

SEKSUELE GEDRAGING... OVER DE DELICTOMSCHRIJVING IN DE KINDERPORNOWETGEVING 1

Frits Wafelbakker²

Op 3 juli 1985 trad het nieuwe art 240 b Sr in werking, het zgn. kinderporno-artikel³. Dit artikel noemt de drie delen van het delict: 'kennelijke leeftijd van zestien jaar', 'afbeelding van een seksuele gedraging', en 'in voorraad hebben'. In een vorig artikel werd de 'kennelijke leeftijd van zestien jaar' nader beschouwd (Wafelbakker, 2000). Thans wordt ingegaan op het begrip 'seksuele gedraging', dat als een nouveauté in wetstermen is te beschouwen. Nagegaan wordt hoe het in de strafwet is terechtgekomen en tot welke vragen het naderhand heeft geleid. Ter onderbouwing volgen een aantal strafzaken. Ingegaan wordt op de gevolgen van de omschrijving 'seksuele gedraging' voor de samenleving. Tenslotte volgen enkele gedachten over 'virtuele' kinderporno, die strafbaar zal worden als Nederland zich aansluit bij de ontwerpconventie tegen 'cybermisdaad' van de Raad van Europa.

Wetsgeschiedenis

De in 1970 ingestelde Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (Commissie Melai) kwam in 1973 met een Tweede interimrapport, over exhibitionisme, naaktrecreatie en pornografie (Adviescommissie, 1973). Vijf jaar later kon de minister van Justitie (de Ruiters, CDA) zich met de strekking van dit rapport verenigen en in oktober 1979 diende hij een wetsontwerp ter wijziging van art. 240 in. De behandeling daarvan liep aanvankelijk rustig, maar stuitte rond 1982 op verzet vanuit de vrouwenbeweging, die moeite had met de 'liberale' strafrechtelijke regeling van pornografie (Goudt & van Herk, 1984; Kosto, 1984). Korte tijd later ontstond er ook maatschappelijke discussie rond kinderpornografie, aangeblazen door de Amsterdamse politie die in juli 1984 invallen deed bij seksshops en aanwezige kinderporno in beslag nam.

Op 20 september 1984 stelde mw Groenman (D'66) in de Tweede Kamer een amendement voor, waarbij strafbaar gesteld werd 'hij die een afbeelding aanbiedt of verspreidt ten behoeve van de vervaardiging waarvan een misdrijf is gepleegd'. De minister (Korthals Altes, VVD) reageerde op 2 oktober 1984 met een 'derde nota van wijziging' waarin niet meer gesproken wordt van een afbeelding waarvoor een misdrijf plaats vond, maar van een 'af

beelding van een seksuele gedraging'. Daarop diende Mw Groenman op 5 oktober 1984 een gewijzigd amendement in waarin zowel de 'seksuele gedraging' als het 'gepleegde misdrijf' waren opgenomen. In een toelichting onderstreepte zij dat laatste: Het gaat dus om porno, waarbij aantoonbare strafbare feiten zijn gepleegd (kinderporno, porno onder dwang) speciaal ten behoeve van het maken van de afbeelding (Tweede Kamer 1984-1985, 15 836, 13/17/19).

Het begrip 'seksuele gedraging', dat verder in de zedelijkheidswetgeving geheel onbekend is, (van der Neut, 2000) stamt dus uit de koker van de minister, i.c. van een anonieme ambtenaar ten ministerie, en is daarna overgenomen door mw Groenman.

Uiteindelijk komt de term ook terecht in het nieuwe wetsontwerp, dat ongewijzigd aanvaard wordt. Er zijn verschillende pogingen ondernomen om het te veranderen. Zowel de NVSH als het COC hebben voorgesteld om de

strafbaarheid te binden aan de seksuele handelingen bedoeld in een van de strafwetsartikelen 242 tot en met 249 door of met de afgebeelde persoon verricht (Tweede Kamer 1993-1994, 23.682, 4). Daarmee zou de wetgeving overeenkomen met het Duitse Strafgesetzbuch, dat strafbaarheid van kinderporno verbindt aan seksueel misbruik: `Wer pornographische Schriften, die Gewalttätigkeiten, den sexuellen Missbrauch von

¹ Geaccepteerd voor publicatie: 26 maart 2001.

² Drs. F Wafelbakker, arts/seksuoloog NVVS, augustus 2001.

³ Art.240 b. Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding - of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding - van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, is betrokken, verspreidt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert of in voorraad heeft. Niet strafbaar is degene, die dergelijke afbeelding in voorraad heeft waarvan vaststaat dat hij deze voor een wetenschappelijk, educatief of therapeutisch doel gebruikt.

Kindern zum Gegenstand haben... wird bestraft' (Jescheck, 1999; van der Neut, 2000).

Dat zou ook een begin van harmonisatie in de Europese strafwetgeving betekend hebben, wat zeker voor kinderporno zinvol is, omdat velen menen dat er een sterke internationale uitwisseling bestaat.

Het ontbreken van een memorie van toelichting en - aanvankelijk - van iedere onderbouwing van het begrip 'seksuele gedraging' leidde tot een serie problemen. Aanvankelijk bestond bij politie en justitie nog de gedachte dat kinderporno vooral bestreden moest worden omdat het prikkelend was. Daarbij steunde men op de formulering van de Werkgroep kinderpornografie (de Wit, 1986), die aangaf dat met de in art 240 b bedoelde afbeeldingen mede beschouwd moet worden afbeeldingen, 'al dan niet alleen, in een zodanige houding dat daarmee kennelijk het opwekken van seksueel prikkeling wordt beoogd'. Deze opvatting hield meer dan tien jaar stand en speelde een belangrijke rol in de zgn. Maderzaak. Pas door de Handleiding van de procureurs-generaal (1996) werd dit doorbroken. 'De in 1985 ingevoerde strafbepaling inzake kinderpornografie levert nog een heleboel interpretatieproblemen op, met alle daaruit voortvloeiende onzekerheden', aldus mr 't Hart in een Noot bij de uitspraak van de Hoge Raad op 4 december 1990, naar aanleiding van de inbeslagname van kalenders (Nederlandse Jurisprudentie 1991, no 312). Ook van der Neut die een uitgebreide studie gemaakt heeft van art 240 b meende 'dat de formulering voor de gekozen

delictbestanddeel 'seksuele gedraging' werd onderscheid gemaakt tussen afbeeldingen van seksuele gedragingen die elders in de strafwet strafbaar gesteld zijn (seksueel binnendringen, ontuchtige handelingen, verleiden) en afbeeldingen van een jeugdige alleen. Voor dit laatste is een aparte vragenlijst nodig om onderscheid te kunnen maken ten aanzien van een 'normale afbeelding van een geheel/gedeeltelijk ontbloot kind in de gezinssfeer'. Een onnatuurlijke pose, een duidelijk seksueel getinte houding, de nadruk op de geslachtsdelen, bepaalde kleding, voorwerpen, attributen, een omgeving waarin een kind van heel jonge leeftijd niet verkeert, dat zijn de factoren die kunnen maken dat een afbeelding als een seksuele gedraging moet worden gekwalificeerd. In een bijlage werden al deze factoren nog eens nadrukkelijk geformuleerd (Handleiding procureurs-generaal, 1996).

Op 13 oktober 1998 werd deze handleiding omgebouwd tot een 'Aanwijzing kinderpornografie', naar aanleiding van een uitspraak van de Hoge Raad in april 1998 over het delictbestanddeel 'in voorraad hebben'. Duidelijk wordt gezegd dat de intentie van art 240 b is de jeugdige te beschermen tegen seksueel misbruik. Het is niet de bedoeling derden te behoeden voor kennisneming van seksueel prikkelend beeldmateriaal (Aanwijzing kinderpornografie, 1998).

Zaak Mader

Don Mader, een Amerikaanse fotograaf die zich in de tachtiger jaren in Amsterdam vestigde,

delictomschrijving moeilijk als erg doordacht kan worden bestempeld' (van der Neut, 2000). Later strandden ook alle pogingen om tot een betere formulering te komen. Sinds de inwerkingtreding van het nieuwe artikel is er voortdurend discussie geweest over de invulling van het begrip 'seksuele gedraging'. In verschillende Algemene Politie Verordeningen kent men, in verband met prostitutie, wel de term 'seksuele handelingen'.

Toelichting door de procureurs-generaal

Het duurde nog negen jaar voordat er meer duidelijkheid kwam. Op 15 september 1996 trad er een 'Handleiding college van procureurs-generaal' in werking. Daarin werd voor het eerst duidelijk geformuleerd dat de bescherming van de (afgebeelde) jeugdige centraal staat en dat het niet de bedoeling is om derden te behoeden voor kennisneming van seksueel prikkelend beeldmateriaal of om uiting te geven aan bepaalde zedelijke opvattingen. Bij het

organiseerde in mei 1987 een tentoonstelling in de Amsterdamse boekhandelgalerie Intermale. Hij toonde naaktfoto's van de ontwikkeling van knaap tot man. Een deel van de foto's werd in beslag genomen, waarbij de rechercheurs als criterium kozen of er wel of geen schaamhaar te zien was' (NRC-Handelsblad 16-5-1987). Tegen de eigenaar van de boekhandel en de fotograaf werd proces verbaal opgemaakt. Justitie in Amsterdam vroeg aan de Amerikaanse politie 'achtergrondinformatie' over de kinderen die voorkwamen op de in beslag genomen foto's (Trouw 6-6-1987).

Mader diende een bezwaarschrift in, waarin de rechtmatigheid van de dagvaarding werd betwist, omdat er op de foto's geen derde te zien is, zodat van 'betrokken zijn bij' geen sprake is. Ook meende hij dat het enkele 'bloot zijn' geen 'seksuele gedraging' is.

De rechtbank wees het bezwaarschrift af, omdat 'in die afbeelding een onevenredige nadruk op het

geslachtsdeel wordt gelegd of het geslachtsdeel wordt gemanipuleerd'. Slechts twee van de aanvankelijk 15 in beslag genomen foto's konden worden aangemerkt als afbeeldingen van een seksuele gedraging.

Zowel Mader als de officier van justitie gingen in beroep. Mader voerde aan dat vervolging van hem in strijd was met het gelijkheidsbeginsel, nu soortgelijke foto's verspreid en/of tentoongesteld konden worden zonder vervolgd te worden. Hij beschouwde zijn foto's niet als naaktfoto's maar als uitingen van kunst.

Het gerechtshof in Amsterdam geeft dan een bredere uitleg aan het begrip kinderporno. Er is sprake van kinderporno als een jeugdige is afgebeeld in een zodanige houding dat daarmee kennelijk het opwekken van seksuele prikkeling wordt beoogd'. Deze uitspraak wekte nogal wat beroering in de media. Schalken, hoogleraar strafrecht en strafprocesrecht, in 1972 gepromoveerd op het onderwerp 'pornografie en strafrecht', constateerde dat 'daarmee wederom een terminologie in onze zedelijkheidswetgeving geïntroduceerd is, die de jurisprudentie sinds het tijdperk van ver voor de seksuele revolutie niet meer hanteerde' (NRC-Handelsblad, 1988).

Ook de Coornhert-Liga, die zich richt op de juridische grondrechten van de mens, tekende bezwaar aan. 'Het gerechtvaardigde doel van artikel 240 b - de bescherming van kinderen tegen seksuele exploitatie - wordt door deze omschrijving voorbijgeschoten. Doordat 'gedraging' mede wordt uitgelegd als een 'houding', kan vervolging

een strafbepaling die jeugdigen tegen seksuele exploitatie wil beschermen. Het is ook een terugval naar de tijden waarin moralisme de toon zette bij strafbepalingen' (van der Neut, 2000). De vraag naar de 'prikkelwerking' van kinderporno keert later in verholde vorm terug bij de discussie over 'virtuele' afbeeldingen.

Naakt voor de camera

De eigenaar van de boekhandel/galerie 'Intermale', die tegelijk met Mader in 1987 aangeklaagd werd, liet het er evenmin bij zitten. Hij signaleerde dat er in 'De Meervaart', in Osdorp, waar juist de tentoonstelling 'Naakt voor de camera' gehouden werd, foto's hingen die 'justitieel' niet verschilden van de bij hem verwijderde foto's. Hij diende een aanklacht in en de politie haalde inderdaad enkele foto's weg. Eerst meende de politie dat de foto's te oud waren, omdat de afgebeelde kinderen al heel lang geen kinderen meer waren. Ook overwoog men dat hier 'toch eigenlijk wel min of meer een beetje sprake was van Kunst'. 'Van hogerhand wordt dit gezwabber gecorrigeerd, waarna alsnog één lijn wordt getrokken' (De Tijd 10-7-1987).

Erectie een seksuele gedraging?

In 1988 bestelde de vereniging 'Martijn', een vereniging van pedofielen, vijf PojkArt kalenders bij het 'Verlag Jugend in der Kunst' in Lübeck, dat handelt in 'art-prints, calenders, books, photographs, video's, and sculpture'. Deze kalenders werden daarna door Justitie in beslag genomen, omdat zij afbeeldingen zouden bevatten die zgn kinderpornografie, art 240b

worden ingesteld voor naaktfoto's, tekeningen en schilderijen die in de Nederlandse rechtsgeschiedenis nooit illegaal zijn geweest. Daaronder de uitgave van klassieke werken zoals 'Amor Vincit Omnia' van Caravaggio en andere erkend erotisch getinte verbeeldingen zoals die van Pontorno, Caracci en Balthus' (Coornhert-Liga, 1988).

Bij de behandeling door de Hoge Raad meende advocaat-generaal Leijten dat 'als ik de foto's in deze zaak bezie de beleidsvrijheid van het OM om tot vervolging over te gaan wel tot het uiterste toe schijnt te zijn uitgerekt'. Maar de Hoge Raad plaatste zich toch achter de interpretatie van het gerechtshof, dat het aannemen van een lichaamshouding ook een gedraging is, en bovendien kunnen die gedragingen een seksueel karakter krijgen door de prikkelende werking die zij hebben op toeschouwers (Nederlandse Jurisprudentie 1990, Nr 667). 'De koppeling van strafbaarheid aan een beoogde zinnenprikkeling is zeer discutabel en hoort niet thuis in

opleveren. Martijn diende beklag in om de kalenders terug te krijgen, aanvoerend dat er geen sprake was van een seksuele gedraging. De rechtbank te Almelo achtte art 240 b toepasselijk op een afbeelding: 'op de bewuste afbeelding, te weten de foto bij de maand maart, is een jongeman zichtbaar, die duidelijk een pose heeft aangenomen met zijn linkerzijde naar de camera gewend, waarbij duidelijk het, in enigszins gezwollen toestand verkerende geslachtsdeel te zien is'. De klager meende dat het enkel en alleen poseren geen seksuele gedraging kan opleveren. De rechtbank overwoog 'dat het poseren een gedraging vormt welke door de manier waarop en de toestand waarin het geslachtsdeel is gefotografeerd, een sexueel karakter heeft' en dat er geen sprake is van 'enkel bloot' zijn. De Hoge Raad sloot zich hierbij aan. In de zaak voerde klager ook nog aan dat er voor een

`seksuele gedraging' minstens twee deelnemers vereist zijn. De Hoge Raad oordeelde dat `het vereist zijn van minstens twee deelnemers' geen steun vindt in het recht (Nederlandse Jurisprudentie 1991, nr. 312).

Het door rechtbank en Hoge Raad gelegde verband tussen erectie en seksuele gedraging vindt echter onvoldoende steun in de fysiologie van de opgroeiende jongen. Juist bij jeugdigen kan een erectie optreden als gevolg van een veelheid van prikkels. Kinsey spreekt van een `very generalized nature of the response'. In de juridische praktijk wordt een erectie te snel opgevat als een teken van erotische prikkeling. In 1943 deed Ramsey onderzoek naar het optreden van erecties bij jeugdigen. Zijn proefgroep van 291 jongens in de pre-adolescentie, 7e en 8e jaar junior high school, meldde 23 *lichamelijke* (douche, zwemmen, busrit, duiken, skiën, enz), 22 *emotionele* (angst, te laat komen, voor de klas komen, politie zien, enz.) en 19 *overwegend emotionele* (evenwicht verliezen, leeg huis binnenkomen, volkslied horen, enz) oorzaken van een erectie, naast 13 *seksuele* (meisjes zien, seksplaatjes, zichzelf bloot in de spiegel zien, genitaliën van andere mannen zien, liefdesverhalen, enz.) bronnen. (Kinsey, 1948) Het is te betreuren dat de seksuologie-wereld niet heeft gereageerd op de eenzijdige erotische interpretatie van erecties bij jeugdigen door de juridische wereld.

Van verschillende kanten is voorgesteld om de term `gedraging' te vervangen door `handeling'. Een van de discussiepunten was namelijk de afbeelding van een

240 b Wetboek van Strafrecht.

Ronald Ophuis liet het er niet bij zitten en spande een kortgeding aan. Daarbij bepaalde de president van de rechtbank in Zwolle dat het Openbaar Ministerie in Zwolle het schilderij *ten onrechte* had aangemerkt als `in strijd met art 240 b van het Wetboek voor Strafrecht'. Als argument voerde de president aan dat er op het schilderij `geen herkenbare figuren waren afgebeeld'. Het gaat in artikel 240 b Sr over *afbeeldingen van iemand*. De procureurs-generaal stellen nadrukkelijk in hun handleiding van 8-2-1996 onder 3.1.3 : `Afbeeldingen waarvan vaststaat dat zij zijn vervaardigd zonder betrokkenheid van een echt kind. Dit materiaal kan een werkelijke seksuele gedraging nabootsen. "Iemand" is echter een persoon, niet een tekening of iets dat kunstmatig vervaardigd is. Een levensechte animatie, tekening, etc is niet strafbaar. Indien vaststaat dat er geen kind betrokken is geweest bij de vervaardiging ervan blijft vervolging achterwege'.

Bij de behandeling van art 240b in de Tweede Kamer is nog een poging gedaan om artistieke uitingen rond kinderseksualiteit buiten de strafwet te stellen. Maar dat heeft het niet gehaald. Alleen wetenschappelijke, educatieve en therapeutische doelen vallen nu onder de exceptie van art 240 b.

Zaak Schafthuizen

In 1998 stuit een vrouwelijke abonnee van de artotheek in Schiedam bij het `doorbladeren' van een diapresentatie op enkele `naar kinderporno neigende' foto's van Joop Schafthuizen, de partner van

jeugdige met een erectie. Dat zou wel een gedraging, maar geen handeling zijn.

De betreffende kalender was daarna bij alle homo-boekhandels zonder problemen verkrijgbaar.

Zaak Ophuis

Najaar 1997 is er in de Bergkerk te Deventer een tentoonstelling 'Alleen in het Atelier', met werk van drie jonge kunstenaars die 'de menselijke figuur centraal stellen'. Over een schilderij van Ronald Ophuis wordt geklaagd door bezoekers, die zich gekwetst voelden. Het schilderij, 'Sweet Violence', geeft een verkrachtingssituatie weer, waarbij twee mannen, een vrouw en twee kinderen betrokken zijn.

Na overleg met het Openbaar Ministerie in Zwolle werd 'Sweet violence' van de tentoonstelling verwijderd. Ook de catalogus, met een afbeelding van Sweet Violence, werd voorlopig uit de verkoop genomen, waarbij het O.M. zich beriep op artikel

schrijver Gerard Reve. De vrouw deed aangifte bij de politie. De artotheek had het werk, dat dateert uit de jaren zestig, begin jaren zeventig aangekocht. De afbeeldingen vormden onderdeel van vijftien collages met in totaal circa 100 foto's. 'Het werk werd zelden of nooit uitgeleend' (Leenes, 1998). Volgens krantenberichten waren op enkele collages naakte jongens te zien die elkaar met de hand bevredigden. Het werk werd in beslag genomen door Justitie, die het kwalificeerde als kinderporno. In september 1999 besliste Justitie dat de vijf fotocollages niet meer in het openbaar vertoond mogen worden. Joop Schafthuizen doet afstand van de foto-collages en wordt niet vervolgd (Volkskrant 11-9-1999).

Zaak 'Attack'

Als onderdeel van het Holland Festival 1999 vond er in de Amsterdamse kunstenaarsociëteit Arti et

Amicitiae een openbare tentoonstelling plaats, onder de titel 'Attack', waarop foto's getoond werden van manlijk naakt, van Japanse prostituees en Maori-tatouages. Enig opzien baart de foto van een naakte man met een erectie, die een net zo naakt kind op de arm houdt. Het is de foto 'Father and Son' uit 1962, gemaakt door de vrouw van de Amerikaanse fotograaf Walter Chapell. De lokale tv-zender AT5 vroeg de mening van het Openbaar Ministerie over de foto's. Zondag 6 juni 1999 werd deze foto in beslag genomen door het OM in Amsterdam, omdat het hier om kinderporno zou gaan (NRC 8-6-1999). De directie van het Holland Festival is zeer verbaasd over het verwijderen van de bijna veertig jaar oude foto. De foto is in de Verenigde Staten al vaak zonder problemen tentoongesteld. Ook alle catalogi waarin de foto staat werden in beslag genomen. Later werden nog eens acht foto's op de tentoonstelling 'Attack' aangemerkt als kinderporno en 'formeel in beslag genomen'; ze mochten wel blijven hangen. Het ging om foto's van verschillende fotografen waarop naakte jongetjes te zien waren en die gemaakt zijn tussen 1890 en 1980. Een groot aantal prominenten in de Nederlandse kunstwereld keert zich tegen de inbeslagname van negen foto's en in de pers speelt zich een discussie af tot in de commentaarkolommen. Het Holland Festival dient een klaagschrift in tegen de inbeslagname en daarop worden twee foto's weer vrijgegeven (Volkskrant 11-6-1999).

Op 14-6-1999 beslist de raadkamer van de Amsterdamse rechtbank dat er geen sprake is van kinderporno. Volgens de rechter is van geen enkele foto, waarvan sommige meer

Beschouwingen

In 1970 begon de Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (Melai) haar werkzaamheden, die tien jaar zouden nemen. In het Tweede interimrapport, dat mede handelt over pornografie, worden 'geschriften' niet langer als porno beschouwd. De commissie meent dat er geen wetenschappelijke gronden bestaan om pornografie te bestrijden, zij het dat voor jeugdigen een uitzondering gemaakt moet worden, in verband met hun grotere ontvankelijkheid voor beïnvloeding.

In het Eindrapport stelt de commissie dat 'met de bedreiging en toepassing van straf uiterste terughoudendheid geboden is' en 'dat het niet tot de taak van de staat behoort zijn opvattingen omtrent het zedelijk goed leven met behulp van strafrecht af te dwingen'.

Bij de herziening van art. 240 Sr wordt die lijn ook gevolgd. Pas door het amendement van mw Groenman wordt weer een strafbaar delict toegevoegd, i.c. kinderpornografie. Maar de strafbaarheid is niet ingegeven door 'opvattingen omtrent zedelijk goed leven', maar door de bescherming van jeugdigen tegen seksueel misbruik. Het gaat om 'porno, waarbij aantoonbare strafbare feiten zijn gepleegd'.

Helaas wordt deze motivering niet vastgelegd in een memorie van toelichting, waardoor het mogelijk wordt dat de motivering voor de strafbaarheid ontleend wordt aan het in 1986 uitgekomen Rapport de Wit en gebonden wordt aan 'het kennelijk opwekken van seksuele prikkeling'. Dit prikkelingsmotief houdt geruime tijd stand, bij

dan een eeuw oud zijn, gebleken dat er misbruik is gemaakt van de kinderen. Ook is op geen foto sprake van een seksueel uitdagende houding of van 'een ambiance met een seksuele lading', die als schadelijk voor de afgebeelde jongens aangemerkt kunnen worden (NRC 15-6-1999).

Het openbaar ministerie gaat tegen de uitspraak in cassatie bij de Hoge Raad, zoals na het gegrond verklaren van een klaagschrift volgens de wet nodig is.

Op 26-9-2000 geeft de Hoge Raad aan het eens te zijn met de beslissing van de rechtbank. Op geen enkele wijze blijkt dat er bij het maken van de foto's misbruik is gemaakt van de afgebeelde jongens. Over de foto 'Father and Son' wordt gezegd 'dat het jongetje de erectie niet ziet en dat hij onherkenbaar in beeld is gebracht'. Daardoor is het niet aannemelijk dat hij hierdoor schade heeft opgelopen.

rechters en Hoge Raad. Pas de Handleiding van de P-G's geeft daarover, in 1996, uitsluitel. Het oogmerk anderen te prikkelen wordt nu gezien als bijzaak.

Het blijft een vraag of opsporingsambtenaren uit de voeten kunnen met de ruime omschrijving van kinderporno en de daarbij gevoegde vragenlijst. De 'diender op straat' kan de verfijnde criteria natuurlijk niet paraat hebben. Zo nam in 1995 een Amsterdamse agent een poster in beslag met betrekking tot een Europese studentenfilmfestival 'Cinestud 95', waarop een bloot jongetje van twee jaar is afgebeeld, dat een videocamera voor de borst draagt; daaronder is zijn piemeltje te zien. De A'damse zedenpolitie vindt dat er sprake is van kinderporno: hier is een grens overschreden. Ook de inspecteur van politie achtte dit kinderporno. Pas de Officier van Justitie besliste dat het hier niet om een strafbare afbeelding ging. Voorlichter Wilting moest het uitleggen en vond 'als het dan geen porno

was, dat het toch wel smakeloos was'. Dat valt echter buiten de politionele verantwoordelijkheid.

Bij het lezen van de verschillende uitspraken en vonnissen ontkomt men niet aan het gevoel dat er sterk uiteenlopende meetstokken worden gehanteerd. Ze lenen zich zelfs niet voor een enigermate consequente jurisprudentie. Daarnaast zou men wensen dat er meer seksuologische deskundigheid bij Justitie beschikbaar is. Wat moet men denken van een uitspraak 'dat het kind de erectie van zijn vader niet kan waarnemen'?

Gevolgen van art 240 b

1. De invoering van art 240b heeft duidelijk gevolgen voor de handel in kinderporno, waarop in eerste instantie ook het 'in voorraad hebben' gericht was. De commercie trekt de juiste conclusie en de werkgroep kinderpornografie meent dat 'zes firma's hun activiteiten gestaakt hebben' (de Wit, 1986; Tweede Kamer, 23.682, nr.5). Twee bekende verzendhuizen, in Amsterdam en Dordrecht, hebben ook hun handel opgedoekt. Door de komst van goede en goedkope videocamera's is het aantal niet-commerciële vervaardigers echter gestegen. Verder heeft zich via Internet, dat een forse stijging van het aantal aansluitingen toont, een nieuwe en oncontroleerbare verspreidingsweg ontwikkeld.

Over de omvang van strafzaken heeft Frenken (1999) gegevens van de politie geïnventariseerd. In de jaren 1991-1998 zijn rond 200 kinderpornografiezaken bij de politie bekend geworden. Opmerkelijk is het bestaan van netwerken, waaronder ook enkele

maar de afbeelding daarvan bij jeugdigen is strafbaar. Immers een 'duidelijk seksueel getinte houding' valt onder de criteria van de Procureurs-Generaal.

Ook de afbeelding van een geheel normaal fysiologisch fenomeen als een erectie bij een jongere wordt gecriminaliseerd en strafbaar gesteld.

Er zijn in ons land ontelbare afbeeldingen in omloop van naakt poserende meisjes en jongelingen. Denk aan de foto's van Von Gloeden, die in boekhandels te koop zijn. Iedere encyclopedie voor de seks bevat afbeeldingen die onder de brede uitleg van art 240b vallen, zonder dat daarop de exceptie 'wetenschappelijk onderzoek' van toepassing is.

De Coornhert-Liga maakt zich naar aanleiding van de Mader-zaak zorgen over de censuur die haaks staat op in Nederland lang gekoesterde vrijheidsbeginselen (Coornhert-Liga, 1988).

3. In bredere zin hebben de invoering van art 240 b en het verscherpte en verruimde opsporingsbeleid ook bredere gevolgen gehad voor de samenleving in ons land. Bij het grote publiek is een tendens merkbaar waarbij ieder kinderbloot verdacht is en waarbij iedere afbeelding van kinderbloot als 'kinderporno' wordt benoemd. Ook handelingen met camera's rond blote kinderen wekken al verdenking op kinderporno.

Tijdens de hittegolf van augustus 1997 (9-8-'97) maakte de NOS televisie opnamen voor het Journaal over de warmte en het strandbezoek,

commerciële. Het gemiddelde aantal verdachten per netwerk bedraagt zes.

2. Voor de seksuologie/seksuele voorlichting/seksuele vorming heeft de invoering van art 240 b ook gevolgen gehad. Als we er van uitgaan dat art 240b bedoeld was om (afbeeldingen van) seksueel misbruik van kinderen te voorkomen, dan is de keuze van de term 'seksuele gedraging' weinig gelukkig en zeker te breed. 'Er zijn sterke aanwijzingen dat seksuele gedraging als een onbedoelde variatie op ontuchtige handeling in de wet is terecht gekomen', meent ook van der Neut (2000).

Door de extensieve uitleg die aan 'seksuele gedraging' gegeven wordt, komen ook alledaagse uitingen en handelingen in een verdacht perspectief te staan. In seksuele voorlichting/vorming wordt gestreefd naar een bredere benadering dan alleen fysiologie en preventie van SOA/Aids/ongewenste zwangerschap. Er dient ook aandacht te zijn voor attractie, intimiteit, opwinding, prikkeling en lust,

vanaf de boulevard van Zandvoort. Een mevrouw riep 'dat ze kinderporno aan het maken waren'. Een surveillerende agent in burger sommeerde de cameraman met filmen te stoppen. De NOS-medewerker gaf daaraan geen gehoor en werd gearresteerd. Verschillende mensen hadden naar het bureau gebeld over het filmen van blote kinderen. 'Dan ga je natuurlijk kijken'. Nadat de cameraman een half uur in verzekerde bewaring had doorgebracht bood de inmiddels aangekomen hulpofficier van Justitie excuses aan en vroeg begrip voor de onervarenheid van de jonge agenten. De NOS diende een klacht in wegens onrechtmatig handelen en wederrechtelijke vrijheidsberoving (Volkskrant 14-8-'97).

In de Verenigde Staten wordt kinderporno door sommigen gezien als een zwaarder misdrijf dan moord. In ons land is de term 'kinderporno' tot een 'code' geworden voor iets onnoembaar ernstigs.

Je kunt je afvragen of de 'seksuologie' of de 'kinderpsychologie' in ons land - of hun beroepsverenigingen - niet hadden moeten reageren toen de brede en ongenueanceerde ontwikkeling rond het criterium 'seksuele gedraging' plaats greep.

Virtueel misbruik

In feministische kring maakte men zich voor het eerst in 1993 zorgen over de mogelijkheid om met hulp van computertekenprogramma's virtuele (niet werkelijk bestaande) afbeeldingen te maken, die bovendien interactief gemanipuleerd kunnen worden (Gerstendörfer, 1994).

Minister Sorgdrager (D'66) sprak zich in haar nota van 20-2-1995 duidelijk uit: 'Beeldmateriaal bij de vervaardiging waarvan niet een echt kind betrokken is geweest kan een werkelijke seksuele gedraging nabootsen. Het valt naar de letter onder het bereik van art 240 b. Nu daarbij geen reëel persoon is betrokken, zal vervolging naar mijn oordeel achterwege moeten blijven (Tweede Kamer 1994-1995, 23.682, Nr.5).

Ook de PG-aanwijzing van 13 oktober 1998 was helder over: 'afbeeldingen waarvan vaststaat dat zij zijn vervaardigd zonder betrokkenheid van een echt kind (virtuele kinderpornografie). Naar moet worden aangenomen is het niet de bedoeling van de wetgever (geweest) om deze vorm van totstandkoming van pornografische afbeeldingen onder de werking van artikel 240 b Sr te laten vallen. De huidige zedelijkheidswetgeving biedt ook geen adequaat alternatief om succesvol te kunnen vervolgen' (Aanwijzing kinderpornografie 1998).

Daaraan wordt echter in de kabinetsnota van juli 1999 gemorfeld: 'De strekking van art 240b Sr is de bescherming van echte kinderen tegen seksueel misbruik. Dit uitgangspunt heeft nog steeds

er sprake van een toename van het aantreffen van virtuele kinderpornografie?' (Tweede Kamer 1998-1999, 26.690, Nr. 3).

Bij brief van 6-12-1999 antwoordde minister Korthals: 'Er wordt een onderscheid gemaakt tussen geheel getekende, geschilderde of op een andere wijze 'kunstzinnig' vervaardigde afbeeldingen voorstellende kinderpornografie en foto's van kinderen, waarvan uiteindelijk door middel van computerprogramma's kinderpornografische afbeeldingen (foto's) worden gemaakt (in het vakjargon 'morfing' geheten; een computerproces om foto's virtueel te veranderen).

Van de 'kunstzinnig' vervaardigde afbeeldingen is het in de meeste gevallen niet bekend of er kinderen in de situaties model hebben gestaan (en dus daadwerkelijk misbruikt zijn) of dat ze geheel aan de fantasie van de kunstenaar zijn ontsproten. Er zijn ook afbeeldingen bekend van bijvoorbeeld figuurtjes uit bekende 'Disney-tekenfilms' voor kinderen, die in een (al of niet kinder)pornografische setting zijn getekend en via het Internet worden verspreid. Tevens zijn er tekeningen bekend, voorstellende sadomasochistische situaties waarin kinderen zijn afgebeeld. Van dit soort 'kunstzinnige uitingen' zijn zowel op Internet als in boekvorm (veelal afkomstig uit Japan) vele voorbeelden bekend.

Ook van de door middel van computerprogramma's veranderde (gemorfde) foto's zijn meerdere voorbeelden bekend. Hiervoor zijn wel originele foto's van kinderen gebruikt die door middel van morfing zijn veranderd in virtuele

geldigheid. Maar de moderne techniek maakt het mogelijk om levensechte beelden te vervaardigen zonder betrokkenheid van echte personen. De rechtvaardiging voor strafbaarstelling kan dan gevonden worden *in het voorkomen van schade als gevolg van het in omloop brengen van beeldmateriaal dat seksueel misbruik suggereert*. Bij de onderhandelingen in de Raad van Europa over een 'Convention on Crime in Cyberspace' lijkt zich een zekere consensus af te tekenen voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie. Voor effectieve bestrijding van kinderporno, in het bijzonder op Internet, kan het nodig zijn dat ook kan worden opgetreden tegen *kennelijk* echte kinderporno. Van politie en openbaar ministerie kan niet worden verlangd dat bewezen wordt dat het aangetroffen materiaal echte kinderen afbeeldt. Het is verstandig de internationale ontwikkelingen in deze af te wachten' (Tweede Kamer 1998-1999, 26.690, Nr.2).

Tweede Kamerleden vroegen naar de omvang van het verschijnsel virtuele kinderpornografie. Is

kinderpornografie. Soms worden hiervoor foto's gebruikt die gemaakt zijn op bijvoorbeeld nudistenstranden, maar er zijn ook virtuele kinderpornografische foto's bekend van kinderen uit bekende televisieseries of van kinderen uit gidsen van postorderbedrijven.

De computerprogramma's die in staat zijn om dergelijke veranderingen in bestaande foto's te maken, worden steeds geavanceerder en verfijnder, zodat het steeds moeilijker wordt om vast te stellen of het om een door middel van computerprogramma's vervaardigde/veranderde foto gaat, waarvoor een eerst niet-pornografische (niet strafbaar in de zin van artikel 240 b) foto van een echt kind is gebruikt of dat het om een foto gaat van een misbruiksituatie zoals strafbaar gesteld in artikel 240 b.

Soms kan dit wel worden vastgesteld doordat soms met de nodige expertise nog steeds te zien is dat de oorspronkelijke, niet strafbare foto wel bekend is. Ook van deze vorm van virtuele kinderpornografie zijn meerdere voorbeelden bekend met

name op het Internet. Er duiken ook met enige regelmaat nieuwe afbeeldingen op, soms aan de hand van op dat moment populaire televisieseries waarin kinderen acteren.

Of er sprake is van een toename is moeilijk vast te stellen, door de grote hoeveelheid kinderpornografische afbeeldingen die op het Internet voorhanden zijn en doordat het door de voortschrijdende techniek steeds moeilijker wordt om vast te stellen of het om virtuele (gemorfde) foto's gaat of echt opgenomen misbruiksituaties waarbij kinderen als slachtoffer betrokken zijn. Dit bemoeilijkt ook het verkrijgen van zicht op de omvang' (Tweede Kamer 1999-2000, 26.690, Nr. 3).

Op vragen van Tweede Kamerleden waarom internationale ontwikkelingen afgewacht moeten worden antwoordt de minister: 'In het kader van de Raad van Europa wordt onderhandeld over een Convention on Crime in Cyberspace. De Verenigde Staten en Canada zijn bij deze onderhandelingen betrokken. Een van de voorstellen die ter tafel ligt is ook te voorzien in strafbaarstelling van realistische uitbeeldingen van kinderporno zelfs wanneer vaststaat dat daarbij niet een echt kind is betrokken (zogenaamde virtuele kinderporno)'. Distributie van virtuele kinderporno vindt ook plaats via het Internet. Gelet op het internationale karakter van het Internet is het wenselijk dat er in internationaal verband consensus bestaat over de strafbaarstelling en de aanpak van virtuele kinderporno. Daarom verdient het aanbeveling de internationale ontwikkelingen af te

werking wordt nauwelijks iets gezegd. Er is ook geen onderzoek gedaan naar de invloed van 'virtuele kinderporno'. Wel is er al jarenlang discussie over de mogelijke uitwerking van 'gewone' porno, waarbij de mening overheerst dat het waarnemen van porno opwekt tot seksuele activiteit, de zgn. stimuleringshypothese (Marshall, 1989). Maar sommigen menen dat het 'consumeren' van porno ook kan leiden tot afvloeiing van seksuele energie (katharsis-hypothese).

De ratio van strafbaarstelling van virtuele kinderporno, een zgn. 'crime without a victim', ligt in de aanname dat daarmee 'schade voorkomen kan worden'. De minister gaat er vanuit dat 'virtuele kinderporno' een bepaalde, te vrezen uitwerking kan hebben op beschouwers /waarnemers/consumenten.

Behalve de vraag naar het mogelijk stimulerende of ontladende aspect moeten er ook vragen rijzen naar het proportionaliteitsbeginsel: waar begint en waar eindigt de overheidsverantwoordelijkheid als het gaat om gefingeerde afbeeldingen van geweld, agressie, wreedheid, moord, seksueel misbruik, verkrachting, kinderporno, enz. Moet de wetgever zich bemoeien met het fantasieleven van de burgers, en waar liggen dan de grenzen? Moet de 'Staat' weer de zedenmeesterachtige trekken krijgen, die door de Commissie Melai juist werden afgewezen?

Tegen een streven naar uniformiteit van de Europese 'cyberporno'-wetgeving, is aan te voeren dat het pas aan het eind van de reeks maatregelen komt. De overige kinderpornowetgeving is ook niet

wachten. Het is de bedoeling dat een ontwerp van de hoger genoemde conventie eind 2001 gereed komt. In de tussentijd is strafrechtelijk optreden tegen kinderporno (op Internet) mogelijk, indien daarbij een echt kind is betrokken dan wel indien er geen aanleiding is om te twijfelen aan de betrokkenheid van een echt kind. Mocht in dergelijke gevallen toch sprake zijn van virtuele kinderporno, dan ligt het op de weg van de verdachte deze twijfel aannemelijk te maken' (Tweede Kamer 1999-2000, 26.690, Nr. 3).

Op 12 januari 2001 geeft minister Korthals (Justitie) aan dat hij kinderporno voortaan strafbaar wil stellen als het pornografisch karakter van een afbeelding verkregen is door 'digitale montage'. Hij sluit daarmee aan bij de ontwerpconventie tegen 'cybermisdad' van de Raad van Europa.

Commentaar

De minister gaat uitvoerig in op de techniek van 'morfing', maar over de te vrezen schadelijke uit

uniform in Europa. Terwijl in ons land een afbeelding van een kind in een 'onnatuurlijke pose' al strafbaar is, moet er in Duitsland sprake zijn van een afbeelding van 'Gewalttätigkeit'.

Samenvatting

Het is onduidelijk hoe in de kinderporno-wetgeving het delict-onderdeel 'afbeelding van een seksuele gedraging' tot stand is gekomen. In de later gegeven definitie is het veel breder uitgewerkt dan alleen afbeeldingen van elders in de wet strafbaar gestelde handelingen. In de strafrechtpraktijk is de toepassing vaak willekeurig en inconsequent. Na het totstandkomen van het wetsartikel is de 'ouderwetse' verzendhuishandel ingestort, maar via Internet heeft de commercie nieuwe kanalen gevonden. De extensieve uitleg van het artikel heeft gevolgen voor de seksuele voorlichting/opvoeding en voor de samenleving, merkbaar in een overdreven angst voor 'kinderporno'. Het voorstel om 'virtuele

kinderporno' strafbaar te stellen, leidt opnieuw tot de vraag of 'de staat als zedenmeester' moet fungeren.

Literatuur

Aanwijzing kinderpornografie (artikel 240 B WvSr) (1998). *Staatscourant* nr 209, 10.

Adviescommissie zedelijkheidswetgeving (1973). *Tweede interimrapport*. Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage.

Coornhert-Liga (1988). Oproep tot protest tegen uitspraak Gerechtshof. Gestencild bericht.

Eindrapport van de adviescommissie zedelijkheidswetgeving (1980). Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage.

Frenken, J. (1999). Omvang en verscheidenheid van kinderpornografie in Nederland. *Maandblad geestelijke volksgezondheid*, 54:215-228.

Gerstendörfer, M. (1994). Computerpornographie und virtuelle Gewalt: die digital symbolische Konstruktion von Weiblichkeit mit Hilfe der Informationstechnologie. *Beiträge zur feministischen Theorie*, 17, 38:11-22.

Goudt, M., & Herk, B. van (1984). Pornografie en Haagse taboes. *Intermediair*, 20, 45:31-37.

Handleiding college van procureurs-generaal (1996). Vaststelling: 8-2-1996. Inwerkingtreding: 15-9-1996. *Staatscourant* 216, 11.

't Hart, (1991). Noot bij uitspraak Hoge Raad 4-12-1990. *Nederlandse Jurisprudentie*, no 312.

Hoge Raad der Nederlanden (1990). 6 maart 1990, *Nederlandse Jurisprudentie*, Nr. 667.

Jescheck, H.H. (Red.) (1999). *Strafgesetzbuch*. C.H.Beck/Deutscher Taschenbuch Verlag, München.

Kinsey, A.C., Pomeroy, W.B., & Martin, C.E. (1948). *Sexual behavior in the human male*. W.B. Saunders, Philadelphia.

Kosto, A. (1984). Pornografie, vrouwenhaat en wetgeving. *Socialisme en Democratie*, 41, 11: 355-359.

Leenes, J. (1998). Blote jongens, boze burgers. *HP/De Tijd*, 18-9-1998, 38-43.

Marshall, W.L. (1989). Pornography and sex offenders. In: D.Zillmann & J. Bryant (eds). *Pornography: Research advances & policy considerations*. LEA, Hove.

Neut, J.L. van der (2000). Kinderpornografie. De situatie in Nederland. *Delikt en delinkwent*, 30, 2:108-149.

Schalken, T.M. (1988). Pornografiediscussie gaat over grenzen van staatsmacht. *NRC-Handelsblad* 27-10-1988: 8.

Tweede Kamer 1984-1985, 15 836, Nr. 13/17/19.

Tweede Kamer 1993-1994, 23.682, Nr. 4

Tweede Kamer 1994-1995, 23.682, Nr. 5

Tweede Kamer 1998-1999, 26.690, Nr. 2

Tweede Kamer 1999-2000, 26.690, Nr. 3

Wafelbakker, F. (2000). Kennelijk zestien jaar bereikt... over de leeftijdsgrens in de kinderpornowetgeving. *Tijdschrift voor Seksuologie*, 24:96-101.

Wit, L.A.J.M. de (voorz.) (1986). *Verslag van de werkgroep kinderpornografie*. Ministerie van

Justitie, `s-Gravenhage.