifte en in 2004 zijn er vier aangiften. De aangiften van mensenhandel (art. 250a Sr) ten slotte laten een schommelend beeld zien: na 1996 is er een daling in het aantal aangiften en vanaf 2000 is er een stijgende lijn tot en met 2003. Het jaar 2004 laat een daling zien.

Tabel 7.1 Aantal aangiften per wetsartikel in de periode 1996- 2004**.

	sr240b kinderporno- grafie	sr243 verkrachting bewusteloze	sr247 ontucht < 16	sr248a verleiding minderjarige	sr248c aanwezigheid minderjarige bij seksshow	sr250a mensen- handel
1996	48	242	3355	406	0	207
1997	45	180	2557	289	0	92
1998	53	161	2258	188	0	96
1999	54	144	1981	181	0	96
2000	53	158	2085	242	0	100
2001	72	212	2209	177	0	148
2002	111	198	2148	161	0	184
2003	222	273	2390	161	1	208
2004	280	197	1591	146	4	152

Bron: KLPD

** op basis van aangiften van zestien politieregio's

Deze trends komen nog duidelijker naar voren door het absolute aantal aangiften te indexeren op grond van het jaar 2003. De trend voor en na de wetswijziging komt dan goed naar voren, hoewel het aantal jaren na de wetwijziging nog te kort is om echt van een trend te kunnen spreken (zie Bijlage 1: tabellen omvang en afdoening zedendelicten, tabel 1.1).

7.3 Ontwikkeling in inschrijvingen bij Openbaar Ministerie en afdoeningen

Eerst wordt voor alle zedendelicten ingegaan op de inschrijvingen op de arrondissementsparketten. Vervolgens wordt voor de artikelen 240 Sr en 243 Sr ingegaan op de afdoening in de verschillende jaren. Daarna wordt voor alle zedendelicten onderzocht of er een verschil in afdoening is voor en na de wetswijziging van 2002.

7.3.1 Inschrijvingen bij het Openbaar Ministerie

Een zaak bestaat vaak uit meerdere feiten die ten laste worden gelegd. Een dergelijke zaak wordt door het CBS geregistreerd onder het artikel met de

zwaarste strafdreiging. Bovendien wordt voor de registratie gekozen voor de zwaarste afdoening als niet ieder feit op dezelfde wijze wordt afgedaan. Dus een zaak waarin twee feiten spelen, bijvoorbeeld verkrachting (art. 242 Sr) en aanranding (art. 246 Sr), waarbij het feit betreffende artikel 242 Sr wordt geseponneerd maar een schuldigverklaring volgt voor artikel 246 Sr, wordt geregistreerd als artikel 242 Sr (zwaarste strafdreiging) en krijgt als afdoening schuldigverklaring mee, ook al betrof die afdoening artikel 246 Sr. Daar we hier op artikelniveau uitspraken willen doen over de effecten van de wetswijziging, kunnen we niet volstaan met een analyse op zaaksniveau, maar zullen we op feitniveau moeten analyseren. De datum waarop het delict gepleegd wordt is bepalend voor de vraag of de oude wet of de nieuwe wet van toepassing is. Daarom analyseren we hier naar pleegdatum en niet de datum van opsporing of berechting.

Bij dit onderzoek analyseren we dus op feitniveau en naar pleegdatum. Daarmee is afgeweken van wat gebruikelijk is, namelijk om afdoeningen van het Openbaar Ministerie en de rechtbank te rapporteren op zaaksniveau en naar jaar van inschrijving of afdoening (zoals de CBS-registraties en het jaarverslag van het Openbaar Ministerie).

Tabel 7.2 Aantal inschrijvingen in de periode 1994 t/m augustus 2005 bij het parket, naar wetsartikel en naar pleegjaar.

Pleegjaar	sr240b	sr243	sr247	sr248a	sr248c	sr250a
1995 of eerder	71	193	5251	0	0	0
1996	132	51	830	0	0	0
1997	92	54	761	0	0	0
1998	114	55	778	0	0	0
1999	144	53	681	0	0	0
2000	182	54	683	2	0	80
2001	178	59	574	12	0	242
2002	332	48	490	34	0	310
2003	346	82	466	27	1	198
2004	227	62	312	21	4	204

Bron: OMDATA

Uit bovenstaande tabel 7.2 is af te lezen dat artikel 240b Sr nagenoeg de hele periode een stijgende lijn vertoont en in 2003 de hoogste waarde bereikt. Artikel 243 Sr laat globaal een wat wisselend beeld zien over de periode 1996 tot en met

2002, om vervolgens sterk te stijgen in 2003. Artikel 247 Sr wordt van deze artikelen verreweg het meest toegepast. Het aantal inschrijvingen vertoont een daling. Deze trend komt nog duidelijker naar voren als bovenstaande absolute aantallen zijn geïndexeerd met als indexjaar 2003 (zie Bijlage 1, tabel 1.2). Dat over nagenoeg de hele linie 2004 een lager aantal laat zien is een gevolg van het feit dat we pleegjaar als analysejaar nemen. Een belangrijk deel van deze zaken uit 2004 zullen op het moment van dataverzameling (augustus 2005) nog bij de politie in onderzoek zijn en nog niet zijn ingeschreven bij het parket.

7.3.2 Afdoening door het Openbaar Ministerie

Is de wijze van afdoening de afgelopen jaren veranderd als het gaat om kinderpornografie en verkrachting van een 'bewusteloze'? In onderstaande twee tabellen wordt de afdoening weergegeven voor de jaren 1996 tot en met 2004 van artikel 240b Sr en artikel 243 Sr, waarbij de lopende zaken buiten beschouwing zijn gelaten.¹⁵³ Vervolgens wordt voor alle onderzochte zedendelicten aangegeven of het afdoeningspatroon voor en na de wetwijziging verschilt.

Wijze van afdoening voor kinderporno en seks met 'bewusteloze'

Als we naar de afdoening van zaken van kinderpornografie kijken, zien we vanaf 2002 een afname van het aantal technische septs. Er lijkt eveneens een afname van het aantal vrijspraken op te treden.

¹⁵³ In Bijlage 1 wordt ter informatie de afdoening weergegeven voor de jaren 1996 tot en met 2004 van artikel 247 Sr in tabellen 1.3. Hier is geen duidelijke trend zichtbaar.

Tabel 7.3 Aantal afgedane zaken door Openbaar Ministerie of rechtbank van de ingeschreven zaken 240b Sr naar pleegjaar.

	Pleegjaar								
eindoordeel feit	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
technisch sepot	34	29	24	31	38	36	46	46	12
	27,6%	32,2%	22,4%	23%	22,2%	22%	17%	19,8%	11,9%
beleidssepot	11	3	4	6	11	6	17	12	12
	8,9%	3,3%	3,7%	4,4%	6,4%	3,7%	6,3%	5,2%	11,9%
transactie	18	3	5	8	6	6	17	25	6
	14,6%	3,3%	4,7%	5,9%	3,5%	3,7%	6,3%	10,8%	5,9%
dagvaarding nietig	1	0	2	0	0	0	1	1	0
	0,8%	0%	1,9%	0%	0%	0%	0,4%	0,4%	0%
OM niet ontvankelijk	0	0	2	0	0	0	1	0	0
	0%	0%	1,9%	0%	0%	0%	0,4%	0%	0%
schuldig verklaring	50	48	64	82	104	109	175	139	67
	40,7%	53,3%	59,8%	60,7%	60,8%	66,5%	64,6%	59,9%	66,3
vrijspraak	9	7	6	8	12	7	14	9	4
	7,3%	7,8%	5,6%	5,9%	7%	4,3%	5,2%	3,9%	4%
Totaal	123	90	107	135	171	164	271	232	101
	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

De afdoeningen van verkrachting van een ‘bewusteloze’ (art. 243 Sr) vertoont eveneens een daling van het percentage technische sepots. Deze trend is vanaf 2003 waar te nemen en kan toevallig zijn. Het percentage vrijspraken wisselt sterk door de jaren heen. Hier zijn geen conclusies aan te verbinden (zie tabel 7.4).

Tabel 7.4 Aantal afgedane zaken door Openbaar Ministerie of rechtbank van de ingeschreven zaken 243 Sr naar pleegjaar.

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Technisch sepot	21	18	16	16	12	14	12	13	6	1
	41,2%	34%	29,6%	31,4%	24%	25,5%	25,5%	16,7%	16,2%	100%
Beleidssepot	2	3	1	2	3	3	2	2	2	0
	3,9%	5,7%	1,9%	3,9%	6%	5,5%	4,3%	2,6%	5,4%	0%
Transactie	0	0	0	0	0	1	1	0	0	0
	0%	0%	0%	0%	0%	1,8%	2,1%	0%	0%	0%
OM niet ontvankelijk	2	0	0	2	1	0	0	0	0	0
	3,9%	0%	0%	3,9%	2%	0%	0%	0%	0%	0%
Schuldig Verklaring	21	26	26	24	24	31	25	48	27	0
	41,2%	49,1%	48,1%	47,1%	48%	56,4%	53,2%	61,5%	73%	0%
Vrijspraak	5	6	11	7	10	6	7	15	2	0
	9,8%	11,3%	20,4%	13,7%	20%	10,9%	14,9%	19,2%	5,4%	0%
Totaal	51	53	54	51	50	55	47	78	37	1
	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Afdoening voor en na de wetwijziging

Voor alle zedendelicten is onderzocht of de wijze van afdoening vóór de wetwijziging anders is dan na de wetwijziging. Alle feiten die gepleegd zijn voor oktober 2002 zijn bij elkaar gevoegd en afgezet tegen de feiten gepleegd na oktober 2002.

Voor deze analyse is de wijze van afdoening teruggebracht tot zes groepen: technisch sepot, beleidssepot, transactie, schuldigverklaring, vrijspraak en andere uitspraken van de rechtbank. Deze laatste categorie bestaat uit de afdoeningmodaliteiten: dagvaarding nietig, Openbaar Ministerie niet ontvankelijk en ontslag van rechtsvervolging. De zaken die gevoegd zijn of waarvan nog geen afdoening bekend is, zijn buiten beschouwing gelaten.

Tabel 7.5 Afdoening door Openbaar Ministerie of rechtbank van de ingeschreven zaken 240b Sr voor en na de wetswijziging

Eindoordeel	Voor wetswijziging	Na wetswijziging	Totaal
Technisch sepot	244	78	322
	24,1%	17,3%	22%
Beleidssepot	59	28	87
	5,8%	6,2%	5,9%
Transactie	58	36	94
	5,7	8%	6,4%
Schuldigverklaring	585	287	872
	57,7%	63,6%	59,6%
Vrijspraak	58	20	78
	5,7%	4,4%	5,3%
RB anders	9	2	11
	0,9%	0,4%	0,8%
Totaal	1013	451	1464
	100%	100%	100%

Bron: OMDATA

$\chi^2(5)=12,71$, $p < .05$

*Tabel 7.6 Afdoening door Openbaar Ministerie of rechtbank van de ingeschreven zaken
243 Sr voor en na de wetswijziging.*

Eindoordeel	Voor wetswijziging	Na wetswijziging	Totaal
Technisch sepot	169	20	189
	31,4%	15,9%	28,4%
Beleidssepot	28	4	32
	5,2%	3,2%	4,8
Transactie	3	0	3
	0,6%	0%	0,5%
Schuldigverklaring	234	83	317
	43,4%	65,9%	47,7%
Vrijspraak	98	19	117
	18,2%	15,1%	17,6%
RB anders	7	0	7
	1,3%	0%	1,1%
Totaal	539	126	665
	100%	100%	100%

Bron: OMDATA

χ^2 (5)=23,18, p < .001

Bij de artikelen 240b en 243 Sr zijn er voor de wetswijziging beduidend meer technische sepot's en andere rechtelijke uitspraken dan schuldigverklaringen, terwijl na de wetswijziging meer feiten met een schuldigverklaring worden afgedaan. Dit verband is significant.

Tabel 7.7 Aantal afdoeningen door Openbaar Ministerie of rechtbank van de ingeschreven zaken 247 Sr voor en na de wetswijziging.

Eindoordeel	Voor wetswijziging	Na wetswijziging	Totaal
Technisch sepot	1844	110	1954
	19,8%	15,3%	19,5%
Beleidssepot	669	27	696
	7,2%	3,8	6,9%
Transactie	122	24	146
	1,3%	3,3%	1,5%
Schuldigverklaring	5585	458	6043
	59,9%	63,7%	60,2%
Vrijspraak	964	91	1055
	10,3%	12,7%	10,5%
RB anders	133	9	142
	1,4%	1,3%	1,4%
Totaal	9317	719	10036
	100%	100%	100%

Bron: OMDATA

$\chi^2(5)=42,19$, $p < .001$

Ook bij artikel 247 Sr worden voor de wetswijziging meer zaken afgedaan met een technisch sepot terwijl er na de wetswijziging meer schuldigverklaringen zijn. Er zijn na de wetswijziging echter ook meer vrijspraken dan in de periode voor de wetswijziging. Dit zou kunnen betekenen dat het Openbaar Ministerie bij zwak bewijs tot vervolging overgaat, terwijl de rechtbank het bewijs onvoldoende of niet overtuigend vindt. Het verschil in afdoening is overigens wel significant.

Tabel 7.8 Afdoening door Openbaar Ministerie of rechtbank van de ingeschreven zaken 248a Sr voor en na de wetswijziging

Eindoordeel	Voor wetswijziging	Na wetswijziging	Totaal
Technisch sepot	4	7	11
	11,4%	17,1%	14,5%
Beleidssepot	2	2	4
	5,7%	4,9%	5,3
Transactie	1	0	1
	2,9%	0%	1,3%
Schuldigverklaring	26	27	53
	74,3%	65,9%	69,7%
Vrijspraak	2	5	7
	5,7%	12,2%	9,2%
RB anders	0	0	0
	0%	0%	0%
Totaal	35	41	76
	100%	100%	100%

Bron: OMDATA

χ^2 (5)=2,67, n.s.

Hoewel de cijfers laten zien dat het aandeel technische sepoten en vrijspraken is toegenomen na de wetswijziging, terwijl het aandeel schuldigverklaringen is afgenomen, is er geen significant verschil in afdoening voor en na de wetswijziging. Het kan dus op toeval berusten.

Tabel 7.9 Afdoening door Openbaar Ministerie of rechtbank van de ingeschreven zaken 248c Sr na de wetswijziging.

Technisch sepot	2	40%
Beleidssepot	0	0%
Transactie	0	0%
Schuldigverklaring	2	40%
Vrijspraak	1	20%
RB anders	0	0%
Totaal	5	100%

Er waren vijf feiten ingeschreven bij het arrondissementsparket voor artikel 248c Sr. Twee zaken zijn door het Openbaar Ministerie op technische gronden geseponeerd, in één geval volgde vrijspraak en tweemaal is de verdachte schuldig verklaard.

Tabel 7.10 Afdoeningen door Openbaar Ministerie of rechtbank van de ingeschreven zaken 250a Sr voor en na de wetswijziging.

Eindoordeel	Voor wetswijziging	Na wetswijziging	Totaal
Technisch sepot	143	75	218
	27,3%	22,8%	25,6%
Beleidssepot	26	9	35
	5%	2,7%	4,1%
Transactie	2	3	5
	0,4%	0,9%	0,6%
Schuldigverklaring	258	187	445
	49,3%	56,8%	52,2%
Vrijspraak	81	55	136
	15,5%	16,7%	16%
RB anders	13	0	13
	2,5%	0%	1,5%
Totaal	523	329	852
	100%	100%	100%

Bron: OMDATA

χ^2 (5)=15,60, p < .01

Bij artikel 250a Sr tot slot, is een afname te zien van sepots in het algemeen en zijn er meer schuldigverklaringen na de wetswijziging. Het aandeel vrijspraken blijft gelijk. De gewijzigde afdoening is (licht) significant.

7.4 Kinderporno in samenhang met andere strafbare feiten

Uit het dossieronderzoek (hoofdstuk 6) en uit de interviews komt naar voren dat de grootschalige producenten van kinderporno doorgaans niet strafrechtelijk worden aangepakt. Het zijn hoofdzakelijk de eindgebruikers en in mindere mate de pedofiele netwerken die strafrechtelijk worden vervolgd (zie hoofdstuk 5). Is dit ook uit de cijfers op te maken? Daartoe is geanalyseerd in welke mate andere

strafbare feiten voorkomen in combinatie met artikel 240b Sr. De strafbare feiten 'deelneming aan misdadige organisatie' en 'vermogensmisdrijven' zouden kunnen wijzen in de richting van producenten.

In totaal zijn in de periode 1994 tot en met augustus 2005 1846 zaken ingeschreven bij het parket waarbij kinderpornografie (240b Sr) een rol speelde. Bij iets minder dan de helft van de zaken speelden ook andere strafbare feiten en rol. In tabel 7.11 staat weergegeven welke strafbare feiten in combinatie met artikel 240b Sr voorkomen. Het aantal strafbare feiten is meer dan het aantal ingeschreven kinderpornozaaken, omdat meerder strafbare feiten kunnen plaatsvinden in combinatie met een kinderpornozaak.

Uit de analyse komt naar voren dat de verdenking van het bezit (verspreiden of vervaardigen) van kinderpornografische afbeeldingen vaak samengaat met een verdenking van een ander zedenmisdrijf: ruim 74 procent van de kinderpornozaaken komt in combinatie voor met een zedenmisdrijf. Juist de combinatie met de artikelen 247 Sr (26%), 245 Sr (11 %) en 244 Sr (10%) komt veel voor, dat wil zeggen dat in bijna de helft van de zaken van kinderpornografie er tegelijkertijd sprake is van een verdenking van seksueel misbruik van kinderen (21%) of een bewusteloze of geestelijk gehandicapte (26%).

Tabel 7.11 Strafbare feiten die voorkomen in combinatie met artikel 240b Sr, gepleegd op dezelfde dag of ander tijdstip, voor en na de wetswijziging.

Tijdstip ander delict		Voor	Na	Totaal
zelfde dag	SR 242	13	6	19
		5,6%	5,4%	5,5%
	SR 244	19	11	30
		8,2%	9,9%	8,7%
	SR 245	19	7	26
		8,2%	6,3%	7,6%
	SR 247	103	34	137
		44,4%	30,6%	39,9%
	SR 249	19	4	23
		8,2%	3,6%	6,7%
	Zeden overig	22	21	43
		9,5%	18,9%	12,5%
	Deelneming misdadige organisatie	6	1	7
		2,6%	0,9%	2,0%
	Geweldsmisdrijven	0	3	3
		0%	2,7%	0,9%
	Vermogensmisdrijven	6	3	9
		2,6%	2,7%	2,6%
	Overig	25	21	46
		10,8%	18,9%	13,4%
Totaal		232	111	343
		100%	100%	100%

Vervolg tabel 7.11

		Voor	Na	Totaal
andere dag	SR 242	57	10	67
		6,1%	3,2%	5,3%
	SR 244	110	15	125
		11,7%	4,7%	10%
	SR 245	124	30	154
		13,2%	9,5%	12,3%
	SR 247	225	47	272
		24%	14,9%	21,7%
	SR 249	128	20	148
		13,6%	6,3%	11,8%
	Zeden overig	113	60	173
		12%	19%	13,8%
	Deelneming misdadige organisatie	12	2	14
		1,3%	0,6%	1,1%
	Geweldsmisdrijven	41	45	86
		4,4%	14,2%	6,9%
	Vermogensmisdrijven	40	32	72
		4,3%	10,1%	5,7%
	Overig	88	55	143
		9,4%	17,4%	11,4%
Totaal		938	316	1254
		100,0%	100,0%	100,0%

Bron: OMDATA

Dezelfde dag: χ^2 (9)=22,89, $p < .01$, Andere dag: χ^2 (9)=107.95, $p < .001$

In OMDATA wordt aangegeven of de verschillende strafbare feiten op dezelfde dag plaatsvinden, of op een ander tijdstip. Bij de misdrijven die op dezelfde dag gepleegd zijn kan er globaal van worden uitgegaan dat zij grotendeels tot hetzelfde feitencomplex behoren, terwijl de misdrijven die op een andere dag

gepleegd zijn eerder een beeld geven van de persoon van de verdachte; in de loop der tijd zijn verschillende delicten gepleegd.¹⁵⁴

Bij de misdrijven die op dezelfde dag gepleegd zijn, gaat het voor de wetswijziging in 84 procent om zedenmisdrijven terwijl dit percentage na de wetswijziging gezakt is naar 75 procent. Met enige terughoudendheid kan gesteld worden dat wanneer er andere feiten op de zelfde dag gepleegd worden, kinderporno in een belangrijk deel van de zaken gepaard gaat met seksueel misbruik. Dit aandeel zakt iets na de wetswijziging. De feiten deelneming aan een misdadige organisatie en vermogensmisdrijven komen nauwelijks voor zodat hierover geen uitspraken gedaan kunnen worden.

Voor de feiten gepleegd op een andere dag, liggen de verhoudingen - met name na de wetswijziging - anders. Voor de wetswijziging heeft 80 procent van die andere feiten betrekking op zedenzaken, na de wetswijziging is dit aandeel gezakt naar 58 procent. Vermogensmisdrijven vormen dan een aanzienlijker deel en stijgen na de wetswijziging van 4 procent naar 10 procent. Er zijn op grond van deze gegevens echter geen uitspraken te doen over het in beeld komen van producenten. De reden van deze stijging kan bijvoorbeeld ook komen omdat in geval van een verdenking van fraude de computer in beslag wordt genomen, en dat daarna blijkt dat er kinderpornografische afbeeldingen op de computer staan opgeslagen.

Deze exercitie naar combinaties van delicten laat vooral zien dat een verdenking van het bezit van kinderpornografische afbeeldingen in meerderheid van de gevallen gepaard gaat met een verdenking van overtreding van een ander zedendelict. Als er meerdere verdenkingen zijn verspreid over verschillende perioden, neemt het aandeel misdrijven dat niet behoort tot de zedenmisdrijven, toe. Bovendien neemt na de wetswijziging het aandeel niet zedendelicten toe. Er zijn geen patronen zichtbaar die samenhangen met de productie van kinderporno. Of er in de toekomst verschillende delictpatronen zichtbaar worden, kan alleen door monitoring en nadere kwalitatieve analyse zichtbaar worden.

¹⁵⁴ Op zich is het enigszins vreemd dat het bezit van kinderpornografische afbeeldingen op een dag plaatsvindt, want doorgaans is er sprake van een periode waarin men kinderpornografische afbeeldingen in bezit heeft.

7.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is nagegaan of de wijzigingen in de artikelen 240b, 243, 247, 248a, 248c, en 250a Sr effect hebben gehad op het aantal aangiften en het aantal inschrijvingen op het arrondissementsparket, en of de wijze van afdoening van deze zaken is gewijzigd.

Uit de analyse van de gegevens uit HKS blijkt dat alleen het aantal aangiften voor artikel 240b Sr een sterke stijging te zien geeft na de wetswijziging, een stijging overigens die al licht aangezet werd in de twee jaar voorafgaande aan de wetswijziging. Ook artikel 243 Sr laat een stijging zien. Hier vindt de stijging plaats in 2003. Artikel 248c komt voor het eerst voor in 2003. Het betreft in dat jaar één aangifte. In 2004 zijn er voor dat delict vier aangiften. Voor de overige artikelen blijkt dat na de wetswijziging cijfermatig geen wijziging is opgetreden.

Kijken we naar de zaken die zijn ingeschreven op het arrondissementsparket naar pleegjaar, dan zien we ook hier voor artikel 240b Sr een duidelijke stijging na de wetswijziging, waarbij de stijging eerder al is ingezet. Voor artikel 243 Sr blijkt eenzelfde stijgende ontwikkeling te zien.

Op feiteniveau komt artikel 247 Sr het meeste voor van de onderzochte artikelen, waarbij de wetswijziging geen effect lijkt te hebben op het aantal inschrijvingen. In de loop van de tijd daalt het aantal inschrijvingen gestaag van 830 in 1996 naar 312 in 2004 en er is geen breuk te constateren na het jaar van de wetswijziging. Er staan vijf zaken ingeschreven bij het Openbaar Ministerie onder artikel 248c, één in 2003 en vier in 2004.

Kijken we naar de wijze van afdoening door het Openbaar Ministerie en de rechtbank dan blijkt dat in geval van verdenking van overtreding van de artikelen 240b Sr en 243 Sr in de periode voorafgaand aan de wetswijziging, beduidend vaker een technisch sepot en een vrijspraak voorkomen. Dit, terwijl na de wetswijziging vaker een schuldigverklaring wordt uitgesproken. Dit kan erop duiden dat de bewijsproblemen zijn verminderd.

Voor de andere delicten kan niet een dergelijk patroon worden vastgesteld. Weliswaar neemt bij overtreding van artikel 247 Sr het aandeel technische sepots, evenals beleidssepots, af na de wetswijziging, maar dit geldt niet voor het aandeel vrijspraken; dat neemt toe, evenals het aandeel schuldigverklaringen.

In de helft van de kinderpornografiezaken (art. 240b Sr) die zijn ingeschreven op het arrondissementsparket, is ook sprake van een verdenking van een of meerder andere strafbare feiten. Als sprake is van een combinatie van strafbare feiten, betreft dit in ongeveer 80 procent een ander zedenmisdrijf.

Als onderscheid wordt gemaakt tussen voor en na de wetswijziging, dan zien we dat de combinatie met andere zedenmisdrijven afneemt en de combinatie met vermogensmisdrijven toeneemt als de strafbare feiten niet op een dag zijn gepleegd. Wat hiervan de reden is en of dit kan betekenen dat producenten na de wetswijziging vaker worden opgespoord en vervolgd, kan op grond van deze cijfers niet worden gezegd. Nadere monitoring en analyse lijken gewenst.

Kortom, de statistische analyse geeft aan dat - voor zover uit de cijfermatige analyses conclusies getrokken mogen worden over effecten op opsporing, vervolging en afdoening - de wetswijziging alleen een gunstig effect heeft gehad in geval van overtreding van de kinderpornografiebepaling en overtreding van artikel 243 Sr (gemeenschap met bewusteloze of geestelijk gestoorde). Meer zaken zijn bij de politie ingeschreven en minder vaak worden deze zaken afgedaan met een technisch sepot, terwijl vaker een schuldigverklaring plaatsvindt.

8

Conclusie

8.1 Inleiding

Doel van dit onderzoek is een antwoord te geven op de vraag in welke mate en op welke wijze met de wijziging van de zedelijkheidswetgeving van 2002 een verbetering is gekomen in de manier waarop de instanties belast met opsporing, vervolging en berechting een bijdrage leveren aan de bestrijding van seksueel misbruik en seksueel geweld tegen kinderen en andere kwetsbare personen. Het ging in dit onderzoek om het verkrijgen van informatie over de effecten die de wetgever beoogde met de wetswijziging, hoe de gewijzigde wetgeving wordt gehanteerd in de (rechts)praktijk en of het beoogde doel is bereikt.

In dit slothoofdstuk gaan we hier nader op in.

Eerst geven we de beoogde effecten van de gewijzigde strafbepalingen weer (paragraaf 8.2). Vervolgens behandelen we de uitvoering van de wet (paragraaf 8.3). We bespreken de knelpunten in de opsporing, vervolging en de fase van berechting voor de verschillende categorieën zedendelicten (kinderpornografie, kindersekstoerisme en overige zedendelicten). Daarna geven we aan of het doel van de wetswijziging is bereikt. Nadat we de ontwikkelingen hebben beschreven in de omvang en afdoening van het aantal zaken bij de politie, Openbaar Ministerie of rechtbanken inzake de artikelen 240b, 243, 248a, 248c en 250 (oud)

Sr, gaan we in op de vraag of de beoogde effecten zijn opgetreden. Daarbij bezien we in hoeverre deze zijn te wijten aan de wetswijziging of aan andere factoren (paragraaf 8.4). We sluiten het hoofdstuk af met aanbevelingen (paragraaf 8.5).

8.2 Beoogde doelen

De wijzigingen van de zedelijkheidsbepalingen in 2002 hebben in belangrijke mate tot doel de bescherming van minderjarigen tegen vormen van seksueel misbruik te verstevigen. Daartoe is de kinderpornografiebepaling aangescherpt (art. 240b Sr), is de extraterritoriale rechtsmacht verruimd (art. 5 en 5a Sr) en zijn andere vormen van seksuele uitbuiting van minderjarigen strafbaar gesteld (art. 248a, 248c en 250a Sr).¹⁵⁵ Ook is het klachtvereiste in zijn geheel afgeschaft; daarvoor in de plaats is een hoorplicht geformuleerd (art. 167a Sv). De bescherming van andere kwetsbare groepen is aangescherpt door in de artikelen 243 en 247 Sr het bestanddeel ‘verminderd bewustzijn’ toe te voegen.

De aanscherping van de kinderpornografiebepaling heeft als doel concreet seksueel misbruik van kinderen tegen te gaan en de markt van kinderporno te ontmoedigen. Door aanpassing van de strafbepaling op vier punten moet het eenvoudiger worden om in zaken van kinderpornografie tot een vervolging of veroordeling te komen. De strafbepaling is gewijzigd door het toevoegen van ‘schijnbaar betrokken’ en het verhogen leeftijdsgrens. Daarnaast is het bestanddeel ‘in voorraad’ vervangen door ‘in bezit’ en is de bijzondere strafuitsluitingsgrond afgeschaft.

De toevoeging met ‘schijnbaar betrokken’ heeft tot doel het Openbaar Ministerie te ontlasten van de opdracht te bewijzen dat de ten laste gelegde afbeelding een bestaande minderjarige betrof. Ook het verhogen van de leeftijdsgrens heeft als doel de bewijsvoering voor de kinderpornografische afbeeldingen van minderjarigen van vijftien of zestien jaar te vergemakkelijken. Bovendien heeft het tot doel de oudere minderjarigen te beschermen tegen seksuele uitbuiting. Ook het afschaffen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond (exceptie voor wetenschappelijke, educatieve of therapeutische doelen) beoogde een versterking van de

¹⁵⁵ Sinds 2005 is art. 250a Sr vervallen. Onder het nieuwe artikel 273a Sr vallen alle vormen van exploitatie van kwetsbare groepen, zowel meerderjarigen als minderjarigen.

bewijspositie van het Openbaar Ministerie. De vervanging van het bestanddeel ‘in voorraad hebben’ door ‘in bezit hebben’ betekende een codificering van het standpunt van de Hoge Raad dat het ‘in voorraad hebben’ geen pluraliteit aan afbeeldingen vereist.

Met de wijziging van de kinderpornografiebepaling beoogde de wetgever de bewijslast voor het Openbaar Ministerie te vereenvoudigen en de marktvoering aan banden te leggen, binnen de grenzen van handhaafbaarheid van de wet. Met het uitbreiden van de extraterritoriale rechtsmacht wordt beoogd de mogelijkheden tot vervolging uit te breiden. Dit kan potentiële daders afschrikken. Een bredere bewustwording van de mogelijkheid tot strafvervolging in eigen land kan ook anderen alerter maken op signalen van kinderseksstoerisme. De wetswijziging beoogde de norm dat kinderseksstoerisme ontoelaatbaar is, nadrukkelijk naar voren te brengen.

Daarom ook worden allerlei vormen van seksuele uitbuiting van minderjarigen scherper strafbaar gesteld. Doel is daarbij andere vormen van seksuele dienstverlening dan prostitutie strafbaar te stellen. Ook het profijt trekken van minderjarigen die (bij zichzelf) seksuele handelingen verrichten wordt strafbaar, evenals het toeschouwer zijn van seksshows door minderjarigen.

Het afschaffen van het klachtvereiste en de invoering van de hoorplicht voor de artikelen 245, 247 en 248a Sr heeft eveneens tot doel de opsporing en vervolging van seksueel misbruik van jeugdigen te vergemakkelijken en een evenwichtiger vervolgingsbeslissing mogelijk te maken.

Een andere kwetsbare groep betreft personen die, eventueel onder invloed van alcohol, drugs of medicijnen, verkeren in een situatie van (half)slaap. Door het toevoegen van ‘verminderd bewustzijn’ in de artikelen 243 en 247 Sr wordt beoogd extra bescherming te bieden tegen ongewenste seksuele contacten die daarvoor niet onder de strafbepaling vielen wegens de strikte interpretatie van onmacht.

Geconcludeerd kan worden dat het uiteindelijke doel van de wetswijzigingen is een betere bescherming van kinderen en andere kwetsbare personen tegen seksueel misbruik, door de verbetering van de opsporing, vervolging en berechting, waarbij de tussenliggende doelen enigszins uiteen lopen.

8.3 Hanteerbaarheid van de wetswijzigingen in de (rechts)praktijk

Wat betekenen de wetswijzigingen voor de opsporing, vervolging en berechting? Eerst gaan we in op de gevolgen van de aanscherping van de kinderpornografiebepaling voor de rechtspraktijk. Vervolgens doen we dit voor kindersekstoerisme en andere vormen van seksuele uitbuiting van kinderen. Tot slot bespreken we overige wijzigingen van de zedelijkheidswetgeving. Elke keer besteden we aandacht aan enerzijds de interpretatie van de gewijzigde strafbepalingen en anderzijds aan de wijze waarop in de opsporing en vervolging problemen of knelpunten voorkomen.

8.3.1 De hantering van de kinderpornografiebepaling in de praktijk

Vergeleken met de andere strafbepalingen is de kinderpornografiebepaling het meest ingrijpend veranderd. Er wordt niet getwijfeld aan het nut van de veranderde strafbaarstelling. Wel is er discussie over de reikwijdte van de toevoeging 'schijnbaar betrokken'. Hieronder wordt per gewijzigd bestanddeel ingegaan op de interpretatie en hantering ervan in de rechtspraktijk.

Interpretatie van de gewijzigde strafbepaling

De toevoeging 'schijnbaar betrokken' betekent dat bezit van virtuele plaatjes die steeds verfijnder ogen en steeds moeilijker te onderscheiden zijn van afbeeldingen van reële kinderen, strafbaar is. De regel is duidelijk: als de afbeelding een reëel kind betreft of het zou een echt kind kunnen zijn, valt de afbeelding onder de strafbepaling. Als sprake is van een animatie en duidelijk is dat het geen reële kinderen betreft, valt het niet onder de strafbepaling. Uit het onderzoek komt naar voren dat de discussie over de echtheid van kinderporno op de zitting (nog) zelden wordt gevoerd. Hoewel bij politie en Openbaar Ministerie meer van dergelijke afbeeldingen bekend zijn, blijft vervolging vooralsnog uit. In de regel wordt namelijk meer dan genoeg niet virtueel materiaal aangetroffen en wordt het bezit van virtuele afbeeldingen niet ten laste gelegd. Dit neemt niet weg dat er vragen leven in het veld. Er komen twee samenhangende discussiepunten naar voren uit het onderzoek.

Het ene punt betreft de legitimiteit van het strafbaar stellen van virtuele kinderpornografie. Het andere is de vraag welke virtuele afbeeldingen wel of niet strafbaar zouden moeten zijn.

Er worden twijfels geuit bij de strafbaarstelling van virtuele kinderporno. Deze strafbaarstelling botst op 'de grenzen van de strafbaarheid', omdat er geen

directe schade wordt toegebracht aan het kind. Dit argument pleit tegen het strafbaar stellen van virtuele kinderpornografie. Anderzijds wordt de strafbaarstelling beschouwd als een logisch sluitstuk van een op bescherming gerichte wetgeving en wordt benadrukt dat het ook gaat om het tegengaan van de markt in kinderpornografische afbeeldingen. Dit laatste argument speelt ook bij de vraag hoe breed 'schijnbaar betrokken' moet worden opgevat. De ontwikkelingen in het construeren van digitale afbeeldingen, virtuele animaties waar seksueel misbruik van virtuele minderjarigen in plaatsvindt, computerspellen waar seksueel misbruik in plaats kan vinden, of gecompileerde foto's die zijn geplaatst in een dubieuze context, leveren steeds meer verfijnde levensechte beelden op. Betrokkenen bij de aanpak van kinderporno brengen nadrukkelijk de vraag naar voren of het niet beter zou zijn kinderpornografische afbeeldingen die geen reële minderjarigen betreffen en waarvan ook duidelijk is dat het om virtuele afbeeldingen gaat, toch onder de strafbaarstelling te laten vallen. Dit, gezien de marktforming rond kinderpornografisch materiaal.

De verhoging van de leeftijdsgrens vergemakkelijkt enerzijds het bewijs van afbeeldingen waar kinderen van rond de zestien jaar op staan, maar aan de andere kant stelt de beoordeling van de 'kennelijke minderjarigheid' de rechtspraak voor meer problemen dan 'kennelijk jonger dan 16 jaar'. Het is heel lastig om aan de hand van een afbeelding vast te stellen of iemand meerderjarig is; criteria ontbreken om dit vast te stellen. Voor het beoordelen van de leeftijd tot zestien jaar worden de zogenaamde Tanner-criteria gehanteerd, criteria die oorspronkelijk in de medische wetenschap zijn ontwikkeld. Op grond van de Tanner-criteria zijn overigens geen harde conclusies te trekken over de leeftijd.

Door de verhoging van de leeftijdsgrens van zestien naar achttien jaar zijn verweren omtrent kennelijk nog geen zestien jaar niet meer relevant (als de feiten onder de nieuwe wet vallen). In die zin zijn de bewijsproblemen opgelost. Uit praktisch oogpunt en door de Aanwijzing Kinderpornografie wordt bezit van kinderpornografische afbeeldingen van minderjarigen die kennelijk ouder zijn dan zestien jaar, door de politie niet doorgestuurd naar het Openbaar Ministerie. Men concentreert zich op de beelden van jongere kinderen.

Er bestaat een zekere spanning tussen enerzijds het uitgangspunt dat minderjarigen vanaf zestien jaar zich vrij in hun seksualiteit kunnen ontwikkelen, en anderzijds de strafbaarheid van pornografische afbeeldingen van zestien- en zeventienjarigen. Als een minderjarige van zestien of zeventien jaar vrijwillig

seksuele handelingen verricht voor het vervaardigen van kinderpornografische afbeeldingen heeft dit formeel geen gevolgen voor de strafbaarheid. De vraag is echter of het opportuun is in deze gevallen te gaan vervolgen. Uit het onderzoek komt naar voren dat vraagtekens gezet worden bij de vrijwilligheid van deze jongeren. Er kan onvrijwilligheid schuilen achter de schijnbare vrijwilligheid. De wet zegt dat ook deze groep moet worden beschermd, maar de rechtspraak besteedt daar weinig aandacht aan. De politie meent dat deze groep nu feitelijk geen bescherming krijgt en vraagt zich af of dit juist is.

De vervanging van het bestanddeel 'in voorraad' door 'in bezit' wordt beschouwd als het vastleggen in de wet wat in de rechtspraak al geldend was. Dit neemt niet weg dat de bewijsproblemen rond het opzet nog steeds een rol spelen, voornamelijk doordat het opzettelijk bezitten van kinderpornografische afbeeldingen binnen de huidige technische ontwikkelingen niet altijd eenvoudig is vast te stellen. Het criterium is dat voldaan moet worden aan drie met elkaar samenhangende elementen: vastlegging, opzet en een zekere beschikkingsmacht. Er kan worden gesproken van bezit als er een wilsbesluit is, gericht op het persoonlijke beheer van het materiaal. Het enkele kijken is onvoldoende.

Uit het onderzoek komt naar voren dat het lastig is het bekijken van kinderpornografisch materiaal via zogenaamde bufferzones aan te pakken. Als mensen bijvoorbeeld via een bufferzone kinderpornografisch materiaal bekijken terwijl de bestanden fysiek in een ander land worden opgeslagen, valt het dan nog onder de strafwet? Een ruime interpretatie zou kunnen worden gebaseerd op het argument dat het enkele kijken niet onder de reikwijdte van de strafbepaling is gebracht door de wetgever omdat een verbod van enkel kijken niet is te handhaven. Als dit fenomeen echter wel valt op te sporen omdat dit een publieke vorm is waaraan men tijdens het wetgevingsproces niet heeft gedacht, gaat het argument dat het enkele kijken niet valt te handhaven, niet op. Een teleologische interpretatie, in plaats van een wethistorische, zou in dit geval uitkomst kunnen bieden.

Tot slot nog de afschaffing van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. In de praktijk lijkt een verweer op een algemene strafuitsluitingsgrond (ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid of afwezigheid van alle schuld) nauwelijks voor te komen. Als er verweren zijn die ontkennen dat sprake is van kinderpornografisch materiaal wordt ontkend dat sprake is van een seksuele gedraging. Deze wetswijziging levert geen discussie op in de rechtspraak.

Knelpunten in de opsporing, vervolging en berechting van kinderporno

Er zijn twee knelpunten in het strafprocessuele gebeuren. Die hangen samen hangen met het uitgangspunt van het Openbaar Ministerie dat afbeeldingen niet aan het strafdossier worden toegevoegd omdat dit kan worden beschouwd als verspreiden van kinderpornografisch materiaal. Overigens zetten de advocatuur en zittende magistratuur bij dit uitgangspunt vraagtekens; vanwege een strafvorderlijke procedure is het voegen van beeldmateriaal niet bij voorbaat het verspreiden van kinderpornografisch materiaal.

De knelpunten die met deze regel samenhangen zijn ten eerste dat de tenlastelegging voldoende feitelijk moet zijn en dat de afbeeldingen nauwkeurig moeten worden beschreven. Ten tweede kunnen door het ontbreken van de afbeeldingen in het dossier bewijsproblemen ontstaan omdat de rechter niet op grond van de eigen waarneming tot een oordeel kan komen, maar af moet gaan op de deskundigheid van de rechercheur die het proces-verbaal heeft opgemaakt. Tegenwoordig leveren beide knelpunten geen problemen meer op: er is ervaring in het feitelijk omschrijven van de ten laste gelegde feiten en het beeldmateriaal waarover discussie wordt verwacht, is beschikbaar vooraf aan de zitting of tijdens de zitting.

Een ander aspect betreft inzage in het materiaal in het kader van de verdediging. Inzage wordt alleen verleend op het politiebureau of de griffie. In veel gevallen is dit voldoende, maar soms blijkt dat over het materiaal discussie gevoerd kan worden en dat het voor de verdediging wenselijk is het materiaal vaker te kunnen zien.

Daarnaast zijn er meer organisatorische knelpunten. De technologische ontwikkelingen op het terrein van ICT zorgen voor specifieke problemen in de opsporing. Klassieke methoden van opsporing moeten worden aangevuld met digitale methoden van opsporing. Een belangrijk organisatorisch probleem dat naar voren komt is het ontbreken van voldoende digitale expertise bij de politie: zowel voldoende sterk specialistische digitale kennis bij enkelen,¹⁵⁶ als op brede schaal elementaire digitale kennis. Voldoende digitale basiskennis ontbreekt eveneens bij het Openbaar Ministerie. En ook bij de zittende magistratuur lijkt niet voldoende kennis aanwezig te zijn over digitale ontwikkelingen.

¹⁵⁶ In de brief van de minister van Justitie van 21 maart 2006 met als onderwerp NFI Onderzoek Opsporing Kinderpornografie op internet, is toegezegd het Team Bestrijding Kinderporno van het KLPD-DNRI met drie medewerkers uit te breiden. Kenmerk 5399943-506.

Om kinderporno aan te kunnen pakken en niet alleen de eindgebruiker, maar ook de netwerken en producenten te kunnen opsporen en vervolgen, is voldoende digitale expertise noodzakelijk, evenals voldoende capaciteit.

8.3.2 De strafrechtelijke aanpak van kindersekstoerisme

De verruiming van de extraterritoriale macht wordt enerzijds beschouwd als een te vergaande uitbreiding van de rechtsmacht die in strijd komt met het legaliteitsprincipe, terwijl anderzijds de verruiming wordt beschouwd als een signaal dat kindersekstoerisme ontoelaatbaar is en dat door het uitbreiden van de rechtsmacht belemmeringen tot vervolging zijn weggenomen.

De verruiming heeft niet geleid tot een toename van het aantal vervolgingen. Een van de redenen is dat de strafrechtelijke bestrijding van kindersekstoerisme niet op regionaal niveau kan worden uitgevoerd; het vergt een landelijke aanpak met samenwerking in de diverse landen, waar informatieposities noodzakelijk zijn (bijvoorbeeld in Thailand, Tunesië et cetera).

8.3.3 Andere vormen van seksuele uitbuiting van minderjarigen

In de rechtspraak is er nog niet veel ervaring met de opsporing en vervolging van overtredingen van wetsartikelen 248a en 248c Sr. Het strafbaar stellen van het profijt trekken van minderjarigen die (bij zichzelf) seksuele handelingen verrichten heeft cijfermatig geen effect gehad: er is geen toename te constateren in het aantal aangiften van overtreding van artikel 248a Sr. Het strafbaar stellen van het toeschouwer zijn van seksshows door minderjarigen heeft de opsporing en vervolging wel vergemakkelijkt, maar het aantal zaken waarvan aangifte is gedaan en die zijn vervolgd, is gering.

Het aantal gevallen waarin minderjarigen via chatboxen voor de webcam seksuele handelingen (bij zichzelf) vertonen neemt toe. Als vangnet wordt artikel 248a Sr ten laste gelegd en primair artikel 244 Sr.

Over de interpretatie van artikel 248c Sr is discussie, in het bijzonder over het vereiste van fysieke aanwezigheid van de toeschouwer. Valt ook het kijken via een gesloten televisie circuit eronder? En zou de problematiek van het enkel kijken naar kinderpornografische afbeeldingen zonder dat de afbeeldingen worden *gedownload* op de eigen computer als een virtuele bioscoop kunnen worden beschouwd en onder artikel 248c kunnen worden gebracht? Tevens is het de vraag of in de toekomst het vereiste van 'een daartoe bestemde plaats' problemen zal gaan opleveren.

Tot slot blijkt dat niet altijd duidelijk is of een situatie onder artikel 248a of 248c Sr moet worden gekwalificeerd: wanneer is sprake van toeschouwer (art. 248c Sr) en wanneer van medepleger van verleiding (art. 248a Sr)? De interpretatie van deze wetsartikelen zal zich in de toekomst ontwikkelen.

8.3.4 Hantering van de hoorplicht

Op het niet voldoen aan de hoorplicht staat geen sanctie. Het niet voldoen aan de hoorplicht kan leiden tot niet ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie of het aanhouden van de zaak. In de rechtspraak leidt de hoorplicht vrijwel nooit tot problemen. Het is voldoende dat uit de aangifte blijkt of het slachtoffer strafvervolgning wenst. Bovendien kan een mogelijk verzuim via het getuigenverhoor alsnog worden tenietgedaan.

Uit de interviews komt naar voren dat de wetswijziging eraan heeft bijgedragen dat het nu makkelijker is groepsverkrachtingen of de praktijk van loverboys aan te pakken, omdat nu de opsporing kan starten zonder dat een klacht is ingediend. Toch wordt de hoorplicht soms als drempel ervaren door het Openbaar Ministerie. Te denken valt aan situaties waar meerdere slachtoffers zijn van bijvoorbeeld een sportleraar en ouders aangifte hebben gedaan van ontucht. In zulke gevallen kan het horen van de minderjarige slachtoffers leiden tot extra commotie en extra emotionele belasting van ouders en kinderen.

8.3.5 Toevoeging van ‘verminderd bewustzijn’

Het blijft lastig om te bewijzen dat de verdachte inzicht had in de staat van verminderd bewustzijn en hiervan misbruik heeft gemaakt, vooral als de verdediging aangeeft dat voorafgaand aan het seksuele incident verschillende (seksuele) handelingen vrijwillig zijn verricht. Bovendien heeft de wetgever bepaald dat het slachtoffer een verantwoordelijkheid heeft voor haar of zijn gedrag voorafgaand aan het verminderd bewustzijn: het maken van avances en het door eigen toedoen in een staat van verminderd bewustzijn verkeren heeft consequenties voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte. De toekomst zal moeten uitwijzen hoe ver de verantwoordelijkheid van het slachtoffer reikt.

8.4 Gewenste doelen behaald?

8.4.1 Inleiding

Het is altijd lastig om te kunnen constateren of een wetswijziging zijn doel heeft bereikt. Het is moeilijk om veranderingen direct aan de wijziging van de wet of aan andere ontwikkelingen toe te schrijven. Wij geven in dit hoofdstuk aan of de doelstelling van de verruimde rechtsbescherming in de praktijk gehaald wordt. Daarbij bespreken we of dit een effect van de wijziging van de wet kan zijn, of door andere ontwikkelingen kan zijn veroorzaakt.

8.4.2 Aanscherping strafbaarstelling kinderpornografie heeft effect

Wordt met de aanscherping van de kinderpornografiebepaling het doel - verbeterde bescherming (in brede zin) van kinderen tegen seksueel misbruik - bereikt?

Er is een duidelijke toename van het aantal aangiften van overtreding van artikel 240b Sr. De stijging wordt overigens al ingezet vanaf 2001. De ingeschreven zaken bij het Openbaar Ministerie vertonen eveneens een duidelijke stijging. De cijfers over de afdoening van kinderpornografiezaken door het Openbaar Ministerie en de rechtbank geven een verschuiving weer naar minder technische sepots en vrijspraken. Er blijkt een significant grotere kans te bestaan op vervolging en berechting voor overtreding van artikel 240b Sr na de wetswijziging in 2002.

Uitgangspunt van strafbaarstelling van (virtuele) kinderpornografie is het schadetoebrengende karakter ervan en de met het seksueel misbruik samenhangende marktforming aan banden te leggen. Een ander belangrijk motief voor de wetswijziging is tegemoet te komen aan de bewijsproblemen rond echt of virtueel en kennelijk zestien jaar.

Uit het onderzoek komt naar voren dat de bewijsproblemen rond de kennelijke leeftijd zijn opgelost omdat vervolgd wordt voor bezit, vervaardigen of verspreiden van kinderpornografische afbeeldingen van kinderen (ver) beneden de zestien jaar, conform de Aanwijzing Kinderpornografie. Juridisch gezien is het lastiger om te bewijzen of iemand kennelijk minderjarig is dan kennelijk nog geen zestien jaar, omdat in het eerste geval criteria ontbreken terwijl in het laatste geval gebruik kan worden gemaakt van de Tanner-criteria. Door de

wetswijziging is het nu makkelijker te vervolgen als de kinderpornografische afbeeldingen de groep kinderen van twaalf tot vijftien jaar betreft. De groep zestien- en zeventienjarigen blijft buiten beeld. De toevoeging van 'schijnbaar betrokken' heeft er eveneens aan bijgedragen dat bewijsproblemen rond schijnbaar reële kinderen zijn opgelost. Er is overigens wel een discussie over de vraag of het bezitten, verspreiden of vervaardigen van enkel virtuele kinderpornografische afbeeldingen, zoals een virtuele animatie, vanuit het oogpunt van vergroting van de markt van kinderporno, ook onder de strafbepaling zou moeten vallen.

Het bewijs van het opzet op het bezit of verspreiden van kinderporno levert in de praktijk meestal geen bijzondere problemen op. Dit hangt samen met de groep verdachten die wordt vervolgd. Dit zijn vooral eindgebruikers en zij bekennen vaak het bezit van kinderpornografisch materiaal. Juridisch gezien zijn er echter wel degelijk bewijsproblemen rond de opzet op het bezitten van kinderpornografisch materiaal, bijvoorbeeld als internetgebruikers een gezamenlijke site met kinderpornografisch beeldmateriaal inrichten waar men zonder te downloaden op de eigen computer naar kan kijken (zie paragraaf 8.3).

Onderzocht is of zaken die voor de wetswijziging met een sepot zijn afgedaan, onder de nieuwe wetgeving ook zouden zijn geseponeerd (prospectieve blik). Voor de wetswijziging is een aanzienlijk deel van de zaken met een beleidssepot afgedaan omdat het voorval als een gering feit werd bestempeld. Tegenwoordig worden dezelfde feiten als ernstiger gekwalificeerd. Daarnaast zijn voor de wetswijziging een aantal zaken wegens gebrek aan bewijs geseponeerd die nu vervolgd zouden worden, bijvoorbeeld in geval van een gemanipuleerde fotocompilatie of omdat de jongere kennelijk zestien jaar was. Daarbij zijn ook de grotere technische mogelijkheden bij opsporing en gerechtelijk vooronderzoek en de toegenomen strafwaardigheid van de kleinschalige eindgebruiker van invloed. Als we ons afvragen of de dossiers van na de wetswijziging volgens de oude wetgeving hetzelfde zouden zijn afgedaan (retrospectief oogpunt), dan blijkt dat vaker een veroordeling volgt omdat de leeftijdsgrens is verhoogd: verdachten die na de wetswijziging zijn veroordeeld voor bezit van kinderpornografisch materiaal, zouden voor de wetswijziging voor het bezit van (een deel van het) materiaal zijn vrijgesproken. Uit het dossieronderzoek blijkt echter ook dat na de wetswijziging dossiers met virtuele afbeeldingen geen rol spelen. Op basis van de dossieranalyse vanuit beide optieken kunnen we concluderen dat de

aanscherping van de strafbaarstelling van kinderpornografie vooral effect heeft op het bewijs van 'kennelijk nog geen zestien jaar'.

Uit het feit dat de stijging van het aantal aangiften bij de politie en inschrijvingen bij het Openbaar Ministerie al werd ingezet in de jaren voor de wetswijziging kan worden afgeleid dat deze toename niet het gevolg kan zijn van de wetswijziging. De toename is onder andere het gevolg van verbeterde technische opsporingsmogelijkheden en een verbeterde aanpak van het bezit van kinderpornografische afbeeldingen. De samenwerking tussen politie onderling - maar ook tussen de politie en het Openbaar Ministerie - lijkt te zijn verbeterd, evenals de internationale contacten en samenwerking via Interpol en Europol.

De invloed van de herziene wetgeving op de vergrote vervolgings- en berechtungskans dient eveneens gerelativeerd te worden. Hoewel uit het onderzoek naar voren komt dat bewijsproblemen zijn verminderd, kan deze cijfermatige ontwikkeling ook het gevolg zijn van prioritering zoals vastgelegd in de Aanwijzing Kinderpornografie. We zien een dergelijke trend van toename eveneens bij andere delicttypen waarvoor prioritering geldt zoals mishandeling en overtreding van de opiumwet.

De belangrijkste interveniërende factor bij de doelbereiking is echter de enorme vlucht die de digitalisering en de verspreidingsmogelijkheden op internet hebben genomen waardoor mensen relatief anoniem op elk uur van de dag kinderpornografische afbeeldingen kunnen bekijken. Daarnaast speelt het internationale karakter van het misdrijf een rol tegenover de beperkte capaciteit en beperkte digitale expertise bij politie en Openbaar Ministerie. Dit is een van de redenen dat vooral de eindgebruikers en in mindere mate de pedofiele netwerken worden opgespoord en vervolgd. Hoewel de producenten en commerciële verspreiders in beeld zijn bij de politie en Openbaar Ministerie, vergt het aanpakken ervan een internationale samenwerking. Men stuit echter op juridische belemmeringen van internationale (strafrechtelijke) aard, waardoor de vervolging van de producenten moeizaam van de grond komt.

Een andere factor die van invloed is, is de omvang en de aard van het kinderpornografische materiaal: het bezit is grootschaliger en de aard van het materiaal is ernstiger dan voorheen. De zaken worden in toenemende mate aangebracht bij de meervoudige kamer, waar vroeger gedagvaard werd voor de politierechter.

8.4.3 De aanpak van kinderseksstoerisme

Er zijn geen cijfers te achterhalen over het aantal aangiften en inschrijvingen op het arrondissementsparket op het gebied van kinderseksstoerisme. De ervaring van de door ons geïnterviewde politie, Openbaar Ministerie en rechters is zeer beperkt.

De opsporing en vervolging vergen door het internationale karakter van kinderseksstoerisme een landelijke aanpak en internationale samenwerking.

Of de wet een preventief effect heeft is een open vraag. De beoogde afschrikking en bredere bewustwording lijken niet te hebben plaatsgevonden. De noodzakelijke multisectorale samenwerking (ministeries van Justitie, Buitenlandse Zaken, Economische Zaken) voor de voorlichting aan reizigers en reisorganisaties en training van politiemensen in de desbetreffende landen lijkt tot op heden achterwege te zijn gebleven.

8.4.4 Effecten van de overige wetswijzigingen

Er zijn geen duidelijke cijfermatige trends zichtbaar als het gaat om de overtreding van de artikelen 248a Sr en 248c Sr. De periode tussen de wetswijziging en het onderzoek is daarvoor te kort. Dit geldt in mindere mate voor de overtreding van de artikelen 243 en 247 Sr. In de rechtspraak moet de interpretatie van deze wijzigingen zich nog ontwikkelen, zoals in de vorige paragraaf uiteen is gezet.

Seksuele uitbuiting van minderjarigen

Het effect van het invoegen van artikel 248c Sr is dat het opsporing en vervolging van kinderseksshows erdoor is vergemakkelijkt, hoewel het niet eenvoudig is het bewijs rond te krijgen.

Verschijselen als chatboxen en webcam en nieuwe vormen van seksueel misbruik van kinderen nemen een hoge vlucht. Die kunnen niet eenvoudig onder de nieuwe wetgeving worden gebracht.

Toevoeging van ‘verminderd bewustzijn

In geval van overtreding van artikel 243 Sr (verkrachting van een bewusteloze of geestelijk gestoorde) vindt in het jaar na de wetswijziging een sterke stijging plaats, maar dit kan op toeval berusten. Er is een afname van het aandeel technische septs en vrijspraken na de wetswijziging; dit duidt op een vermindering van bewijsproblemen.

Door de wetswijziging vallen meer situaties waar sprake is van een verminderd bewustzijn door drank, medicijnen of drugs onder de strafwet, maar de bewijsproblemen zijn niet opgelost. De verruiming kan weer teniet worden gedaan doordat strenge eisen worden gesteld aan het gedrag van het slachtoffer voorafgaand aan het verminderd bewustzijn, terwijl het bovendien lastig is te bewijzen dat de verdachte misbruik heeft gemaakt van de situatie.

De hoorplicht

Het afschaffen van het klachtvereiste en de invoering van de hoorplicht voor de artikelen 245, 247 en 248a Sr had tot doel de opsporing en vervolging van seksueel misbruik van jeugdigen te vergemakkelijken. Hoewel deze wijziging in het algemeen weinig invloed lijkt te hebben gehad op de praktijk van opsporing en vervolging, komt eveneens naar voren dat het nu eenvoudiger is de problematiek van loverboys of groepsverkrachtingen aan te pakken.

8.5 Eindconclusie

De wijziging van de kinderpornografiebepaling heeft de bewijsproblemen verminderd. Het aandeel bewijssepots en vrijspraken is significant afgenomen na de wetswijziging.

De vraag blijft of de afname van het aandeel technische sepots en vrijspraken (alleen) is te danken aan de wetswijziging. Andere factoren die daar een rol in spelen zijn de toegenomen ernst van het kinderpornografische materiaal, de prioriteitstelling in de Aanwijzing Kinderpornografie, de toename van technische (digitale) opsporingsmogelijkheden en veranderende maatschappelijke opvattingen. De toename van de technische mogelijkheden en communicatiewijzen waardoor de verspreidingsmogelijkheden en de toegankelijkheid van kinderpornografisch materiaal sterk zijn toegenomen, speelt ook een rol. Eindgebruikers zijn makkelijker op te sporen dan pedofiele netwerken en producenten. Na de wetswijziging worden pedofiele netwerken en producenten nauwelijks aangepakt, terwijl dit volgens de Aanwijzing Kinderporno prioriteit heeft. Dit is echter niet zozeer gelegen in de strafbaarstelling, als wel in strafvorderlijke en organisatorische knelpunten.

Ondanks de verruiming van de wet zijn er situaties die niet of moeilijk onder de strafbepaling zijn te brengen. Het kijken naar kinderpornografische afbeeldingen zonder over het beeldmateriaal te beschikken valt bijvoorbeeld niet onder de

strafbepaling. Het enkel bezitten van virtuele afbeeldingen van kinderpornografie, terwijl duidelijk is dat het om virtuele mensen en kinderen gaat, valt eveneens niet onder de strafbepaling.

De beoogde verbetering van bescherming van kinderen tegen vormen van seksueel misbruik en het profiteren ervan lijkt met de wetswijziging in gang te zijn gezet. Seksshows met minderjarigen worden bijvoorbeeld opgespoord en vervolgd.

De toekomst moet uitwijzen of nieuwe technische ontwikkelingen op internet met nieuwe vormen van seksueel misbruik van minderjarigen en andere kwetsbare groepen door de huidige wetgeving worden gedekt.

8.6 Aanbevelingen

1. Naast het aanpakken van eindgebruikers en pedofiele netwerken, dient, conform de Aanwijzing kinderpornografie, meer nadruk te liggen op het opsporen en vervolgen van de producenten van kinderpornografisch beeldmateriaal - dat bovendien steeds gewelddadiger wordt. Uitbreiding van de internationale samenwerking is noodzakelijk om greep te krijgen op de producenten van kinderporno.
2. Klassieke opsporingsmethoden zijn van groot belang in de opsporing van kinderporno, maar daarnaast zijn digitale opsporingsmethoden noodzakelijk. De opsporing kan worden bemoeilijkt door allerlei moderne technische methoden die de anonimiteit vergroten. Er dient blijvend geïnvesteerd te worden in het ontwikkelen van nieuwe technische methoden.
3. De specialistische digitale kennis bij een beperkt aantal mensen bij de politie dient uitgebreid en gewaarborgd te worden. Daarnaast is het belangrijk dat er breed in de organisatie van politie en Openbaar Ministerie digitale kennis in relatie tot kinderporno aanwezig is. Op regionaal niveau is bij politie en Openbaar Ministerie en bij de rechterlijke macht het vergroten van de kennis van digitale mogelijkheden gewenst. Bijscholing dient een voortdurend proces te zijn, gezien de nieuwe digitale vormen van zedenmisdrijven. Hierbij dienen technisch-juridische vragen, nieuwe verschijningsvormen en de gevolgen daarvan voor de kwalificatie aan bod te komen.
4. Gezien de complexiteit van zedenzaken is een specialisme zeden noodzakelijk bij politie, het Openbaar Ministerie en de zittende magistratuur. Landelijk dienen zedenzaken minstens evenveel aandacht te krijgen als vormen van

georganiseerde criminaliteit zoals fraude en milieucriminaliteit. Een superdeskundige op het Functioneel Parket zou ondersteuning kunnen geven aan de regionale officieren van justitie.

5. De benodigde multisectorale aanpak van kinderseksuetoerisme voor de voorlichting aan reizigers en reisorganisaties en training van politiemensen in de desbetreffende landen, dient te worden versterkt. Aan de al eerder gedane aanbeveling over registratie (ontwikkeling instrument) dient gevolg te worden gegeven.

Literatuur

Alexander, S., Pavert, M. van de, & Wolthuis, A. (eds.). (1999). *Extraterritorial Legislation as a Tool to Combat Sexual Exploitation of Children*. Amsterdam: ECPAT Europe Law Enforcement Group.

Berlin, I. (1958). *Two concepts of liberty*. Oxford: Clarendon Press.

Bogert, P.C. (2003). De juiste beslissing of een gemiste kans? Omtrent het schrappen van de wettelijke verankering van de niet-strafbaarheid van het bezit van kinderpornografie. *Delikt en Delinkwent*, 33, 1, 9-22.

Bogert, P.C. (2005). *Voor rechtvaardiging en schulduitsluiting: De bijzondere strafuitsluiting in strafrechtsdogmatisch en wetgevingstechnisch perspectief*. Deventer: Kluwer.

Boutellier, H. (red.) (1989). Seksuele kindermishandeling en Justitie (thema-nummer). *Justitiële Verkenningen*, 15, 6.

College van Procureurs-generaal. (2003, 2 september). *Aanwijzing Kinderporno-grafie*. Staatscourant, 168, p. 11.

- College van Procureurs-generaal. (2005, 25 januari). *Aanwijzing opsporing en vervolging inzake seksueel misbruik*. Staatscourant 2005, 17, p. 12.
- Council of the European Union. (2001). *Convention on Cybercrime*. ETS no. 185. Budapest.
- Council of the European Union. (2003). *Combating the sexual exploitation of children and child pornography*. Framework Decision, 2004/68/JHA. Strassbourg.
- Doek, J. (1998). *Een stand van zaken. Werkgroep Kinderporno en kinderprostitutie*. Amsterdam: Vrije Universiteit.
- Haveman, R. (1998). Opheffing algemeen bordeelverbod. *Nemesis*, 14, 2, 21-23.
- Internet Meldpunt Kinderporno. (2005). *Jaarverslag 2004*. Amsterdam.
- Jong, D.H. de, & Neut, J.L. van der. (1997). List, onmacht en verkrachting. *Nederlands Juristenblad*, 27, 24, 1067-1073.
- Kleef, J. van. (2004, december). Kinderporno, kinderspel. *Nieuwe Revu*, 52, 28-32.
- Kool, R.S.B. (2003). Vrijheid, blijheid? Over het dilemma van de strafbare seksualiteit. *Tijdschrift voor Criminologie*, 45, 4, 338-253.
- Kool, R.S.B. (2003a). Het recht jezelf te zijn. Schaduwzijden van de seksuele permissiviteit (redactioneel). *Nemesis*, 19, 2, p. 33.
- Kool, R.S.B. (2003b). Annotatie. EHRM 26 november 2002, nr. 33218/96 (E. and others vs UK). *Nemesis*, 19, katern, 15-19.
- Kool, R.S.B., Lünemann, K., & Wolleswinkel, R. (2002). Strafrecht op het breukvlak van twee eeuwen: Kroniek Strafrecht en detentierecht 1999-2001. *Nemesis*, 18, 1, 13-26.
- Kool, R.S.B. (1999). *De strafwaardigheid van seksueel misbruik (diss. EUR)*. Deventer: Kluwer.

Kool, R.S.B. (1999a). Verkrachting en legaliteit. In: M. Moerings, C.M. Pelser, & C.H. Brants (red.), *Morele kwesties in het strafrecht*. Deventer: Kluwer, pp. 157-170.

Kool, R.S.B. (2004). Tekst en Commentaar Strafrecht. Titel XII en titel XIV. In C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.). *Strafrecht: tekst & commentaar: De tekst van het Wetboek van Strafrecht en enkele aanverwante wetten voorzien van commentaar*. Deventer: Kluwer.

Kool, R.S.B. (2004a). 70 Veranderde zeden? Een overzicht van recente wetswijzigingen en jurisprudentie betreffende de zedelijkheidswetgeving. *Delikt en Delinkwent*, 34, 9, 912-931.

Kool, R.S.B. (2005). 58 Knelpunten rondom de kinderpornografie. *Delikt en Delinkwent*, 35, 7, p. 810.

Koopmans, F. (2004). Tekst en Commentaar Strafrecht. Titel I. C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Strafrecht: tekst & commentaar: De tekst van het Wetboek van Strafrecht en enkele aanverwante wetten voorzien van commentaar*. Deventer: Kluwer.

Lensink H. (2004). Ziek & slim: Pedo's ontraceerbaar op internet. *Nieuwe Revu*, 52, 33-34.

Lünnemann, K., & Zeegers, N. (1997). Annotatie Hof Leeuwarden 10 maart 1997, RN 1997, 721. *Nemesis*, 13, 22-24.

Lünnemann, K.D., & Piechocki, D.J.G. (2001). *Seksueel geweld betaald gezet. Juridische gids civiel- en strafrechtelijke schadevergoedingsmogelijkheden*. Nijmegen: Ars Aequi Libri.

Ministerie van Justitie. (2000). *Nationaal Actieplan Aanpak seksueel misbruik van minderjarigen*. Den Haag: SDU.

Moerings, M. (1999). De verbeterde strijd rondom kinderporno. In: M. Moerings, C.M. Pelser, & C.H. Brants (red.), *Morele kwesties in het strafrecht*. Deventer: Kluwer, pp. 171-195.

Moerings, M. (2000). De strijd tegen seks met kinderen: Een doorslaand succes. *Proces*, 79, nr. 1-2, 17-24.

Moerings, M. (2001). The fight against sex with children. In P. Alldridge & C.H. Brants (eds.), *Personal autonomy: The private sphere and the criminal law - A comparative study*. Oxford: Hart, pp. 245-266.

Nijboer, J.F. (2000). *Strafrechtelijk bewijsrecht*. Nijmegen: Ars Aequi Libri.

Noten, Th. (2005). Nederlandse wetgeving en beleid. In: S. Meuwese, M. Blaak, & M. Kaandorp (red.), *Handboek Internationaal Jeugdrecht: Een toelichting voor de rechtspraak en jeugdbeleid op het Verdrag inzake de Rechten van het Kind en nadere internationale regelgeving over de rechtspositie van minderjarigen*. Nijmegen: Ars Aequi Libri.

Rozemond, K. (1997). De teleologie van de bewusteloosheid en de lichamelijke onmacht. *Nederlands Juristenblad*, 72, 29, 1332-1333.

Savornin Lohman, J. de, Beijers, W.M.E.H., Gelder, C.P. van, Goderie, M., Nieborg, S., & Rijkschroeff, R. (1994). *Betere en adequatere bescherming door nieuwe zedelijkheidswetgeving? Evaluatieonderzoek naar de effecten en de doelbereiking van de nieuwe zedelijkheidswetgeving*. Utrecht: Verwey Jonker Instituut.

Savornin Lohman, J. de, et al. (1998). *Het functioneren van het klachtvereiste in de zedelijkheidswetgeving*. Utrecht: Verwey Jonker Instituut.

Savornin Lohman, J. de., et.al. (1999). *Wetgeving gewogen: Evaluatie van wet- en regelgeving inzake kinderpornografie*. Utrecht: Verwey Jonker Instituut.

Schalken, T. (1999). Een réveil van nieuw preutsheid. *Nemesis*, 15, 5, 184.

Schuijjer, J. (1994). Een wetsvoorstel dat iedereen bedreigt: De verbetering van de wet omtrent de kinderpornografie aan de kaak gesteld. *Proces*, 73, 7/8, 153-159.

Seabrook, J. (2002). *Nergens veilig: Extraterritoriale wetgeving in de praktijk: de vervolging van kinderekstoeristen in eigen land* (F. van Ruitenbeek, vert.). Amsterdam: SWP. (Oorspronkelijke titel: No hiding place: child sex tourism and the role of extraterritorial legislation, 2000).

Stevens, L. (2005). Annotatie EHRM 28 oktober 2003, nr. 39272/98, Seksuele autonomie ook beschermd door het recht op privacy, *NJCM*, 30, 3, 295-305.

Stol, W.Ph. (2003). Sociale controle en technologie: De casus politie en kinderporno op internet, *Amsterdams Sociologisch Tijdschrift*, 30,1-2, 162-181.

Stol, W.Ph. (2004). Trends in cybercrime. *Justitiële Verkenningen*, 30,.8, 76-94.

Swier, B. (1998). Het klachtdelict belicht. *Nederlands Juristenblad*, 73, 4, 164-170.

Temkin, J., & Ashworth, A. (2004). The Sexual Offences Act 2003 (1). Rape, Sexual Assaults and the Problems of Consent. *Criminal Law Review*, 2004, 5, 328-346.

Vogelzang, B.O., Braak, J.J. van den, Meuwese, S., & Wolthuis, A. (2002). *Kindersekstoerisme (vanuit Nederland): Onderzoek naar bestaande en (mogelijk) nieuwe reisbestemming*. Woerden: WODC, Adviesbureau van Montfoort.

Wafelbakker, F. (2001). Seksuele gedraging: Over delictomschrijving in de kinderpornowetgeving. *Tijdschrift voor Seksuologie*, 25, 3, 130-138.

Bijlage

Tabellen omvang en afdoening zedendelicten

*Tabel 1.1 Aantal aangiften per wetsartikel in de periode 1996- 2004
geïndexeerd voor 2003**.*

	sr240b kinder- pornografie	sr243 verkrachting bewusteloze	sr247 ontucht <16	sr248a verleiding minderjarige	sr248c aanwezigheid minderjarige bij seksshow	sr250a mensenhandel
1996	22	89	140	252	0	100
1997	20	66	76	180	0	44
1998	24	59	67	117	0	46
1999	24	53	59	112	0	46
2000	24	58	62	150	0	48
2001	32	78	66	110	0	71
2002	50	73	64	100	0	88
2003	100	100	100	100	100	100
2004	126	72	67	36	400	73

Bron: KLPD

** op basis van aangiften van zestien politieregio's

Tabel 1.2 Aantal inschrijvingen in de periode 1994 t/m augustus 2005 bij het parket, naar wetsartikel en naar pleegjaar geïndexeerd voor 200.

Pleegjaar	SR 240B	SR 243	SR 247	SR 248A	SR 248C	SR 250A
1996	38	62	178	0	0	0
1997	27	66	163	0	0	0
1998	33	67	167	0	0	0
1999	42	65	146	0	0	0
2000	53	66	147	7	0	40
2001	51	72	123	44	0	122
2002	96	59	105	126	0	157
2003	100	100	100	100	100	100
2004	66	76	67	78	400	103

Bron: OMDATA

Tabel 1.3 Artikel 247 Sr eindoordeel naar pleegjaar.

Pleegjaar	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
technisch sepot	148	155	172	123	127	94	73	52	47
	18,9%	21,9%	23,5%	18,9%	19,4%	17%	15,7%	12,9%	21,1%
beleidssepot	53	54	53	44	38	29	20	17	6
	6,8%	7,6%	7,1%	6,8%	5,8%	5,3%	4,3%	4,2%	2,7%
transactie	13	6	16	10	19	22	15	17	7
	1,7%	0,8%	2,1%	1,5%	2,9%	4%	3,2%	4,2%	3,1%
schuldig verklaring	475	410	417	390	410	347	289	266	138
	60,7%	58%	56%	60%	62,7%	62,9%	62,%	65,8%	61,9%
vrijspraak	78	74	77	74	58	56	64	49	20
	10%	10,5%	10,3%	11,4%	8,9%	10,1%	13,7%	12,1%	9%
RB anders	15	8	7	9	2	4	5	3	5
	1,9%	1,1%	0,9%	1,4%	0,3%	0,7%	1,1%	0,7%	2,2%
Totaal	782	707	745	650	654	552	466	404	223
	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

2

Bijlage

Vragenlijsten Interviews Partiële wijziging zedelijkheidswetgeving

Hieronder volgen de vragenlijsten van politie, rechterlijke macht en advocatuur. De vragenlijsten komen grotendeels overeen, maar tijdens het interview zijn verschillende accenten gelegd.

Politie

1. Artikel 5 en 5a (kindersekstoerisme)

1.1 Heeft de verruiming van het strafrechtelijk instrumentarium geleid tot:

- een vergroting van de kans op opsporing;
- een vergroting van de kans op vervolging;
- een vergroting van de kans op berechting?

Waarom wel/niet?

1.2 Is er naar uw mening sprake van een verhoogde aandacht voor het tegengaan van kinderekstoerisme in de opsporing? Indien ja, graag toelichten.

1.3 Wat is naar uw oordeel het belang van deze verruiming?

1.4 Komt art 5 en 5a Sr voor en wordt er gericht opgespoord?

1.5 Wat zijn de obstakels voor opsporing, vervolging en (voor zover u kunt beoordelen) berechting bij kinderseksuïerisme?

1.6 Zo ja, hoe zouden deze uit de weg geruimd kunnen worden?

2. Artikel 240b (jeugdigen gebruiken voor pornografie)

Op vier punten heeft een aanscherping plaatsgevonden:

- Virtuele kinderporno is strafbaar gesteld door invoeging van het bestanddeel 'schijnbaar betrokken'.
- Leeftijdsgrens is verhoogd van zestien naar achttien jaar.
- Artikel 240b lid 2 Sr (bijzondere strafuitsluitingsgrond) is vervallen.
- Het standpunt van de Hoge Raad is gelegaliseerd: in voorraad hebben is gelijk gesteld aan in bezit hebben.

Wat verstaat de politie onder kinderporno. (Bijvoorbeeld: tekenfilmachtige animatie mag volgens de nieuwe wet niet meer, heeft de politie dit ook voor ogen?) Hoe wordt omgegaan met gemanipuleerde foto's?

2.1 Heeft de toevoeging van het bestanddeel 'schijnbaar betrokken' geleid tot:

- een vergroting van de kans op opsporing;
- een vergroting van de kans op vervolging?

Waarom wel/niet?

2.2 Heeft de verhoging van de leeftijdsgrens naar 18 jaar geleid tot:

- een vergroting van de kans op opsporing;
- een vergroting van de kans op vervolging?

Waarom wel/niet?

2.3 Heeft het vervallen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond geleid tot:

- een vergroting van de kans op opsporing;
- een vergroting van de kans op vervolging?

Waarom wel/niet?

- 2.4 Heeft het gelijk stellen van het in bezit hebben aan het in voorraad hebben geleid tot:
- een vergroting van de kans op opsporing;
 - een vergroting van de kans op vervolging?
- Waarom wel/niet?

Opsporing/vervolging

- 2.5 In de Aanwijzing Kinderpornografie zijn een aantal aandachtspunten geformuleerd die prioriteit hebben binnen de opsporing en vervolging. Daarop afgaande heeft vervolging van 'de privé-gebruiker' die zelf geen producent is geen prioriteit. Toch lijken dergelijke zaken een substantieel deel van de opsporing en vervolging in beslag te nemen.
- Klopt deze indruk? En hoe ligt dan de verhouding tussen het opsporen/vervolgen van netwerken versus privé-gebruikers?
 - Rechercheert de politie op grote netwerken? Op de vervaardigers?
 - In hoeverre zijn de capaciteit, de prestatiecontracten hier een knelpunt?

De aanleiding voor het opsporingsonderzoek ligt in de resultaten van ambtshalve opsporing, dan wel in de melding en/of aangifte van kinderporno door een burger of organisaties van burgers (waaronder bijvoorbeeld het Meldpunt Kinderporno). Bij opsporing door de politie is nog een tweedeling te maken: gerichte opsporing van kinderporno en bijvangst bij de opsporing op grond van een ander delict. Welke van de drie komt het meeste voor? (Welke het minst?)

Seksuele gedraging

- 2.6 Houdt u bij de opsporing rekening met het mogelijke verweer dat het afgebeelde geen seksuele gedraging betreft, maar minderjarigen in een natuurlijke houding? Zo ja, hoe gaat de politie hiermee om? Hoe gaat u in dit kader om met naturalistisch aandoende foto's? Komt de politie series tegen (beginnen met naturalistische foto's; daarna heftiger beelden?)

Kennelijk minderjarig

Het leeftijdscriterium is geobjectiveerd. Er hoeft niet te worden bewezen dat de afgebeelde minderjarige daadwerkelijk jonger is dan achttien jaar. Het is voldoende dat de afbeelding de indruk wekt. Of de indruk gerechtvaardigd is

wordt voor minderjarigen tot zestien jaar vastgesteld aan de hand van de zogenoemde Tanner-criteria (KLPD).

- 2.7 Wordt de beoordeling van de leeftijd door het KLPD door middel van de Tanner-criteria in de praktijk overgenomen? Levert deze bij de opsporing en vervolging problemen op? Zo ja, welke?
- 2.8 Hoe wordt de beoordeling van kennelijke leeftijd voor zestien- tot achttienjarigen in de praktijk vastgesteld?
- 2.9 Komt u in uw werk tegen (en zo ja, hoe vaak) dat een zestien- of zeventienjarige vrijwillig heeft deelgenomen aan het vervaardigen van kinderporno?

Schijnbaar betrokken

- 2.10 Komt u in de praktijk virtuele kinderpornografie tegen? Zo ja, sinds wanneer, met welke regelmaat en in welke vorm (bijvoorbeeld geheel digitaal vervaardigd materiaal, dan wel een digitale bewerking van bestaande afbeeldingen)? Wat is er bekend over de producenten, verspreiders, distributiekanaalen en klanten (anders dan de niet-virtuele kinderporno)? Komt kijken via gedeelde bufferzone voor? (alleen kijken is namelijk niet strafbaar). Wat als de server in een land staat waar kinderporno niet strafbaar is; komt dit voor?

Gewoonte

Een manier om het verwijt dat op grootschaliger wijze kinderpornografisch materiaal is vervaardigd en verspreid ten laste te leggen, is om gewoonte als strafverzwarende omstandigheid ten laste te leggen (artikel 240b lid 2 Sr). Het gaat dan om het gewoonte maken van het vervaardigen, voorhanden hebben en verspreiden van kinderpornografie. De vraag of daartoe een commercieel oogmerk vereist is, wordt in de jurisprudentie verschillend uitgelegd.

- 2.11 Speelt het commerciële oogmerk naar uw mening een rol bij de opsporing en vervolging? Zo ja welk?

Strafuitsluitingsgronden

2.12 Speelt het vervallen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in de praktijk een rol?

3. Artikel 243 en 247 Sr: verminderd bewustzijn

3.1 Draagt naar uw oordeel de verruiming van art 243 Sr en 247Sr (invoeging van het bestanddeel verminderd bewustzijn) bij aan een verbeterde bescherming tegen seksueel geweld? Komt u dit in uw praktijk tegen en zo ja, op welke wijze?

4. Artikel 245, 247 en 248 a Sr: vervallen klachtvereiste met daarvoor in de plaats artikel 167aSv hoorrecht

4.1 Heeft het vervallen van het klachtvereiste en de invoering van het hoorrecht ad art. 167a Sv bijgedragen aan:

- een vergroting van de kans op opsporing;
- een vergroting van de kans op vervolging?

Waarom wel/niet?

5. Artikelen 248a Sr, 248cSr en 250aSr

5.1 Komt u in uw praktijk delicten tegen die onder deze artikelen vervolgd/opgespoord kunnen worden? Zo ja, welke en met welk resultaat? Zo nee, waarom niet? Wat wordt in de praktijk verstaan onder ontuchtige handelingen (248c Sr)?

5.2 De wetgever heeft destijds het enkele kijken naar kinderpornografie - anders dan in de vorm van aanwezigheid bij een liveoptreden - niet strafbaar willen stellen. Momenteel doet zich het fenomeen voor dat liefhebbers van kinderpornografie de bufferzone, toegekend door de provider, gebruiken als 'vrije ruimte' om (gezamenlijk) kinderpornografie te bekijken. Van bezit in de zin van art. 240b Sr is dan geen sprake, daarvoor is vereist dat de kijker de wil heeft het materiaal te bezitten bijvoorbeeld door het te downloaden. Zou deze 'kijkwijze' volgens u strafbaar dienen te zijn? Waarom wel/niet? En zo ja, denkt u dat art. 248c Sr hier uitkomst kan brengen?

6. Overall vragen:

- 6.1 Zouden naar uw oordeel daders van delicten die onder de oude wetgeving niet met succes opgespoord, vervolgd dan wel berecht konden worden, nu onder de nieuwe wetgeving wel afdoende opgespoord, vervolgd en berecht kunnen worden? Waarom wel, niet?
- 6.2 Welke zaken waarin wel opsporing en berechting heeft plaatsgevonden sinds de inwerkingtreding van de nieuwe wet in 2002, zouden niet succesvol zijn geweest onder de oude wetgeving? Waarom wel /niet?
- 6.3 Voelt u zich al met al in uw werk gesteund door de opeenvolgende wijzigingen in de zedelijkheidswetgeving? Waarom wel/niet?

1. Artikel 5 en 5a (kindersekstoerisme)

1.1 Heeft de verruiming van het strafrechtelijk instrumentarium geleid tot:

- een vergroting van de kans op opsporing;
 - een vergroting van de kans op vervolging;
 - een vergroting van de kans op berechting?
- Waarom wel/niet?

1.2 Is er naar uw mening sprake van een verhoogde aandacht voor het tegengaan van kindersekstoerisme in de opsporing? Indien ja, graag toelichten.

1.3 Wat is naar uw oordeel het belang van deze verruiming?

1.4 Wat zijn de obstakels voor opsporing, vervolging en berechting bij kindersekstoerisme?

1.5 Zo ja, hoe zouden deze uit de weg geruimd kunnen worden?

2. Artikel 240b (jeugdigen gebruiken voor pornografie)

Op vier punten heeft een aanscherping plaatsgevonden:

- Virtuele kinderporno is strafbaar gesteld door invoeging van het bestanddeel 'schijnbaar betrokken'.
- Leeftijdsgrens is verhoogd van zestien naar achttien jaar.
- Artikel 240b lid 2 Sr (bijzondere strafuitsluitingsgrond) is vervallen.
- Het standpunt van de Hoge Raad is gelegaliseerd: in voorraad hebben is gelijk gesteld aan in bezit hebben.

2.1 Heeft de toevoeging van het bestanddeel 'schijnbaar betrokken' geleid tot:

- een vergroting van de kans op opsporing;
 - een vergroting van de kans op vervolging;
 - een vergroting van de kans op berechting?
- Waarom wel/niet?

2.2 Heeft de verhoging van de leeftijdsgrens naar achttien jaar geleid tot:

- een vergroting van de kans op opsporing;

- een vergroting van de kans op vervolging;
- een vergroting van de kans op berechting?
Waarom wel/niet?

2.3 Heeft het vervallen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond geleid tot:

- een vergroting van de kans op opsporing;
- een vergroting van de kans op vervolging;
- een vergroting van de kans op berechting?
Waarom wel/niet?

2.4 Heeft het gelijk stellen van het in bezit hebben aan het in voorraad hebben geleid tot:

- een vergroting van de kans op opsporing;
- een vergroting van de kans op vervolging;
- een vergroting van de kans op berechting?
Waarom wel/niet?

Opsporing/vervolging

- 2.5 In de Aanwijzing Kinderpornografie zijn een aantal aandachtspunten geformuleerd die prioriteit hebben binnen de opsporing en vervolging. Daarop afgaande heeft vervolging van 'de privé-gebruiker' die zelf geen producent is geen prioriteit. Toch lijken dergelijke zaken een substantieel deel van de opsporing en vervolging in beslag te nemen. Klopt deze indruk? Een hoe ligt dan de verhouding tussen het opsporen/vervolgen van netwerken versus privé-gebruikers feitelijk?

De aanleiding voor het opsporingsonderzoek ligt in de resultaten van ambtshalve opsporing, dan wel in de melding en/of aangifte van kinderporno door een burger of organisaties van burgers (waaronder bijvoorbeeld het Meldpunt Kinderporno). Bij opsporing door de politie is nog een tweedeling te maken: gerichte opsporing van kinderporno en bijvangst bij de opsporing op grond van een ander delict. Welk van de drie komt het meeste voor? (Welke het minst?) (geschat aantal per jaar?)

Formele vragen: wijze van tenlastelegging (vragen 2.6 t/m 2.12 alleen voor ZM en OM).

- 2.6 Levert de eis om de tenlastelegging in voldoende feitelijke bewoordingen op te stellen (art. 261 Sv) in de praktijk problemen op? Waarom wel/niet?
- 2.7 Hoe wordt het recht op inzage in de stukken (art. 33 Sv) in de praktijk geregeld? Zijn daar verschillen in waar te nemen en voldoet de wijze van inzage geven? Hoe vaak leidt het vereiste van een voldoende feitelijk opgestelde tenlastelegging tot nietigheid van de dagvaarding?
- 2.8 Als de tenlastelegging zowel de periode voor als na de wetswijziging omvat: zorgt dan het feit dat zowel art. 240b Sr oud met het daarin vereiste 'in voorraad hebben' als art. 240b Sr nieuw met het daarin vermelde 'bezit' moet worden opgenomen in de tenlastelegging voor problemen? Zo ja, welke? Hoe worden deze opgelost?

Materiële rechtsvragen

(Voorwaardelijk) opzet

- 2.9 Doen zich in de praktijk bewijsproblemen voor ten aanzien van het (voorwaardelijk opzet)?
- 2.10 Zo ja, is de ontkenning van het (voorwaardelijk) opzet dan gericht op het bestrijden van het bezit, of ook op het verspreiden?
- 2.11 Als de ten laste gelegde periode zowel voor als na de wetswijziging valt: zorgt dan het feit dat zowel art. 240 b Sr oud met daarin het vereiste in voorraad hebben als 240b nieuw (bezit) ten laste gelegd moet worden, voor problemen? Zo ja, welke? Hoe worden deze opgelost?

Seksuele gedraging

- 2.12 Komt het verweer dat het afgebeelde geen seksuele gedraging betreft maar minderjarigen in een natuurlijke houding in uw praktijk voor? Zo ja, hoe gaat men hiermee om? Hoe beoordeelt u in dit kader naturalistisch aandoende foto's?

Kennelijk minderjarig

Het leeftijdscriterium is geobjectiveerd. Er hoeft niet te worden bewezen dat de afgebeelde minderjarige daadwerkelijk jonger is dan achttien jaar. Het is voldoende dat de afbeelding de indruk wekt. Of de indruk gerechtvaardigd is wordt voor minderjarigen tot zestien jaar vastgesteld aan de hand van de zogenoemde Tanner-criteria (KLPD).

- 2.13 Wordt de beoordeling van de leeftijd door de KLPD door middel van de Tanner-criteria in de praktijk overgenomen? Levert deze bij de opsporing, vervolging en berechting problemen op? Zo ja, welke?
- 2.14 Hoe wordt de beoordeling van kennelijke leeftijd voor zestien- tot achttienjarigen in de praktijk vastgesteld? Hoe oordeelt de zittingsrechter ten deze? Geeft deze beoordeling in uw praktijk aanleiding tot sepot/vrijspraak?
- 2.15 Komt het voor in uw praktijk (en zo ja, hoe vaak) dat een zestien- of zeventienjarige vrijwillig heeft deelgenomen aan het vervaardigen van kinderporno? Hoe vaak leidt dit tot een sepot/vrijspraak?

Schijnbaar betrokken

- 2.16 Komt u in de praktijk virtuele kinderpornografie tegen? Zo ja, sinds wanneer, met welke regelmaat en in welke vorm (bijvoorbeeld geheel digitaal vervaardigd materiaal, dan wel een digitale bewerking van bestaande afbeeldingen)? Wat is er bekend over de producenten, verspreiders, distributiekkanalen en klanten (anders dan de niet-virtuele kinderporno)?

Gewoonte

Een manier om het verwijt dat op grootschaliger wijze kinderpornografisch materiaal is vervaardigd en verspreid ten laste te leggen is om gewoonte als strafverzwarende omstandigheid ten laste te leggen (artikel 240b lid 2 Sr). Het gaat dan om het gewoonte maken van het vervaardigen, voorhanden hebben en verspreiden van kinderpornografie. De vraag of daartoe een commercieel oogmerk vereist is wordt in de jurisprudentie verschillend uitgelegd.

- 2.17 Speelt het commerciële oogmerk naar uw mening een rol bij de opsporing, vervolging dan wel berechting? Zo ja welk?

Strafuitsluitingsgronden

2.18 Speelt het vervallen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in de praktijk een rol?

3. Artikel 243 en 247 Sr: verminderd bewustzijn

3.1 Draagt naar uw oordeel de verruiming van art 243 Sr en 247Sr (invoeging van het bestanddeel verminderd bewustzijn) bij aan een verbeterde bescherming tegen seksueel geweld? Komt u dit in uw praktijk tegen en zo ja op welke wijze?

4. Artikel 245, 247 en 248 a Sr: vervallen klachtvereiste met daarvoor in de plaats artikel 167aSv hoorrecht

4.1 Heeft het vervallen van het klachtvereiste en de invoering van het hoorrecht ad art. 167a Sv bijgedragen aan:

- een vergroting van de kans op opsporing;
- een vergroting van de kans op vervolging;
- een vergroting van de kans op berechting?

Waarom wel/niet?

4.2 Krijgt de rechter nu zaken voorgelegd die minder opportuun kunnen worden geacht en misschien via het klachtvereiste niet waren aangebracht?

4.3 Hoe beslist het openbaar ministerie/de rechter in het geval waarin ter zitting blijkt dat het minderjarige slachtoffer niet in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord? Aangenomen dat het slachtoffer niet ter zitting aanwezig is. Wordt in zo'n geval besloten tot aanhouding van de zitting? (vraag alleen voor ZM/OM).

5. Artikelen 248a, 248c en 150a

5.1 Komt u in uw praktijk delicten tegen die onder deze artikelen vervolgd/opgespoord of berecht kunnen worden? Zo ja, welke en met welk resultaat? Zo nee, waarom niet? Wat wordt in de praktijk verstaan onder on-tuchtige handelingen (248c Sr)?

5.2 De wetgever heeft destijds het enkele kijken naar kinderpornografie - anders dan in de vorm van aanwezigheid bij een liveoptreden - niet strafbaar willen stellen. Momenteel doet zich het fenomeen voor dat liefhebbers

van kinderpornografie de bufferzone toegekend door de provider gebruiken als 'vrije ruimte' om (gezamenlijk) kinderpornografie te bekijken. Van bezit in de zin van art. 240b Sr is dan geen sprake, daarvoor is vereist dat de kijker de wil heeft het materiaal te bezitten bijvoorbeeld door het te downloaden. Zou deze 'kijkwijze' volgens u strafbaar dienen te zijn? Waarom wel/niet? En zo ja, denkt u dat art. 248c Sr hier uitkomst kan brengen?

6. Overall vragen

- 6.1 Zouden naar uw oordeel daders van delicten die onder de oude wetgeving niet met succes opgespoord, vervolgd dan wel berecht konden worden, nu onder de nieuwe wetgeving wel afdoende opgespoord, vervolgd en berecht kunnen worden? Waarom wel, niet?
- 6.2 Welke zaken waarin wel opsporing en berechting heeft plaatsgevonden sinds de inwerkingtreding van de nieuwe wet in 2002, zouden niet succesvol zijn geweest onder de oude wetgeving? Waarom wel /niet?
- 6.3 Voelt u zich al met al in uw werk gesteund door de opeenvolgende wijzigingen in de zedelijkheidswetgeving? Waarom wel/niet?

1. Artikel 5 en 5a (kindersekstoerisme)

1.1 Heeft de verruiming van het strafrechtelijk instrumentarium geleid tot:

- een vergroting van de kans op opsporing;
- een vergroting van de kans op vervolging;
- een vergroting van de kans op berechting?

Waarom wel/niet?

1.2 Is er naar uw mening sprake van een verhoogde aandacht voor het tegengaan van kindersekstoerisme in de opsporing? Indien ja, graag toelichten.

1.3 Wat is naar uw oordeel het belang van deze verruiming?

1.4 Wat zijn de obstakels voor opsporing, vervolging en berechting bij kindersekstoerisme?

1.5 Zo ja, hoe zouden deze uit de weg geruimd kunnen worden?

2. Artikel 240b (jeugdigen gebruiken voor pornografie)

Op vier punten heeft een aanscherping plaatsgevonden:

- *Virtuele kinderporno is strafbaar gesteld door invoeging van het bestanddeel 'schijnbaar betrokken'.*
- *Leeftijdsgrens is verhoogd van zestien naar achttien jaar.*
- *Artikel 240b lid 2 Sr (bijzondere strafuitsluitingsgrond) is vervallen.*
- *Het standpunt van de Hoge Raad is gelegaliseerd: in voorraad hebben is gelijk gesteld aan in bezit hebben.*

- a. In de Aanwijzing Kinderpornografie zijn een aantal aandachtspunten geformuleerd die prioriteit hebben binnen de opsporing en vervolging. Daarop afgaande heeft vervolging van 'de privé-gebruiker' die zelf geen producent is geen prioriteit. Toch lijken dergelijke zaken een substantieel deel van de opsporing en vervolging in beslag te nemen. Klopt deze indruk? Een hoe ligt dan de verhouding tussen het opsporen/vervolgen van netwerken versus privé-gebruikers feitelijk?

- 2.1 De aanleiding voor het opsporingsonderzoek ligt in de resultaten van ambtshalve opsporing, dan wel in de melding en/of aangifte van kinderporno door een burger of organisaties van burgers(waaronder bijvoorbeeld het Meldpunt Kinderporno). Bij opsporing door de politie is nog een tweedeling te maken: gerichte opsporing van kinderporno en bijvangst bij de opsporing op grond van een ander delict. Welk van de drie komt het meeste voor in jouw praktijk, in het algemeen? (Welke het minst?) (geschat aantal per jaar?)

Welke verweren voert u?

- 2.2 Dagvaarding is niet feitelijk genoeg?

- 2.3 Ontbreken van (voorwaardelijk) opzet.

Zo ja, is de ontkenning van het (voorwaardelijk) opzet dan gericht op het bestrijden van het bezit, of ook op het verspreiden?

Seksuele gedraging

- b. Komt het verweer dat het afgebeelde geen seksuele gedraging betreft maar minderjarigen in een natuurlijke houding in uw praktijk voor? Zo ja, hoe gaat men hiermee om? Hoe beoordeelt u in dit kader naturalistisch aandoende foto's?

Kennelijk minderjarig

Voert u wel eens een verweer wegens het ontbreken van minderjarigheid? Wat betekende de wetswijziging voor de verweren rond leeftijd?

- c. Hoe wordt de beoordeling van kennelijke leeftijd voor zestien- tot achttien-jarigen in de praktijk vastgesteld? Hoe oordeelt de zittingsrechter ten deze? Geeft deze beoordeling in uw praktijk aanleiding tot sepot/vrijspraak? (Laatste twee alleen voor OM en ZM)
- d. Komt het voor in uw praktijk (en zo ja, hoe vaak) dat een zestien- of zeventienjarige vrijwillig heeft deelgenomen aan het vervaardigen van kinderporno? Hoe vaak leidt dit tot een sepot/vrijspraak?

Schijnbaar betrokken

- e. Komt u in de praktijk virtuele kinderpornografie tegen? Zo ja, sinds wanneer, met welke regelmaat en in welke vorm (bijvoorbeeld geheel digitaal vervaar-

digd materiaal, dan wel een digitale bewerking van bestaande afbeeldingen)?
Wat is er bekend over de producenten, verspreiders, distributiekkanalen en klanten (anders dan de niet-virtuele kinderporno)?

Strafuitsluitingsgronden

- f. Speelt het vervallen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in de praktijk een rol? Hebt u wel eens een beroep gedaan op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid?

Gewoonte

Een manier om het verwijt dat op grootschaliger wijze kinderpornografisch materiaal is vervaardigd en verspreid ten laste te leggen is om gewoonte als strafverzwarende omstandigheid ten laste te leggen (artikel 240b lid 2 Sr). Het gaat dan om het gewoonte maken van het vervaardigen, voorhanden hebben en verspreiden van kinderpornografie. De vraag of daartoe een commercieel oogmerk vereist is wordt in de jurisprudentie verschillend uitgelegd.

- g. Speelt het commerciële oogmerk naar uw mening een rol bij de opsporing, vervolging dan wel berechting? Zo ja welke?

3. Artikel 243 en 247 Sr: verminderd bewustzijn

- 3.1 Draagt naar uw oordeel de verruiming van art 243 Sr en 247Sr (invoeging van het bestanddeel verminderd bewustzijn) bij aan een verbeterde bescherming tegen seksueel geweld? Komt u dit in uw praktijk tegen en zo ja op welke wijze? Is er een verschil met voor de wetwijziging, met andere woorden kent u zaken die voor de wetwijziging tot vrijspraak hebben gelid, maar nu waarschijnlijk tot een veroordeling, of vica versa?

4. Artikel 245, 247 en 248 a Sr: vervallen klachtvereiste met daarvoor in de plaats artikel 167aSv hoorrecht

- 4.1 Heeft het vervallen van het klachtvereiste en de invoering van het hoorrecht ad art. 167a Sv bijgedragen aan:
- een vergroting van de kans op opsporing;
 - een vergroting van de kans op vervolging;
 - een vergroting van de kans op berechting?
- Waarom wel/niet?

- 4.2 Krijgt de rechter nu zaken voorgelegd die minder opportuun kunnen worden geacht en misschien via het klachtvereiste niet waren aangebracht?
- 4.3 Hoe beslist het openbaar ministerie/de rechter in het geval waarin ter zitting blijkt dat het minderjarige slachtoffer niet in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord? Aangenomen dat het slachtoffer niet ter zitting aanwezig is. Wordt in zo'n geval besloten tot aanhouding van de zitting? (vraag alleen voor ZM/OM).

5 Artikelen 248a, 248c en 150a

- 5.1 Komt u in uw praktijk delicten tegen die onder deze artikelen vervolgd/opgespoord of berecht kunnen worden? Zo ja, welke en met welk resultaat? Zo nee, waarom niet? Wat wordt in de praktijk verstaan onder on-tuchtige handelingen (248c Sr)?
- 5.2 De wetgever heeft destijds het enkele kijken naar kinderpornografie - anders dan in de vorm van aanwezigheid bij een liveoptreden - niet strafbaar willen stellen. Momenteel doet zich het fenomeen voor dat liefhebbers van kinderpornografie de bufferzone toegekend door de provider gebruiken als 'vrije ruimte' om (gezamenlijk) kinderpornografie te bekijken. Van bezit in de zin van art. 240b Sr is dan geen sprake, daarvoor is vereist dat de kijker de wil heeft het materiaal te bezitten bijvoorbeeld door het te downloaden. Zou deze 'kijkwijze' volgens u strafbaar dienen te zijn? Waarom wel/niet? En zo ja, denkt u dat art. 248c Sr hier uitkomst kan brengen?

6. Algemeen en waardering van ontwikkeling:

- 6.1 Zouden naar uw oordeel daders van delicten, die onder de oude wetgeving niet met succes opgespoord, vervolgd dan wel berecht konden worden, nu onder de nieuwe wetgeving wel afdoende opgespoord, vervolgd en berecht kunnen worden? Waarom wel, niet?
- 6.2 Welke zaken waarin wel opsporing en berechting plaats heeft gevonden sinds de inwerkingtreding van de nieuwe wet in 2002, zouden niet succesvol zijn geweest onder de oude wetgeving? Waarom wel /niet?
- 6.3 Voelt u zich al met al in uw werk gesteund door de opeenvolgende wijzigingen in de zedelijkheidswetgeving? Waarom wel/niet?

Bijlage

Samenstelling begeleidingscommissie

De heer mr. dr. J. de Hullu, Hoge Raad der Nederlanden (voorzitter)

Mevrouw mr. R. Vorrink, Landelijk Parket Rotterdam

Mevrouw mr. F.C.J.E. Van Hemert-Meeuwis, Rechtbank Middelburg

De heer mr. J.J. Wiarda, Directie wetgeving, Ministerie van Justitie

De heer mr. drs. P. van den Eshof, KLPD, Dienst nationale Recherche Informatie

Mevrouw mr. W.M. de Jongste, WODC, Extern Wetenschappelijke Betrekkingen,
Ministerie van Justitie

Summary

There have been several amendments to decency legislation in recent decades. This research was concerned with acquiring information on the effects of the amendments to the decency legislation as envisaged by parliament, how the amended legislation is being handled, in legal practice in particular, and whether it has achieved the intended objective.

This evaluation is concerned with the amendments to Articles 240b, 243, 248a, 248c and 250 of the (old) Penal Code. The most drastic amendment is to the child pornography provision. The emphasis of the report is therefore on the interpretation of this child pornography provision and its execution.

The research employs a combination of methods and resources, in particular a survey of case law, an analysis of parliamentary papers and a literature survey, a legal-statistical investigation, a qualitative study of files related to child pornography, and interviews with respondents from the criminal justice chain.

Envisaged effects

A major objective of the 2002 amendments to the decency provisions was to enhance the protection of minors against forms of sexual abuse. The child pornography provision was duly tightened (Art. 240b of the Penal Code),

extraterritorial jurisdiction was extended (Arts. 5 and 5a of the Penal Code) and other forms of sexual exploitation of minors were made an offence (Arts. 248a, 248c and 250a of the Penal Code). The requirement that a complaint must first be lodged before a person can be prosecuted was also rescinded completely, and replaced with a duty to grant a hearing (Art. 167a of the Code of Criminal Procedure). The protection of other vulnerable groups was tightened by adding an element of 'reduced consciousness' to Articles 243 and 247 of the Penal Code. Various intermediate objectives were formulated according to type of offence.

Tightening of the child pornography provision

The objective of tightening the child pornography provision is to combat specific sexual abuse of children and to discourage the market in child pornography. The market in child pornography implies the risk that minors will be persuaded to participate in sexual acts that are then captured in the form of images, which is a harmful practice for the minors. The intention of amending the penalty provision on four points was to simplify the process of prosecution or sentencing in child pornography cases. The penalty provision was amended by adding 'apparently involved' and by raising the age limit. Furthermore, 'in stock' was replaced by 'in possession', and the extraordinary statutory defence was rescinded.

The intention of adding 'apparently involved' was to relieve the Public Prosecution Service of the obligation to prove that the image relating to the charge was concerned with a real minor; the image concerned must create an appearance of an actual sexual act. The Public Prosecution Service may suffice by making a plausible case that the person in the image looks like an underage child. Raising the age limit from sixteen to eighteen years arose from the ratification of the ILO Convention concerning the prohibition and immediate action for the elimination of the worst forms of child labour. Determining the apparent age of the minor is left to the discretion of the judge hearing the case. The intention of raising the age limit was to make it easier to prove the possession of images of child pornography depicting minors of fifteen or sixteen years of age; the question as to whether the image was of a minor of fifteen or sixteen years of age is no longer relevant.

Replacing the element 'having in stock' by 'having in possession' constituted the legalization of the Supreme Court's position that 'having in stock' does not demand a plurality of images. The parliamentary debate acknowledged that

merely looking at child pornography did not fall within the scope of Article 240b of the Penal Code. Parliament stressed that the emphasis does not lie on the morally reprehensible nature of looking at images of child pornography, but on the enforceability of the law: enforcement would appear to require acts of some substantial scale and duration, which show evidence of a certain intention.

The extraordinary statutory defence was rescinded with a view to the risk of unlimited distribution that is inherent in the digital nature of images of child pornography. This exception enabled the possession of child pornography with impunity for academic, educational or therapeutic purposes. The expediency principle can always be used in prosecution because the objective of the (child pornography) material is not expedient.

In other words: the amendment of the child pornography provision is intended to simplify the onus of proof for the Public Prosecution Service and to curb market creation, within the limits of enforceability of the law.

Extension of extraterritorial jurisdiction

The intention of extending the extraterritorial jurisdiction was to enhance the opportunities for prosecution: the extension enables suspects arrested abroad who leave the country while on bail to be arrested and prosecuted on their return to the Netherlands. This measure could deter potential perpetrators. A wider awareness of the chance of prosecution in the home country may also make others more alert to signs of child sex tourism. People's willingness to report would thus be enhanced, in particular in respect of co-travellers. The amendment to the law envisages emphatically highlighting the standard that child sex tourism is unacceptable.

Sexual exploitation of minors

An explicit point is that inciting a minor to commit sexual acts alone has been made an offence, by deleting the words 'with him' in Article 248a of the Penal Code. Furthermore, a new Article 248c was added to the Penal Code, making it an offence to be a spectator of a sex show involving minors. The objective is also to penalize other forms of sexual services by minors besides prostitution.

Addition of 'reduced consciousness'

Another vulnerable group comprises people who, possibly under the influence of alcohol, drugs or medication, are asleep or in a state of semi-sleep. The intention of adding 'reduced consciousness' to Articles 243 and 247 of the Penal Code is to provide additional protection against undesirable sexual contacts, which did not fall under the penalty provision before the amendment to the law, because of the strict interpretation of powerlessness. Parliament determined that victims have a responsibility for their behaviour prior to the reduced consciousness: making advances or being in a state of reduced consciousness through the victim's own actions have consequences for the suspect's criminal liability.

From complaint to duty to grant a hearing

Rescinding the requirement that a complaint must first be lodged before a person can be prosecuted, and introducing the duty to grant a hearing in Articles 245, 247 and 248a of the Penal Code are intended to simplify the investigation and prosecution of cases of sexual abuse of juveniles. The duty to grant a hearing is not formulated in absolute terms: underage victims must be heard 'if possible' regarding possible prosecution.

Applicability and achievement of objectives

What do the amendments to the law mean for investigation, prosecution and trial? And have the envisaged objectives been achieved in legal practice?

Applicability and achievement of objectives of the amended child pornography penalty provision

There has been a marked increase in the number of reported violations of Article 240b of the Penal Code. The rise had actually started before 2001. The cases recorded at the Public Prosecution Service also show a clear increase. The disposal of child pornography cases by the Public Prosecution Service and district courts is showing a shift to fewer dismissals by reason of unlikelihood of conviction, and acquittals. The statistical analysis shows a link between the amendment to the law and the reduction of the problems of evidence.

The research reveals that the problems of evidence surrounding apparent age have been solved, because prosecution is now for the possession, production or distribution of images of child pornography where the children are well below sixteen years of age, in line with the Instructions on Child Pornography. In legal terms, it is harder to prove that someone is apparently underage than apparently below sixteen years of age, because in the first case there are no criteria, while in the second case use can be made of the Tanner criteria. The amendment to the law makes it easier to prosecute if the images of child pornography are concerned with the group of children from twelve to fifteen years of age. Although it is an offence to possess pornographic images of minors of sixteen and seventeen years of age, no prosecution takes place.

The addition of 'apparently involved' has also contributed to easing problems of evidence surrounding apparently real children. There is also some discussion as to whether the possession, distribution or production of some virtual images of child pornography, such as a virtual animated film, should not also fall under the penalty provision with regard to expanding the market for child pornography. On the other hand, the question has been raised as to whether making virtual child pornography an offence is actually legitimate, because no immediate damage is inflicted on the child. A majority considers this penalization to be a logical conclusion to protection-oriented legislation.

Replacing 'in stock' by 'in possession' is considered to constitute setting down in the law what was already established practice in the courts. Proving an intent to possess or distribute child pornography generally raises few special problems in practice, which is related to the group of suspects being prosecuted, who are mainly end-users, and often confess to the possession of child pornography. From a legal point of view, however, there are genuine problems of evidence surrounding the intent to possess child pornography. The criterion is that the following three interrelated elements must be satisfied: recording, intent, and some degree of possession. Merely looking is insufficient. The research has revealed that it is not always simple to establish the intentional possession of images of child pornography with the current digital techniques, for example, if internet users set up a shared site with images of child pornography, to which access is possible without downloading the material to the user's computer.

Rescinding the extraordinary statutory defence has led to no discussion in legal practice.

The increase in the number of reports to the police and cases registered with the Public Prosecution Service had already started in the years before the law was amended. It may therefore be deduced that the increase could not have been a consequence of the amendment to the law.

The research reveals several obstacles to investigation and prosecution.

The quantities of image material currently involved are enormous. Technological developments in ICT are causing specific problems for investigation. Traditional methods of investigation will have to be augmented with digital methods. An important organizational problem that emerged was a lack of sufficient digital expertise in the police: both a sufficiently strong specialist digital knowledge among certain individuals, and a broad elementary digital knowledge. The same is true of the Public Prosecution Service. It would also be in the interest of the judiciary to have some digital knowledge in order to pronounce a judgment on, for example, the possession of child pornography. Sufficient digital expertise, sufficient capacity, and international partnership are necessary in order to tackle child pornography, and to investigate and prosecute not only the end-user, but also the networks and producers.

The most important external factor in achieving the objective is the way in which digitalization and distribution capabilities on Internet have taken off, allowing people to view images of child pornography in relative anonymity at any hour of the day. Possession is on a larger scale and the nature of the material is more serious than some ten years ago. Cases are increasingly being brought before the three-judge section, whereas a police court summons used to be more common.

Another role is played by the international nature of the crime. This is one of the reasons that the police, the National Police Services Agency (KLPD) and the Public Prosecution Service are investigating and prosecuting mainly end-users, but paedophile networks only to a smaller extent. Although the police and Public Prosecution Service are aware of the producers and commercial distributors, international cooperation is needed in order to tackle them, and they encounter

legal obstacles of an international criminal law nature that make it hard to get the prosecution of the producers off the ground.

The criminal law approach to child sex tourism

No figures can be found on the number of reports and cases of child sex tourism registered at district public prosecutor's offices. The experience of the police, Public Prosecution Service and judges that we interviewed is extremely limited. Investigation and prosecution are difficult because of the international nature of these issues; the approach is more of a national matter than one that can be tackled on a regional level, and it demands international cooperation.

It is an open question whether the law has a preventive effect. The deterrent effect and wider awareness that were envisaged appear not to have materialized. The necessary multisectoral cooperation (i.e. of the Ministries of Justice, Foreign Affairs and Economic Affairs) for providing information to travellers and tour operators, and police training in the countries involved, would appear to be behind schedule so far.

Other forms of sexual exploitation of minors

There is little experience to date in legal practice in the investigation and prosecution of offences under Articles 248a and 248c of the Penal Code. The amendment to Article 248a and the introduction of Article 248c of the Penal Code have indeed simplified investigation and prosecution, but the number of cases is modest. The period between the amendment and this evaluation has been too short to demonstrate statistical effects.

The number of cases in which minors perform sexual acts (alone) through *chatboxes* in front of a *webcam* is increasing. Charges are based on Article 248a and primarily article 244 of the Penal Code as a safety net.

The investigation and prosecution of child sex shows would appear to be simplified by the amendment to the law. However, gathering the evidence is no simple matter. There is some discussion surrounding the interpretation of Article 248c of the Penal Code, for example on the requirement for the physical presence of the spectator. Does it also cover watching through a television circuit? And can users with a shared internet site containing image material of child pornography, which they can look at without downloading it onto their own

computer, be viewed as a virtual cinema and therefore be dealt with under Article 248c? The question is whether in future the requirement for 'a place provided for the purpose' may cause problems.

It would finally appear that it is not always clear whether a situation should be classified under Article 248a or 248c of the Penal Code: when is it correct to speak of a spectator (Art. 248c) and when of a co-perpetrator in seduction (Art. 248a)? The interpretation of these articles will crystallize in future.

Use of the duty to grant a hearing

There is no sanction for failing to fulfil the duty to grant a hearing. Failing to fulfil the duty to grant a hearing may give rise to the prosecution being barred or the proceedings being deferred. In legal practice, the duty to grant a hearing almost never leads to problems, because it is sufficient for the report to contain evidence that the victim wishes criminal proceedings. Furthermore, a possible omission may be rectified by examining witnesses at a later stage.

The amendment to the law has helped make it easier in practice to deal with 'loverboys' (pimps who recruit young girls) and gang rapes. Nonetheless, the duty to grant a hearing is sometimes seen as an obstacle by the Public Prosecution Service in situations where there are several victims, and parents report sexual abuse by a sport teacher, for example. In cases of this kind, hearing the underage victims can increase the commotion and exacerbate the emotional burden on the parents and children.

Addition of 'reduced consciousness'

There was an enormous increase in cases of violating Article 243 of the Penal Code (rape of an unconscious or mentally disturbed person) in the year following the amendment to the law, but this could be a coincidence: the future will have to reveal whether the frequency of reports will fall again, remain stable, or continue to rise. A significant difference in disposals can be observed before and after the amendment to the law, attributable to a decline in dismissals by reason of unlikelihood of conviction, and acquittals.

The addition of 'reduced consciousness' has been received with approval in legal practice; situations that did not previously fall under the criminal statutes, now do. There are other situations in which there is an element of reduced con-

sciousness because of drink, medication or drugs that now fall under the criminal statutes, which is not to imply that the problems of evidence have been solved. It remains hard to prove that the suspect had insight into and abused the victim's state of reduced consciousness, in particular if the defence states that the victim had performed several voluntary (sexual) acts prior to the sexual incident. The future will have to reveal how far the victim's responsibility extends, and the interpretation to be given to 'reduced consciousness'.

Conclusion

It is always hard to determine whether an amendment to a law has been effective; it is difficult to attribute changes directly to the amendment to the law rather than to other developments.

The problem of evidence has been reduced where tackling child pornography is concerned. The question that remains is whether the decline in the proportion of dismissals by reason of unlikelihood of conviction and of acquittals is solely attributable to the amendment to the law. Other factors that might play a role are digital capabilities, which have greatly enhanced the opportunities for distribution on Internet, the increased seriousness of child pornography, the priorities set down in the Instruction on Child Pornography, and changing social attitudes. Paedophile networks and producers have hardly been tackled since the amendment to the law, despite being a priority in the Instruction on Child Pornography. However, this is less an impact of the penalization than of obstacles in prosecution and of an organizational nature.

The envisaged improvement in the protection of children against forms of sexual abuse and their exploitation seems to have been set in motion by the change in the law. For example, sex shows with minors are being investigated and prosecuted.

The future will have to reveal whether new technical developments on Internet, with new forms of sexual abuse of minors and other vulnerable groups, are covered by the current legislation.

Colofon

opdrachtgever

auteurs

Ministerie van Justitie, WODC

Mr. dr. K.D. Lünemann, dr. S.M.A. Nieborg,
drs. M.J.H. Goderie, mr. dr. R.S.B. Kool (Willem Pompe
Instituut voor Strafrechtwetenschappen, Universiteit van
Utrecht), drs. W.M.E.H. Beijers (Vrije Universiteit
Amsterdam)

eindredactie

I. Linse

omslag

Grafitall, Valkenswaard

basisontwerp binnenwerk

Gerda Mulder BNO, Oosterbeek

opmaak

Marian de Bondt

uitgave

Verwey-Jonker Instituut

Programma Sociale vitaliteit en veiligheid

Kromme Nieuwegracht 6

3512 HG Utrecht

telefoon 030-2300799

telefax 030-2300683

e-mail secr@verwey-jonker.nl

website www.verwey-jonker.nl

De publicatie

De publicatie kan gedownload en/of besteld worden via onze website:

<http://www.verwey-jonker.nl>.

Behalve via deze site kunt u producten bestellen door te mailen naar verwey-jonker@adrepak.nl of faxen naar 070-359 07 01, onder vermelding van de titel van de publicatie, uw naam, factuuradres en afleveradres.

ISBN 90-5830-201-6

© 2006 WODC, Ministerie van Justitie. Auteursrechten voorbehouden.