

**LJN: BO6446, Hoge Raad , 08/00787 B**

Datum 07-12-2010

uitspraak:

Datum 08-12-2010

publicatie:

Rechtsgebied: Straf

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: Kinderporno. Vervolg op HR LJN AD9579 en HR LJN AR5740. Vordering OvJ ex art. 552f Sv tot o.a.h.v. van onder de belanghebbende (fotograaf/kunstartiest) ibs foto's en ander beeldmateriaal. Het Hof heeft een gedeelte van het ibs materiaal aangemerkt als 'kinderporno' en de o.a.h.v. daarvan bevolen. 1. Afbeeldingen van seksuele gedragingen a.b.i. art. 240b Sr. 2. Klacht dat het Hof afbeeldingen heeft o.a.h.v. die niet onder art. 240b Sr vallen. 3. Maatstaf bij de toepassing van art. 240b Sr wat betreft de werkelijke leeftijd van de afgebeelde persoon. 4. Ongecontroleerde bezit in strijd met de wet of met het algemeen belang. HR geeft in een aan de beoordeling van de middelen voorafgaande beschouwing uitleg aan wat onder "een afbeelding van een seksuele gedraging" a.b.i. art. 240b Sv dient te worden verstaan. Voor de toepassing van art. 240b Sr is niet noodzakelijk dat vaststaat dat de jeugdige is geschaad. Ad 1. Het Hof heeft in zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat het bij de afbeeldingen gaat om hetzij gedragingen van expliciet seksuele aard, hetzij jeugdigen in een zodanige houding of omgeving dat de afbeelding daardoor een onmiskenbaar seksuele strekking heeft. Dat oordeel is onjuist noch onbegrijpelijk. Ad 2. 's Hofs oordeel dat de uit negatieven of dia's bestaande stroken en de opnamen die op één blad zijn afgedrukt alsook de filmrol en videocassette moeten worden aangemerkt als niet deelbare voorwerpen welke vatbaar zijn voor o.a.h.v. is niet onjuist. Het Hof heeft tot uitdrukking gebracht dat tussen de desbetreffende afbeeldingen een zodanige samenhang bestaat m.b.t. de inhoudelijke kenmerken en/of de wijze van totstandkoming dat het "vanwege dit onderlinge verband de hele serie als kinderporno" heeft aangemerkt. Dat oordeel is niet onjuist en kan in cassatie niet verder worden getoetst. Ad 3. HR herhaalt relevante overwegingen uit HR LJN AQ8936. Voor toepassing van art. 240b Sr is voldoende dat a.d.h.v. de uit de afbeelding blijkende uiterlijke lichaamskenmerken aannemelijk is dat de betrokkene jonger oogt dan 18 jr. 's Hofs kennelijke oordeel dat de afbeeldingen betrekking hebben op telkens een persoon die jonger is dan 18 jr is niet onbegrijpelijk. Ad 4. De opvatting dat het Hof had moeten onderzoeken of het ibs materiaal een bestemming voor wetenschappelijke doeleinden kan krijgen, vindt geen steun in het recht. Conclusie AG: anders.

**Uitspraak**

7 december 2010

Strafkamer

nr. 08/00787 B

Hoge Raad der Nederlanden

Beschikking

op het beroep in cassatie tegen een beschikking van het Gerechtshof te Amsterdam van 2 januari 2008, nummer RK 1224/05, gegeven op een vordering als bedoeld in artikel 552f van het Wetboek van Strafvordering, ingediend door:

[Belanghebbende], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1948, wonende te [woonplaats].

1. Geding in cassatie

1.1. Het beroep is ingesteld door de belanghebbende. Namens deze heeft mr. A.E.M. Röttgering, advocaat te Amsterdam, bij schriftuur middelen van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal Knigge heeft geconcludeerd tot vernietiging van de bestreden beschikking, doch alleen wat betreft de beslissing tot onttrekking aan het verkeer van het A-materiaal dat is vermeld in de door het Hof opgestelde matrix, en tot terugwijzing van de zaak naar het Hof dan wel verwijzing naar een ander hof in zoverre.

1.2. De raadvrouw heeft schriftelijk op de conclusie gereageerd.

## 2. De beslissing van het Hof

In de onderhavige zaak gaat het om een vordering van de Officier van Justitie tot onttrekking aan het verkeer van onder de belanghebbende inbeslaggenomen foto's en ander beeldmateriaal. Het Hof heeft een gedeelte van het materiaal aangemerkt als "kinderporno" en de onttrekking aan het verkeer daarvan bevolen. De bestreden beschikking houdt dienaangaande, voor zover hier van belang, in: "4. Beoordeling van het A-materiaal waaromtrent partijen van mening verschillen  
Resteert derhalve thans nog het tot de A-categorie behorende restant van het beslag waaromtrent partijen van mening verschillen omtrent de al dan niet kinderpornografische aard van het beeldmateriaal.

Bij beschikking(en) van 2 juli 2007 heeft het hof enige algemene kaders geschetst aan de hand waarvan het op een nader te bepalen zitting zou overgaan tot het beoordelen van het beslag.

Vervolgens heeft het hof in raadkamer ter zitting van 21 november 2007 kennis genomen van de afbeeldingen waaromtrent partijen van mening verschillen in hun antwoord op de vraag of het al dan niet kinderporno betreft. Het hof heeft vrijwel de gehele dag besteed aan het bezichtigen van beeldmateriaal in aanwezigheid van beslagene en zijn raadvrouw, en van de advocaat-generaal. Zij zijn in de gelegenheid gesteld hun oordeel te geven omtrent de al dan niet kinderpornografische aard van het materiaal en zij hebben van die gelegenheid telkens gebruik gemaakt. Het hof is niet toegekomen aan de beoordeling van het gehele restant van het A-materiaal. Het hof zal bij de onderhavige beschikking zijn oordeel geven over de vraag welke kwalificatie de hieronder te bespreken afbeeldingen toekomt en bij dictum het daaraan te verbinden rechtsgevolg kenbaar maken. In zoverre is deze beschikking een eindbeschikking.

Ten aanzien van het gedeelte van (het restant van) het inbeslaggenomen materiaal dat het hof niet heeft bezichtigd in aanwezigheid van de procesdeelnemers - i.e. de dia's - zal het hof de behandeling heropenen en schorsen voor onbepaalde tijd, waarna in samenspraak met de procesdeelnemers tot een nieuwe zittingsdatum zal worden gekomen.

Inzake het bezichtigde en beoordeelde (restant van het) A-materiaal overweegt het hof voorts nog als volgt. Het gaat in deze om een grote hoeveelheid foto's en ander beeldmateriaal van jongens in de leeftijd van 7 tot en met 17 jaar, waarvan een gedeelte betrekking heeft op seksuele gedragingen, waarop uitdagende houdingen zijn aangenomen en waarvan het hof in tegenstelling tot de verdediging oordeelt dat sprake is van een schadelijke seksuele connotatie.

Waar negatieven of dia's in de vorm van 'stroken' zijn inbeslaggenomen, of verschillende opnamen op één blad zijn afgedrukt - die derhalve niet zonder beschadiging of knippen van elkaar te scheiden zijn - heeft het hof - indien het tot het oordeel kwam dat een der opnamen van die strip of dat blad moest worden gekwalificeerd als kinderporno - het geheel als kinderporno aangemerkt. Het hof heeft dus niet zelf geknipt of gescheurd. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de filmrol en de videocassette, op welke gegevensdragers twee van de vijf opnamen - ook volgens beslagene - kinderporno bevatten. In het geval dat verschillende opnamen van dezelfde jongen naar het oordeel van het hof de indruk maken tot stand te zijn gekomen in één fotosessie, heeft het hof vanwege dit onderlinge verband de hele serie als kinderporno aangemerkt.

Beslagene heeft verzocht het fotomateriaal dat door het hof als kinderporno wordt aangemerkt onder te brengen in het archief van een wetenschappelijke instelling, zodat het materiaal beschikbaar blijft voor wetenschappelijk onderzoek.

Het hof is voorbij moeten gaan aan de vraag of enig historisch, wetenschappelijk of cultureel belang is gediend met het behoud van het inbeslaggenomen beeldmateriaal. Zoals overwogen bij beschikking van 2 juli 2007 is in het vigerende en door het hof toegepaste artikel 240b Sr dienaangaande geen uitzonderingsbepaling opgenomen. Gelet op het ter zitting door de advocaat-generaal ingenomen standpunt, te weten een verzet tegen iedere beslissing waarbij als kinderpornografisch aangemerkt materiaal in bewaring wordt gesteld van wetenschappelijke instellingen als Stichting Internationaal Homo/Lesbisch Informatiecentrum en Archief (IHLIA) en het Internationaal Instituut voor Sociale Geschiedenis (IISG), vindt het hof in de toepasselijke wettelijke regeling geen aanknopingspunten om het verzoek van beslagene te honoreren. Zonder de instemming van het openbaar ministerie laat een dergelijke oplossing zich in praktische zin niet goed denken.

Het hof heeft zijn oordeel over het specifieke materiaal in een matrix weergegeven. Hier volgt een toelichting op deze matrix:

Nummer: verwijst naar de nummering die het hof ter zitting van 21 november 2007 heeft gegeven aan het resterende inbeslaggenomen materiaal.

De indeling in 'I' of 'II' is aangehouden ter beschrijving van de afbeeldingen en ter onderscheiding van afbeelding waarop één persoon is weergegeven en afbeeldingen waarop meer personen zijn weergegeven. Tevens is in deze kolommen een uitsplitsing per subonderdeel gemaakt. De subonderdelen zijn weergegeven in kleine letters (a, b, c, etc).

Indeling in de categorieën 1, 2, 3 en 4 heeft plaatsgehad aan de hand van de volgende door het hof beoordeelde kwalificaties:

1. weergave van strafbaar gestelde gedragingen;
2. seksuele gedragingen waarbij uitsluitend de jeugdige is betrokken;
3. seksuele gedragingen waarbij de jeugdige een uitdagende houding aanneemt;
4. gedragingen waarbij de onnatuurlijke ambiance aan de afbeelding van een geheel of gedeeltelijk naakte jeugdige een voor deze schadelijke seksuele connotatie geeft (waarbij de context en het karakter van de afbeelding in ogenschouw is genomen).

In de laatste kolom geeft het hof zijn overwegingen weer en de daarop gegronde conclusie. Indien bepaald materiaal als kinderporno is aangemerkt, is de aanduiding van het materiaal in de eerste kolom gecursiveerd weergegeven (ook indien een gedeelte ervan géén kinderporno is), en is ten minste één van de kolommen onder de cijfers aangekruist, alsmede is een motivering en conclusie per subonderdeel gegeven in de laatste kolom. In enkele gevallen is volstaan met de afkorting 'kp' waar 'kinderporno' wordt bedoeld. Voorts heeft het hof stickermateriaal aangebracht op de betreffende afbeeldingen om kinderporno te onderscheiden van het overige materiaal.

Wat betreft de fotocollage nr. 17, heeft het hof kennis genomen van de stelling van beslagene dat het hier fotomateriaal uit de jaren '30 zou betreffen, en dat personen van 18 jaar en ouder indertijd een jeugdiger uitstraling zouden hebben dan de 18-jarigen van heden. Desalniettemin acht het hof de getoonde jongens dermate jeugdig dat het oordeel dat het hier minderjarigen heeft betroffen - niettegenstaande de stellingen van beslagene - gerechtvaardigd en voldoende betrouwbaar is. Beslagene heeft overigens beaamd dat de gedragingen een - evident - seksuele lading bezitten."

### 3. Aan de beoordeling van de middelen voorafgaande beschouwing

#### 3.1. Art. 240b, eerste lid, Sr luidt:

"Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft

degene die een afbeelding - of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding - van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreidt, aanbiedt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert, verwerft, in bezit heeft of zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft."

3.2. Naar de kern bezien gaat het in deze zaak om de vraag wat moet worden verstaan onder "een afbeelding van een seksuele gedraging" als evenbedoeld. Die vraag dient te worden beantwoord tegen de achtergrond van de te dezen toepasselijke - in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 14 tot en met 21 en 50 tot en met 56 weergegeven - internationale regelgeving alsmede de wetsgeschiedenis van art. 240b Sr.

3.3. Gelet op onder meer die bronnen moet worden aangenomen dat art. 240b Sr vooreerst ziet op een afbeelding van een gedraging van expliciet seksuele aard, zoals die aan de hand van de afbeelding zelf kan worden vastgesteld, waaronder begrepen het op zinnenprikkelende wijze tonen van de geslachtsdelen of de schaamstreek. Het gaat hierbij om een gedraging die reeds door haar karakter strekt tot het opwekken van seksuele prikkeling. Voorts ziet art. 240b Sr op een afbeelding die weliswaar niet een gedraging van expliciet seksuele aard in de hiervoor aangegeven zin toont, maar die, gelet op de wijze waarop zij is totstandgekomen eveneens strekt tot het opwekken van seksuele prikkeling. Hierbij kan het gaan om een afbeelding van iemand in een houding of omgeving die weliswaar op zichzelf of in andere omstandigheden "onschuldig" zouden kunnen zijn, maar die in het concrete geval een onmiskenbaar seksuele strekking heeft.

3.4. Opmerking verdient dat voor de toepassing van art. 240b Sr niet noodzakelijk is dat vaststaat dat de jeugdige is geschaad. Dat brengt mee dat ingeval van betwisting, in het kader van een strafvervolgung ter zake van art. 240b Sr, een onderzoek van de afbeelding niet kan worden uitgesloten of beperkt met een beroep op die schadelijkheid.

#### 4. Beoordeling van het eerste middel

4.1. Het middel klaagt dat het Hof ten onrechte, althans op ontoereikende gronden, heeft geoordeeld dat het inbeslaggenomen materiaal vatbaar is voor onttrekking aan het verkeer op de grond dat dat materiaal kan worden aangemerkt als behelzende afbeeldingen van seksuele gedragingen als bedoeld in art. 240b Sr.

4.2. Vooropgesteld moet worden dat ingevolge art. 36d Sr een voorwerp vatbaar is voor onttrekking aan het verkeer indien het van zodanige aard is dat het ongecontroleerd bezit daarvan in strijd is met de wet of met het algemeen belang. Dit dient te worden beoordeeld aan de hand van de wettelijke voorschriften zoals zij luiden ten tijde van de beoordeling van de vordering tot onttrekking aan het verkeer (vgl. HR 4 januari 2005, LJN AR5741).

4.3. Met het oog op de beantwoording van de vraag of het inbeslaggenomen materiaal afbeeldingen als bedoeld in art. 240b Sr bevat, heeft het Hof blijkens de bestreden beschikking het materiaal onderzocht aan de hand van de volgende "kwalificaties: (1) weergave van strafbaar gestelde gedragingen, (2) seksuele gedragingen waarbij uitsluitend de jeugdige is betrokken, (3) seksuele gedragingen waarbij de jeugdige een uitdagende houding aanneemt, en (4) gedragingen waarbij de onnatuurlijke ambiance aan de afbeelding van een geheel of gedeeltelijk naakte jeugdige een voor deze schadelijke seksuele connotatie geeft (waarbij de context en het karakter van de afbeelding in ogenschouw zijn genomen)." Het Hof heeft bij iedere onderzochte afbeelding aangegeven aan welke van deze kwalificaties zij voldoet.

Het Hof heeft tevens geoordeeld dat "het in deze gaat om een grote hoeveelheid foto's en ander beeldmateriaal van jongens in de leeftijd van 7 tot en met 17 jaar, waarvan een gedeelte betrekking heeft op seksuele gedragingen, waarop uitdagende houdingen zijn aangenomen en waarvan het hof (...) oordeelt dat sprake is van een schadelijke seksuele connotatie."

4.4. Aldus heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat het bij de onderzochte afbeeldingen - in lijn met hetgeen hiervoor onder 3.3 is vooropgesteld - gaat om hetzij gedragingen van expliciet seksuele aard, hetzij jeugdigen in een zodanige houding of omgeving dat de afbeelding daardoor een onmiskenbaar seksuele strekking heeft. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is toereikend gemotiveerd. In zoverre is het middel ongegrond.

4.5. Ook voor het overige kan het middel niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu het middel in zoverre niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

#### 5. Beoordeling van het derde middel

5.1. Het middel bevat de klacht dat het Hof afbeeldingen aan het verkeer heeft onttrokken die niet onder art. 240b Sr vallen.

5.2. De bestreden beschikking houdt dienaangaande in hetgeen reeds onder 2 is weergegeven, te weten:

"Waar negatieven of dia's in de vorm van 'stroken' zijn inbeslaggenomen, of verschillende opnamen op één blad zijn afgedrukt - die derhalve niet zonder beschadiging of knippen van elkaar te scheiden zijn - heeft het hof - indien het tot het oordeel kwam dat een der opnamen van die strip of dat blad moest worden gekwalificeerd als kinderporno - het geheel als kinderporno aangemerkt. Het hof heeft dus niet zelf geknipt of gescheurd. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de filmrol en de videocassette, op welke gegevensdragers twee van de vijf opnamen - ook volgens beslagene - kinderporno bevatten. In het geval dat verschillende opnamen van dezelfde jongen naar het oordeel van het hof de indruk maken tot stand te zijn gekomen in één fotosessie, heeft het hof vanwege dit onderlinge verband de hele serie als kinderporno aangemerkt."

5.3. 's Hof's oordeel dat de uit negatieven of dia's bestaande stroken en de opnamen die op één blad zijn afgedrukt alsook de filmrol en videocassette moeten worden aangemerkt als niet deelbare voorwerpen welke vatbaar zijn voor onttrekking aan het verkeer, getuigt niet van een verkeerde rechtsopvatting.

5.4. Het Hof heeft met zijn oordeel dat "verschillende opnamen van dezelfde jongen (...) de indruk maken tot stand te zijn gekomen in één fotosessie" tot uitdrukking gebracht dat tussen de desbetreffende afbeeldingen een zodanige samenhang bestaat wat betreft inhoudelijke kenmerken en/of de wijze van totstandkoming dat het "vanwege dit onderlinge verband de hele serie als kinderporno" heeft aangemerkt.

Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste opvatting omtrent art. 240b Sr en kan, verweven als het is met waarderings van feitelijke aard, in cassatie niet verder worden getoetst.

5.5. Het middel treft geen doel.

#### 6. Beoordeling van het vierde middel

6.1. Het middel klaagt dat het Hof bij de onttrekking aan het verkeer van het fotomateriaal dat in de hiervoor weergegeven matrix onder 13.6 en 17 is vermeld, een verkeerde maatstaf heeft aangelegd, althans zijn beslissing onvoldoende heeft gemotiveerd.

6.2. Het proces-verbaal van de behandeling in raadkamer van het Hof van 21 november 2007 houdt in:

"De voorzitter houdt voor de inhoud van envelop 13.6, te weten een serie van 8 kleurendia's, gesplitst in 13.6.a (4 kleurendia's) en 13.6.b (4 kleurendia's), betreffende telkens een jongen in de leeftijd van 17-18 jaar, van wie het geslachtsdeel zichtbaar is.

Klager verklaart, zakelijk weergegeven:

Deze jongen lijkt mij 18 jaar te zijn, maar hij kan ook 16 jaar zijn.

De advocaat-generaal stelt zich op het standpunt dat van dit materiaal moeilijk is te zeggen of de jongen de leeftijd van 18 jaar kennelijk nog niet heeft bereikt, zodat zij klager het voordeel van de twijfel geeft.

De advocaat stelt zich op het standpunt dat bij dit materiaal geen sprake is van seksuele gedragingen in de zin van 240b Sr en dus niet van kinderporno.

(...)

De voorzitter houdt voor de inhoud van envelop 32, te weten drie collages/platen, onderverdeeld in:

\* Een collage met 30 zwart-wit dan wel sepia foto's, betreffende telkens twee jongens van 16-17 jaar; de foto's bevatten seksuele gedragingen, bijvoorbeeld het pijpen van een jongen; (...)

Klager verklaart, zakelijk weergegeven:

De collage met 30 foto's bevat inderdaad expliciete seksueel getinte foto's. De foto's zijn uit 1937. Deze jongens waren ouder dan 18 jaar, ik schat 18-19 jaar. Ik heb de foto's gevonden in een antiekwinkel in New Jersey (VS)."

6.3. De bestreden beschikking houdt dienaangaande in hetgeen reeds onder 2 is weergegeven, te weten:

"13.6

serie van 8 kleurendia's (...) in de natuur, geposeerde foto's, alleen sweater, nadruk geslachtsdeel, kinderporno";

en

"17

fotocollage (...) fotocollage van 29 foto's; het hof schat de leeftijd van zeker een van de twee jongens duidelijk beneden de 18; geposeerd in de vrije natuur; een groot aantal foto's betreft seksuele handeling (afzuigen, masturberen) en enkele wekken op zijn minst de suggestie van anale gemeenschap; kinderporno.

Wat betreft de fotocollage nr. 17, heeft het hof kennis genomen van de stelling van beslagene dat het hier fotomateriaal uit de jaren '30 zou betreffen, en dat personen van 18 jaar en ouder indertijd een jeugdiger uitstraling zouden hebben dan de 18-jarigen van heden. Desalniettemin acht het hof de getoonde jongens dermate jeugdig dat het oordeel dat het hier minderjarigen heeft betroffen - niettegenstaande de stellingen van beslagene - gerechtvaardigd en voldoende betrouwbaar is. Beslagene heeft overigens beaamd dat de gedragingen een - evident - seksuele lading bezitten."

6.4. Voor toepassing van art. 240b Sr is niet noodzakelijk dat de werkelijke leeftijd van de afgebeelde persoon onder de achttien jaren ligt. Naar de tekst en strekking van deze bepaling gaat het er immers om of, gelet op de afbeelding, de persoon er jonger dan achttien jaren uitziet. Voldoende is dat aan de hand van de uit de afbeelding blijkende uiterlijke lichaamskenmerken aannemelijk is dat de betrokkene jonger oogt dan achttien jaren (vgl. HR 7 december 2004, LJN AQ8936, NJ 2006/62).

6.5. In het licht hiervan en gelet op het verhandelde in raadkamer is 's Hofs kennelijke oordeel dat de onder 13.6 vermelde afbeeldingen betrekking hebben op telkens een persoon die jonger is dan achttien jaren, niet onbegrijpelijk en behoefde het geen nadere motivering.

6.6. De klacht dat het Hof bij de beoordeling van de onder 17 vermelde afbeeldingen ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de ouderdom van die afbeeldingen, mist, gelet op hetgeen het Hof dienaangaande heeft overwogen, feitelijke grondslag.

6.7. Het middel kan niet tot cassatie leiden.

7. Beoordeling van het tweede middel

7.1. Het middel bevat de klacht dat 's Hofs oordeel dat het ongecontroleerde bezit van de foto's en het andere beeldmateriaal in strijd is met de wet of met het algemeen belang onbegrijpelijk is, nu de belanghebbende zich bereid heeft verklaard het materiaal over te dragen aan de Stichting Internationaal Homo/lesbisch Informatiecentrum en Archief, welke stichting ermee heeft ingestemd het materiaal in bewaring te nemen en onder te brengen bij het Internationaal Instituut voor Sociale

Geschiedenis.

7.2. Het middel gaat uit van de opvatting dat het Hof had moeten onderzoeken of het inbeslaggenomen materiaal een bestemming voor wetenschappelijke doeleinden kan krijgen. Die opvatting vindt geen steun in het recht.

7.3. Het middel faalt.

8. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Deze beschikking is gegeven door de vice-president A.J.A. van Dorst als voorzitter, en de raadsheren B.C. de Savornin Lohman, H.A.G. Splinter-van Kan, W.F. Groos en M.A. Loth, in bijzijn van de griffier S.P. Bakker, in raadkamer en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 7 december 2010.

### **Conclusie**

Nr. 08/00787 B

Mr. Knigge

Zitting: 12 januari 2010

Conclusie inzake:

[Belanghebbende]

1. Het Gerechtshof te Amsterdam heeft - na verwijzing door de Hoge Raad bij beschikking van 4 januari 2005, nr. 00710/04 B - op een vordering ex art. 36b lid 1 sub 4 Sr jo. art. 552f Sv onder verzoeker inbeslaggenomen voorwerpen aan het verkeer onttrokken verklaard voor zover die voorwerpen door het Hof zijn aangemerkt als kinderporno, en de vordering voor het overige afgewezen.

2. Er bestaat samenhang met de zaak met nummer 08/00786 B. In beide zaken zal ik vandaag concluderen.

3. Namens verdachte heeft mr. A.E.M. Röttgering, advocaat te Amsterdam, vier middelen van cassatie voorgesteld.

4. Deze middelen hebben mij aanleiding gegeven tot een uitvoerige bespreking van in het bijzonder de wetsgeschiedenis van art. 240b Sr. Om de toegankelijkheid van de daardoor nogal lang uitgevallen conclusie te vergroten, heb ik haar onderverdeeld in van tussenkopjes voorziene paragrafen. De paragraafindeling is daarbij als volgt.

1. Het bestreden oordeel van het Hof (nrs. 5 t/m 9)
2. Beknopte weergave van de middelen (nrs. 10 t/m 13)
3. De wijzigingswet van 13 november 1995 en haar geschiedenis (nrs. 14 t/m 21)
4. Vergelijking met het "criterium" van de Hoge Raad (nrs. 22 t/m 31)
5. Analyse van de criteria van minister Sorgdrager (nrs. 32 t/m 36)
6. Vergelijking met de geschiedenis van totstandkoming (1985) (nrs. 37 t/m 41)
7. Het beroep op de ratio legis nader beschouwd (nrs. 42 t/m 44)
8. Eerste tussentijdse balans (nrs. 45 t/m 49)
9. Veranderde internationale context en aanpassing van de wet (nrs. 50 t/m 56)
10. Vergelijking met de criteria van minister Sorgdrager (nrs. 57 t/m 62)
11. Tweede tussentijdse balans (nrs. 63 t/m 66)
12. Invloed op de jurisprudentie van de Hoge Raad (nrs. 67 t/m 77)
13. Omzien in verwondering (nrs. 78 t/m 82)
14. Bespreking van het eerste middel (nrs. 88 t/m 112)

15. Bespreking van het derde middel (nrs. 113 t/m 123)
16. bespreking van het vierde middel (nrs. 124 t/m 134)
17. Bespreking van het tweede middel (nrs. 135 t/m 141)
18. Afsluiting (nrs. 142 t/m 146)

#### 1. Het bestreden oordeel van het Hof

5. De voorwerpen waarop deze zaak betrekking heeft, zijn onder betrokkene in beslag genomen op 6 november 1995, derhalve vóór de inwerkingtreding op 1 februari 1996 van de Wet van 13 november 1995, Stb. 575. De eerste keer dat deze zaak aan het oordeel van de Hoge Raad werd onderworpen, casseerde de Hoge Raad omdat de Rechtbank niet had onderzocht of het bezit van het inbeslaggenomen materiaal een strafbaar feit opleverde volgens de tekst van art. 240b Sr zoals dat luidde ten tijde van de inbeslagneming (HR 26 februari 2002, LJN AD9597). Daarbij verdient vermelding dat de Rechtbank de onttrekking aan het verkeer destijds had gebaseerd op art. 36c Sr. Dat heeft het Hof in de thans voorliggende beschikking niet gedaan. Het Hof baseerde de onttrekking op art. 36d Sr en verbond daaraan de conclusie dat de vraag of ten tijde van de inbeslagneming sprake was van strafbaar handelen, geen bespreking behoeft. In zijn tussenbeschikking van 2 juli 2007 motiveerde het Hof dit als volgt.

"Wat betreft de vraag of bepaald materiaal kort gezegd kinderporno is zal het hof zulks beoordelen aan de hand van de thans geldende redactie van artikel 240b Sr. Voor zover het voorwerpen betreft die afbeeldingen bevatten van seksuele gedragingen waarbij personen zijn betrokken die kennelijk de leeftijd van 18 jaar nog niet hebben bereikt, zijn de inbeslaggenomen voorwerpen ingevolge art. 36d Sr. vatbaar voor onttrekking aan het verkeer.

Daartoe is anders dan de raadvrouw heeft betoogd niet noodzakelijk de vaststelling dat ten tijde van de inbeslagneming een strafbaar feit werd begaan. Onttrekking aan het verkeer is volgens het in artikel 36d Sr bepaalde ook mogelijk indien de aan beslagene toebehorende voorwerpen, gelijk in de onderhavige zaak, zijn aangetroffen bij gelegenheid van het onderzoek naar het feit waarvan beslagene werd verdacht.

De ratio van die bepaling, zoals het hof die begrijpt op basis van de wetsystematiek, is gelegen in het tegengaan van de situatie waarin een vordering tot onttrekking aan het verkeer moet worden afgewezen en het inbeslaggenomen materiaal moet worden teruggegeven ook indien het ongecontroleerde bezit ervan in strijd is met de wet of het algemeen belang, zulks om de enkele reden dat niet kan worden vastgesteld dat het feitensubstraat dat voorwerp was van onderzoek en bij gelegenheid van welk onderzoek de inbeslagneming plaatsvond ten tijde van de inbeslagneming een strafbaar feit betrof.

Het hof wijst voorts op het oordeel van de HR van 5 januari 2005, LJN AR5741 (op de vordering tot onttrekking aan het verkeer van aan een zekere P. toebehorende voorwerpen):

"Het Hof heeft vastgesteld dat de voorwerpen waarvan niet kan worden vastgesteld dat de betrokkene die ter verspreiding in voorraad had, in beslag zijn genomen bij gelegenheid van het onderzoek naar het feit waarvan hij werd verdacht, te weten het deelnemen aan een criminele Organisatie die als oogmerk had het verspreiden van kinderpornografisch materiaal, en voorts dat die voorwerpen - gelet op art. 240b Sr zoals dat luidde ten tijde van de beoordeling van de vordering tot onttrekking aan het verkeer - kunnen dienen tot het begaan van soortgelijke feiten, terwijl het ongecontroleerde bezit ervan in strijd is met de wet en met het algemeen belang. Gelet daarop getuigt 's Hof's oordeel dat deze voorwerpen op grond van art. 36d Sr - welk artikel gedurende de gehele procedure ongewijzigd is gebleven - vatbaar zijn voor onttrekking aan het verkeer, niet van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is toereikend gemotiveerd."

Het hof acht zich gelet op het zojuist weergegeven oordeel van de Hoge Raad bevestigd in zijn hiervoor weergegeven oordeel dat de vordering tot onttrekking aan het verkeer op de grondslag van artikel 36d Sr, anders dan dat op de grondslag van artikel 36e Sr, een beoordeling vereist van de kenmerken van het inbeslaggenomen materiaal aan de hand van de maatstaven gesteld in het vigerende artikel 240b Sr."

6. Tegen dit oordeel richten de cassatiemiddelen zich niet.(1) Geen bespreking behoeft derhalve of 's Hofs oordeel juist is dat de vraag of de inbeslaggenomen voorwerpen kunnen dienen tot het begaan van soortgelijke feiten, moet worden beantwoord aan de hand van het recht zoals dat geldt op het moment waarop over de vordering tot onttrekking wordt geoordeeld, welk oordeel impliceert dat feiten die naar geldend recht het strafbare feit van art. 240b Sr opleveren, soortgelijk zijn aan het feit waarvan de betrokkene destijds werd verdacht.

7. Het eerste, derde en het vierde middel keren zich tegen het oordeel van het Hof dat het bezit van (een deel van) de inbeslaggenomen voorwerpen naar geldend recht het strafbare feit van art. 240b Sr oplevert. Dat oordeel is om twee redenen cruciaal. In de eerste plaats is daarop 's Hofs oordeel gebaseerd dat de voorwerpen kunnen dienen tot het begaan van feiten die soortgelijk zijn aan het feit waarvan de betrokkene werd verdacht. In de tweede plaats draagt dit oordeel 's Hofs conclusie dat het ongecontroleerd bezit van de voorwerpen in strijd is met de wet of het algemeen belang. Op deze tweede functie van het aangevochten oordeel lijkt de steller van het middel het oog te hebben. Zij bestrijdt daarbij niet dat de geldende tekst van art. 240b lid 1 Sr bepalend is voor de vraag of het ongecontroleerd bezit in strijd is met de wet of het algemeen belang. Dat is terecht. Het gaat bij die vraag om een oordeel ex nunc. Dat betekent dat niet alleen de al genoemde Wet van 13 november 1995, Stb. 575 in de beoordeling moet worden betrokken, maar ook de Wet van 13 juli 2002, Stb. 388, die eveneens wijziging bracht in de tekst van het artikellid.(2) In het verlengde daarvan ligt dat bij de uitleg van de wet een beroep kan worden gedaan op de wetsgeschiedenis die tot de bedoelde wetswijzigingen heeft geleid.

8. Voor alle duidelijkheid wijs ik er voorts op dat niet al het inbeslaggenomen materiaal door het Hof onttrokken is aan het verkeer. Tengevolge van eerder in deze ontrekkingsprocedure genomen beslissingen lag alleen nog het zogenaamde A-materiaal ter beoordeling voor. Over een gedeelte van dat overgebleven A-materiaal was reeds bij de genoemde tussenbeschikking een voorlopig oordeel gegeven. Het betrof het materiaal waarover de partijen niet van mening verschilden. Materiaal dat zowel volgens de Advocaat-Generaal als de betrokkene kinderpornografisch van aard was, zou worden onttrokken aan het verkeer. Ten aanzien van materiaal daarentegen waarvan ook de Advocaat-Generaal van oordeel was dat het niet om kinderpornografie ging, werd de vordering tot onttrekking aan het verkeer door de Advocaat-Generaal ingetrokken.(3) De middelen hebben alleen betrekking op het oordeel dat het Hof met betrekking tot het resterende A-materiaal gaf.

9. Het eerste, derde en het vierde middel keren zich als gezegd tegen het oordeel van het Hof dat een deel van het inbeslaggenomen materiaal als kinderpornografie moet worden aangemerkt. De bestreden beschikking houdt met betrekking tot dat oordeel het volgende in.  
"Resteert derhalve thans nog het tot de A-categorie behorende restant van het beslag waaromtrent partijen van mening verschillen omtrent de al dan niet kinderpornografische aard van het beeldmateriaal.

Bij beschikking(en) van 2 juli 2007 heeft het hof enige algemene kaders geschetst aan de hand waarvan het op een nader te bepalen zitting zou overgaan tot het beoordelen van het beslag.

Vervolgens heeft het hof in raadkamer ter zitting van 21 november 2007 kennis genomen van de afbeeldingen waaromtrent partijen van mening verschillen in hun antwoord op de vraag of het al dan niet kinderporno betreft. Het hof heeft vrijwel de gehele dag besteed aan het bezichtigen van beeldmateriaal in aanwezigheid van beslagene en zijn raadvrouw, en van de advocaat-generaal. Zij zijn in de gelegenheid gesteld hun oordeel te geven omtrent de al dan niet kinderpornografische aard van het materiaal en zij hebben van die gelegenheid telkens gebruik gemaakt.

(...)

Het gaat in deze om een grote hoeveelheid foto's en ander beeldmateriaal van jongens in de leeftijd van 7 tot en met 17 jaar, waarvan een gedeelte betrekking heeft op seksuele gedragingen, waarop uitdagende houdingen zijn aangenomen en waarvan het hof in tegenstelling tot de verdediging oordeelt dat sprake is van een schadelijke seksuele connotatie.

Waar negatieven of dia's in de vorm van 'stroken' zijn inbeslaggenomen, of verschillende opnamen op één blad zijn afgedrukt - die derhalve niet zonder beschadiging of knippen van elkaar te scheiden zijn - heeft het hof- indien het tot het oordeel kwam dat een der opnamen van die strip of dat blad moest worden gekwalificeerd als kinderporno - het geheel als kinderporno aangemerkt. Het hof heeft dus niet zelf geknipt of gescheurd.

Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de filmrol en de videocassette, op welke gegevensdragers twee van de vijf opnamen - ook volgens beslagene - kinderporno bevatten.

In het geval dat verschillende opnamen van dezelfde jongen naar het oordeel van het hof de indruk maken tot stand te zijn gekomen in één fotosessie, heeft het hof vanwege dit onderlinge verband de hele serie als kinderporno aangemerkt.

(...)

Het hof heeft zijn oordeel over het specifieke materiaal in een matrix weergegeven. Hier volgt een toelichting op deze matrix:

Nummer: verwijst naar de nummering die het hof ter zitting van 21 november 2007 heeft gegeven aan het resterende inbeslaggenomen materiaal.

De indeling in 'I' of 'II' is aangehouden ter beschrijving van de afbeeldingen en ter onderscheiding van afbeelding waarop één persoon is weergegeven en afbeeldingen waarop meer personen zijn weergegeven. Tevens is in deze kolommen een uitsplitsing per subonderdeel gemaakt. De subonderdelen zijn weergegeven in kleine letters (a, b, c, etc).

Indeling in de categorieën 1, 2, 3 en 4 heeft plaatsgehad aan de hand van de volgende door het hof beoordeelde kwalificaties:

1. weergave van strafbaar gestelde gedragingen;
2. seksuele gedragingen waarbij uitsluitend de jeugdige is betrokken;
3. seksuele gedragingen waarbij de jeugdige een uitdagende houding aanneemt;
4. gedragingen waarbij de onnatuurlijke ambiance aan de afbeelding van een geheel of gedeeltelijk naakte jeugdige een voor deze schadelijke seksuele connotatie geeft (waarbij de context en het karakter van de afbeelding in ogenschouw is genomen).

In de laatste kolom geeft het hof zijn overwegingen weer en de daarop gegronde conclusie.

Indien bepaald materiaal als kinderporno is aangemerkt, is de aanduiding van het materiaal in de eerste kolom gecursiveerd weergegeven (ook indien een gedeelte ervan géén kinderporno is), en is ten minste één van de kolommen onder de cijfers aangekruist, alsmede is een motivering en conclusie per subonderdeel gegeven in de laatste kolom. In enkele gevallen is volstaan met de afkorting 'kp' waar 'kinderporno' wordt bedoeld. Voorts heeft het hof stickermateriaal aangebracht op de betreffende afbeeldingen om kinderporno te onderscheiden van het overige materiaal.

Wat betreft de fotocollage nr. 17, heeft het hof kennis genomen van de stelling van beslagene dat het hier fotomateriaal uit de jaren '30 zou betreffen, en dat personen van 18 jaar en ouder indertijd een jeugdiger uitstraling zouden hebben dan de 18-jarigen van heden. Desalniettemin acht het hof de getoonde jongens dermate jeugdig dat het oordeel dat het hier minderjarigen heeft betroffen - niettegenstaande de stellingen van beslagene - gerechtvaardigd en voldoende betrouwbaar is. Beslagene heeft overigens beaamd dat de gedragingen een - evident - seksuele lading bezitten."

## 2. Beknopte weergave van de middelen

10. Het eerste middel is het meest verstrekkend. Het klaagt dat het Hof bij de beoordeling of het onder betrokkene inbeslaggenomen materiaal kan worden aangemerkt als afbeeldingen van seksuele gedragingen als bedoeld in artikel 240b Sr een onjuiste maatstaf heeft aangelegd, althans dat het zijn oordeel in zoverre onvoldoende heeft gemotiveerd.

11. De toelichting op het middel bevat de klacht dat 's Hof's (impliciete) oordeel dat sprake is geweest van schade voor de minderjarigen onbegrijpelijk is, althans dat het Hof het door de raadvrouw van

klager gevoerde verweer dat geen sprake is van afbeeldingen in de zin van artikel 240b Sr in zoverre onvoldoende gemotiveerd heeft verworpen. Daartoe wordt aangevoerd dat een deel van de foto's waarop deze zaak betrekking heeft reeds eerder in het kader van een strafzaak tegen klager aan de orde zijn geweest en dat verzoeker toen van de hem tenlastegelegde overtreding van artikel 240b Sr werd vrijgesproken. Nu het in artikel 240b opgenomen criterium dat het moet gaan om een afbeelding "bevattende een seksuele gedraging" sinds die strafzaak niet gewijzigd is, en blijkens de wetsgeschiedenis de reikwijdte van bedoeld artikel is beperkt, nu niet langer het "kennelijk seksueel prikkelende vermogen" van een afbeelding maar uitdrukkelijk de schadelijkheid voor het betreffende kind voor de beoordeling doorslaggevend is geworden, is onbegrijpelijk dat de foto's van verzoeker onder de huidige interpretatie van de wettelijke criteria als kinderporno worden aangemerkt, terwijl dat onder de oude, ruimere interpretatie niet het geval was.

12. Het derde middel bevat een specifieke klacht met betrekking tot een deel van het door het Hof aan het verkeer onttrokken materiaal. Het vierde middel bevat eveneens een specifieke klacht die betrekking heeft op het fotomateriaal onder de nummers 13.6 en 17. Het tweede middel bevat een klacht die al het door het Hof aan het verkeer onttrokken materiaal raakt. Geklaagd wordt over de afwijzing van het verzoek om het materiaal onder te brengen bij een instelling voor wetenschappelijk onderzoek.

13. Ik zal om inhoudelijke redenen bij de bespreking afwijken van de in de schriftuur aangehouden volgorde. Ik zal na de bespreking van het eerste middel eerst het derde en vierde middel behandelen, en dan het tweede middel. Aan de eigenlijke bespreking van de middelen gaat een uiteenzetting van wetsgeschiedenis en jurisprudentie vooraf, waarbij tevens aandacht wordt besteed aan de internationale context van de bestrijding van kinderporno.

### 3. De wijzigingswet van 13 november 1995 en haar geschiedenis

14. De steller van de middelen beroept zich zoals wij zagen op de geschiedenis van de wijzigingswet van 13 november 1995, Stb. 1995, 575. Hoewel de tekst van art. 240b Sr op dit punt door het desbetreffende wetsvoorstel niet werd gewijzigd, is bij de parlementaire behandeling ervan uitvoerig aandacht besteed aan de uitleg van het begrip "seksuele gedraging". Niet onbelangrijk daarbij is dat die aandacht werd gevoed door de onvrede die bij in elk geval een aantal fracties leefde over de uitleg die de Hoge Raad in zijn beschikking van 6 maart 1990, NJ 1990, 667 aan bedoeld begrip had gegeven. De Hoge Raad verenigde zich daarin met het oordeel van het Hof dat onder een afbeelding van een seksuele gedraging in de zin van art. 240b Sr ook viel de afbeelding van een jeugdige (al dan niet alleen) "in een zodanige houding dat daarmee kennelijk het opwekken van seksuele prikkeling werd beoogd." Dat oordeel getuigde volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting.

15. Niet onvermeld mag blijven dat deze beschikking betrekking had op tentoongestelde foto's die in beslag waren genomen onder dezelfde persoon die thans de "betrokkene" in de onderhavige zaak is. De vervolging van betrokkene had destijds tot maatschappelijk onrust geleid omdat het om 'onschuldige' foto's zou gaan waaraan desbetreffende minderjarigen vrijwillig zouden hebben meegewerkt en waaraan een zeker kunstzinnig karakter niet ontzegd zou kunnen worden. Het zal die maatschappelijke onrust zijn die de belangstelling van de kamerleden voor de jurisprudentie van de Hoge Raad verklaart.

16. Volgens de Nota naar aanleiding van het Verslag(4) waren de leden van de PvdA-fractie van oordeel dat "het strafwaardig karakter van kinderpornografie zit in het (seksuele) misbruik van kinderen en niet in het feit dat afbeeldingen een zinnenprikkelend karakter hebben bij de waarnemer". De overheid behoorde niet "te fungeren als zedenmeester". Zij konden zich daarom niet vinden in de ruime interpretatie die de Hoge Raad aan het begrip "seksuele gedraging" had gegeven. Ook de leden van de fractie van D'66 toonden zich ongelukkig met deze interpretatie. Zij meenden, zich baserend op een uitspraak van minister van Justitie Korthals Altes in de Eerste Kamer, dat uit de wetsgeschiedenis van de totstandkoming van art. 240b Sr bleek dat de strafbaarstelling betrekking had op uitingen die tot stand waren gekomen door middel van seksueel misbruik van kinderen. De leden van de GroenLinks-fractie vroegen de regering afstand te nemen van de jurisprudentie van de Hoge Raad "en

de opvatting te bevestigen dat onschuldig materiaal - in het bijzonder foto's die enkel naakt laten zien - niet onder het verbod vallen". Ook zij meenden dat de strafbaarheid zich moet beperken tot seksueel misbruik en "dat alles in het werk moet worden gesteld om onnodige criminalisering te voorkomen".

17. De minister van Justitie Sorgdrager gaf hierop in de genoemde Nota een uitvoerige reactie. Zij stelde, voorzover hier belang:

"Artikel 240b Sr. beoogt seksueel misbruik van kinderen te bestrijden en strekt derhalve tot bescherming van kinderen. Artikel 240b strekt er met het oog op de bescherming van jeugdigen toe te voorkomen dat beeldmateriaal dat onder het bereik van de bepaling valt, na vervaardiging verder wordt verspreid of openlijk wordt tentoongesteld. Artikel 240b heeft niet ten doel derden te behoeden tegen kennisneming van seksueel prikkelend beeldmateriaal. Ik kan mij dan ook vinden in hetgeen mijn toenmalige ambtsvoorganger bij de schriftelijke en de mondelinge behandeling van wetsvoorstel 15 836 naar voren heeft gebracht. De strekking van artikel 240b Sr., zoals toen verwoord, is niet veranderd, nl. de strafbaarstelling van iedere uiting die tot stand is gekomen door middel van seksueel misbruik van kinderen, ook die welke is opgeslagen in elektronisch beeldmateriaal.

Centraal element in artikel 240b Sr. is de omschrijving van de inhoud van de afbeelding: een seksuele gedraging waarbij een persoon, kennelijk jonger dan zestien jaren, is betrokken, kort gezegd een seksuele gedraging waarbij een jeugdige is betrokken. Ik ben van oordeel dat de uitleg van het begrip "seksuele gedraging" dient te geschieden vanuit de strekking van deze bepaling, te weten bescherming van de jeugdige tegen seksueel misbruik.

In haar verslag (pp. 20 en 21) wijdt de werkgroep kinderpornografie enige beschouwingen aan het begrip seksuele gedraging. Zij wijst allereerst op het grote belang van een duidelijke normstelling. Vervolgens geeft zij een bevestigend antwoord op de vraag of een afbeelding van een kind afzonderlijk een verboden afbeelding kan zijn. Zij merkt op dat kinderpornografie voor een groot deel bestaat uit dit soort afbeeldingen en een wettelijke bepaling in belangrijke mate haar doel voorbij zou schieten als dergelijke afbeeldingen er niet door worden getroffen. Anderzijds - zo gaat de werkgroep verder - kan natuurlijk niet elke afbeelding van geheel of gedeeltelijk naakte kinderen als kinderpornografisch worden aangemerkt. Naar haar oordeel dient de kennelijke bedoeling van seksuele prikkeling voorop te staan. Dan komt de werkgroep alles overwegende tot de volgende formulering: een afbeelding van iemand die kennelijk de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, al dan niet alleen in een zodanige houding dat daarmee kennelijk het opwekken van een seksuele prikkeling wordt beoogd. Het is deze formulering die ook in de jurisprudentie ingang heeft gevonden en verdere uitwerking heeft gekregen. Ik acht het van belang nader in te gaan op deze jurisprudentie. Deze betreft een aantal zaken waarbij de fotograaf [belanghebbende] betrokken is geweest. In zijn hiervoor genoemde beschikking van 6 maart 1990 ging het om de toetsing in cassatie van een beslissing van het hof Amsterdam ten aanzien van een bezwaarschrift tegen de dagvaarding van [belanghebbende], verdacht van overtreding van artikel 240b Sr. Nadat de Hoge Raad het cassatieberoep had verworpen, was de weg vrij voor de behandeling van de strafzaak. Het hof Amsterdam heeft uiteindelijk bij arrest van 30 maart 1992 het veroordelend vonnis van de rechtbank Amsterdam van 28 december 1990 vernietigd en [belanghebbende] vrijgesproken van het hem tenlastegelegde, overwegende daartoe dat "in het bijzonder niet wettig en overtuigend bewezen is dat de wijze van poseren van de jongens op de vermelde foto's een seksuele gedraging vormt als bedoeld in artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht, ook niet als onder een seksuele gedraging mede zou worden begrepen de afbeelding van iemand - die kennelijk de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt - in een zodanige houding dat daarmee kennelijk het opwekken van een seksuele prikkeling wordt beoogd." Volledigheidshalve maak ik nog melding van een uitspraak van de president van de rechtbank Amsterdam in kort geding van 14 juni 1994 in de zaak [belanghebbende] tegen de Staat. Het ging in die zaak om een civiele vordering van [belanghebbende], strekkende onder meer tot teruggave van vijf strafrechtelijk in beslag genomen foto's. Deze uitspraak is naar mijn oordeel illustratief en instructief, en verschaft inzicht in de problematiek van het verschijnsel kinderpornografie. Voor een goed begrip van deze zaak citeer ik de rechtsoverwegingen 5 en 6 van de uitspraak integraal:

"5. Tot uitgangspunt dient dat beoordeeld moet worden of het hoogst onwaarschijnlijk voorkomt dat [belanghebbende] zich heeft schuldig gemaakt aan een strafbaar feit en dat de vordering van de officier van justitie tot verbeurdverklaring van de foto's door de strafrechter zal worden toegewezen, zodat de inbeslagneming dient te worden gehandhaafd en het beklag tegen de inbeslagneming ongegrond dient te worden verklaard.

Daartoe dient met name te worden beoordeeld of het hoogst onwaarschijnlijk voorkomt dat de strafrechter zal oordelen dat de door de gefotografeerde jongens (die geen van allen de zestienjarige leeftijd hebben bereikt) ingenomen pose(n) door de aard van de afbeelding of door de seksuele prikkeling die daardoor wordt opgeroepen, een zodanig seksueel karakter heeft/hebben dat van een seksuele gedraging in de zin van artikel 240b Wetboek van Strafrecht sprake is. Van foto's die een dergelijke seksuele gedraging van jeugdigen jonger dan 16 jaar behelzen, wordt - zo blijkt uit de wetsgeschiedenis - aangenomen dat ze zijn tot stand gekomen door misbruik van het betreffende kind.

In verband met de interpretatie van de genoemde criteria zijn de hiervoor genoemde uitspraken van rechtbank en hof in een eerdere strafzaak tegen [belanghebbende] een gegeven waarmee in deze zaak rekening zal worden gehouden.

6. Gelet op deze uitgangspunten wordt voorsnog hoogst onwaarschijnlijk geoordeeld dat de strafrechter zal oordelen dat de foto's nummer 1 en 2, waarop steeds een jongen in een natuurlijke omgeving in een betrekkelijk natuurlijke pose is afgebeeld, een zodanig seksueel karakter hebben dat van een seksuele gedraging sprake is.

Door de Staat is nog aangevoerd dat hiervan steeds sprake is wanneer het afgebeelde orgaan zich in (half) opgerichte toestand bevindt. De toestand van het geslachtsdeel in de betreffende foto's is, ook gelet op de ambiance van de foto's, echter niet zodanig dat hierin per definitie een seksuele gedraging besloten is.

Van de foto's nummer 3 en 5 kan voorshands evenmin gezegd worden dat zij door de aard van de afbeelding of door de seksuele prikkeling die daardoor wordt opgeroepen, een zodanig seksueel karakter hebben dat deze afbeeldingen door de strafrechter zullen worden beoordeeld als bevattende een seksuele gedraging in de zin van artikel 240b Wetboek van Strafrecht.

Over de foto nummer 4 kan ten slotte verschillend worden gedacht. Denkbaar is dat door "the playmate of the month"-pose een seksuele prikkeling wordt opgeroepen. In vergelijking met foto IV uit de vorige strafzaak op grond waarvan het hof [belanghebbende] heeft vrij gesproken, moet echter voor hoogst onwaarschijnlijk worden gehouden dat door de strafrechter, in afwijking van zijn oordeel ten aanzien van foto IV, deze afbeelding wel zal worden gekwalificeerd als bevattende een seksuele gedraging.

De foto's dienen dan ook alle aan [belanghebbende] te worden teruggegeven, zodat het gevorderde zoals omschreven onder 2.a. toewijsbaar is".

De Staat heeft geen hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak. Het openbaar ministerie heeft van verdere vervolging afgezien.

Uit deze jurisprudentie van de strafrechter en de civiele rechter ten aanzien van het begrip seksuele gedraging blijkt dat de rechter aan de hand van een aantal uitgangspunten per afbeelding nagaat of er sprake is van een seksuele gedraging in de zin van artikel 240b Sr. Voor de rechter is relevant of de door de gefotografeerde jeugdige ingenomen pose door de aard van de afbeelding of door de seksuele prikkeling die daardoor wordt opgeroepen, een zodanig seksueel karakter heeft dat van een seksuele gedraging in de zin van artikel 240b Sr. sprake is. Hoewel het criterium "seksuele prikkeling" - zoals uit voornoemde jurisprudentie is gebleken - vatbaar is voor een zekere objectivering, dreigt niettemin het gevaar dat een uitleg van het begrip "seksuele gedraging" op basis van het kennelijk seksueel prikkelende vermogen van de afbeelding daarvan te ruim wordt en derhalve zich niet meer verdraagt met de strekking van artikel 240b Sr. Niet de omstandigheid dat een afbeelding van een houding van een jeugdige een seksuele prikkeling teweeg kan brengen bij een persoon die naar die afbeelding kijkt, maakt deze houding tot een seksuele gedraging in de zin van artikel 240b Sr. Dat gaat naar mijn oordeel te ver. Dat zou er immers toe leiden dat een afbeelding van een bloot kind op zich onder de strafbepaling zou vallen, omdat er personen zijn die vanwege hun geaardheid door een dergelijke afbeelding seksueel opgewonden raken. Bij de toepassing van artikel 240b Sr. dient uitgangspunt te zijn dat het gaat om een gedraging, die - als ze wordt vastgelegd - schadelijk is voor de jeugdige, òf omdat het tot die gedraging brengen al schadelijk is, òf vanwege de publicatie daarvan. Dat de afbeelding primair wordt vervaardigd en in omloop wordt gebracht met het oogmerk anderen seksueel te prikkelen, is bijzaak. Het gaat om bescherming van de jeugdige tegen seksuele exploitatie. Het verdient naar mijn oordeel aanbeveling na te gaan welke soort gedragingen wèl en welke niet onder het bereik van artikel 240b Sr. vallen. Het kan daarbij slechts gaan om een globale aanduiding, omdat de eigenlijke vaststelling aan de hand van concreet beeldmateriaal zal moeten plaatsvinden. De

hierna gemaakte verdeling in categorieën beoogt enige helderheid te brengen. De scheidslijnen zijn echter onvermijdelijk enigszins vloeiend.

Een eerste categorie van seksuele gedragingen die onder de begripsbepaling vallen, zijn de gedragingen strafbaar gesteld in de artikelen 242 e.v. Sr. (...)

De NVSH en het COC zouden het begrip seksuele gedraging kort gezegd willen beperken tot de in voornoemde artikelen strafbaar gestelde gedragingen. Zij menen dat slechts in die gevallen sprake kan zijn van seksueel misbruik van kinderen. Ik ben van mening dat bescherming van de belangen die artikel 240b beoogt te beschermen, in onvoldoende mate is verzekerd, indien de reikwijdte van dit artikel daartoe beperkt zou blijven. De stelling in de memorie van toelichting dat aan de afbeelding van een seksuele gedraging een van de in de artikelen 242 e.v. Sr. omschreven strafbare feiten ten grondslag ligt, is dan ook te absoluut en behoeft nuancering. Artikel 240b Sr. strekt er toe te voorkomen dat een jeugdige in een situatie wordt gebracht, waarin hij of zij zich leent voor het op beeldmateriaal vastleggen van een seksuele gedraging waarbij hij of zij hetzij alleen hetzij met een ander (met anderen) is betrokken. Een seksuele gedraging waarbij uitsluitend een jeugdige is betrokken, dient daarom onder de reikwijdte van artikel 240b Sr. te blijven. Reeds op die grond is de suggestie van de NVSH en het COC niet bruikbaar. Er is nog een andere reden waarom het voorstel niet moet worden overgenomen. Voor het bewijs van overtreding van artikel 240b Sr. zou steeds het begaan van een van de strafbaar gestelde zedendelicten bewezen, althans aannemelijk moeten worden gemaakt. Uit de afbeelding kan echter vaak niet worden afgeleid waar, wanneer en onder welke omstandigheden zij is vervaardigd, en wie daarbij betrokken zijn geweest. Een tweede categorie betreft derhalve deze seksuele gedragingen waarbij blijkens de afbeelding uitsluitend de jeugdige is betrokken.

Een derde categorie van seksuele gedragingen betreft het aannemen van een "uitdagende houding". De bovengenoemde rechtspraak had betrekking op deze gedragingen. Er is hier sprake van een grensterrein. Ik ben van oordeel dat het aannemen van een houding, gelet op de strekking van artikel 240b Sr., onder omstandigheden kan vallen onder het begrip seksuele gedraging. Er zijn houdingen uit de afbeelding waarvan kan worden afgeleid dat het brengen van een kind in die houding schadelijk moet worden geacht. Er zijn ook houdingen waaraan een zeker uitdagend karakter niet kan worden ontzegd, maar die niettemin, mede gelet op de wijze waarop zij zijn afgebeeld, een onschuldig karakter dragen. Voor zover er al relevant onderscheid kan worden gemaakt tussen de begrippen gedraging en handeling, acht ik het begrip handeling minder bruikbaar, omdat daarmee niet buiten iedere twijfel is verheven dat het aannemen van een houding ook onder de delictomschrijving kan vallen.

Een vierde categorie betreft afbeeldingen van geheel of gedeeltelijk ontblote kinderen. In het algemeen is de afbeelding van een jeugdige in geheel of gedeeltelijk naakte staat, een afbeelding van een niet-seksuele gedraging, niettegenstaande de omstandigheid dat deze afbeelding op sommige liefhebbers van dit soort afbeeldingen een seksueel prikkelende uitwerking heeft. Er kunnen evenwel zodanige bijkomende - onnatuurlijke - ingrediënten zijn vastgelegd, dat het brengen van de jeugdige in die - onnatuurlijke - ambiance een seksuele connotatie krijgt die als schadelijk voor het kind moet worden aangemerkt.

Een vijfde categorie betreft beeldmateriaal bij de vervaardiging waarvan niet een echt kind betrokken is geweest. Dit materiaal kan een werkelijke seksuele gedraging nabootsen. Het valt naar de letter onder het bereik van artikel 240b Sr. (vgl. Handelingen II, 25 oktober 1984, pp. 922 en 930). Nu daarbij geen reëel persoon is betrokken, zal vervolging naar mijn oordeel achterwege moeten blijven. Door de moderne computertechnieken is het mogelijk afbeeldingen te vervaardigen die gedragingen weergeven die niet of nauwelijks van echt zijn te onderscheiden. Waar in een dergelijk geval uit de afbeelding zelf niet valt op te maken dat het afgebeelde niet in de werkelijkheid heeft plaatsgehad, zullen gegevens waaruit kan blijken dat zulks het geval was, uit het verhoor van de verdachte en eventueel daarop gebaseerd nader onderzoek naar voren moeten komen.

Artikel 240b Sr. stelt strafbaar een aantal handelingen ten aanzien van een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij een kind is betrokken. Een afbeelding van een seksuele gedraging in de zin van artikel 240b is gelijk te stellen met kinderpornografie. Element van kinderpornografie is steeds de afbeelding van een seksuele gedraging waarbij een kind is betrokken. Niet iedere afbeelding van een seksuele gedraging levert evenwel een dergelijke gedraging op in de zin van artikel 240b Sr. en kan als kinderpornografie worden aangemerkt. Het gaat om het karakter van de afbeelding en de context waarin zij is geplaatst. Niet relevant is dat de afbeelding een seksuele prikkeling teweeg kan brengen,

maar dat de afbeelding, afgezien van haar eventuele seksueel prikkelende karakter, kennelijk het gevolg is van seksuele exploitatie van een jeugdige. Iets anders is dat aan de omstandigheid dat een afbeelding kennelijk is gericht op het seksueel prikkelen van anderen het redelijke vermoeden kan worden ontleend dat het kind daartoe seksueel is geëxploiteerd.

Een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij een jeugdige is betrokken, in een wetenschappelijk of opvoedkundig boek over jeugdseksualiteit is geen kinderpornografie. Zij dient als illustratie bij een serieuze verhandeling. De aard van de illustratie en de context waarin zij is geplaatst leiden tot de conclusie dat de illustratie niet onder het bereik van artikel 240b kan worden gebracht. Dit voorbeeld is te vergelijken met, maar te onderscheiden van een wetenschappelijk geschrift over kinderpornografie. Een dergelijk geschrift kan kinderpornografisch beeldmateriaal bevatten. Publicatie ervan behoeft evenwel niet strafwaardig te zijn, omdat het doel van de publicatie indirect een bijdrage kan leveren aan de bestrijding van seksueel misbruik van kinderen. (...)

Ik kom nu toe aan de bespreking van de gevallen waarin de jeugdige, zijn of haar wettelijk vertegenwoordiger dan wel eerstgenoemde na het bereiken van de meerderjarige leeftijd toestemming heeft gegeven voor de in artikel 240b Sr. strafbaar gestelde gedragingen. Deze gevallen zijn verwant aan het geval waarbij de afgebeelde gedraging strafbaar is, maar slechts op klachte vervolgbaar is. Deze laatste kwestie komt aan de orde in onderdeel 5. Toestemming voor het plegen van een handeling als bedoeld in artikel 240b Sr. ontnemt daaraan niet de strafwaardigheid. Deze omstandigheid kan bij afweging van de betrokken belangen wel aanleiding vormen om af te zien van strafrechtelijk optreden dan wel daarmee rekening te houden bij de straftoemeting. (...)

Voor alle duidelijkheid stel ik voorop dat de kwestie speelt, wanneer er sprake is van een afbeelding van een seksuele gedraging. Het gaat dus niet om de - normale - gevallen waarbij de jeugdige die in staat is zijn wil te bepalen en tot uitdrukking te brengen, uitdrukkelijk of stilzwijgend toestemming verleent tot het maken van - kort gezegd - onschuldige naaktfoto's van hem. Het gaat om de gevallen waarbij hetzij de jeugdige zelf opnamen maakt van een seksuele gedraging waarbij hij betrokken is en vervolgens toestemming verleent tot publicatie of verspreiding daarvan hetzij toestemming door de jeugdige of zijn wettelijk vertegenwoordiger wordt verleend voor het maken van zulke opnamen en voor publicatie of verspreiding daarvan. Ik ben van oordeel dat ook in deze gevallen in de regel vervolging zal moeten plaatsvinden, gelet op het door artikel 240b Sr. te beschermen belang - bescherming van jeugdigen tegen (seksueel) misbruik in het algemeen en van de desbetreffende jeugdige daartegen in het bijzonder. Kinderen moeten tegen zichzelf worden beschermd. Wettelijke vertegenwoordigers kunnen - tegen de belangen van de aan hun zorg toevertrouwde kinderen in - zelf een - echter niet in rechte te respecteren - belang hebben bij de publicatie of verspreiding van deze afbeeldingen".

18. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer werd op de kwestie teruggekomen. Omdat het veel van hetzelfde is, volsta ik met de weergave van enkele representatieve fragmenten: (5)

"Minister Sorgdrager: (...) Ik kom later in mijn betoog nog terug op het geval [belanghebbende], maar ik wil nu alvast zeggen dat het daar ging om foto's die uiteindelijk niet onder de redactie van artikel 240b zoals ik die voorstel, zullen vallen. Wij hebben het dan over de seksuele gedraging en dat was in feite het criterium voor de zaak-[belanghebbende]. Als ik in de jurisprudentie zie dat [belanghebbende] is vrij gesproken vanwege het feit dat de foto's niet vielen onder het begrip "seksuele gedraging", terwijl toen nog het zinnenprikkelend karakter als criterium in de jurisprudentie heeft gegolden, dan denk ik dat na de behandeling van dit wetsvoorstel [belanghebbende] en zijn collega's om twee redenen niet behoeven te vrezen als zij foto's vervaardigen die qua gedraging niet vallen onder de beschrijving van artikel 240b.

In de bijdragen worden vele voorbeelden van seksuele gedraging geschetst. Ik begrijp dat wel, omdat je je natuurlijk afvraagt wat het in de praktijk betekent, maar het wordt in een debat als dit erg moeilijk als je je in de casuïstiek begeeft. Enerzijds tracht je een lijn te trekken en anderzijds wordt het erg gedetailleerd, terwijl er met een beetje fantasie nog heel wat andere casus te bedenken zijn. Wij moeten daarom in dit debat trachten zo duidelijk mogelijk de lijn te trekken tussen wat nu wel strafbaar is en wat niet. Dan nog zal overigens in een artikel als dit die grens nooit helemaal scherp te trekken zijn en zal het altijd een kwestie van interpretatie blijven. Ik ben het met iedereen eens die zegt dat de ruimte voor interpretatie in dit geval zo gering mogelijk moet zijn, omdat wij mensen niet

onnodig moeten onderwerpen aan een strafrechtelijke procedure terwijl later wordt gezegd dat het feit natuurlijk niet onder artikel 240b valt. In dit debat moeten wij duidelijk bepalen wat er wel onder valt en wat niet en waar het grijze gebied is waarop een zo groot mogelijke mate van duidelijkheid wordt gegeven.

(...)

Het woord "gedraging" is gekozen omdat voor handelingen met kinderen - de eerste categorie in de nota naar aanleiding van het verslag - altijd twee personen, althans delen van die personen nodig zijn. Een foto van een kind solo moet mijns inziens ook heel duidelijk strafbaar zijn wanneer uit die foto blijkt, dat dit kind op de een of andere manier is misbruikt dan wel onder dwang of bedreiging tot bepaalde handelingen is gebracht. Dat laatste is wat moeilijk, maar daarvoor moet nader naar de context worden gekeken. Het grensgebied ligt, denk ik, daar waar er sprake is van de uitdagende houding: is dat een seksuele gedraging of niet? Dat hangt van de context af. Op een gegeven moment kun je uit de context van de foto een aanleiding vinden om een onderzoek in te stellen of die foto wellicht onder dwang of bedreiging tot stand is gekomen. Dat kan heel best en om die reden wil ik daar dat grensgebied trekken, waarbij er een mogelijkheid voor de politie moet zijn om een onderzoek te doen.

(...)

Ik vind de bescherming van een kind zeer belangrijk. Naar mijn mening moet het ook beschermd worden tegen zichzelf. Een kind kan zich op alle mogelijke manieren gedragen, maar wanneer van bepaalde gedragingen een afbeelding wordt gemaakt, kan dat schadelijk voor het kind zijn.

Mevrouw Van der Stoel (VVD): Voorzitter! De minister spreekt nu over de bescherming van het kind. Ik heb er niet voor niets op gewezen dat ook voor het kind artikel 11 van de Grondwet geldt. Zojuist sprak de minister weer over de foto van een kind op het strand, een foto die overigens langzamerhand berucht wordt. Wij zijn het erover eens, dat een dergelijke foto geen aanleiding zou mogen zijn voor vervolging. De houding van het kind op die foto kan echter ook afgedwongen zijn, ook al staat het stralend op de foto. Dus in zo'n geval kan sprake zijn van een afgedwongen houding, terwijl het kind toch alleen op de foto staat.

Minister Sorgdrager: Ja, dat kan, maar als je zo redeneert kan alles afgedwongen zijn. Op deze manier kom je terecht in een secundaire discussie. Ik vind het volstrekt normaal als een foto wordt gemaakt van een kind dat bloot op het strand staat. Als ik zo'n foto zie, ga ik me niet meteen afvragen of de houding van het kind is afgedwongen. Het gaat mij om andere gevallen. Een kind kan een gedraging vertonen waarvan een normaal denkend mens niet meteen zegt: dat is gewoon. Het kind neemt bijvoorbeeld een duidelijk seksueel getinte houding aan. In zo'n geval kun je je afvragen of dat kind die houding wel vrijwillig aanneemt of dat het daartoe op de een of andere manier is gebracht. De context waarin de foto wordt aangetroffen, mag naar mijn mening een aanleiding vormen om een onderzoek in te stellen.

(...)

Mevrouw Van der Stoel (VVD): Maar het kind zou op de foto als het ware een seksuele houding kunnen aannemen en om die reden zou men de situatie goed in de gaten willen houden. Lopen wij bij deze opstelling niet het risico, dat via een omweg de discussie over zinnenprikkeling weer wordt gevoerd? Dit is voor mij overigens een open vraag. Zojuist begreep ik van de minister, dat zij dat aspect niet meer in de discussie wil betrekken. Ik verkeerde in de veronderstelling, dat zij wilde uitsluiten dat dat punt een rol zou spelen bij vervolging.

Minister Sorgdrager: Als wij het over seksuele gedraging hebben, zal zinnenprikkeling ongetwijfeld een rol spelen. Het is echter geen criterium. Dat wil ik ermee zeggen. Wanneer een kind een seksuele gedraging vertoont op een foto, mag je je toch afvragen of dat kind dit uit zichzelf heeft gewild. Nogmaals, de context waarin de foto wordt aangetroffen en de omgeving op die foto kunnen aanleiding zijn om een onderzoek in te stellen naar de vraag of het kind vrijwillig tot deze gedraging is gekomen. Ik realiseer mij dat het grensgevallen zijn, maar ik wil het grensgeval graag hier leggen. Als je spreekt over een seksuele handeling, heb je weer een ander grensgeval. Ik leg het liever toch iets meer in de richting van de bescherming van het kind dan van degene die zo'n foto bezit.

De heer Dittrich (D66): De minister heeft het over "context". Moet ik daaronder bijvoorbeeld verstaan de attributen die op de foto zijn afgebeeld of de omgeving waarin een kind van een heel jonge leeftijd is gebracht, zoals blijkt uit die afbeelding, waar kinderen van die leeftijd normaal gesproken niet in verkeren?

Minister Sorgdrager: Bijvoorbeeld, dat kan. Er kunnen voorwerpen op die foto staan, het kind kan op een bepaalde manier aangekleed zijn. Er kan natuurlijk van alles op zo'n foto staan waaruit toch blijkt dat het niet een foto is van een kind dat in de gezinssfeer een keer bloot gefotografeerd wordt. Dat is nooit de bedoeling".

19. Voor zover voor de beoordeling van het middel relevant, werd tijdens de behandeling in de Eerste Kamer opgemerkt:

"De heer Pitstra (GroenLinks): (...) Bij de vorige minister van Justitie was in mijn ogen sprake van een overreactie en daardoor van onnodige criminalisering. De zaak-[belanghebbende], de Amerikaanse fotograaf die onschuldige naaktfoto's van kinderen exposeerde en werd vervolgd en uiteindelijk wel werd vrijgesproken, geeft aan in welk maatschappelijk klimaat wij terecht kunnen komen als wij de reflexen van die puriteinse moraalridders volgen. Het zou trouwens goed zijn als de huidige minister nog eens heel duidelijk hier vandaag in de Eerste Kamer in heldere bewoordingen afstand nam van die vervolgingspraktijken in de zaak-[belanghebbende]. Kan zij de uitspraak doen dat dit nooit meer zal gebeuren? Zij zou toch moeten erkennen, dat hoewel [belanghebbende] is vrijgesproken, dit grote negatieve consequenties heeft gehad voor deze fotograaf? (...)

Minister Sorgdrager: (...) Voor mij staat het zinneprikkelend karakter van die afbeeldingen niet voorop. De overheid moet zich daar niet mee bemoeien. Voor mij staat voorop de schade die zo iets voor een kind oplevert. Er kan sprake zijn van schade voor het kind terwijl het niet alleen gaat om seksueel misbruik in de zin van de zedenartikelen zoals deze in het Wetboek van Strafrecht zijn neergelegd. Het kan ook zijn dat het kind zichzelf in een seksuele gedraging brengt of door wat voor reden gebracht wordt, terwijl niet te bewijzen is dat daar seksueel misbruik aan ten grondslag ligt. Dat is het probleem. Mevrouw Michiels van Kessenich zei dat het nu gaat om iets anders dan ik ooit bedoeld heb, maar het gaat mij natuurlijk om de bescherming van de jeugdigen, zoals de heer Van der Berg ook heeft vermeld. De context van een bepaalde foto kan immers aanleiding zijn om een onderzoek in te stellen. Ik wil nu niet in casuïstiek vervallen, want dan moeten er grenzen verkend worden en dat heeft niet zoveel zin. (...)

Wat er in het verleden met de fotograaf [belanghebbende] is gebeurd, moet naar aanleiding van dit wetsvoorstel ook niet weer gebeuren. Toevallig heb ik gisteren met [belanghebbende] gesproken, op een voor mij volstrekt onverwacht moment. Hij uitte zijn zorgen over dit wetsontwerp. Ik heb hem uitgelegd wat de bedoeling is. Hij zei: ik begrijp dat, maar ik hoop dat het goed gaat. Ik zal er natuurlijk op toezien dat het goed gaat. (...)

De heer Pitstra (GroenLinks): (...)

Heel belangrijk vond ik de uitspraak van de minister over de zaak-[belanghebbende]. Dat mag niet weer gebeuren. Zij heeft uit het gesprek met hem begrepen dat heel veel ongerustheid over dit wetsvoorstel is veroorzaakt door hetgeen met die zaak is gebeurd. (...)

Ik heb gevraagd wat een uitdagende houding is en wat daarop tegen is. Wij zullen in de toekomst bekijken hoe de richtlijnen uitvallen en wat de praktijk zal zijn. (...)

Minister Sorgdrager: (...)

De heer Pitstra heeft nog even gesproken over die uitdagende houding. Daar kun je natuurlijk eindeloos over praten. De houding kan zijn aangenomen door een kind dat trots is op zichzelf; dat is natuurlijk helemaal geen seksueel misbruik of verkeerd of wat dan ook. Maar ook daar krijg je natuurlijk een verschuiving van een grens. Het gaat daarbij om interpretaties. Misschien kun je op de een of andere manier uit een foto opmaken op welke manier die is gemaakt. Dat maakt immers ook nog wel eens wat uit. Een kind op het strand is toch iets anders dan een kind in een slaapkamer. Daar moeten wij in de praktijk gewoon heel verstandig mee omgaan".(6)

20. De hier weergegeven gedachtenwisselingen tussen de minister en de beide Kamers hebben als

gezegd niet geleid tot een bijstelling van de wettekst van art. 240b Sr voor zover het gaat om het bestanddeel "seksuele gedraging". Toch heeft de Hoge Raad deze gedachtenwisseling in verschillende arresten van belang geacht voor de uitleg van bedoeld bestanddeel.(7) De vraag is daarom niet of aan dit stukje wetsgeschiedenis betekenis moet worden toegekend. Die vraag vindt een bevestigend antwoord in de jurisprudentie. De vraag is wel welke betekenis daaraan moet worden toegekend. Meer in het bijzonder is de vraag of deze wetsgeschiedenis inderdaad (zoals de steller van het middel meent) heeft geleid - of althans had moeten leiden - tot een interpretatie van het bestanddeel "seksuele gedraging" die per saldo restrictiever is dan de interpretatie die de Hoge Raad daaraan in HR 6 maart 1990, NJ 1990, 667 gaf. Een duidelijk antwoord op die vraag geeft de jurisprudentie mijns inziens niet.

21. Uit de weergegeven wetsgeschiedenis blijkt dat de minister van Justitie zich heeft uitgeput om tegemoet te komen aan de wens van de Kamer om afstand te nemen van het door de Hoge Raad gehanteerde criterium. Er zijn mijns inziens echter twee redenen die ervoor pleiten om voorzichtig te zijn met het daaraan verbinden van conclusies. De eerste reden is dat de poging om het begrip "seksuele gedraging" nader te omlijnen, weinig geslaagd genoemd kan worden. De uitlatingen van de Minister leveren geen consistent geheel op en leiden niet tot een heldere en werkbare afbakening. Juist daardoor is de vraag of en zo ja in hoeverre die afbakening nu werkelijk verschilt van de afbakening die door de Hoge Raad werd gegeven. Daar komt bij dat de kritiek op het criterium van de Hoge Raad lijkt te berusten op een aanvechtbare lezing van de beschikking in kwestie. De tweede reden is van andere orde. Zoals reeds werd aangegeven is art. 240b Sr bij Wet van 13 juli 2002, Stb. 388 opnieuw gewijzigd. Deze wijziging vond plaats tegen de achtergrond van diverse internationale verdragen die verplichten tot een effectieve bestrijding van kinderporno. De vraag is of en zo ja in hoeverre de uitlatingen van de Minister niet zijn achterhaald door deze wetwijziging en de gewijzigde internationale context.

#### 4. Vergelijking met het "criterium" van de Hoge Raad

22. Ik begin met de eerste reden. Ik zou daarbij allereerst de aandacht willen vestigen op het feit dat de Minister in de Nota naar aanleiding van het verslag uitdrukkelijk het standpunt van de Hoge Raad onderschrijft dat ook het aannemen van een houding een seksuele gedraging kan opleveren. De Minister maakt daarbij melding van de bevinding van de werkgroep kinderpornografie dat "kinderpornografie voor een groot deel bestaat uit dit soort afbeeldingen". Men krijgt bepaald niet de indruk dat de Minister van deze bevinding afstand willen nemen. Datzelfde geldt voor het oordeel van de werkgroep dat "een wettelijke bepaling in belangrijke mate haar doel voorbij zou schieten als dergelijke afbeeldingen er niet door zouden worden getroffen". De Minister lijkt zich aldus niet te keren tegen de door de werkgroep gegeven afbakening van strafbare kinderporno, zodat het bij de door haar onderscheiden derde categorie van seksuele gedragingen, hoewel aangeduid als een "grensgebied", allesbehalve om uitzonderlijke gevallen gaat. Waartegen de Minister zich wél lijkt te keren, is de "formulering" waarmee de werkgroep de afgebakende grote groep van gevallen omschrijft. Het lijkt anders gezegd vooral een kwestie van woordkeus te zijn. Want als de werkgroep een fout criterium zou hebben gehanteerd, hoe kan dan de daarmee bereikte afbakening deugen?

23. Het bezwaar dat de Minister tegen de (aan HR 6 maart 1990, NJ 1990, 667 ontleende) formulering van de werkgroep aanvoert, is het "gevaar" van een te ruime wetsuitleg. Dat beargumenteert zij door te stellen dat niet "de omstandigheid dat een afbeelding van een houding van een jeugdige een seksuele prikkeling teweeg kan brengen bij een persoon die naar die afbeelding kijkt", die houding tot een seksuele gedraging maakt. Maar dat is niet wat de werkgroep zei. De formulering van de werkgroep zoals die door de Minister wordt weergegeven is: "een afbeelding van iemand (...) in een zodanige houding dat daarmee kennelijk het opwekken van een seksuele prikkeling wordt beoogd". De door de Minister opgevoerde onschuldige blootfoto voldoet niet aan die omschrijving. Dit omdat daarmee niet wordt beoogd om een seksuele prikkeling op te wekken. Bovendien, en dat is misschien nog belangrijker, gaat het in de formulering van de werkgroep niet om wat met de afbeelding wordt beoogd. Erkend kan worden dat de formulering op dit punt enigszins dubbelzinnig is, zodat zij gemakkelijk kan worden misverstaan, maar taalkundig gezien heeft het daarin voorkomende woord "daarmee" betrekking op de afgebeelde houding. Met die houding moet kennelijk het opwekken van

een seksuele prikkeling zijn beoogd.

24. Dat dit verschil maakt, kan het beste aan de hand van een voorbeeld worden verduidelijkt. In HR 10 juni 2003, LJN AF6437, NJ 2003, 609 was onder meer sprake van een videoband waarop - zo althans werd aangevoerd - een foto van een naakte jongen en een naakt meisje op het strand te zien was en waarbij de camera langdurig en suggestief had ingezoomd op de geslachtsdelen van deze kinderen. Aan het verweer dat dit geen kinderporno opleverde, had het Hof volgens de Hoge Raad niet voorbij mogen gaan. De Hoge Raad overwoog daarbij het volgende.

"4.7. Noch uit de tekst van genoemde bepaling, die uitgaat van een gedraging van het kind van een bepaald karakter, of - naar uit de wetsgeschiedenis onder meer volgt - in een bepaalde onnatuurlijke ambiance, noch uit de geschiedenis of uit de strekking van de Wet, kan volgen dat in de door de raadsman geschetste situatie sprake is van afbeeldingen van seksuele gedragingen in de zin van art. 240b (oud) Sr. Immers, in dat geval liggen aan de videobeelden die op een bepaalde wijze zijn vervaardigd aan de hand van foto's van naakte kinderen op een strand (welke foto's op zichzelf geen afbeeldingen bevatten van seksuele gedragingen in de zin van die bepaling) geen seksuele gedragingen ten grondslag waartoe die kinderen zijn gebracht."

Deze overweging brengt het verschil tussen een zinnenprikkelende afbeelding en een zinnenprikkelende gedraging helder onder woorden. Het gedrag van blote kinderen op het strand ontbeert (doorgaans) het door art. 240b Sr vereiste seksuele karakter. Dat wordt niet anders door de wijze waarop dat gedrag wordt afgebeeld. De afbeelding moge nog zo suggestief zijn, beslissend is het gedrag dat aan de afbeelding ten grondslag ligt. Dat gedrag zelf moet seksueel van aard zijn.

25. In de schriftuur wordt het zojuist genoemde arrest opgevoerd als bewijs voor de stelling dat de interpretatie van wat onder een seksuele gedraging moet worden verstaan minder ruim is dan uit het in 1990 door de Hoge Raad voor juist gehouden criterium voortvloeit. Dat lijkt mij zeer de vraag. Toepassing van dat criterium, opgevat in de taalkundige zin als hiervoor aangegeven, had niet tot een ander resultaat geleid. Van (een afbeelding van) een houding waarmee het opwekken van seksuele prikkeling werd beoogd, was immers geen sprake. Wat veranderd lijkt te zijn, is de woordkeus van de Hoge Raad. Het gebruik van het in 1990 gehanteerde criterium wordt zorgvuldig vermeden. Dat is ongetwijfeld toe te schrijven aan de betekenis die de Hoge Raad toekent aan de boven weergegeven wetsgeschiedenis. Dat de veranderde woordkeus tot een engere interpretatie heeft geleid, is daarmee evenwel niet gezegd.

26. Terug naar de kritiek van de Minister op het criterium van de Hoge Raad. Die kritiek - waarin de Minister overigens bepaald niet alleen stond(8) - lijkt te berusten op een misverstand of, voorzichtiger gezegd, op een interpretatie van de desbetreffende beschikking die niet de juiste hoeft te zijn. Als het criterium wordt verstaan in de aangegeven taalkundige zin, snijdt de kritiek daarop weinig hout. Het gaat daarbij dan namelijk niet, althans niet primair, om wat "in the eye of the beholder" van de afbeelding is of zou kunnen zijn. Het gaat evenmin om het oogmerk dat de vervaardiger of verspreider van de afbeelding heeft of zou kunnen hebben. Het gaat om de kennelijk strekking van de afgebeelde houding zelf. Om de strekking dus die aan de houding eigen is en die de houding ook zou kenmerken als zij niet zou zijn afgebeeld.

27. Voor de mogelijkheid dat het in de bedoelde beschikking ging om een kenmerk, niet van de afbeelding, maar van de afgebeelde gedraging, pleit ook het volgende. In die beschikking werd geen sluitende definitie gegeven van een "seksuele gedraging", maar werd slechts vastgesteld dat onder een (afbeelding van een) dergelijke gedraging mede moet worden begrepen een (afbeelding van een) zodanige houding dat daarmee kennelijk het opwekken van seksuele prikkeling wordt beoogd. Er zijn dus ook andere gedragingen (dan een "zodanige houding") die onder het begrip seksuele gedraging vallen. Daarbij zal in ieder geval gedacht moeten worden aan gedragingen die de Minister tot de eerste en de tweede categorie rekende, zoals geslachtsgemeenschap en masturbatie. Dit zijn dunkt me onbetwistbaar seksuele gedragingen, maar kenmerkend voor die gedragingen is niet dat daarmee beoogd wordt bij anderen (dan degenen die dergelijke gedragingen verrichten) seksuele prikkeling op te wekken. Doorgaans spelen dergelijke gedragingen zich in de beslotenheid af juist omdat men niet gediend is van toeschouwers die zich aan die gedragingen zouden kunnen verlustigen. Iets anders is

dat met afbeeldingen van dergelijke gedragingen beoogd kan zijn om de consument van die afbeeldingen seksueel te prikkelen. Die beoogde zinnenprikkeling is, om met de Minister te spreken, hier inderdaad "bijzaak". Noch wat de afbeelding bij de beschouwer ervan teweegbrengt, noch wat daarmee door de maker of de verspreider ervan wordt beoogd, doet iets toe of af aan het feit dat de afgebeelde gedraging een seksueel karakter heeft.

28. Er is ook seksueel gedrag dat zich wél kenmerkt doordat het zich richt op een toeschouwer. Het duidelijkste voorbeeld daarvan is exhibitionisme (hier gebruikt in de enge betekenis van 'potloodventerij'). De exhibitionist heeft zijn toeschouwer nodig. Zonder willige of onwillige toeschouwer geen exhibitionistisch gedrag. Wat met dergelijk gedrag wordt beoogd - het teweegbrengen van seksuele prikkeling bij de ander? het opwinden van zich zelf? erkenning krijgen van het eigen seksuele bestaan? - is zeker in zijn algemeenheid moeilijk te zeggen. Maar exhibitionisme is in elk geval een poging om gezien te worden en daarmee een poging tot het maken van een vorm van contact met een toeschouwer. Belangrijk daarbij is dat exhibitionistisch gedrag ook bestaat als daarvan geen afbeelding wordt gemaakt. Anders gezegd: de gerichtheid op een toeschouwer is kenmerkend voor de gedraging als zodanig. Daarbij geeft juist die gerichtheid aan de gedraging haar seksuele karakter. Belangrijk is ook om te beseffen dat een exhibitionistische gedraging kan worden afgebeeld zonder dat de toeschouwer in beeld wordt gebracht. Bij geënceneerde gedragingen (waarvan in de porno-industrie doorgaans sprake is) is het buiten beeld blijven van de toeschouwer zelfs regel. De toeschouwer is hier de consument die als het ware door het oog van de camera meekijkt. Aan het seksuele karakter van de afgebeelde gedraging doet dat niet af.

29. Exhibitionisme kan - zoals de verwijzing naar de porno-industrie al impliceert - ook in ruimere zin gebezigd worden. Of met "een zodanige houding dat daarmee kennelijk het opwekken van seksuele prikkeling wordt beoogd" een perfecte beschrijving is gegeven van (alle vormen van) exhibitionistisch gedrag, is hier niet het belangrijkste punt. Dat punt is wel dat met die beschrijving - zo althans valt goed te verdedigen - een omschrijving van een gedraging is gegeven en dat de zinnenprikkelende strekking derhalve als een kenmerk van de omschreven gedraging moet worden gezien. Alle opwinding over het feit dat de aldus omschreven gedraging door de Hoge Raad als een "seksuele gedraging" is aangemerkt, lijkt daarmee misplaatst te zijn. Want wat is er niet seksueel aan een gedraging die ertoe strekt een ander seksueel te prikkelen?

30. Ik wijs er in dit verband nogmaals op dat de omschrijving in kwestie in de beschikking van de Hoge Raad geen uitpuittend karakter heeft. De vraag die voorlag, was of het oordeel van het Hof dat het aannemen van een "zodanige houding dat daarmee kennelijk het opwekken van seksuele prikkeling wordt beoogd" een seksuele gedraging vormt, getuigde van een onjuiste rechtsopvatting. Dat maakt dat uit het ontkennde antwoord dat de Hoge Raad gaf, niet de conclusie kan worden getrokken dat daarmee de uiterste grens van het begrip "seksuele gedraging" was bereikt. Het gegeven antwoord liet dat in het midden. Dat is ook de reden waarom de vraag of de gegeven omschrijving perfect is, minder belangrijk is. De vraag die de Hoge Raad had te beantwoorden, was enkel of het gebruik van deze omschrijving door het Hof getuigde van een onjuiste rechtsopvatting. Perfect kan de woordkeus van het Hof intussen niet genoemd worden. Een gebrek van de gegeven omschrijving is haar gebrek aan precisie. Dat het bij de omschreven "houding" gaat om het tonen van de geslachtsdelen wordt niet met zoveel woorden gezegd. De casus had echter betrekking op naakte jongens van wie de geslachtsdelen in beeld waren gebracht, zodat de vraag is of de omschrijving niet restrictief moet worden geïnterpreteerd in die zin dat daarin is geïmpliceerd dat het gaat om naakte kinderen van wie de geslachtsdelen zichtbaar zijn. Opgemerkt kan voorts worden dat van exhibitionisme vaak wordt gezegd dat het daarbij gaat om het genot dat men zelf ontleent aan het bekeken worden (en dus niet primair om het prikkelen van de ander).(9) Een preciezere en neutralere omschrijving, waarin de nadruk valt op het bewust tonen van de geslachtsdelen aan een (doorgaans onzichtbare) toeschouwer, zou daarom de voorkeur verdienen. Ik denk daarbij aan een omschrijving in de volgende geest: het exposeren van de eigen geslachtsdelen aan een (doorgaans buiten beeld blijvende) toeschouwer op zodanige wijze dat daardoor bij die toeschouwer de suggestie wordt gewekt dat de persoon in kwestie zich leent, of althans beschikbaar is, voor het met hem of haar plegen van seksuele handelingen.(10) Een voordeel van deze omschrijving is dat zij minder aanleiding kan geven tot misverstand.

31. Maar wat daarvan ook zij, dat het begrip "seksuele gedraging" door de in 1990 gegeven beslissing van de Hoge Raad grenzeloos is geworden, kan mijns inziens niet worden gezegd. Als uitgegaan wordt van de hierboven weergegeven restrictieve uitleg - waarbij de beoogde seksuele prikkeling als een kenmerk van de gedraging wordt opgevat - was de uitbreiding die aan het begrip werd gegeven, wel degelijk begrensd. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. In de zaak die aan de beslissing ten grondslag lag, ging het om foto's van naakte jongens van wie de geslachtsdelen volgens de tenlastelegging duidelijk in beeld waren gebracht. Stel dat de encenering zodanig was dat een zekere intimiteit werd gesuggereerd, waarbij het net leek of de naaktheid van de jongens voortkwam uit argeloosheid, dat het was alsof zij zich in de beslotenheid van de eigen woning onbespied waanden. Ik kan mij voorstellen dat het voyeuristische karakter van de opnames dan aan de afbeeldingen een - wellicht zelfs beoogde - erotische lading geeft, maar dat de afgebeelde gedraging erop gericht is een (denkbeeldige) toeschouwer seksueel te prikkelen, kan mijns inziens - juist vanwege het intieme karakter ervan - moeilijk worden gezegd. Dat de geslachtsdelen duidelijk in beeld waren gebracht, verandert het karakter van de gedraging daarbij niet, net zo min als dat het geval was bij het inzoomen op de geslachtsdelen van op het strand spelende kinderen. De wijze waarop de naakte jongens in beeld waren gebracht, zegt dan misschien iets over het oogmerk van de fotograaf, maar vormt geen kenmerk van de afgebeelde gedraging. Het voorbeeld maakt duidelijk dat de vrijspraak waartoe het Hof Amsterdam uiteindelijk kwam - waaraan het oordeel ten grondslag lag dat de (afgebeelde) houding van de jongens niet zodanig was dat daarmee kennelijk het opwekken van een seksuele prikkeling werd beoogd - niet van een miskenning van het "criterium" van de Hoge Raad behoeft te getuigen. Anders gezegd: dat criterium stelt, mits serieus genomen, wel degelijk betrekkelijk strikte grenzen aan het begrip "seksuele gedraging".

#### 5. Analyse van de criteria van minister Sorgdrager

32. De werkgroep kinderpornografie heeft de aan de beschikking van de Hoge Raad ontleende omschrijving gehanteerd, zo niet als een alles omvattende definitie van het begrip "seksuele gedraging", dan toch in elk geval als een criterium met behulp waarvan de grens getrokken kan worden in het brede gebied van afbeeldingen waarop naakte minderjarigen alleen staan afgebeeld. Uit het voorgaande blijkt dat met dit criterium inderdaad een betrekkelijk strikte afbakening kan worden bereikt. De vraag is of dat ook het geval is met hetgeen minister Sorgdrager voor dit criterium in de plaats stelde. Volgens haar moest sprake zijn van het aannemen van een "uitdagende houding". De vraag is wat daarmee wordt bedoeld. Waartoe moet zijn uitgedaagd, blijft onuitgesproken. In zijn gloriejaren nam Cassius Clay vaak een uitdagende houding aan, maar een seksuele gedraging leverde dat niet op. Als moet worden aangenomen dat het moet gaan om een uitdagende houding die een seksuele strekking heeft, is de voor de hand liggende vraag - die inderdaad door het kamerlid Van der Stoel werd gesteld - of de beoogde zinnenprikkeling daarmee niet via een omweg weer wordt binnengehaald. Want hoe kan een houding seksueel uitdagend zijn als zij geen lust opwekt?

33. Onuitgesproken blijft ook op welke wijze moet zijn uitgedaagd. Ook meisjes in badpak kunnen - op het strand of op de motorkap van het nieuwe automodel - een uitdagende houding aannemen. Men krijgt de indruk dat de angst om voor "puriteinse moraalridder" te worden aangezien de Minister belette om in de naaktheid van de afgebeelde minderjarige - in de expositie van de geslachtsdelen - een factor van belang te zien. Wat bij keurig in de kleren gestoken jongeren "gewoon", "normaal", "onschuldig" gedrag kan zijn, kan dat - zo is mogelijk de gedachtegang geweest - ook bij blote jongeren wezen. Er zijn - zo schrijft de Minister in de Nota naar aanleiding van het Verslag - "ook houdingen waaraan een zeker uitdagend karakter niet kan worden ontzegd, maar die niettemin, mede gelet op de wijze waarop zij zijn afgebeeld, een onschuldig karakter dragen". Dat lijkt te impliceren dat niet beslissend is of de gedraging seksueel van aard is, maar of de (mogelijk seksuele) gedraging onschuldig (natuurlijk en ongedwongen) is of juist niet.

34. Dat heeft nogal wat consequenties. De onontkoombare vraag is hoe het al dan niet ongedwongen karakter van de gedraging moet blijken. Er moet, schrijft de Minister, mede gelet worden op de wijze waarop de gedraging is afgebeeld. Maar daarop niet alleen. Uiteindelijk blijkt de uitdagende houding niet meer dan een opsporingsindicatie te zijn. Als bijvoorbeeld het kind - zegt de Minister in de Kamer

- een "duidelijk seksueel getinte houding" aanneemt, "kun je je afvragen of dat kind die houding wel vrijwillig aanneemt of dat het daartoe op de een of andere manier is gebracht". Er is dan "aanleiding" voor het instellen van een onderzoek (dat moet uitwijzen of al dan niet sprake is geweest van dwang of manipulatie). De consequentie daarvan is dat het niet langer gaat om het karakter van de gedraging die is afgebeeld, maar om de wijze waarop de afbeelding tot stand is gekomen. Op de opmerking van mevrouw Van der Stoel dat ook bij het kind dat stralend op de strandfoto staat, sprake kan zijn van een afgedwongen houding, reageert de Minister bevestigend. Haar tegenwerping is alleen dat "als je zo redeneert, alles afgedwongen [kan] zijn." De Minister ontkent dus niet dat de onschuldig ogende strandfoto kinderporno kan blijken te zijn, zij stelt enkel dat er geen reden is voor het instellen van een onderzoek.

35. Een bezwaar van het door de Minister aangedragen criterium is dat, als het serieus wordt genomen, al het seksuele uit het begrip seksuele gedraging is weggedefinieerd. Wat afgedwongen is, is daarmee nog niet seksueel. Het is bepaald niet ongewoon dat een puber niet op de foto wil. Als de foto toch wordt gemaakt - doordat de puber wordt gedwongen of, met bijvoorbeeld de belofte van extra zakgeld, gemanipuleerd - kan bezwaarlijk gezegd worden dat zijn afgebeelde houding een seksuele gedraging oplevert. Ware het anders, dan zou een opsporingsambtenaar die een politiefoto maakt van een minderjarige verdachte, zich schuldig maken aan het vervaardigen van kinderporno. Een soortgelijk bezwaar kan worden aangevoerd tegen de schadelijkheid als criterium. Als een jongen wordt gedwongen een - naar de normen van de Arbo - veel te zware rugzak te dragen en van die jongen met rugzak vervolgens een foto wordt gemaakt, moet de wijze van totstandkoming van de foto ongetwijfeld als schadelijk voor het kind worden aangemerkt. Maar de afbeelding van een kind met een te zware rugzak kan naar normaal spraakgebruik toch met geen mogelijkheid een afbeelding van een seksuele gedraging worden genoemd.

36. Nu zal het niet de bedoeling zijn geweest dat het criterium serieus wordt genomen. In de Nota naar aanleiding van het Verslag wordt gesteld dat het enige dat relevant is, is dat de afbeelding "kennelijk het gevolg is van seksuele exploitatie van de jeugdige". Als dat het criterium moet zijn, levert niet iedere onder dwang genomen foto van een jeugdige kinderporno op. Maar de vraag is dan wel wat de exploitatie seksueel maakt. Is sprake van seksuele exploitatie als de maker van de foto kennelijk beoogt de consument ervan seksueel te prikkelen? Dat lijkt moeilijk te rijmen met de stelligheid waarmee de beoogde zinnenprikkeling als bijzaak wordt weggezet. Of - tweede mogelijkheid - is sprake van seksuele exploitatie als de houding waartoe de minderjarige wordt gedwongen een seksueel karakter heeft? In dat geval zijn we terug bij af. Want aan de vraag wanneer een houding een seksuele gedraging oplevert, ontkomt men dan niet. Of - derde mogelijkheid - is sprake van seksuele exploitatie als de door dwang of manipulatie tot stand gekomen afbeelding een "seksuele connotatie" heeft? Dan zijn we zelfs verder van huis. Want wanneer heeft een foto een seksuele connotatie? De Minister zal niet hebben bedoeld dat het enkele feit dat het afgebeelde kind naakt is, al maakt dat van een seksuele connotatie kan worden gesproken. Maar wat wél is bedoeld, is op geen enkele wijze geëxpliciteerd. De verwijzing naar de "context" maakt dat niet anders. Die verwijzing zegt iets over de vraag hoe van een seksuele connotatie kan blijken, niet over de vraag wanneer van een seksuele connotatie sprake is. De onbepaaldheid van het criterium maakt dat sprake is van een non-criterium, zodat beslissend dreigt te worden wat "in the eye of the beholder" is. Het gevaar dat de Minister wenste te keren, lijkt zij dus juist te hebben opgeroepen.

#### 6. Vergelijking met de geschiedenis van totstandkoming (1985)

37. Tegen de invulling die de Minister gaf aan het begrip "seksuele gedraging" zijn ook andere bezwaren aan te voeren. Die invulling is moeilijk te rijmen met de tekst van art. 240b Sr. De eis van een "seksuele gedraging" en de vereiste betrokkenheid daarbij van een iemand die jonger is dan zestien jaar zijn aparte bestanddelen, die los van elkaar staan. Dat betekent dat bij de vraag of een seksuele gedraging is afgebeeld, niet vooruit gelopen moet worden op de vraag of daarbij een kind is betrokken, zodat ook de vraag of het eventuele kind gedwongen of gemanipuleerd is daarbij niet aan de orde kan komen. Dat strookt ook met een grammaticale uitleg van het begrip "seksuele gedraging" zelf. Geslachtsgemeenschap, masturbatie en exhibitionisme zijn seksuele gedragingen, ongeacht de vraag hoe oud de betrokkenen zijn en ongeacht de vraag of die betrokkenen uit vrije wil handelen of

niet. Met de eis dat sprake moet zijn van een afbeelding die "kennelijk het gevolg is van seksuele exploitatie van de jeugdige" wordt derhalve een extra bestanddeel opgevoerd dat in de tekst van de strafbepaling niet is te vinden. Door dat extra bestanddeel wordt de bewijslast enorm verzwaaard. Hoe de afbeelding tot stand is gekomen, zal immers in de praktijk meestal niet zijn te achterhalen. Een effectieve bestrijding van de kinderporno-industrie kan daarop gemakkelijk stuk lopen. Het is juist daarom dat art. 240b Sr in 1985 werd geredigeerd zoals het werd geredigeerd. De toenmalige minister van Justitie Korthals Altes wilde van de verzwaarde bewijzeis niet weten. In het verlengde daarvan ligt dat het beroep dat minister Sorgdrager op de ratio legis deed, niet overtuigend is. Het volgende moge dat duidelijk maken.

38. In het oorspronkelijke wetsvoorstel kwam art. 240b Sr niet voor. Eerst bij de Derde nota van wijziging werd het wetsvoorstel aangevuld met de bedoelde strafbepaling.(11) De Minister reageerde daarmee op de indiening van een amendement (het amendement Groenman) dat ertoe strekte om pornografie die tot stand was gekomen door misbruik van vrouwen en kinderen strafbaar te stellen.(12) Daardoor stonden bij de plenaire behandeling in de Tweede Kamer twee tekstvoorstellen tegenover elkaar. De tekst van minister Korthals Altes (die uiteindelijk wet is geworden) en de tekst van het kamerlid Groenman. Een belangrijk verschil was dat de door de Minister voorgestelde bepaling zich beperkte tot kinderporno, terwijl de door mevrouw Groenman voorgestelde bepaling ook betrekking had op volwassen personen (in het bijzonder vrouwen) die in de porno-industrie werden misbruikt. Met dat verschil hing samen dat volgens het amendement Groenman het tentoonstellen, verspreiden enz. van een afbeelding van een seksuele gedraging alleen strafbaar was als de dader "weet of kan vermoeden dat voor de vervaardiging van die afbeelding een misdrijf is gepleegd". Volgens de Minister was dit - voor zover het ging om misbruik van vrouwen die zestien jaar of ouder waren - een onbewijsbaar bestanddeel. Op de afbeelding zelf was doorgaans niet te zien of de vrouwen gedwongen waren en voor zover dat wel het geval was kon sprake zijn van sado-masochisme of van trucage. Hij wees daarbij op de films van "J. Bond" waarin veel geweld voorkwam dat in werkelijkheid niet was gepleegd. Niet te bewijzen viel daarom dat de dader "wist of kon weten" dat de afbeeldingen door het plegen van een misdrijf waren verkregen. Het was kortom een "illusie" te menen dat de door mevrouw Groenman voorgestelde strafbepaling zou kunnen worden gehandhaafd en aan het in het leven roepen van een illusie wenste de Minister niet mee te werken.(13)

39. Anders was het met de door de Minister voorgestelde strafbepaling die zich als gezegd beperkte tot kinderporno. Seksuele handelingen met iemand die jonger was dan zestien jaar waren sowieso strafbaar, ook als het kind daaraan vrijwillig had meegewerkt. Daarom kon hier de totstandkoming van "de afbeelding als zodanig" voldoende zijn voor strafbaarheid. Tot de essentie van zijn voorstel rekende de Minister dat die strafbaarheid er ook was als in feite geen misdrijf was gepleegd (of als dat niet te bewijzen viel). De Minister wees erop dat ook bij kinderporno sprake kon zijn van trucage. Die gevallen echter nam de Minister "graag voor lief" omdat het hier ging om "uitzonderingen". Hij sprak in dit verband van een door de strafbaarstelling gecreëerde "fictie" die aanvaardbaar was omdat zij niet ver afstond van de realiteit. Omdat afbeeldingen van een seksuele gedraging waarbij een kind betrokken was bijna per definitie door het plegen van een misdrijf tot stand waren gekomen, kon gefingeerd worden dat dit steeds het geval was.(14)

40. In de uitwerking van deze grondgedachte toonde minister Korthals Altes zich consequent. Omdat het gepleegd zijn van een onderliggend strafbaar feit geen voorwaarde voor strafbaarheid was, was "tegenbewijs" uitgesloten.(15) Ook de verdachte die kon bewijzen dat sprake was geweest van enscenering was dus strafbaar. Beslissend was de afbeelding zoals die was tot stand gekomen; de "uiterlijke kenmerken" van de afbeelding waren beslissend.(16) De wijze van totstandkoming deed dus niet ter zake. Wél sloot de Minister een beroep op exceptio artis (de kunstexceptie) niet uit.(17) Daarbij lijkt de Minister gedacht te hebben aan gevallen van enscenering, dus aan gevallen waarin het afgebeelde misbruik in werkelijkheid niet had plaatsgevonden. Illustratief is hier het standpunt dat de Minister aannam ten aanzien van tekeningen. Ook tekeningen waren volgens de Minister afbeeldingen in de zin van de voorgestelde strafbepaling. Dat gold ook als de tekening "uit het blote hoofd" was gemaakt en dus niet een werkelijke gebeurtenis representeerde. Een terughoudend vervolgingsbeleid en, in voorkomende gevallen, de aanvaarding van de kunstexceptie konden hier uitkomst bieden.(18)

41. Deze beknopte weergave van de totstandkomingsgeschiedenis van art. 240b Sr laat zien dat de uitleg die minister Sorgdrager gaf aan het begrip "seksuele gedraging" haaks stond op hetgeen de wetgever oorspronkelijk voor ogen stond. Het was de wetgever in 1985 inderdaad te doen om de bescherming van kinderen tegen seksuele exploitatie, maar de effectiviteit van die bescherming maakte juist dat niet onderzocht en bewezen behoeft te worden dat van daadwerkelijk misbruik sprake was geweest. De (op de vervulling van de delictomschrijving gebaseerde) fictie van seksueel misbruik was daarom voor strafbaarheid voldoende. Die fictie had daarbij een groot realiteitsgehalte omdat het ging om de afbeelding van een seksuele gedraging waarbij een kind was betrokken. Het begrip "seksuele gedraging" zelf was daarmee een waardenvrij begrip, dat niet impliceerde dat sprake was van seksuele exploitatie.

#### 7. Het beroep op de ratio legis nader beschouwd

42. Het argument dat minister Sorgdrager aan de ratio legis ontleende om in het begrip "seksuele gedraging" in te lezen dat sprake moet zijn geweest van seksuele exploitatie is, zo blijkt uit het voorgaande, verre van overtuigend. Maar met dat beroep op de ratio legis is meer aan de hand. Volgens de (boven weergegeven) Nota naar aanleiding van het Verslag is de strekking van art. 240b Sr de bescherming van kinderen. Die strekking is daarbij volgens de Minister niet veranderd. Zij schrijft zich te kunnen vinden in hetgeen haar ambtsvoorganger (Korthals Altes) destijds naar voren had gebracht. Opmerkelijk genoeg echter schrijft de Minister vervolgens: "Bij de toepassing van art. 240b Sr dient uitgangspunt te zijn dat het gaat om een gedraging, die - als ze wordt vastgelegd - schadelijk is voor de jeugdige, òf omdat het tot die gedraging brengen al schadelijk is, òf vanwege de publicatie daarvan". Dat het doel van de strafbepaling mede was om de afgebeelde jeugdige tegen publicatie van de afbeelding te beschermen, heb ik echter in hetgeen minister Korthals Altes destijds naar voren bracht, niet kunnen vinden. Art. 240b Sr werd door de Minister gezien als een begunstigingsdelict dat te vergelijken was met heling.(19) De misdrijven die aan het vervaardigen van de kinderporno ten grondslag lagen, mochten niet begunstigd worden door het verspreiden van die door misdrijf verkregen kinderporno. Het ging de wetgever destijds dus uitsluitend om de schadelijkheid die het gevolg was van het afgebeelde seksuele misbruik.

43. De vraag is waarom de Minister koos voor een verbreding van de doelstelling van de strafbepaling. Het lijkt erop dat die reden verband hield met het in 1990 ingenomen standpunt van de Hoge Raad dat ook een gedraging waarbij alleen het kind is betrokken, een seksuele gedraging kan opleveren.(20) Dat standpunt werd door minister Sorgdrager zoals wij zagen uitdrukkelijk onderschreven. In het licht van de totstandkomingsgeschiedenis van art. 240b Sr was dat standpunt echter problematisch. Zoals wij zagen was het uitgangspunt van minister Korthals Altes dat, afgezien van de mogelijkheid van encenering en trucage, kinderporno steeds het product was van een (zeden)misdrijf. Dat uitgangspunt klopt als bij de afgebeelde seksuele handeling ook een ander dan het kind zelf betrokken is. Dat uitgangspunt strookt niet met de werkelijkheid als ook soloseks en exhibitionisme seksuele gedragingen zijn die onder het bereik van de strafbepaling vallen. Die gedragingen kan een kind verrichten zonder dat daaraan een tegen hem gericht misdrijf ten grondslag ligt.(21) Dat geldt ook als die gedragingen voor het oog van de camera worden verricht, waarbij ik opmerk dat jongeren in staat blijken te zijn om het eigen exhibitionisme of de (al dan niet voorgewende) zelfbevrediging zelf op te nemen en op internet te verspreiden. Het realiteitsgehalte van de fictie waarin minister Korthals Altes de rechtvaardiging van de strafbaarstelling zocht, is kortom door de uitbreiding van de strafbaarheid die in 1990 haar beslag kreeg, sterk afgenomen. Ik herinner er in dit verband aan dat de werkgroep kinderpornografie van oordeel was dat kinderpornografie "voor een groot deel" bestond uit afbeeldingen van een afzonderlijk kind. Van begunstiging van een (zeden)misdrijf was dus wellicht in veel gevallen geen sprake. Dat maakte een verbreding van de grondslag van de strafbaarstelling wenselijk. Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer kwam dit duidelijk naar voren. Minister Sorgdrager verzette zich tegen de gedachte dat de reikwijdte van art. 240b Sr beperkt moest blijven tot afbeeldingen die door middel van van seksueel misbruik van kinderen tot stand zijn gekomen. "Ik ben van oordeel dat bescherming van in deze te beschermen belangen in onvoldoende mate is verzekerd, indien de reikwijdte van art. 240b beperkt zou worden tot de gevallen van seksueel misbruik van kinderen." Dat gold haars inzien ook als misbruik in ruime zin werd genomen. "Strafrechtelijk optreden tegen de publicatie van een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij

een jeugdige is betrokken, moet mogelijk zijn, ook al is de afgebeelde jongere niet misbruikt."(22)

44. Maar hoe begrijpelijk de verbreding van de "in dezen te beschermen belangen" ook moge zijn geweest, die verbreding zorgde wel voor een opmerkelijke inconsistentie in het betoog van de Minister. Als namelijk de schadelijkheid ook gezocht moet worden in de publicatie van de afbeelding, waarom is het dan nog van belang dat vastgesteld wordt dat die afbeelding het gevolg is geweest van seksuele exploitatie? Of omgekeerd: als pas van een seksuele gedraging sprake is indien daaraan seksuele exploitatie ten grondslag ligt, hoe valt dan te verklaren dat er gevallen zijn waarin de schadelijkheid alleen gevonden kan worden in de publicatie van het geproduceerde materiaal? En hoe moet in die gevallen uitgemaakt worden of de afgebeelde pose een seksuele gedraging is, als met de wijze van totstandkoming niets mis is?

#### 8. Eerste tussentijdse balans

45. Het is tijd voor het opmaken van een tussenbalans. De poging van minister Sorgdrager om tot een duidelijke afbakening van het begrip "seksuele gedraging" te komen, kan weinig geslaagd genoemd worden. Tot veel meer dan een ordening en beschrijving van het door de werkgroep kinderpornografie geselecteerde materiaal is de Minister niet gekomen. Ten aanzien van in het bijzonder de categorieën drie en vier die de Minister onderscheidt, geldt dat geen definities worden gegeven van gedragingen die als seksueel (in de zin van art. 240b Sr) hebben te gelden. Heldere en eenduidige criteria aan de hand waarvan de rechter "het concrete beeldmateriaal" moet beoordelen, heeft de poging tot beschrijven evenmin opgeleverd. Termen als "onschuldig", "natuurlijk" en "seksuele connotatie" overtreffen daarbij de versmade "seksuele prikkeling" in onbepaaldheid en dubbelzinnigheid. Het is daarom nog maar de vraag of - zoals de steller van het middel betoogt - deze wetgeschiedenis tot een minder ruime interpretatie van het begrip "seksuele gedraging" aanleiding geeft. Als men met de critici van de beschikking aanneemt dat dat begrip door de in HR 6 maart 1990, NJ 1990, 667 gegeven beslissing oeverloos is geworden, zal van een inperking allicht sprake zijn. Als men uitgaat van de boven gegeven "taalkundige" interpretatie van het "criterium" van de Hoge Raad, kan dat anders liggen. Er zijn - zo kan de steller van het middel worden toegegeven - in de wetgeschiedenis zeker aanknopingspunten te vinden voor een beperkte uitleg van het begrip "afbeelding van een seksuele gedraging". Maar de wetgeschiedenis levert tegelijk grondstof voor een ruimer bereik van de strafbepaling. Ik zet een en ander kort op een rij.

46. Op twee punten lijkt de wetgeschiedenis te leiden tot een beperkte uitleg van de strafbepaling. Het eerste en meteen belangrijkste punt is dat aan de wetgeschiedenis argumenten kunnen worden ontleend voor de stelling dat van een afbeelding van een seksuele gedraging eerst sprake is als die afbeelding door dwang of manipulatie tot stand is gekomen. Of - zoals de steller van het middel eveneens poneert - de wetgeschiedenis ook steun biedt voor de stelling dat moet blijken dat het vervaardigen of publiceren schadelijk is geweest voor de betrokken minderjarige, lijkt mij voor betwisting vatbaar. Die schadelijkheid vormt wel de grond voor de strafbaarstelling, maar dat bewezen moet worden dat daadwerkelijk schade is opgetreden, zegt de Minister nergens.

47. Het tweede punt is nog niet ter sprake gekomen. Het betreft de vraag of wat tegenwoordig "virtuele kinderporno" is gaan heten, onder het bereik van de strafbepaling valt. Zoals wij hiervoor zagen, stelde minister Sorgdrager in de Nota naar aanleiding van het Verslag dat beeldmateriaal waarbij niet een echt kind betrokken was, "naar de letter" onder het bereik van art. 240b Sr valt. Dat was in lijn met het standpunt dat minister Korthals Altes in 1984 had ingenomen. Een aan de fantasie ontsproten tekening van seksueel misbruik van een kind, was naar zijn mening "een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken". Grammaticaal is die uitleg mijns inziens goed te verdedigen. Het gaat in art. 240b Sr om wat is afgebeeld, om wat op de tekening of foto te zien valt. Als dat seks is met iemand die jonger oogt dan zestien jaar, is sprake van het soort afbeelding waarop de delictomschrijving het oog heeft. Maar hoe dan ook, minister Sorgdrager kwam later op haar in de Nota naar aanleiding van het Verslag ingenomen standpunt terug. Bij de afgebeelde seksuele gedraging moest volgens haar een kind van vlees en bloed betrokken zijn geweest, zodat een "levensechte animatie" geen kinderporno kon zijn.(23) Dit standpunt lijkt samen te hangen met het standpunt dat van kinderporno alleen sprake is

als de desbetreffende afbeelding het gevolg is van seksuele exploitatie.

48. De wetsgeschiedenis bevat als gezegd ook aanknopingspunten voor een verruiming van de reikwijdte van de strafbepaling. Ik noem er vier. Het eerste punt betreft paradoxaal genoeg eveneens de vereiste dwang of manipulatie als criterium voor de vraag of sprake is van een seksuele gedraging. Dat criterium maakt dat de aandacht zich verlegt van hetgeen is afgebeeld naar de wijze waarop de afbeelding tot stand is gekomen. Onschuldig ogende foto's van kinderen op het strand kunnen - zo moest de Minister erkennen - daardoor kinderporno blijken te zijn. Het tweede punt betreft de verbreding van ratio legis tot bescherming tegen de schadelijke effecten van de publicatie van de afbeelding. Als het optreden van die schade inderdaad - zoals de steller van het middel verdedigt - tot criterium wordt verheven, valt bijvoorbeeld niet goed meer in te zien waarom - zoals de Hoge Raad in HR 10 juni 2003, NJ 2003, 609 oordeelde - het met de videocamera inzoomen op de geslachtsdelen van kinderen die op een strandfoto herkenbaar zijn afgebeeld, geen afbeelding van een seksuele gedraging oplevert. De publicatie van de videobeelden kan voor de betrokken kinderen immers schadelijk genoemd worden. Het derde punt betreft de vierde categorie die minister Sorgdrager onderscheidde. Het gaat hier om afbeeldingen van naakte kinderen met zodanige bijkomende, onnatuurlijke ingrediënten of in een zodanige onnatuurlijke ambiance dat die afbeeldingen een seksuele connotatie krijgen. De vraag lijkt hier helemaal niet meer te zijn of een seksuele gedraging is afgebeeld, noch of de afbeelding het gevolg is van seksuele exploitatie (zij kan ook het resultaat zijn van handig fotoshoppen). Beslissend is eenvoudig of de onnatuurlijke ingrediënten maken dat de afbeelding seksueel getint is. Dat past bij de verbreding van de ratio legis (publicatie van de afbeelding zal schadelijk zijn voor het kind), maar niet zo goed bij de tekst van de wet. Dit lijkt door de Hoge Raad in het zojuist genoemde arrest (NJ 2003, 609) te zijn onderkend. Zoals wij zagen (punt 24) wees de Hoge Raad op "de tekst van de genoemde bepaling, die uitgaat van een gedraging van een bepaald karakter, of - naar uit de wetsgeschiedenis onder meer volgt - in een bepaalde onnatuurlijke ambiance". De door de tekst van de wet geëiste seksuele gedraging ("een gedraging van een bepaald karakter"), lijkt hier te worden onderscheiden van "een gedraging in een onnatuurlijke ambiance". Op grond van de wetsgeschiedenis moet worden aangenomen dat art. 240b Sr zich tot die laatste gedraging is gaan uitstrekken.

49. De drie zojuist genoemde punten hebben een gemeenschappelijke noemer. Die is dat bij de poging tot afbakening die minister Sorgdrager ondernam, geen scherp onderscheid is gemaakt tussen de gedraging en de daarvan gemaakte afbeelding. Niet getracht is te benoemen wat, los van hun eventuele afbeelding, seksuele gedragingen zijn. De criteria die de Minister aandroeg, hebben allemaal betrekking op de afbeelding, op haar karakter, op de wijze van haar totstandkoming, op het schadelijk effect van haar vervaardiging en haar publicatie. Dat levert in elk geval in potentie een grote uitbreiding van de strafbaarheid op. Het vierde punt is van andere aard. Minister Sorgdrager wees en passant - in afwijking van het standpunt van haar ambtsvoorganger - de exceptio artis af.(24) Dat zal te maken hebben met haar stellingname inzake virtuele kinderporno. Het heeft mogelijk ook te maken met haar focus op het al dan niet "onschuldige" karakter van de afbeelding. Als het per definitie gaat om ranzige plaatjes, is er weinig behoefte aan een kunstexceptie.

## 9. Veranderde internationale context en aanpassing van de wet

50. De vraag of en zo ja in hoeverre de jurisprudentie van de Hoge Raad werkelijk een inperking of juist een verruiming van de reikwijdte van de strafbepaling te zien geeft, komt later aan de orde. Eerst zal, zoals aangekondigd, worden ingegaan op de geschiedenis van het wetsvoorstel dat leidde tot de Wet van 13 juli 2002, Stb. 388. Deze wet bracht opnieuw wijziging in art. 240b Sr. De wijzigingen die hier van belang zijn, zijn vooral de ophoging van de kennelijke leeftijd van zestien naar achttien jaar en de expliciete strafbaarstelling van virtuele kinderporno. Deze wijzigingen vonden plaats tegen de achtergrond van een veranderde en veranderende internationale context. Ik zal eerst een beknopt overzicht geven van de meest relevante internationale instrumenten. Voor de overzichtelijkheid worden daarbij ook de instrumenten vermeld die eerst na de wetwijziging van kracht zijn geworden.

51. De meest relevante internationale instrumenten met betrekking tot de bestrijding van kinderpornografie zijn:

- Het Verdrag inzake de rechten van het kind, dat ten tijde van de indiening van het wetsvoorstel al van kracht was (New York, 20-11-1989; Trb. 1990-46, 1990-170, 1995-92, 1996-188, 1997-83, 1998-62, 2001-169, 2002-233). Volgens art. 1 van dit Verdrag wordt onder kind verstaan: ieder mens jonger dan achttien jaar. Art. 34 luidt, voor zover hier van belang:

"States Parties undertake to protect the child from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. For these purposes, States Parties shall in particular take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent:A

(...)

c) The exploitative use of children in pornographic performances and materials."

- Het Facultatief Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie, dat tot stand kwam in 2000, maar voor Nederland eerst op 23 september 2005 van kracht is geworden (New York, 25-05-2000; Trb. 2001-63, 2001-130, 2005-282, 2006-250). Art. 2 luidt, voor zover van belang:

"For the purpose of the present Protocol:

(...)

c) Child pornography means any representation, by whatever means, of a child engaged in real or simulated explicit sexual activities or any representation of the sexual parts of a child for primarily sexual purposes."

- Het Verdrag betreffende het verbod op en de onmiddellijke actie voor de uitbanning van de ergste vormen van kinderarbeid, dat tijdens de indiening van het wetsvoorstel al van kracht was (ILO nr. 182), Genève, 17-06-1999 (Trb. 1999-177, 2000-52, 2002-96). Volgens art. 2 van dit Verdrag wordt onder kind verstaan een persoon jonger dan achttien jaar. Art. 3 luidt, voor zover hier van belang:

"For the purposes of this Convention, the term "the worst forms of child labour" comprises:

(...)

b) the use, procuring or offering of a child for prostitution, for the production of pornography or for pornographic performances;"

- Het Cybercrime verdrag, dat tijdens de parlementaire behandeling tot stand kwam, maar eerst veel later in werking trad (Boedapest, 23-11-2001; Trb. 2002, 18, 2004, 290, 2007, 10). Art. 9 ("Offences related to child pornography ") luidt, voor zover hier van belang:

"1. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the following conduct:

- a) producing child pornography for the purpose of its distribution through a computer system;
- b) offering or making available child pornography through a computer system;
- c) distributing or transmitting child pornography through a computer system;
- d) procuring child pornography through a computer system for oneself or for another person;
- e) possessing child pornography in a computer system or on a computer-data storage medium.

2. For the purpose of paragraph 1 above, the term "child pornography" shall include pornographic material that visually depicts:

- a) a minor engaged in sexually explicit conduct;
- b) a person appearing to be a minor engaged in sexually explicit conduct;
- c) realistic images representing a minor engaged in sexually explicit conduct.

3. For the purpose of paragraph 2 above, the term "minor" shall include all persons under 18 years of age. A Party may, however, require a lower age-limit, which shall be not less than 16 years.

4. Each Party may reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraphs 1, sub-paragraphs d. and e, and 2, sub-paragraphs b. and c."

Van de in het vierde lid geboden mogelijkheid tot het maken van een voorbehoud heeft Nederland geen gebruik gemaakt.

- Het Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad van de Europese Unie van 22 December 2003 ter bestrijding van seksuele uitbuiting en kinderpornografie, dat tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel in de ontwerpfase verkeerde. Dit op 20 januari 2004 inwerking getreden Kaderbesluit

verplicht de lidstaten tot het nemen van passende maatregelen - waaronder strafbaarstelling - om onder meer het vervaardigen, verspreiden en bezitten van kinderporno tegen te gaan. Art. 1 luidt, voor zover hier van belang:

"Definitions

For the purposes of this framework Decision:

- (a) "child" shall mean any person below the age of 18 years;
- (b) "child pornography" shall mean pornographic material that visually depicts or represents:
  - (i) a real child involved or engaged in sexually explicit conduct, including lascivious exhibition of the genitals or the pubic area of a child; or
  - (ii) a real person appearing to be a child involved or engaged in the conduct mentioned in (i); or
  - (iii) realistic images of a non-existent child involved or engaged in the conduct mentioned in (i);
- (...)"

Art. 3 lid 2 van het Kaderbesluit bevat de mogelijkheid tot het maken van uitzonderingen ten aanzien van kort gezegd (1) kinderen die in werkelijkheid achttien jaar of ouder blijken te zijn; (2) afbeeldingen die met de toestemming van seksueel meerderjarige kinderen zijn gemaakt voor uitsluitend privégebruik en (3) virtuele kinderporno.

- Het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (Lanzarote, 25-10-2007; Trb. 2008, 58). Het verdrag is bij rijkswet van 26 november 2009 goedgekeurd (Stb. 2009, 543). Ter uitvoering van het verdrag wijzigt de Wet van 26 november 2009 art. 240b Sr op een hier niet relevant onderdeel (Stb. 2009, 544; iwtr. per 1 januari 2010, Stb. 2009, 578). Art. 3 van het Verdrag bepaalt dat onder kind een persoon jonger dan achttien jaar wordt verstaan. Art. 20 luidt:

"Offences concerning child pornography

1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conduct, when committed without right, is criminalised:

- a) producing child pornography;
- b) offering or making available child pornography;
- c) distributing or transmitting child pornography;
- d) procuring child pornography for oneself or for another person;
- e) possessing child pornography;
- f) knowingly obtaining access, through information and communication technologies, to child pornography.

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

3. Each Party may reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraph 1.a and e to the production and possession of pornographic material:

- consisting exclusively of simulated representations or realistic images of a non-existent child;
- involving children who have reached the age set in application of Article 18, paragraph 2, where these images are produced and possessed by them with their consent and solely for their own private use.

4. Each Party may reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraph 1.f."

Van de in de leden 3 en 4 geboden mogelijkheden tot het maken van voorbehoud heeft Nederland geen gebruik gemaakt.(25)

52. De verhoging van de leeftijdsgrens van zestien naar achttien jaar werd, het zal niet verbazen, rechtstreeks gebaseerd op in het bijzonder het Verdrag inzake de rechten van het kind en het ILO-verdrag inzake kinderarbeid.(26) Die verhoging is hier in zoverre van belang dat daardoor de fictie waarmee minister Korthals Altes destijds de delictomschrijving rechtvaardigde, verder aan realiteitsgehalte inboette. Die fictie werd gecreëerd omdat de strafbepaling anders niet goed zou zijn te handhaven. Bij de onderhavige verhoging van de leeftijdsgrens speelt verlichting van de bewijslast geen rol van betekenis. De gedachte is dat ook zestien- en zeventienjarigen bescherming verdienen. Dat art. 240b Sr een begunstigingsdelict is, kan daardoor nog minder goed staande worden gehouden.

53. Met de expliciete strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie werden de gevolgen van de aanvechtbare interpretatie die minister Sorgdrager op dit punt aan de strafbepaling had gegeven, ongedaan gemaakt. Het is niet zo dat in de MvT afstand werd genomen van die interpretatie. Het uitgangspunt was uitdrukkelijk dat het vervaardigen en het bezit van virtuele kinderporno niet onder art. 240b Sr viel zoals dat toen luidde. Gesteld werd echter dat het voor een effectieve bestrijding van kinderporno nodig kon zijn dat kon worden opgetreden tegen schijnbare echte kinderporno. "Van politie en openbaar ministerie kan niet worden verlangd dat bewezen wordt dat het aangetroffen materiaal echte kinderen afbeeldt."(27) Dat was precies de reden waarom minister Korthals Altes destijds, avant la lettre, geen uitzondering had willen maken voor virtuele kinderporno. Maar bij het effectiviteitsargument liet de regering het niet. Zij zocht de rechtvaardiging van de strafbaarstelling tevens in een verdere verbreding van de ratio legis. Een bijkomende rechtvaardiging kon "worden gevonden in het voorkomen van schade als gevolg van het in omloop brengen van beeldmateriaal dat seksueel misbruik suggereert". Daarbij werd een beroep gedaan op de internationale consensus die zich bij de onderhandelingen over het Cybercrimeverdrag begon af te tekenen.(28)

54. In de Nota naar aanleiding van het Verslag werd de verbreding van de ratio legis verduidelijkt. De strafbaarstelling van virtuele kinderporno ziet op "de bescherming tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden deel te nemen aan seksueel gedrag en gedrag dat deel gaat uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert.". De strafbaarstelling is hier "gericht tegen een markt die kinderporno bevordert.".(29), (30) Het ging dus uitdrukkelijk niet meer alleen om de bescherming van de kinderen die op het beeldmateriaal staan afgebeeld tegen de voor hen schadelijke gevolgen van de vervaardiging en de publicatie van dat materiaal. Het ging ook om de bescherming van kinderen in het algemeen tegen (toekomstig) seksueel misbruik dat door het in omloop brengen van kinderporno in de hand gewerkt zou kunnen worden. Voorkomen moest worden dat de indruk wordt gewekt dat pedofilie een geaccepteerd verschijnsel is. Die ratio maakte dat er geen ruimte diende te zijn voor tegenbewijs.(31) De bijkomende rechtvaardiging - die gezien kan worden als een uiting van de afgenomen tolerantie ten aanzien van pedofilie - leidde tot de voor de hand liggende vraag of de strafbaarstelling dan niet moest worden uitgebreid tot onder meer pornografische lectuur, omdat ook daardoor een subcultuur in stand werd gehouden die tot daadwerkelijk misbruik kon leiden. Het antwoord van minister Korthals was dat de strafbaarstelling van virtuele kinderporno mede voortkwam uit bewijsnood (hetgeen bij lectuur niet speelde), terwijl de schadelijkheid van kinderpornografische lectuur minder groot werd ingeschat dan die van levensecht beeldmateriaal.(32) Dat antwoord is van verderstreckende betekenis. Het onderstreept dat de omvang van de strafbaarstelling niet hoeft samen te vallen met haar ratio. Die omvang kan beperkter zijn dan hetgeen de ratio zou kunnen rechtvaardigen.

55. Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer werd de vraag gesteld of tekeningen (in het bijzonder kinderpornografische strips) en schilderijen onder het bereik van art. 240b Sr vielen, waarbij erop werd gewezen dat ook door niet-realistische afbeeldingen een subcultuur die pedofilie bevordert, in stand kon worden gehouden.(33) Het antwoord van de Minister was daarop aanvankelijk dat het moest gaan om levensechte afbeeldingen en daarvan zou bij tekeningen en schilderijen geen sprake zijn. Op de tegenwerping dat toch niet categorisch kon worden ontkend dat tekeningen of schilderijen levensecht waren, reageerde de Minister door te stellen dat als het om een tekening van seksueel misbruik ging dat echt had plaatsgevonden, er wél sprake was van strafbaarheid.(34) Bij de behandeling in de Eerste Kamer lijkt de Minister daarop weer te zijn teruggekomen. Hij stelde nu dat als aan de tekening werkelijk seksueel misbruik ten grondslag had gelegen, vervolging voor dat misbruik zelf mogelijk was.(35) Dat lijkt te impliceren dat vervolging wegens art. 240b Sr volgens de Minister niet mogelijk was. Die uitkomst staat haaks op de tekst van de wet (die ziet op elke afbeelding van seksueel misbruik van een kind) en op de begunstigingsgedachte die in elk geval oorspronkelijk aan de strafbaarstelling ten grondslag lag. Juist omdat seksueel misbruik van kinderen ook kon worden begunstigd door het vervaardigen (en massaal verspreiden) van tekeningen ervan, had minister Korthals Altes tekeningen niet willen uitsluiten. Daarbij speelde een rol dat hij ruimte liet voor de exceptio artis. Minister Korthals daarentegen stelde zich op het standpunt dat voor de exceptio artis géén plaats was.(36)

56. Van belang voor de beoordeling van in het bijzonder het tweede middel is de schrapping van het tweede lid van art. 240b Sr.(37) Dat tweede lid behelsde een exceptie voor het bezit kinderpornografisch materiaal dat gebruikt wordt "voor een wetenschappelijk, educatief of therapeutisch doel". Die exceptie was in 1995 bij amendement, ondanks de tegenkanting van minister Sorgdrager, in de wet terechtgekomen. De schrapping van het artikellid was opnieuw het gevolg van een initiatief uit de Tweede Kamer. Het desbetreffende amendement werd gemotiveerd met de stelling dat "in de praktijk is gebleken dat personen of instanties onder het mom van een wetenschappelijk educatief of therapeutisch oogmerk en met een beroep op het tweede lid een verzameling kinderporno aanleggen".(38) In het wetgevingsoverleg bleek dat de indieners het oog hadden op de collectie Brongersma, die in een speciaal daarvoor opgerichte stichting was ondergebracht.(39) Het breed gedragen amendement is opnieuw een teken van de afgenomen tolerantie inzake pedofilie. Het toont tegelijk aan hoe tijd- (en incident)gebonden de in de Kamer heersende opvattingen soms zijn.(40) Dat kan een reden zijn om niet al te veel gewicht toe te kennen aan de uitspraken die in 1995 met betrekking tot de collectie van de fotograaf [belanghebbende] (de betrokkene in deze zaak) zijn gedaan.

#### 10. Vergelijking met de criteria van minister Sorgdrager

57. Bij de behandeling van het wetsvoorstel werd niet, althans niet uitdrukkelijk, afstand genomen van de criteria die minister Sorgdrager had aangedragen om uit te maken of afbeeldingen van naakte jongeren kinderporno opleverden of niet. Toch lag hier een niet onbelangrijk probleem. Voor minister Sorgdrager lag het antwoord immers besloten in een onderzoek naar de wijze waarop de beelden tot stand waren gekomen. Bleek daaruit dat de beelden het gevolg waren van seksuele exploitatie, dan was sprake van kinderporno. Bij virtuele kinderporno is dat criterium echter niet bruikbaar. Daar komt bij dat bij de vervolging in het midden kan blijven of een echt kind is afgebeeld of niet. Dat betekent dat het criterium in al die gevallen waarin niet bekend is of de porno virtueel was of niet, niet doorslaggevend kan zijn. In de Nota naar aanleiding van het Verslag lijkt het probleem door de minister Korthals wel te zijn onderkend, maar te zijn verdonkeremaand in een ondoordringelijke zin, die volgt op een weergave van de kern van de door minister Sorgdrager ontwikkelde gedachtegang. Deze zin luidt: "Ik meen dat deze gedachtegang ook van toepassing is op de mate van relevantie van aanstootgevendheid voor het bepalen of er sprake is van een (virtuele) kinderpornografische afbeelding."(41) Wat hiermee ook moge zijn bedoeld, aan het praktische gegeven dat in het gros van de gevallen aan de hand van de afbeelding zelf zal moeten worden uitgemaakt of al dan niet sprake is van kinderporno, verandert het niets.

58. In feite werd dan ook wel degelijk afstand genomen van de criteria van minister Sorgdrager. In de Nota naar aanleiding van het Verslag wordt met zoveel woorden gesteld dat schadelijkheid geen bestanddeel is van de delictomschrijving. Het ontbreken van schade in het concrete geval neemt de strafbaarheid dan ook niet weg, maar "kan een omstandigheid zijn waarmee bij de beoordeling van de opportuniteit van een strafvervolging rekening kan worden gehouden".(42) Dezelfde redenering werd gevolgd bij gevallen waarin van dwang of manipulatie geen sprake blijkt te zijn. In de wetsgeschiedenis duikt met enige regelmaat het voorbeeld op van de zestien- of zeventienjarige die "pornografische opnamen van zichzelf maakt of laat maken door een vriend of vriendin, voor uitsluitend eigen gebruik".(43) In die gevallen kon strafrechtelijk optreden achterwege blijven.(44) Maar strafbaar is het wel. Of sprake is van kinderporno lijkt dus ook in gevallen waarin een echt kind is afgebeeld, niet af te hangen van de wijze waarop het materiaal tot stand is gekomen. Dat de afbeelding het gevolg is van seksuele exploitatie is in elk geval geen noodzakelijke voorwaarde om van kinderporno te kunnen spreken.

59. Het in het licht van de totstandkomingsgeschiedenis van art. 240b Sr aanvechtbare oordeel van de Hoge Raad dat van een afbeelding van een seksuele gedraging ook sprake kan zijn als het desbetreffende kind alleen op de foto staat, is als het ware met terugwerkende kracht gelegitimeerd door de boven kort weergegeven internationale instrumenten. Aandacht daarbij verdient dat die instrumenten definities van kinderpornografie bevatten. Een voor de hand liggende vraag is hoe die definities zich verhouden tot de criteria die minister Sorgdrager aandroeg als vervanging van het veel te ruim geachte "criterium" van de Hoge Raad. Daarover aanstonds. Eerst de vraag hoe die definities

zich tot elkaar verhouden. In de MvT op het wetsvoorstel tot goedkeuring van het eerder genoemde Verdrag van de Raad van Europa inzake onder meer kinderpornografie wordt terecht gesteld dat de definitie van het Verdrag "vrijwel gelijklopend" is aan de definitie die voorkomt in het bij het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind behorende Facultatief Protocol.(45) Wat er niet bij gezegd wordt, is dat de definitie in het Kaderbesluit niet gelijklopend is. Volgens het Facultatief Protocol wordt als kinderpornografie onder meer aangemerkt: "any representation of the sexual parts of a child for primarily sexual purposes". Volgens het Kaderbesluit gaat het bij kinderpornografie onder meer om materiaal "that visually depicts or represents a (...) child involved or engaged in sexually explicit conduct, including lascivious exhibition of the genitals or the pubic area of a child". Deze definitie lijkt aan te sluiten bij de tekst van art. 240b Sr, dat spreekt van de weergave van een seksuele gedraging: het gaat om de weergave van conduct, van zoals het in de officiële Nederlandse vertaling heet: expliciet seksueel gedrag. Onder dat gedrag valt blijkens de in het Kaderbesluit gegeven definitie ook (in de Nederlandse vertaling) "het op wellustige wijze tonen van de geslachtsdelen of de schaamstreek van het kind". De meest voor de hand liggende uitleg hiervan lijkt mij te zijn dat "lascivious exhibition" een omschrijving is van seksueel gedrag van het kind (dat daarin is "engaged"). Een dergelijke uitleg is bij het Facultatief Protocol niet goed mogelijk. Daarin wordt geen (seksuele) gedraging gedefinieerd, maar een afbeelding omschreven. Het verschil kan weer worden duidelijk gemaakt aan de hand van het voorbeeld waarin met de videocamera suggestief wordt ingezoomd op de genitaliën van kinderen die op een onschuldige strandfoto staan afgebeeld. Van kinderen die hun geslachtsdelen wellustig tonen, is hier geen sprake, en dus ook niet van een weergave daarvan. Wel verdedigd kan worden dat sprake is van de weergave van de geslachtsdelen van kinderen "for primarily sexual purposes". Ook kan wellicht gezegd worden dat het op deze wijze vervaardigen van videobeelden onder het Verdrag voor de rechten van het kind zelf valt. Levert die vervaardiging niet "the exploitative use of children in pornographic (...) materials" op?

60. Het is hier niet de plaats om dieper in te gaan op de precieze betekenis van de verschillende definities. Ik merk nog wel op dat voor de ruimere omschrijving die in Protocol en Verdrag aan het begrip kinderporno wordt gegeven, goede grond lijkt te bestaan. In veel gevallen waarin de geslachtsdelen van een (zeer) jong kind op suggestieve wijze in beeld zijn gebracht, zal het geforceerd aandoen om van seksueel gedrag van het kind te spreken.(46) Met andere woorden: het is in deze gevallen zeer de vraag of gezegd kan worden dat het afgebeelde kind "engaged" is in "explicit sexual activities" (Protocol) of in "sexually explicit conduct" (Verdrag), terwijl bij het vervaardigen en verspreiden van de afbeeldingen toch sprake is van de "exploitatie" van een kind voor seksuele doeleinden. Dat maakt de behoefte aan een aanvullende categorie verklaarbaar. Het lijkt mij dan ook niet ondenkbaar dat de onderlinge verschillen tussen de verschillende definities zullen worden weggeïnterpreteerd en dat dit zal gebeuren door art. 1 sub b Kaderbesluit zó uit te leggen dat daaronder ook valt het op wellustige wijze tonen van geslachtsdelen van een kind door de fotograaf. "Lascivious exhibition" is dan niet meer (alleen) gedrag van het afgebeelde kind, maar (ook) gedrag van degene die de afbeelding vervaardigt.

61. Maar hoe dat ook zij, hier wil vooral gesignaleerd zijn dat de verschillende definities via de weg van de verdrags- en kaderbesluitconforme interpretatie gemakkelijk kunnen leiden tot een extensieve interpretatie van art. 240b Sr. Het is daarbij in elk geval zo dat de door minister Sorgdrager aangedragen criteria in de internationale definities niet zijn terug te vinden. De wijze van totstandkoming van het beeldmateriaal speelt alleen - en dan ook nog maar een bescheiden - rol bij de mogelijkheden tot het maken van voorbehoud en van uitzonderingen. Opgemerkt kan daarbij worden dat het verguisde "criterium" van de Hoge Raad - zeker als dat opgevat wordt als een omschrijving van een bepaald type seksuele gedraging - dichter in de buurt van de internationale definities komt dan de criteria van minister Sorgdrager doen. Het verschil tussen het (door een naakt kind) aannemen van een houding waarmee kennelijk het opwekken van seksuele prikkeling is beoogd en het (door een kind) op wellustige wijze tonen van de geslachtsdelen lijkt niet erg groot te zijn.

62. Bij de behandeling in 2001 en 2002 van wetsvoorstel 27745 speelden de zojuist besproken internationale definities geen rol van betekenis. Dat behoeft niet te verbazen omdat het Facultatief Protocol voor Nederland nog niet van kracht was en het Kaderbesluit zich zelfs nog in de ontwerpfase bevond. In de Nota naar aanleiding van het Verslag wordt naast de beknopte definitie van art. 9 van

het inmiddels tot stand gekomen Cybercrimeverdrag ("sexually explicit conduct") ook de definitie uit het ontwerp-kaderbesluit genoemd. Minister Korthals leek er niet veel voor te voelen deze definities in art. 240b Sr te verwerken. Hij schreef dat ook bij deze omschrijvingen vragen kunnen rijzen en dat de rechtspraak daardoor derhalve niet behoed zou worden voor interpretatieproblemen.(47) Deze luchthartige opstelling valt alleen goed te verklaren als het stilzwijgende veronderstelling van de Minister was dat het begrip "seksuele gedraging" uit art. 240b Sr de inhoud van de internationale definities volledig dekte.(48) Het standpunt met betrekking tot het diverse keren opduikende voorbeeld van de zestien- of zeventienjarige die voor eigen gebruik pornografische opnamen van zichzelf maakt of laat maken door een vriend of vriendin, wijst in diezelfde richting. Het voorbeeld is kennelijk geïnspireerd door de uitzonderingsmogelijkheid die het Kaderbesluit (dat toen in de conceptfase verkeerde) op dit punt bevat. De Minister lijkt zich ervan bewust te zijn geweest dat het afhankelijk maken van de strafbaarheid en de vervolging van (bewijs van) onvrijwilligheid en schadelijkheid slechts in uitzonderingsgevallen geen strijd met de internationale verplichtingen tot effectieve bestrijding van kinderporno zou opleveren. Tegelijk meende hij klaarblijkelijk dat de delictsomschrijving op dit punt geen problemen opleverde. Het uitzonderlijke geval viel zijns inziens immers onder de delictsomschrijving.

#### 11. Tweede tussentijdse balans

63. Het is opnieuw tijd voor het opmaken van een tussenbalans. Aan de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel dat leidde tot de wijzigingswet van 13 november 1995, Stb. 575 kunnen, zo zagen wij, argumenten worden ontleend voor de stelling dat van een "afbeelding van een seksuele gedraging" eerst sprake is als uit onderzoek blijkt dat de afbeelding het gevolg is van seksuele exploitatie van het desbetreffende kind. Wellicht kunnen aan diezelfde wetsgeschiedenis ook argumenten worden ontleend voor de stelling dat eerst van een afbeelding als hiervoor bedoeld sprake is als wordt vastgesteld dat het maken of publiceren van die afbeelding schadelijk is geweest voor het kind in kwestie. Voor al deze argumenten geldt dat de vraag hoe sterk zij op zich zelf beschouwd waren, van weinig belang meer is. Want het is in elk geval zo dat die argumenten hun kracht hebben verloren als gevolg van de wijzigingswet van 13 juli 2002, Stb. 388, die blijkens haar totstandkomingsgeschiedenis een uitvloeisel is van de veranderde en veranderende internationale context die de bestrijding van kinderporno is gaan beheersen. Met de verplichtingen die uit de verschillende internationale instrumenten op dit terrein voortvloeien, valt niet te rijmen dat de strafbaarheid van onder meer het bezit van kinderporno afhankelijk wordt gemaakt van de uitkomsten van een onderzoek naar de vraag of het desbetreffende kind geheel uit vrije wil aan de vervaardiging van de afbeeldingen heeft meegewerkt en of de vervaardiging of publicatie van de afbeeldingen voor dat kind schadelijk is geweest. De wetgever lijkt zich dat te hebben gerealiseerd. Uit de wetsgeschiedenis blijkt in elk geval dat schadelijkheid geen bestanddeel van de delictsomschrijving is en dat vrijwilligheid aan de strafbaarheid niet afdoet.

64. De expliciete strafbaarstelling van virtuele kinderporno maakt voorts dat het (discutabele) standpunt dat minister Sorgdrager daarover innam, in elk geval voor het geldende recht van geen betekenis meer is. Die expliciete strafbaarstelling maakt voorts, samen met het feit dat tegenbewijs met betrekking tot de werkelijke leeftijd van het kind niet is toegelaten, dat de wijze van totstandkoming van de afbeelding nauwelijks nog relevant is voor de strafbaarheid. De afbeelding als zodanig, datgene wat daarop te zien is, is in elk geval in het gros van de gevallen bepalend voor de vraag of sprake is van kinderporno. In al die gevallen waarin de afbeelding voldoet aan de definities die in de verschillende internationale instrumenten worden gegeven (definities waarvan de wijze van totstandkoming geen element vormt), zal strafbaarheid moeten worden aangenomen om te bereiken dat Nederland aan zijn zonder enig voorbehoud aanvaarde verdragsverplichtingen voldoet. Daarbij zij voor de duidelijkheid opgemerkt dat de tekst en de wetsgeschiedenis van art. 240b Sr een verdrags- en kaderbesluitconforme interpretatie wel moeten toelaten.

65. De beperkingen van de strafbaarheid waarvoor grond is te vinden in de wetsgeschiedenis die voorafging aan de Wet van 13 november 1995 zijn, zo kan worden geconcludeerd, als sneeuw voor de zon verdwenen. Daar tegenover staat dat de wetsgeschiedenis van de Wet van 13 juli 2002 één nieuwe beperking lijkt te hebben opgeleverd. Minister Korthals lijkt zich op het standpunt te hebben

gesteld dat schilderijen en tekeningen nimmer een afbeelding in de zin van art. 240b Sr kunnen opleveren. Maar de vraag is hoeveel gewicht daaraan bij de wetsuitleg moet worden toegekend. Noch de tekst van art. 240b Sr, noch de internationale definities ("any representation, by whatever means") kennen een dergelijke beperking.

66. De wetsgeschiedenis van de Wet van 13 november 1995 gaf, zo zagen wij, ook aanzetten te zien voor een verruimde uitleg van art. 240b Sr. Niet gezegd kan worden dat die wetsgeschiedenis in dat opzicht is achterhaald door de latere wijzigingswet uit 2002. De geschiedenis van die laatste wet versterkt de tendens tot verruimde uitleg zelfs. De ratio legis is door de wetgever nog verder verbreed, terwijl de exceptio artis opnieuw en met meer nadruk werd afgewezen. De definitie van het Facultatief Protocol - die overeenkomt met de definitie van het Verdrag van de Raad van Europa - bevat voorts elementen die in potentie kunnen leiden tot nog verdergaande verruiming. Ik merk daarbij op dat diezelfde definitie ook een aanknopingspunt biedt voor het inbouwen van de exceptio artis in de delictomschrijving. (49) Als sprake is van kunst, kan mogelijk niet gezegd worden dat de afbeelding "for primarily sexual purposes" is gemaakt.

## 12. Invloed op de jurisprudentie van de Hoge Raad

67. Dan nu de vraag welke betekenis in de jurisprudentie van de Hoge Raad aan de wetsgeschiedenis van de Wet van 13 november 1995 wordt toegekend. Heeft die wetsgeschiedenis inderdaad - zoals de steller van de middelen meent - geleid tot een minder ruime uitleg van het begrip "(afbeelding van een) seksuele gedraging" of heeft die wetsgeschiedenis juist geleid tot een verruiming van dat begrip? Het referentiepunt bij de beantwoording van die vraag is zoals reeds werd uiteengezet het "criterium" van de Hoge Raad uit 1990, opgevat als de omschrijving van een bepaalde (exhibitionistische) gedraging. Bij een restrictieve uitleg van de beschikking in kwestie heeft de Hoge Raad in 1990 niet meer beslist dan dat het aannemen van een houding waarmee kennelijk het opwekken van seksuele prikkeling wordt beoogd (waarbij in het bijzonder, zo niet uitsluitend, moet worden gedacht aan het exposeren van de geslachtsdelen) een seksuele gedraging is. De vraag is of het begrip sindsdien verder is opgerekt, of juist niet.

68. Als het gaat om de vraag of bepaalde foto's als een afbeelding van een seksuele gedraging kunnen worden aangemerkt, pleegt de Hoge Raad de wetsgeschiedenis van de wijzigingswet van 1995 meer of minder uitvoerig aan te halen. (50) De wetsgeschiedenis van de op 1 oktober 2002 in werking getreden Wet van 13 juli 2002 lijkt daarentegen geen enkele rol te spelen, ook niet als het gaat om feiten die na de datum van inwerkingtreden hebben plaatsgevonden. Voor de internationale instrumenten op het terrein van de bestrijding van kinderporno is evenmin een zichtbare rol weggelegd. De daarin opgenomen definities van kinderpornografie blijven ongenoemd.

69. Hoewel dus de wetsgeschiedenis van de wijzigingswet van 1995 voor de Hoge Raad het oriëntatiepunt bij uitstek lijkt te zijn, blijkt uit zijn jurisprudentie niet dat van kinderporno pas gesproken kan worden als is vastgesteld dat de desbetreffende afbeeldingen het gevolg zijn van seksuele exploitatie van het kind. Het tegendeel lijkt eerder het geval te zijn. In HR 22 maart 2005, LJN AS5874 was sprake van een verdachte die van zijn stiefkinderen een groot aantal foto's had gemaakt. Drie daarvan waren door de verdachte van zijn computer gewist omdat zij door zijn vrouw niet geschikt bevonden waren voor het familiealbum. Twee van de drie foto's waren door het Hof aangemerkt als kinderporno. Op één daarvan was een naakt meisje te zien, op de andere datzelfde meisje met haar zusje in bad, waarbij dat zusje het badpak van het meisje naar beneden, over de bovenbenen, uittrok. Het Hof baseerde zijn oordeel mede op de eigen waarneming dat "de voormelde foto nummer 2 een naakt meisje in de leeftijd van 7 tot en met 12 jaar oud vertoont die op zodanige wijze poseert en is afgebeeld dat haar vagina uitdrukkelijk in beeld is gebracht en voorts dat de voormelde foto nummer 18 een vrijwel naakt meisje in de leeftijd van 7 tot en met 12 jaar oud vertoont die op zodanige wijze poseert en is afgebeeld dat haar schaamhaar uitdrukkelijk in beeld is gebracht".

Het verweer dat de foto's geen seksuele gedraging bevatten, werd door het Hof als volgt verworpen. "Het Hof is van oordeel dat de foto's genummerd 2 en 18 wel als zodanig zijn aan te merken nu er is

geposeerd in een zodanige houding dat daarmee kennelijk het opwekken van een seksuele prikkeling werd beoogd."

Of de afgebeelde kinderen spontaan tot hun pose gekomen waren, dan wel daartoe waren gedwongen of gemanipuleerd, blijkt uit de bewijsmiddelen niet. Dat de verdachte de bedoeling had de foto's seksueel te exploiteren, blijkt evenmin. Het feit dat hij de foto's verwijderde toen ze niet geschikt bleken voor het familiealbum, wijst eerder in andere richting. Dat de foto's het gevolg waren van seksuele exploitatie is, tenzij dit begrip zo ruim wordt genomen dat daaruit geen enkele beperking meer voortvloeit, dus zeer de vraag. Toch zag de Hoge Raad hierin geen reden om te casseren. Hij overwoog, na eerst de wetsgeschiedenis te hebben geciteerd:

"4.5. Het Hof heeft vastgesteld dat het hier foto's betreft van een meisje in de leeftijd van zeven tot en met twaalf jaar dat naakt of vrijwel naakt zodanig poseert en is afgebeeld dat haar vagina respectievelijk haar schaamhaar uitdrukkelijk in beeld is gebracht. Voorts heeft het Hof geoordeeld dat de door het meisje aangenomen houding een zodanige is dat daarmee kennelijk het opwekken van een seksuele prikkeling is beoogd. Dat oordeel is in het licht van de gebezigde bewijsmiddelen niet onbegrijpelijk. Gelet op dit een en ander heeft het Hof kunnen oordelen dat beide foto's een afbeelding bevatten van een seksuele gedraging in de zin van art. 240b, eerste lid, Sr. Tegen de achtergrond van de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis van die bepaling, geeft dat oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Tot nadere motivering was het Hof niet gehouden."

Het is natuurlijk opmerkelijk dat de Hoge Raad het gebruik van het door minister Sorgdrager afgewezen "criterium" uit 1990 niet afstrafte, maar integendeel oordeelde dat 's Hofs oordeel "in het licht van de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis" geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting. Aandacht verdient ook dat de Hoge Raad zijn oordeel uitsluitend baseerde op de foto's als zodanig, op hetgeen daarop was afgebeeld. De wijze van totstandkoming, noch de eventuele schadelijkheid ervan voor de betrokken kinderen, lijkt relevant te zijn. Men zou kunnen zeggen dat de Hoge Raad eenvoudig vasthield aan zijn in 1990 gegeven oordeel. Als op de afbeelding een kind staat afgebeeld in een exhibitionistische pose, is zonder meer sprake van kinderporno, op welke wijze en met welke bedoelingen de afbeelding ook is gemaakt. Die benadering strookt met de definities van kinderporno die voorkomen in de verschillende internationale instrumenten op dit terrein.

70. Daarmee is niet gezegd dat men geen vraagtekens zou kunnen zetten bij de uitkomst van de strafvervolgung in de onderhavige strafzaak.(51) Zoals reeds werd opgemerkt is het "criterium" van de Hoge Raad weinig precies en blijkt het mede daardoor gemakkelijk te kunnen worden misverstaan. Dat heeft twee nauw samenhangende consequenties. De eerste is dat onder de vlag van het criterium gemakkelijk gedragingen kunnen binnensluipen die geen duidelijk exhibitionistisch karakter hebben, gedragingen die niet, om met Protocol en Verdrag te spreken, "sexually explicit" zijn. De tweede consequentie is dat de Hoge Raad weinig greep heeft op de invulling die door de feitenrechter aan het criterium is gegeven. Als de feitenrechter vaststelt dat de geslachtsorganen van het kind duidelijk in beeld zijn gebracht, moet - bij gebrek aan een preciezere omschrijving van exhibitionistisch gedrag - zijn oordeel dat sprake is van een seksuele gedraging in cassatie al snel niet onbegrijpelijk worden genoemd. Het is dus niet uitgesloten dat er feitelijk sprake is van een zekere sluipenderwijs totstandgekomen verruiming.(52) In dat geval moet worden geconstateerd dat de criteria van minister Sorgdrager die verruiming niet hebben gekeerd.

71. De voorzichtige, want slechts op een beperkt aantal arresten gebaseerde conclusie lijkt te kunnen zijn, dat de criteria van minister Sorgdrager niet hebben geleid tot een minder ruime uitleg van art. 240b Sr dan de uitleg waarvoor de Hoge Raad in 1990 koos. Daarmee is niet gezegd dat die criteria in het geheel geen sporen in de jurisprudentie hebben nagelaten. Van die criteria gaat als gezegd ook een aanzet tot verruiming uit. De functie van het beroep op de wetsgeschiedenis kan anders gezegd zijn dat op grond daarvan in gevallen waarin de afbeelding als zodanig geen duidelijke seksuele gedraging te zien geeft, toch van kinderporno wordt gesproken. Dat de wetsgeschiedenis inderdaad die functie vervult, moge uit het volgende blijken.

72. In het voorgaande bleek reeds dat de Hoge Raad in HR 10 juni 2003, LJN AF6437, NJ 2003, 609 lijkt te hebben aanvaard dat foto's van een naakt kind in een seksuele ambiance een afbeelding van

een seksuele gedraging in de zin van art. 240b Sr kunnen opleveren. Er werd op gewezen (hiervoor, punt 48) dat de Hoge Raad daarbij lijkt te hebben onderkend dat de tekst van de wet voor dat standpunt weinig tot geen steun biedt. De Hoge Raad plaatste de wetsgeschiedenis (waarin minister Sorgdrager een "vierde categorie" van seksuele gedragingen onderscheidde) immers naast (of misschien beter: tegenover) de tekst van de wet. Wat door de tekst van de wet lijkt te worden uitgesloten, moet - zo lijkt de gedachtegang te zijn geweest - op grond van de wetsgeschiedenis toch voor juist worden gehouden.

73. Vermelding in dit verband verdient HR 26 september 2000, LJN AA7230, NJ 2001, 61 m.nt. JdH. Het ging in deze zaak onder meer om een op een festival geëxposeerde foto van zittende naakte man met een erectie, die op zijn arm een naakt jongetje had. Deze foto was samen met andere foto's) inbeslaggenomen, maar door de Rechtbank teruggegeven omdat het naar haar oordeel hoogst onwaarschijnlijk was dat de rechter tot een veroordeling zou komen. De Hoge Raad verwierp het daartegen gerichte cassatieberoep, daartoe overwegende:

"3.6. De Rechtbank heeft door te oordelen dat de foto nr. 27 waarop een combinatie van een man met een erectie en een kind is weergegeven een groot deel van de door die combinatie opgeroepen onnatuurlijkheid verliest door de omstandigheid dat de man de vader van het kind is en dat de man en de jongen niet herkenbaar in beeld zijn gebracht, ervan blij gegeven er in het bijzonder op te hebben gelet of de uit de afbeelding naar voren komende ambiance voor de jongen mogelijk schadelijk is geweest. Aldus heeft zij een juiste maatstaf aangelegd. Haar overwegingen geven voorts geen blijk van een verkeerde toepassing van die maatstaf en zijn ook niet onbegrijpelijk. Hetzelfde geldt voor het in de overwegingen van de Rechtbank besloten liggend oordeel dat ook de publicatie van de foto niet als schadelijk voor het betrokken kind kan worden aangemerkt."

Als de vraag was geweest of op de foto een seksuele gedraging was afgebeeld, had het antwoord moeilijk anders dan ontkennend kunnen luiden. De Rechtbank had uitdrukkelijk vastgesteld dat geen van de jongens op de foto's een seksueel uitdagende houding had aangenomen. Dat gold dus ook voor het jongetje dat door de man op zijn arm werd gehouden. Van een (onder categorie drie vallende) seksuele gedraging van het kind was dus geen sprake. Was dan sprake van een seksuele gedraging van de man waarbij het kind was betrokken (categorie één)? Daar lijkt het in elk geval niet op. De man op de foto misbruikt het kind niet, terwijl hij op de foto kennelijk ook niet een zodanige houding aanneemt dat gezegd kan worden dat hij aanstalten maakt om het kind te misbruiken. Toch is daarmee de kous niet af. Dat komt doordat Rechtbank en Hoge Raad niet alleen nagaan of een seksuele gedraging is afgebeeld, maar daarnaast ook nog of de afbeelding valt onder de vierde categorie van minister Sorgdrager. De vraag was of de opgerichte penis van de man maakte dat het kind in een onnatuurlijke ambiance was gefotografeerd. Die vraag werd uiteindelijk alleen daarom ontkennend beantwoord, omdat de foto een groot deel van haar "onnatuurlijkheid" verloor doordat het jongetje niet herkenbaar in beeld was gebracht, doordat de man de vader van het kind was en doordat het de moeder was geweest die de foto nam.<sup>(53)</sup> Daarmee bevestigt de beschikking dat foto's waarop geen seksuele gedragingen staan afgebeeld, toch een "afbeelding van een seksuele gedraging" kunnen opleveren. De grens tussen strafbare en niet strafbare afbeeldingen hangt daarbij mede af van min of meer toevallige omstandigheden, die voor de bezitter van de afbeelding niet altijd kenbaar zijn (wie was de fotograaf?).

74. Van een ander type verruiming is sprake in HR 11 april 2006, LJN AV4193. In dit arrest was onder meer sprake van een foto van een veertienjarig meisje dat naakt op een grijs-wit gestreept dekbed ligt. Dat leek op het oog een "onschuldige" naaktfoto. Uit de bewijsmiddelen blijkt in elk geval niet dat sprake was van een exhibitionistische pose. Toch billijkte de Hoge Raad het oordeel van het Hof dat sprake was van kinderporno. Hij overwoog het volgende.

"3.7. Het oordeel van het Hof dat de foto met nummer 3 een afbeelding is die een seksuele gedraging in de zin van art. 240b, eerste lid, (oud) Sr bevat geeft tegen de achtergrond van genoemde wetsgeschiedenis geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting terwijl het ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk is. Daarbij neemt de Hoge Raad in de eerste plaats in aanmerking dat uit de hiervoor onder 3.3 weergegeven bewijsmiddelen volgt dat de toen 14-jarige [slachtoffer], hoewel zij te kennen gaf dat zij het niet wilde, door de verdachte ertoe is gebracht om naakt bepaalde poses - zoals op de foto's 3 en 5 - aan te nemen en dat zij dit als vreselijk vernederend heeft ervaren. Voorts wordt

in aanmerking genomen dat het Hof, gelijk het heeft kunnen doen, bij zijn oordeel "de context van het overigens bewezenverklaarde" heeft betrokken, waarmee het kennelijk en niet onbegrijpelijk tot uitdrukking heeft gebracht dat foto 3 is gemaakt in de periode dat de verdachte veelvuldig ontucht met [slachtoffer] pleegde, terwijl ook foto 5 - waarvan in cassatie niet wordt betwist dat deze een afbeelding van een seksuele gedraging als bedoeld in art. 240b (oud) Sr bevat - in die periode is gemaakt."

In deze overweging doet de Hoge Raad geen beroep op hetgeen op de foto is afgebeeld. Alle factoren die hij in aanmerking neemt, zijn ontleend aan de "context" waarin de foto is genomen. Die context was een geschiedenis van seksueel misbruik waarvan de foto als het ware deel uitmaakte. Relevant was hier wél dat het desbetreffende meisje tegen haar wil was gefotografeerd, dat zij gedwongen was om een bepaalde pose aan te nemen en dat zij daarvan schade had ondervonden doordat zij dit als vernederend had ervaren. De wijze van totstandkoming maakte hier kortom dat sprake was van kinderporno, ook al zou je dat op grond van de foto niet zeggen. Aldus werd geogst wat minister Sorgdrager zaaide. Zij stelde weliswaar dat je niet overal wat achter moest zoeken, maar meende wel dat ook onschuldig ogende strandfoto's bij nader onderzoek kinderporno kunnen blijken te zijn.

75. Bij het hier besproken type verruiming geldt in nog sterkere mate wat wij eerder reeds zagen, namelijk dat de strafbaarheid afhankelijk wordt gemaakt van factoren die de bezitter van de afbeelding doorgaans niet kent noch kan kennen. De vraag is hoe dat zich verhoudt tot het mens rea-vereiste. Behoort de wetenschap van de verdachte dat de foto het gevolg is van seksueel misbruik tot de "context" die maakt dat sprake is van kinderporno? In dat geval hangt het van degene in wiens handen de afbeelding zich bevindt af of die afbeelding onder 240b Sr valt. Wat in het bezit van de één kinderporno is, is dat in het bezit van een ander niet. Voor de hand liggender is misschien dat de oplossing gezocht wordt in het opzetvereiste dat ingelezen wordt in art. 240b Sr.(54) De ingelezen opzet omvat dan niet alleen kennis van wat op de foto staat afgebeeld, maar ook kennis van de wijze waarop de foto tot stand is gekomen. Het resultaat is dat ieder kinderporno in zijn bezit kan blijken te hebben en dat diegene dan maar moet hopen dat de politie gelooft dat hij van niets wist.

76. Bij wijze van - nog steeds voorzichtige - conclusie het volgende. In de jurisprudentie van de Hoge Raad lijken twee lijnen te kunnen worden ontwaard. De eerste lijn is dat in gevallen waarin een expliciet seksuele gedraging is afgebeeld waarbij een minderjarige is betrokken, steeds wordt aangenomen dat sprake is van een afbeelding die onder art. 240b Sr valt. Daaraan kan in voorkomende gevallen niet afdoen dat de minderjarige geheel vrijwillig meewerkte en geen enkele schade heeft ondervonden. Het is dan simpel zo dat, om met minister Korthals Altes te spreken, de "uiterlijke kenmerken" van de afbeelding beslissend zijn. De tweede lijn is dat in gevallen waarin op de afbeelding geen seksuele gedraging te zien valt, soms toch, mede op grond van factoren die met de uiterlijke kenmerken van de foto niets van doen hebben, gesproken moet worden van kinderporno. Deze op de wetsgeschiedenis gebaseerde, maar met de tekst van de wet moeilijk te rijmen verruiming van de strafbaarheid heeft zich tot nu toe tot twee categorieën van gevallen beperkt. De eerste categorie is de vierde categorie van minister Sorgdrager. Het gaat daarbij om gevallen waarin het desbetreffende kind in een onnatuurlijke ambiance is gefotografeerd. De tweede categorie betreft gevallen waarin op het oog onschuldige naaktfoto's op grond van hun wijze van totstandkoming als kinderporno worden aangemerkt.

77. Een met het voorgaande nauw samenhangend kenmerk van de jurisprudentie lijkt te zijn dat de Hoge Raad niet langer de moeite neemt om zo nauwkeurig mogelijk te benoemen en te definiëren wat seksuele gedragingen in de zin van art. 240b Sr zijn. Definities hebben plaats gemaakt voor passages uit de wetsgeschiedenis in het licht waarvan het geval moet worden beoordeeld. Dat geeft aan de afgrenzing iets wolligs. Bovendien is het gevolg ervan dat veel afhangt van de appreciatie door de feitenrechter, die in cassatie maar in beperkte mate kan worden getoetst. Men kan zich dan ook afvragen of het wettelijke criterium dat een seksuele gedraging moet zijn afgebeeld, niet in feite sluipenderwijs heeft plaatsgemaakt voor een heel ander criterium, namelijk of de afbeelding geschikt is voor het familiealbum.

13. Omzien in verwondering

78. Zoals wij zagen zei minister Sorgdrager in de Tweede Kamer dat zij dacht dat de fotograaf [belanghebbende] (de betrokkene in de onderhavige zaak) zich na de behandeling van het wetsvoorstel om twee redenen niet hoefde te vrezen voor strafvervolging. De eerste reden was dat hij op basis van het door de Minister in de ban gedane "criterium" van de Hoge Raad was vrijgesproken door het Hof Amsterdam. De tweede reden was kennelijk dat de behandeling van het wetsvoorstel zou leiden tot een veel minder ruime uitleg van art. 240b Sr. Het is anders gelopen. De behandeling van het wetsvoorstel heeft juist bijgedragen aan een verruiming van het toepassingsbereik van de strafbepaling. De allesbehalve heldere criteria van de minister maken daarbij dat de uit de wettekst voortvloeiende eis dat een seksuele gedraging moet zijn afgebeeld, buiten beeld dreigt te raken. Met een beetje overdrijving kan gezegd worden dat [belanghebbende] na de behandeling van het wetsvoorstel alle redenen had om zich zorgen te maken.

79. Achteraf kan gezegd worden dat de scherpe kritiek die het "criterium" van de Hoge Raad ten deel viel, als een selffulfilling prophecy heeft gewerkt. Hoewel een andere, restrictieve uitleg van de destijds gegeven beschikking goed verdedigbaar is - hetgeen bevestiging lijkt te vinden in de vrijspraak die het Hof Amsterdam met inachtneming van bedoeld "criterium" gaf - had de kritiek tot gevolg dat de gedachte postvatte dat het begrip "seksuele gedraging" oeverloos was geworden. En dat maakte weer dat de alternatieve criteria van minister Sorgdrager - die op de keper beschouwd een verruiming impliceerden - als een inperking van de strafbaarheid werden omarmd.

80. Wie in mijn bespreking van de jurisprudentie van de Hoge Raad een licht-kritische ondertoon meent te bespeuren, kan ik geen ongelijk geven. Inderdaad was het mij liever geweest als de Hoge Raad minder gewicht had toegekend aan de parlementaire behandeling van een wetsvoorstel dat niet voorzag en ook niet leidde tot een aanpassing van de wettekst op het onderhavige punt. Mijn voorkeur gaat uit naar een benadering waarbij uitsluitend de "uiterlijke kenmerken" van de afbeelding bepalend zijn voor de vraag of sprake is van kinderporno of niet. Voor die destijds door minister Korthals Altes aangehouden koers is tegenwoordig een bijkomend argument te vinden in het feit dat het enkele bezit van kinderporno reeds strafbaar is.<sup>(55)</sup> Het is dan van belang dat de bezitter in spe in één oogopslag kan zien dat het om kinderporno gaat. Dat kan als de strafbaarstelling zich beperkt tot afbeeldingen waarop "sexually explicit conduct" te zien is.

81. Dat de afbeelding conduct (gedrag) weergeeft dat seksueel van aard is, is ook een eis die uit de tekst van art. 240b Sr voortvloeit. Er moeten mijns inziens zeer zwaarwegende argumenten zijn om de tekst van de wet op dit punt te negeren. Ik merk daarbij op dat dergelijke argumenten niet kunnen worden geput uit de internationale instrumenten die met betrekking tot kinderpornografie tot stand zijn gekomen. Nog daargelaten de vraag of een eventuele discrepantie tussen de wettekst en de internationale verplichtingen niet via wetswijziging zou moeten worden opgelost, kan worden geconstateerd dat de internationale definities niet dwingen tot de verruiming van de strafbaarheid die door de Hoge Raad in twee categorieën van gevallen is aanvaard. De bedoelde definities knopen immers eveneens aan bij gedrag (activities; conduct) dat afgebeeld moet zijn. Alleen voor zover onder kinderporno ook wordt geschaard het afbeelden van de geslachtsdelen van een kind voor seksuele doeleinden, is dit mogelijk anders. Maar juist op dit punt heeft de Hoge Raad vastgehouden aan de tekst van de wet.

82. Klokken laten zich zoals bekend maar moeizaam terugdraaien. Er zou mijns inziens al heel wat gewonnen zijn als de twee typen verruiming die door de Hoge Raad zijn aanvaard, voortaan als gevallen apart worden behandeld, als uitzonderingsgevallen waarvoor, juist omdat zij hun basis uitsluitend vinden in de wetsgeschiedenis, aparte, aan die wetsgeschiedenis ontleende criteria gelden. Zo wordt voorkomen dat die aparte criteria de beoordeling van de andere gevallen gaan vertroebelen. Voor de beoordeling van die andere, "normale" gevallen kan strak worden vastgehouden aan de eis dat een seksuele gedraging moet zijn afgebeeld. De toetsing in cassatie zou daarbij verbeterd kunnen worden door wél zoveel mogelijk de seksuele gedragingen waarop art. 240b Sr ziet, te benoemen en te omschrijven.

83. Ik zou het overigens niet onverdedigbaar vinden om, hoewel wetswijziging wel zo fraai zou zijn

geweest, op grond van de geschiedenis van wetsvoorstel 27745 (Wet van 13 juli 2002, Stb. 388) en die van wetsvoorstel 31810 (Wet van 26 november 2009, Stb. 2009, 544) aan te nemen dat het begrip "afbeelding van een seksuele gedraging" moet worden uitgelegd in overeenstemming met de definities gegeven in Protocol en Verdrag. Dat zou betekenen dat afbeeldingen van de geslachtsorganen van een kind die primair zijn gemaakt voor seksuele doeleinden onder het bereik van art. 240b Sr komen te vallen. Die verdragsconforme uitleg zou mijns inziens tevens moeten betekenen dat afscheid wordt genomen van de door minister Sorgdrager geïntroduceerde criteria (waarvoor in de internationale definities geen plaats is). De consequentie daarvan is dat voor de door de Hoge Raad op basis van die criteria aanvaarde uitbreidingen van het begrip "afbeelding van een seksuele gedraging" nog alleen plaats is voor zover er overlap is met de internationale definities. Het is bijvoorbeeld goed voorstelbaar dat een afbeelding die onder minister Sorgdragers vierde categorie valt, in bepaalde gevallen zal moeten worden aangemerkt als een afbeelding van de genitaliën van een kind "for primarily sexual purposes".

84. Als de weg van de verdragsconforme uitleg wordt ingeslagen, is één van de vragen die beantwoord moet worden, hoe de term "for primarily sexual purposes" moet worden ingevuld. Gaat het om de kennelijke bedoeling - dus om de objectieve strekking van de afbeelding - of zijn de subjectieve - voor derden niet altijd kenbare - bedoelingen van de maker van de afbeelding bepalend? Die vraag behoeft hier geen uitputtende beantwoording. Mijn reeds uitgesproken voorkeur voor een beoordeling op grond van de uiterlijke kenmerken van de afbeelding (zie punt 80), brengt evenwel mee dat ik zou menen dat de kennelijke, uit de afbeelding zelf blijkende "purposes" in elk geval in eerste instantie bepalend dienen te zijn. Ik sluit daarbij niet uit dat afbeeldingen die ogenschijnlijk voor seksuele doeleinden zijn vervaardigd, toch uiteindelijk niet als kinderporno aangemerkt hoeven te worden op grond van subjectieve en contextgebonden factoren. Die voor derden niet kenbare factoren kunnen aldus ontlastend werken en liggen daarmee in de sfeer van de bewijsexceptie.

85. Op die wijze kan ook recht gedaan worden aan de exceptio artis. In de eerste plaats omdat op grond van de objectieve strekking van de desbetreffende naaktfoto's veelal al duidelijk zal zijn dat zij artistieke pretenties hebben en dus niet zijn vervaardigd "for primarily sexual purposes". Ik merk daarbij op dat het feit dat een foto een "seksuele connotatie" heeft of "seksueel getint" is nog niet wil zeggen dat zij primair voor seksuele doeleinden is vervaardigd. In de tweede plaats omdat bij wijze van bewijsexceptie een beroep gedaan kan worden op subjectieve en contextgebonden factoren.

86. Met de wetsgeschiedenis is deze benadering niet in strijd. Weliswaar wezen zowel minister Sorgdrager als minister Korthals - in tegenstelling overigens tot minister Korthals Altes - de exceptio artis af, maar zij deden dat op grond van weinig overtuigende argumenten. Minister Sorgdrager lijkt aan de exceptie geen behoefte te hebben gehad omdat zij ervan uitging dat kinderporno per definitie het gevolg was van seksuele exploitatie, minister Korthals kon de exceptie alleen maar afwijzen doordat hij tekeningen en schilderijen categorisch van de toepassing van art. 240b Sr uitsloot. Als een rode draad door de wetsgeschiedenissen van de verschillende wetsvoorstellen loopt juist dat men wilde voorkomen dat de bestrijding van kinderporno in nieuwe preutsheid zou ontaarden. De gedachte was uitdrukkelijk niet dat alle afbeeldingen van kinderen die voedsel zouden kunnen geven aan de seksuele fantasieën van de pedofiele liefhebber uit het maatschappelijk leven verwijderd dienen te worden. Als het er om gegaan zou zijn te voorkomen dat een pedofiel seksueel geprikkeld kan raken, had men het niet bij een verbod van afbeeldingen moeten laten. Dan had men het naakte kind zelf uit het maatschappelijk leven moeten verwijderen. Dat vergt kledingvoorschriften, om te beginnen op het strand. Het consequente eindpunt is daarbij een verplichte boerka voor alle minderjarigen, jongens zowel als meisjes. Het realistische, de individuele vrijheid van het kind respecterende uitgangspunt is kortom geweest dat niet voorkomen kan worden dat mensen met een pedofiele geaardheid seksueel geprikkeld worden door afbeeldingen van naakte of schaars geklede kinderen. De doelstelling van de wetgever is daarom bescheiden: het gaat erom dat geen afbeeldingen van naakte kinderen worden vervaardigd en in omloop gebracht die als doel de seksuele behoeftebevrediging van de consument hebben. Een restrictieve uitleg van "for primarily sexual purposes" doet aan die bescheiden doelstelling recht.

87. Maar wat er van dit alles ook zij, de steller van het middel beroept zich op het geldende recht, op

de jurisprudentie zoals die zich sinds 1995 heeft ontwikkeld. Dat jurisprudentierecht zal in elk geval primair de maatstaf van beoordeling moeten vormen.

#### 14 Beoordeling van het eerste middel

88. Na deze lange aanloop ben ik in elk geval met de opvatting waarop het middel in de kern berust, snel klaar. Die opvatting is dat het Hof een onjuiste maatstaf heeft aangelegd door niet te onderzoeken of het nemen van de foto's schadelijk is voor het daarop afgebeelde kind. Juist is weliswaar dat voor die opvatting enige steun geput kan worden uit de wetsgeschiedenis die leidde tot de wijzigingswet van 1995, maar aan die wetsgeschiedenis kan in elk geval in zoverre geen betekenis meer worden toegekend. Dit vanwege de veranderde internationale context en de daaruit voortvloeiende wijzigingswet van 2002. Met de uit de verschillende internationale instrumenten voortvloeiende verplichting tot effectieve bestrijding van kinderporno verdraagt zich slecht dat een veroordeling afhankelijk wordt gemaakt van de vraag of bewezen kan worden dat het afgebeelde kind schade heeft ondervonden. Uit de wetsgeschiedenis die leidde tot de wijzigingswet van 2002 blijkt dat de wetgever zich daarvan rekenschap heeft gegeven. De ratio legis werd verder verbreed: het gaat niet alleen om de schade voor het afgebeelde kind, maar ook om de schade die andere kinderen door de beeldvorming kunnen leiden. Uitdrukkelijk werd gesteld dat schadelijkheid geen bestanddeel van de delictsomschrijving is.

89. Ook uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan niet worden afgeleid dat (bewezen) schadelijkheid een noodzakelijke voorwaarde is om van kinderporno te kunnen spreken. Het tegendeel is eerder het geval. Als sprake is van de afbeelding van een (expliciet) seksuele gedraging, lijkt de wijze van totstandkoming niet af te kunnen doen aan het oordeel dat sprake is van kinderporno. Alleen in gevallen waarin geen seksuele gedraging is afgebeeld, speelt de schadelijkheid een rol. Zo lijkt de Hoge Raad in deze gevallen gewicht toe te kennen aan de vraag of de minderjarige al dan niet herkenbaar in beeld is gebracht. Meer dan één van de relevante factoren is de schadelijkheid hier echter niet. Van een noodzakelijke voorwaarde kan niet worden gesproken.

90. Soortgelijke opmerkingen kunnen worden gemaakt met betrekking tot de beweerdelijke vrijwillige medewerking van de betrokken kinderen en de beweerdelijke afwezigheid van seksuele exploitatie. Zelfs pornografische afbeeldingen die een minderjarige van zichzelf maakt, vallen onder art. 240b Sr. Het Verdrag van de Raad van Europa maakt hier alleen een voorbehoud mogelijk als die minderjarige al zestien of zeventien jaar is en als de afbeeldingen voor eigen gebruik zijn vervaardigd. Dat voorbehoud is door Nederland niet gemaakt. Uit de wetsgeschiedenis die aan de wijzigingswet van 2002 voorafging, blijkt dat de wetgever ervan uitging dat dergelijk gedrag onder de strafbepaling valt.

91. Deze stand van zaken maakt dat een onverkwikkelijke discussie over de vraag wat onder seksuele exploitatie moet worden verstaan, kan worden vermeden. Blijkens het proces-verbaal van de raadkamerbehandeling van 21 november 2007 (p. 11/12) is door de betrokkene met betrekking tot de onder 8.10 genoemde dia (waarop volgens de mededeling van de voorzitter een op gespreide knieën zittend jongetje is afgebeeld in een achteroverleunende houding zodat de geslachtsdelen goed zichtbaar zijn) aangevoerd dat de foto in 1968/1996 is gemaakt in een bekende homostudio in Los Angeles door een professionele fotograaf. Hij voegt daaraan toe: "Er was geen sprake van misbruik of exploitatie van het kind. Zijn ouders werden ervoor beloond." Ik zou op grond daarvan juist menen dat de situatie alle kenmerken heeft van de exploitatie van een kind voor seksuele doeleinden.

92. Dat de beschikking van het Hof met betrekking tot de aangevoerde punten onvoldoende is gemotiveerd, kan niet worden gezegd. Het Hof had het aangevoerde, gelet op de onjuiste rechtsopvatting die daaraan ten grondslag lag, slechts kunnen verwerpen.

93. Voor zover het middel er ook nog over bedoelt te klagen dat het Hof zonder motivering is voorbijgegaan aan hetgeen tijdens de parlementaire behandeling van wetsvoorstel 23682 door minister Sorgdrager met kennelijke steun van de Eerste en Tweede Kamer over het werk van de fotograaf [belanghebbende] (de betrokkene in deze zaak) is gezegd, merk ik het volgende op. De geruststellende woorden die minister Sorgdrager sprak, kunnen alleen betrekking hebben gehad op de

destijds tentoongestelde foto's; met al het andere materiaal dat later onder betrokkene in beslag is genomen, waren Minister en Kamer onbekend. Ik wijs er in dit verband op dat betrokkene in de onderhavige procedure erkende dat een deel van dat materiaal als kinderporno moest worden aangemerkt en dat uit de bestreden beschikking blijkt dat tot het materiaal waarvan het kinderpornografisch karakter door betrokkene werd betwist, foto's behoren waarop jongens te zien zijn die masturberen of afgetrokken worden. Blijkens het proces-verbaal van de raadkamerbehandeling van 21 november 2007 (p. 7/8) heeft betrokkene alleen ten aanzien van de inhoud van envelop 8.2 gesteld dat dit materiaal bij diverse tentoonstellingen is gebruikt, waaronder de tentoonstelling die leidde tot de strafvervolgning en de vrijspraak waarover Minister en Kamer zich uitspraken. Uit het gestelde wordt mij niet duidelijk of alle 34 foto's uit envelop 8.2 destijds waren tentoongesteld en inbeslaggenomen, zodat evenmin duidelijk is of het vrijsprekend oordeel dat het Hof Amsterdam destijds gaf, op al die foto's betrekking had. Dat is van belang omdat het Hof blijkens de bestreden beschikking slechts van 11 van de 34 foto's heeft geoordeeld dat het om kinderporno ging. Het zou kunnen dat geen van die elf foto's destijds is tentoongesteld.

94. Daarbij wil ik het het evenwel niet laten. Ten principale geldt mijns inziens dat oordelen van de wetgever over individuele zaken de rechter niet kunnen binden. Dergelijke oordelen kunnen wel indicatief zijn voor de opvatting van de wetgever in het algemeen en in zoverre betekenis hebben voor de uitleg van de wet. In casu geldt dat de uitspraken over het werk van de fotograaf [belanghebbende] vooral indicatief zijn voor de bij de Minister en de Staten-Generaal levende gedachte dat foto's die onder de derde categorie vallen, alleen dan als kinderpornografie kunnen worden aangemerkt als zij het gevolg zijn van seksuele exploitatie van het gefotografeerde kind. Zo die gedachte al ooit van doorslaggevende betekenis kan zijn geweest voor de wetsuitleg, geldt in elk geval thans dat zij als onjuist van de hand moet worden gewezen. De op die gedachte gebaseerde geruststellende woorden van minister Sorgdrager hebben dus hun waarde verloren.

95. Wellicht kan nog gezegd worden dat die geruststellende woorden - niettegenstaande de verloochening van de kunstexceptie - mede voortkwamen uit de achterliggende gedachte dat plaats moet blijven voor serieuze fotografie met artistieke, journalistieke of wetenschappelijke pretenties. In de onderhavige zaak is daarmee echter weinig aan te vangen. In feitelijke aanleg zijn weliswaar twee deskundigen gehoord met betrekking tot de artistieke kwaliteiten en de wetenschappelijke waarde van het werk van betrokkene en is door de raadvrouw gesteld dat het inbeslaggenomen materiaal "geen porno is maar kunst"(56), maar een uitdrukkelijk beroep op de kunstexceptie is daarbij niet gedaan. In elk geval wordt er in cassatie niet over geklaagd dat het Hof in zijn beschikking niet op dit aspect van de zaak is ingegaan.(57)

96. De toelichting op het middel bevat aan het slot nog de klacht dat de door het Hof aangelegde maatstaven vaag zijn en dat de toepassing daarvan tot een louter subjectief en onvoorzienbaar oordeel leidt. Dat maakt dat het oordeel van het Hof onbegrijpelijk zou zijn en nadere motivering zou behoeven. Daardoor zou tevens sprake zijn van strijd met het legaliteitsbeginsel zoals dat is neergelegd in art. 1 Sr en art. 7 EVRM.

97. Ik merkte reeds op dat de betekenis die door de Hoge Raad is toegekend aan de door minister Sorgdrager aangedragen criteria aan de afbakening van het begrip kinderporno iets wolligs heeft gegeven en dat het gevolg daarvan is dat veel afhangt van de appreciatie door de feitenrechter, waarbij niet denkbeeldig is dat oneigenlijke argumenten sluipenderwijs ingang vinden (hiervoor, punt 77). Dat enkele feit maakt echter niet dat het beroep dat in de schriftuur wordt gedaan op art. 1 Sr en art. 7 EVRM opgaat. Ik merk daarbij in de eerste plaats op dat de betrokkene in de onderhavige procedure niet is veroordeeld voor enig door hem begaan strafbaar feit, zodat de vraag of die veroordeling ten tijde van het begane strafbare feit voor de betrokkene op grond van het toen geldende recht voorzienbaar was, niet aan de orde is. Meer in het bijzonder betekent dit dat de vraag of betrokkene op enig moment had mogen afgaan op de geruststellende woorden die minister Sorgdrager aan zijn adres sprak, geen beantwoording behoeft. De vraag is enkel of het ongecontroleerde bezit van het inbeslaggenomen fotomateriaal thans, op basis van het recht zoals dat zich inmiddels heeft gevormd en ontwikkeld, in strijd met de wet of het algemeen belang moet worden geoordeeld.

98. Ik merk in de tweede plaats op dat door het EHRM in vaste jurisprudentie wordt erkend dat "absolute certainty" niet haalbaar is en dat vele wetten ten gevolge daarvan noodgedwongen "are couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation are questions of practice".(58) Gelet daarop kan voorsnog niet worden gezegd dat de ruimte die de feitenrechter in de jurisprudentie van de Hoge Raad krijgt, de grenzen van het acceptabele overschrijdt. Dat geldt zeker als het inderdaad zo is dat in het gros van de gevallen nog steeds beslissend is of een seksuele gedraging is afgebeeld en dat de criteria van minister Sorgdrager alleen in enkele betrekkelijk nauwkeurig te omschrijven uitzonderingsgevallen een rol spelen.

99. Rest de vraag of het Hof zijn oordeel dat het door hem aan het verkeer onttrokken fotomateriaal kinderporno oplevert, in het licht van de jurisprudentie van de Hoge Raad afdoende heeft gemotiveerd. Daarbij gaat het vooral om de vraag of het er op grond van de gegeven motivering voor gehouden kan worden dat het gevaar dat oneigenlijke criteria de doorslag hebben gegeven, zich niet heeft gerealiseerd.

100. Ik stel daarbij voorop dat mijn eerste indruk was dat het Hof, hoewel het geen uitvoerige beschouwingen wijdt aan de door hem gehanteerde criteria en het zijn oordeel dat sprake is van kinderporno telkens slechts met steekwoorden motiveert, niet tekort geschoten was in zijn motiveringsplicht. Ik nam daarbij in aanmerking dat het hier gaat om een oordeel dat nauw verweven is met de waardering van de feiten, dat de behandeling van het Hof getuigt van grote zorgvuldigheid, waarbij al het fotomateriaal afzonderlijk is beoordeeld, dat sprake was van een grote hoeveelheid materiaal dat beoordeeld moest worden(59) en dat de eisen die aan een bewijsmotivering worden gesteld, niet zonder meer gelden voor de motivering van de toewijzing van een vordering als de onderhavige.

101. Bij de nadere bestudering van de door het Hof gegeven motivering bekropen mij evenwel twijfels. In de toelichting op het middel wordt met juistheid opgemerkt dat vrijwel al het fotomateriaal waarvan het Hof de onttrekking aan het verkeer heeft bevolen, door het Hof is gerubriceerd onder categorie 4. Deze categorie vertoont overeenkomst met de vierde categorie van minister Sorgdrager, maar er zijn mogelijk niet onbelangrijke verschillen in de formulering. De minister sprak van de vastlegging van "zodanige bijkomende - onnatuurlijke - ingrediënten" dat "het brengen van de [naakte] jeugdige in die - onnatuurlijk - ambiance een seksuele connotatie krijgt die als schadelijk voor het kind moet worden aangemerkt". Het Hof spreekt van gedragingen waarbij "de onnatuurlijke ambiance" aan de afbeelding van de naakte jeugdige een voor deze schadelijke seksuele connotatie geeft. Dat de onnatuurlijke ambiance moet bestaan uit de vastlegging van bijkomende onnatuurlijke ingrediënten is door het Hof in elk geval niet geëxpliciteerd. Dat het moet gaan om het brengen van het kind in die (uit vreemde ingrediënten bestaande) onnatuurlijke ambiance is door het Hof evenmin tot uitdrukking gebracht. Dat lijkt allemaal muggenzifterij, maar gelet op het feit dat het bij de vierde categorie van minister Sorgdrager gaat om een uitbreiding van de strafbaarheid waarvoor in de tekst van de wet geen steun is te vinden, is een nauwkeurige afbakening van deze categorie van groot belang. Met het oog daarop mag van de rechter worden verlangd dat hij in zijn motivering aangeeft welke de onnatuurlijke ingrediënten zijn die maken dat de ambiance zo onnatuurlijk is dat het voor het kind schadelijk is dat hij daarin wordt gebracht (en gefotografeerd).

102. In de steekwoordsgewijze motivering die het Hof telkens aan het door hem genummerde materiaal wijdt, zoekt men tevergeefs naar een aanduiding of omschrijving van de bedoelde onnatuurlijke ingrediënten. Een enkele maal (nrs. 8.2, 13.6 en 17) wordt vermeld dat de jongere "in de natuur" is gefotografeerd, maar of het Hof dat als een onnatuurlijk ingrediënt heeft aangemerkt, is de vraag. In elk geval valt niet direct in te zien waarom het in de vrije natuur brengen van een blote jongere een voor die jongere schadelijke seksuele connotatie heeft. In veel gevallen merkt het Hof op dat er door de jongere is geposeerd, al dan niet in combinatie met de vermelding dat sprake is van een "onnatuurlijke pose" of van een "onnatuurlijke houding". Dat wekt de indruk dat het Hof van oordeel is dat het enkele feit dat het naakte kind voor de foto heeft geposeerd, reeds maakt dat sprake is van een onnatuurlijke ambiance. Dat lijkt mij onjuist. De pose die het kind aanneemt, is niet een bijkomend onnatuurlijk ingrediënt. Die pose behoort anders gezegd niet tot de ambiance waarin

het kind is gebracht.

103. Uiteraard is de houding waarin het kind is gefotografeerd, een factor van belang. Die houding kan zodanig zijn dat sprake is van een seksuele gedraging. Dan echter hebben we niet te maken met de vierde categorie, maar met de derde categorie. Het maken van onderscheid tussen pose en ambiance is dus van belang om beide categorieën uit elkaar te houden, om te voorkomen dat de vraag of een seksuele gedraging is afgebeeld, wordt vertroebeld doordat factoren gaan meewegen die daarmee weinig van doen hebben (vergelijk punt 82). De indruk dat het Hof beide categorieën min of meer op één hoop heeft gegooid, wordt versterkt door het feit dat het Hof in een groot aantal gevallen van de afgebeelde poses zegt dat zij (zeer) uitdagend zijn - hetgeen typerend is voor de derde categorie zoals die door het Hof is omschreven -, maar het desbetreffende fotomateriaal desalniettemin tot categorie vier rekent (nrs 8.1, 8.2, 8.5, 13.3, 13.4 sub a,b, c, d en g, 13.5, 13.8, 13.9, 13.10 sub b, en 14 A).

104. Het kan zijn dat het Hof op het verkeerde been is gezet door de gedachtewisseling die minister Sorgdrager destijds met de beide kamers van de Staten-Generaal had over de precieze invulling van de derde categorie. Daarbij speelde zoals wij zagen de vraag of al dan niet sprake is van een onschuldige (strand)foto een zekere rol. Maar voor minister Sorgdrager was de onnatuurlijkheid van de foto hier niet meer dan een opsporingsindicatie, een omstandigheid die onderzoek wettigde naar de vraag of sprake was geweest van seksuele exploitatie. Het standpunt van de Minister was destijds dus niet dat alle foto's van blote kinderen die niet oogden als ongedwongen kiekjes in de gezinssfeer tot de vierde categorie moesten worden gerekend. Onderzoek naar de vraag of sprake was geweest van dwang of manipulatie was dan immers niet nodig geweest. En omgekeerd geldt dat het feit dat een dergelijk onderzoek bij foto's van de vierde categorie volgens de Minister kennelijk achterwege kon blijven, erop wijst dat het bij die foto's om een uitzonderlijke categorie gaat, om een categorie waarbij het op grond van de "ambiance" zonder meer duidelijk is dat de foto een seksuele connotatie heeft die schadelijk is voor het afgebeelde kind.

105. Ik zal niet ontkennen dat minister Sorgdrager destijds geen scherp onderscheid maakte tussen de beide categorieën. De scheidslijnen waren volgens haar "onvermijdelijk enigszins vloeiend". Dat echter is een gegeven dat het door mij gesignaleerde dreigende en deels gerealiseerde effect van de door de Minister aangedragen criteria alleen maar versterkt. Dat effect is een door de wolligheid van de afgrenzing gemaskeerde verruiming van wat als kinderporno onder het bereik van art. 240b Sr kan worden gebracht. Als de twee door de Hoge Raad geaccepteerde verruiming van het begrip "afbeelding van een seksuele gedraging" niet als gevallen apart worden behandeld en niet aan strikte grenzen worden gebonden, dreigt het antwoord op de vraag of de foto geschikt is voor het familiealbum sluipenderwijs het beslissende criterium te worden (hiervoor, punt 77). Dan zijn foto's uit het nudistenkamp - zoals het Hof oordeelde (nrs. 8.4 en 13.3) - geen kinderporno, maar geposeerde foto's in de natuur buiten het nudistenkamp wél. Het feit dat het naakte kind voor de foto heeft geposeerd, mogelijk in een houding die een kind niet gauw spontaan zal aannemen, maakt dat de foto al snel iets gekunstelds en daarmee iets onnatuurlijks heeft. Als dat voldoende is om van kinderporno te spreken, zijn de grenzen ver te zoeken. Dan is noch vereist dat sprake is van een seksuele (exhibitionistische) gedraging, noch dat onnatuurlijke ingrediënten zijn vastgelegd waaraan de voor het kind schadelijke seksuele connotatie is gekoppeld. Elke foto van een bloot kind dat volgens de rechter om wat voor reden dat ook een seksuele connotatie heeft, levert dan kinderporno op. Die seksuele connotatie fungeert dan als een verzelfstandigd criterium dat op geen enkele wijze is geobjectiveerd.

106. Bij de door het Hof gemaakte indeling van het fotomateriaal in vier categorieën kunnen meer vraagtekens worden gezet. Bij de aanzienlijke hoeveelheid fotoseries onder nummer 14 A zijn door het Hof zowel categorie drie als categorie vier aangekruist, zonder dat duidelijk wordt waarop dat is gebaseerd. Hetzelfde geldt met betrekking tot nummer 13.1, waarbij de aankruising van categorie twee vanwege het op sommige foto's afgebeelde masturberen goed te begrijpen valt, maar waarbij niet inzichtelijk is waarom daarnaast zowel categorie drie als vier zijn aangekruist. Het fotomateriaal onder nummer 13.10.a wordt door het Hof in categorie drie ondergebracht, hoewel op twee foto's masturberende jongens te zien zijn, hetgeen plaatsing in categorie twee zou doen verwachten. Met betrekking tot nummer 13.10.c vermeldt het Hof dat sprake is van een negatief waarop te zien valt dat

een jongen wordt afgetrokken. Desalniettemin is niet categorie één aangekruist, maar categorie drie. Een soortgelijke opmerking kan worden gemaakt met betrekking tot nummer 17. Het Hof maakt hier melding van masturberen, afzuigen en (de suggestie van) anale gemeenschap. Toch wordt enkel categorie vier aangekruist.

107. Het Hof lijkt geen gelukkige hand van categoriseren te hebben gehad, hetgeen de twijfel omtrent de gehanteerde maatstaven vergroot. Aan de andere kant echter laat het voorgaande ook zien dat de onbegrijpelijkheid van de categorie-indeling niet hoeft af te doen aan de begrijpelijkheid van 's Hof's oordeel dat sprake is van kinderporno. Masturberen, aftrekken, afzuigen en het hebben van anale gemeenschap zijn onmiskenbaar seksuele gedragingen, zodat de afbeelding daarvan onder art. 240b Sr valt. De onjuiste categorisering kan hier worden aangemerkt als een misslag die aan de begrijpelijkheid van de motivering in haar geheel beschouwd niet afdoet. Een vergelijkbare benadering kan wellicht gevolgd worden met betrekking tot de gevallen waarin het Hof spreekt van seksueel (zeer) uitdagende houdingen (nrs. 8.2, 13.2, 13.8, 13.9 en 14 A). Het zou ervoor gehouden kunnen worden dat het Hof hiermee heeft vastgesteld dat een exhibitionistische (en dus seksuele) gedraging is afgebeeld. De rubricering onder categorie vier doet dan weer geen afbreuk aan de begrijpelijkheid van het oordeel dat sprake is van kinderporno.

108. De vraag is of deze weg van welwillende lezing moet worden ingeslagen en zo ja hoever daarop kan en moet worden voortgegaan. De vraag daarbij is of de uiteenlopende beschrijvingen en typering die het Hof geeft, hetzelfde bedoelen uit te drukken of juist niet. Wordt bijvoorbeeld met een "uitdagende houding" hetzelfde bedoeld als met een "seksueel uitdagende houding"? Of drukt het adjectief seksueel juist een relevant verschil uit? Bedoelt het Hof met een "duidelijk seksueel getinte pose" hetzelfde als met een "seksueel uitdagende houding" of is er verschil? Dezelfde vraag kan gesteld worden ten aanzien van de typering "onnatuurlijke houding, seksuele connotatie". Wordt met "nadruk op geslachtsdeel" bedoeld dat de jongen in kwestie zijn geslachtsdeel op exhibitionistische wijze exposeert, of is enkel bedoeld dat de fotograaf zich bij het nemen van de foto op het geslachtsdeel heeft geconcentreerd? Ik herinner in dit verband aan het onder punt 31 gegeven voorbeeld van de voyeuristische foto. Niet iedere naaktfoto met een seksuele connotatie levert de afbeelding van een seksuele gedraging op.

109. Ik meen dat de vaagheid van de gegeven omschrijving in combinatie met de rubricering onder categorie vier in elk geval in een aantal gevallen (waaronder de nummers 8.7, 8.8.a en 8.8.b(60)) aan een welwillende lezing in de weg staat. Daarvoor is de onduidelijkheid met betrekking tot de door het Hof gehanteerde maatstaven mijns inziens te groot. Ik wijs in dit verband op het grensgeval waarvan in HR 22 maart 2005, LJN AS5874 sprake was (zie punt 69). In die zaak had het Hof vastgesteld dat de afgebeelde houding zodanig was dat daarmee kennelijk het opwekken van seksuele prikkeling werd beoogd. Een daarmee vergelijkbare uitdrukkelijke vaststelling ontbreekt in de onderhavige beschikking. Daardoor blijft onduidelijk of het Hof heeft getoetst aan de vraag of de afgebeelde gedraging als zodanig een seksuele (exhibitionistische) strekking heeft.

110. Bij deze stand van zaken is de vraag of ten aanzien van al het fotomateriaal zoals dat door het Hof is genummerd (waarbij de meeste nummers betrekking hebben op een veelheid van uiteenlopende afbeeldingen), moet worden gemillimeterd over de vraag of een welwillende lezing de motivering van het Hof kan redden. Dat millimeteren is, ook als daarbij het proces-verbaal van de behandeling in raadkamer wordt betrokken, vanwege het gebrek aan houvast een moeizame en hachelijke onderneming. Ik zou er daarom de voorkeur aan willen geven dat niet te doen. Mijns inziens kan worden gezegd dat de door de weinig begrijpelijke rubricering en de vaagheid van de omschrijvingen gewekte twijfel die in elk geval in een aantal gevallen blijft bestaan ten aanzien van de door het Hof gehanteerde criteria, doorwerkt naar de andere gevallen. Dat brengt mee dat ik het oordeel van het Hof alleen in de gevallen waarin onmiskenbaar sprake is van de afbeelding van een seksuele gedraging niet onbegrijpelijk zou willen noemen. Dat zijn alleen de gevallen waarin seksuele handelingen zijn afgebeeld (masturberen, aftrekken, afzuigen en het hebben van anale gemeenschap).(61)

111. Min of meer terzijde merk ik op dat een verdrags- en kaderbesluitconforme interpretatie niet tot een veel ander resultaat zou hebben geleid. Het vereiste dat sprake moet zijn van een expliciet

seksueel gedrag maakt dat een aan de foto klevende seksuele connotatie onvoldoende is om van kinderporno te spreken. De door het Hof gesignaleerde nadruk die in veel foto's valt op de geslachtsdelen, zou onder omstandigheden het oordeel kunnen dragen dat sprake is van een "depiction of a child's sexual organs for primarily sexual purposes". Dan moet echter wel vastgesteld worden dat afbeelding primair seksuele doeleinden beoogt te dienen. Ik merk voorts nog op dat het feit dat het hoofd van het kind niet is afgebeeld, in plaats van een argument om niet van kinderporno te spreken, veeleer een aanwijzing vormt dat sprake is van een gerichtheid op de geslachtsdelen die hoofdzakelijk door seksuele doelen is ingegeven. Maar dat geheel terzijde, want over het met betrekking tot nummer 16 gegeven oordeel wordt begrijpelijk genoeg niet geklaagd.

112. Voor zover het middel klaagt over de onbegrijpelijkheid van 's Hofs oordeel vanwege de vaagheid van de gehanteerde maatstaven, slaagt het met uitzondering van die gevallen waarin dat oordeel betrekking heeft op materiaal waarvan het Hof heeft vastgesteld dat daarop seksuele handelingen zijn afgebeeld.

#### 15 Bespreking van het derde middel

113. Het derde middel klaagt dat het Hof in strijd met artikel 36d Sr ook afbeeldingen aan het verkeer heeft onttrokken die niet onder art. 240b Sr vallen, althans dat 's Hofs oordeel in zoverre onbegrijpelijk is.

114. Het middel keert zich tegen de volgende, onder punt 9 reeds weergegeven passage die hier voor de duidelijkheid nog eens wordt herhaald.

"Waar negatieven of dia's in de vorm van 'stroken' zijn inbeslaggenomen, of verschillende opnamen op één blad zijn afgedrukt - die derhalve niet zonder beschadiging of knippen van elkaar te scheiden zijn - heeft het hof- indien het tot het oordeel kwam dat een der opnamen van die strip of dat blad moest worden gekwalificeerd als kinderporno - het geheel als kinderporno aangemerkt. Het hof heeft dus niet zelf geknipt of gescheurd.

Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de filmrol en de videocassette, op welke gegevensdragers twee van de vijf opnamen - ook volgens beslagene - kinderporno bevatten.

In het geval dat verschillende opnamen van dezelfde jongen naar het oordeel van het hof de indruk maken tot stand te zijn gekomen in één fotosessie, heeft het hof vanwege dit onderlinge verband de hele serie als kinderporno aangemerkt."

115. In de toelichting op het middel wordt ten eerste geklaagd over 's Hofs oordeel dat gehele stroken of bladen vatbaar zijn voor onttrekking aan het verkeer, terwijl slechts één of enkele opnamen daarvan door het Hof als kinderporno zijn aangemerkt.(62) Daartoe wordt met een beroep op HR 2 november 1999, NJ 2000, 37, aangevoerd dat het "op één hoop gooien van verboden en niet verboden voorwerpen" en deze vervolgens als gezamenlijkheid onttrekken niet door de beugel kan.

116. Art. 240b Sr stelt onder meer strafbaar het in bezit hebben van een gegevensdrager bevattende een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij een kind betrokken is. Dat betekent dat het bezit van de gegevensdrager al in strijd met de wet is als daarop één als kinderporno aan te merken plaatje is opgeslagen, ongeacht de overige inhoud van de gegevensdrager. Ten aanzien van niet in gedigitaliseerde vorm vastgelegde kinderporno spreekt het wetsartikel eenvoudig van het in bezit hebben van de afbeelding als zodanig. Dat neemt niet weg dat dergelijk bezit zich niet laat denken zonder het bezit van het voorwerp (het blad papier, het boek enz.) waarop of waarin de afbeelding zich bevindt. Het verschil in wetsconstructie lijkt mij daarbij betrekkelijk toevallig van aard te zijn. Daarom zal ten aanzien van niet gedigitaliseerde kinderporno in beginsel (bijzondere omstandigheden daargelaten) aangehouden mogen worden dat het bezit van het (gehele) voorwerp waarop de afbeelding is vastgelegd in strijd is met de wet of althans het algemeen belang.

117. Anders dan het middel meent, heeft het Hof kennelijk de uit negatieven en dia's bestaande stroken, op één blad afgedrukte opnamen telkens als op zichzelf staande niet-deelbare voorwerpen aangemerkt en niet als "op één hoop gegooid voorwerpen". Gelet op 's Hofs vaststelling dat de verschillende onderdelen van bedoelde voorwerpen niet zonder beschadiging of knippen gescheiden

kunnen worden, is 's Hofs oordeel dat deze voorwerpen (als geheel) vatbaar zijn voor onttrekking aan het verkeer niet onbegrijpelijk. In zoverre faalt het middel dan ook.

118. Voorts wordt in de toelichting op het middel geklaagd over 's Hofs oordeel dat hele series of reeksen van afbeeldingen vatbaar zijn voor onttrekking aan het verkeer, terwijl het Hof slechts één of enkele van de afbeeldingen van die series en reeksen als kinderporno kwalificeerde.

119. In de toelichting op het middel wordt gespecificeerd op welke nummers de klacht betrekking heeft: 8.2 en 8.6, 8.8.a, 8.8.b, 13.1, 13.4f, 13.5, 13.7, 13.8, 13.10 en 14 A. In al deze gevallen is inderdaad sprake van de beoordeling van een serie.<sup>(63)</sup> Maar of het Hof in al deze gevallen het toto pro pars-principe heeft toegepast, lijkt mij de vraag. Niet uitgesloten is in elk geval dat het Hof van bepaalde series heeft geoordeeld dat alle negatieven en contactafdrukken op zich zelf beschouwd aan de criteria voor kinderporno voldoen. Dat lijkt het geval te zijn bij de nummers 8.8.a en 8.8.b. In zoverre zou het middel feitelijke grondslag missen. Ten aanzien van andere series geldt dat het niet één of twee appels zijn die de hele mand rot maken. Zo vermeldt het Hof ten aanzien van nummer 14 A dat het "merendeels" gaat om seksueel zeer uitdagende poses. Dat neemt niet weg dat het uitgangspunt van het Hof is geweest dat zodra foto's onderdeel zijn van een serie, een beoordeling van elke afbeelding afzonderlijk achterwege kan blijven. Soms beroept het Hof zich expliciet op dat uitgangspunt. Ik noem de nummers 8.2/8.6, 13.1 en 13.4 g en f ("totaalbeeld").<sup>(64)</sup> In andere gevallen kan het uitgangspunt impliciet een rol hebben gespeeld.

120. Het uitgangspunt van het Hof past bij de door minister Sorgdrager ontwikkelde (maar achterhaalde) gedachtegang. Als de wijze van totstandkoming (wel of geen seksuele exploitatie) bepalend is voor de vraag of sprake is van kinderporno, dan mag, als eenmaal is vastgesteld dat één foto van een serie kinderporno oplevert, ervan uitgegaan worden dat de andere foto's van die serie op dezelfde wijze tot stand zijn gekomen. In een benadering waarin de objectieve kenmerken van de afbeelding bepalend zijn, past het uitgangspunt van het Hof evenwel minder goed. Dan immers moet elke afbeelding op haar eigen merites worden beoordeeld.

121. Nu meen ik niet dat de onderlinge samenhang die foto's kunnen vertonen, van geen enkele betekenis kan zijn. Door die samenhang kunnen foto's een betekenis krijgen die zij afzonderlijk beschouwd missen. Bij wijze van voorbeeld noem ik de door het Hof onder nummer 14 A genoemde series met "striptease" foto's die telkens uitmonden in seksueel uitdagende houdingen. Hier zou het kunnen zijn dat de foto's samen de afbeelding vormen van een breed uitgesponnen exhibitionistische gedraging. Ik merk daarbij op dat het hier gaat om een inhoudelijke samenhang, niet om een samenhang die slechts berust op de wijze van totstandkoming. Het enkele feit dat de foto's op dezelfde tijd en plaats zijn genomen en dat daarop telkens dezelfde personen staan afgebeeld, is mijns inziens onvoldoende om van een relevante inhoudelijke samenhang te kunnen spreken. Richtinggevend zou mijns inziens moeten zijn of de afbeeldingen kennelijk bestemd zijn om als één geheel te worden verspreid of tentoongesteld. Dat zal al snel aangenomen kunnen worden in gevallen waarin van de foto's een collage is gemaakt of waarin de foto's als één geheel op een internetsite zijn geplaatst. Bij foto's die in het archief van een fotograaf worden aangetroffen, ligt dat anders. Dan zal het bestaan van een kennelijke samenhang op grond van inhoudelijke kenmerken aangetoond moeten worden.

122. Het uitgangspunt van het Hof getuigt mijns inziens derhalve van een onjuiste rechtsopvatting. In elk geval geldt dat het oordeel van het Hof dat de foto's geen afzonderlijke beoordeling behoeven nu zij deel uitmaken van een serie, niet zonder meer begrijpelijk is aangezien het Hof niet heeft aangegeven dat en waarom de foto's inhoudelijk gezien een samenhangend geheel vormen.

123. Voor zover het middel daarover klaagt, slaagt het.

#### 16 Bespreking van het vierde middel

124. Het vierde middel klaagt dat onbegrijpelijk is dat het Hof het fotomateriaal met nummers 13.6 en 17 heeft onttrokken aan het verkeer, althans dat het Hof zijn beslissing in zoverre onvoldoende heeft

gemotiveerd.

125. In de toelichting op het middel wordt ten eerste geklaagd dat, gelet op het verhandelde ter terechtzitting, 's Hofs oordeel dat de op het fotomateriaal met nummer 13.6 afgebeelde jongen de leeftijd van 18 jaren kennelijk nog niet heeft bereikt, onbegrijpelijk is.

126. Het proces-verbaal van de behandeling in raadkamer van het Hof van 21 november 2007 houdt, voor zover voor de beoordeling van het middel relevant, in:

"De voorzitter houdt voor de inhoud van envelop 13.6, te weten een serie van 8 kleurendia's, gesplitst in 13.6.a (4 kleurendia's) en 13.6.b (4 kleurendia's), betreffende telkens een jongen in de leeftijd van 17-18 jaar, van wie het geslachtsdeel zichtbaar is.

Klager verklaart, zakelijk weergegeven:

Deze jongen lijkt mij 18 jaar te zijn, maar hij kan ook 16 jaar zijn.

De advocaat-generaal stelt zich op het standpunt dat van dit materiaal moeilijk is te zeggen of de jongen de leeftijd van 18 jaar kennelijk nog niet heeft bereikt, zodat zij klager het voordeel van de twijfel geeft.

De advocaat stelt zich op het standpunt dat bij dit materiaal geen sprake is van seksuele gedragingen in de zin van 240b Sr en dus niet van kinderporno".

127. Het Hof heeft zijn beslissing dat het fotomateriaal met nummer 13.6 vatbaar is voor onttrekking gemotiveerd op de wijze als hiervoor onder punt 9 weergegeven.

128. In zijn arrest van 18 november 2008, LJN BF0170 overwoog de Hoge Raad onder meer (omtrent de destijds van toepassing zijnde leeftijdsgrens van zestien jaar; gewijzigd bij Wet van 13 juli 2002, Stb. 2002, 388):

"2.6. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 7 december 2004, LJN AQ8936, NJ 2006, 62, met betrekking tot de reikwijdte van het delictsbestanddeel "kennelijk de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt" het volgende overwogen:

"Naar de tekst en de strekking van deze bepaling gaat het er (...) om of gelet op de afbeelding het kind er jonger dan zestien jaar uitziet."

Daarmee is met betrekking tot het leeftijdscriterium van art. 240b (oud) Sr tot uitdrukking gebracht dat niet hoeft te worden bewezen dat de betrokkene in werkelijkheid de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt, maar dat het voldoende - en dan ook noodzakelijk - is dat aan de hand van de uit de afbeelding blijkende uiterlijke lichaamskenmerken wordt bewezen dat betrokkene jonger oogt dan zestien jaar. Daarbij is niet van belang of betrokkene in werkelijkheid de leeftijd van zestien jaar al heeft bereikt."

129. In aanmerking genomen dat zowel klager als de Advocaat-Generaal bij het Hof de mogelijkheid hebben open gehouden dat de afgebeelde jongen reeds 18 jaar oud was, en ook het Hof de jongen blijkens het proces-verbaal van de zitting aanvankelijk heeft aangemerkt als "17-18" jaar oud en in het de bestreden beschikking niets heeft vastgesteld omtrent de uiterlijke lichaamskenmerken van deze jongen, is het middel, hoewel de raadvrouw van klager op dit punt geen specifiek verweer heeft gevoerd, in zoverre terecht voorgesteld.

130. Voorts wordt in de toelichting op het middel geklaagd dat het Hof zijn oordeel dat de op het fotomateriaal met nr. 17 afgebeelde jongens kennelijk de leeftijd van achttien nog niet hebben bereikt, gelet op het door de raadvrouw van klager gevoerde verweer dat het foto's uit 1937 betreffen en dat jongens uit die tijd er jonger uitzien dan hun leeftijdgenoten van vandaag, onvoldoende heeft gemotiveerd.

131. Het proces-verbaal van de behandeling in raadkamer van 21 november 2007 houdt met betrekking tot bedoeld fotomateriaal voor zover hier van belang het volgende in:

"De voorzitter houdt voor de inhoud van envelop 32, te weten drie collages/platen, onderverdeeld in:  
\* Een collage met 30 zwartwit dan wel sepia foto's, betreffende telkens twee jongens van 16-17 jaar; de foto's bevatten seksuele gedragingen, bijvoorbeeld het pijpen van een jongen; (...)

Klager verklaart, zakelijk weergegeven:

De collage met 30 foto's bevat inderdaad expliciete seksueel getinte foto's. De foto's zijn uit 1937. Deze jongens waren ouder dan 18 jaar, ik schat 18-19 jaar. Ik heb de foto's gevonden in een antiekwinkel in New Jersey (VS)."

132. Het Hof heeft zijn beslissing met betrekking tot het fotomateriaal onder nummer 17 gemotiveerd zoals onder punt 9 is weergegeven. Het Hof heeft daarbij niet alleen gesteld dat het de leeftijd van zeker een van de twee jongens duidelijk beneden de 18 schat, maar ook overwogen:

"Wat betreft de fotocollage nr. 17, heeft het hof kennis genomen van de stelling van beslagene dat het hier fotomateriaal uit de jaren '30 zou betreffen, en dat personen van 18 jaar en ouder indertijd een jeugdiger uitstraling zouden hebben dan de 18-jarigen van heden. Desalniettemin acht het hof de getoonde jongens dermate jeugdig dat het oordeel dat het hier minderjarigen heeft betroffen - niettegenstaande de stellingen van beslagene - gerechtvaardigd en voldoende betrouwbaar is. Beslagene heeft overigens beaamd dat de gedragingen een - evident - seksuele lading bezitten."

133. Voor zover het middel berust op de opvatting dat de werkelijke leeftijd bepalend is, faalt het omdat die opvatting geen steun vindt in het recht (hiervoor punt 128). Bepalend is of de afgebeelde persoon jonger oogt dan achttien jaar. Het moment van beoordeling dient daarbij mijns inziens beslissend te zijn. Dit gelet op de ratio legis (het gaat niet alleen om de bescherming van de afgebeelde jongere) en gelet op het feit dat het bij virtuele kinderporno moeilijk anders kan. Men kan de stelling in de schriftuur dan ook beter omdraaien. Als de afgebeelde jongens destijds achttien jaar oud waren, is het oordeel van het Hof dat zij er thans jeugdiger uitzien dan een achttienjarige, niet onbegrijpelijk.

134. Het middel slaagt voor zover het betrekking heeft op het oordeel van het Hof ten aanzien van het fotomateriaal onder nummer 13.6.

#### 17. Bespreking van het tweede middel

135. Het tweede middel klaagt dat onbegrijpelijk is 's Hof's beslissing dat het als kinderporno aangemerkte fotomateriaal vatbaar is voor onttrekking aan het verkeer, nu de verdachte heeft aangeboden het materiaal ter beschikking te stellen aan het IHLIA dan wel het IISG, zodat geen sprake (meer) zou zijn van ongecontroleerd bezit in de zin van artikel 36d Sr.

136. Voor zover voor de beoordeling van het middel relevant, houden in achtereenvolgens:

het proces-verbaal van de behandeling in raadkamer van 5 april 2006:

"Klager deelt desgevraagd mede dat hij het deel dat hij wenst terug te ontvangen voor wetenschappelijk onderzoek zal overhandigen aan Homodok-LAA en/of aan Amerikaanse universiteiten. Ter toelichting overhandigt klager kopieën van een brief van 12 februari 2003 van prof. Dr. Albert K. Boekhorst, voorzitter van Ihlia, een brief van van 27 oktober 2003 van Vern L. Bullough, Ph.D., R.N., oprichter van het Center for Sex Research at California State University, een brief van William A. Percy III, werkzaam bij University of Massachusetts Boston en een brief van 2 november 2003 van Thomas Waugh PhD., werkzaam als "professor film studies" bij de Concordia University in Montreal.

De advocaat van klager licht toe:

Klager is een bekende wetenschapper. Als zijn collectie zou worden vernietigd, zou dat als een verlies worden gezien voor de wetenschap."

de tussenbeschikking van 2 juli 2007:

"In het vigerende artikel 240b Sr. is geen uitsluiting van strafbaarheid opgenomen voor voorwerpen

die een historisch of wetenschappelijk belang dienen, dan wel als kunstvoorwerp moeten worden beschouwd.

Een dergelijk predikaat zal dan ook niet, althans niet primair ten grondslag kunnen worden gelegd aan 's hofs oordeel omtrent de verboden aard van het beeldmateriaal. Doch overeenkomstig de opmerkingen van de Minister van Justitie in zijn door de raadvrouw genoemde brief aan de Tweede Kamer zal het hof trachten in samenspraak met partijen en tevens het oog houdend op de belangen die met de voorheen geldende wetenschappelijke of kunsthistorische uitzonderingsbepaling werden gediend te geraken tot een passende en maatschappelijk aanvaardbare oplossing voor het gevaar van het ongecontroleerde bezit van dergelijk beeldmateriaal."

en de het proces-verbaal van de behandeling van 21 november 2007:

"Voorts merkt de advocaat op, zakelijk weergegeven:

Ik was blij met de opmerking op pagina 5 van de tussenbeschikking ex artikel 552a Sv, dat het hof zal trachten, in samenspraak met partijen en tevens het oog houdend op de belangen die met de voorheen geldende wetenschappelijke of kunsthistorische uitzonderingsbepaling werden gediend, te geraken tot een passende en maatschappelijk aanvaardbare oplossing voor het gevaar van het ongecontroleerde bezit van dergelijk beeldmateriaal. Ik beschik over een bereidverklaring van Stichting Internationaal Homo/Lesbisch Informatiecentrum en Archief (IHLIA). Deze stichting heeft zich bereid verklaard het materiaal in bewaring te nemen en het vervolgens onder te brengen bij het Internationaal Instituut voor Sociale Geschiedenis (IISG) in Amsterdam, onderdeel van de Koninklijke Akademie van Wetenschappen (KNAW). Ik beschik over een brief dat het KNAW het materiaal accepteert. Het standpunt van mijn cliënt zal zijn dat een deel van het A-materiaal geen seksuele gedragingen bevat en dat hij dit materiaal terug wil hebben, en voorts dat een deel van het A-materiaal wel seksuele gedragingen bevat en dat dit materiaal van wetenschappelijk belang is en bij IHLIA ondergebracht kan worden.

De advocaat legt over een verklaring van de directeur van IHLIA-Homodok van 14 november 2007, inzake mogelijke bewaarstelling van het eventueel door het Gerechtshof Amsterdam aan [belanghebbende] terug te geven materiaal. Voorts legt zij over uitdraaien van internetwebsites met betrekking tot het IISG. De advocaat-generaal legt een uitdraai van een internetwebsite met betrekking tot IHLIA aan het hof over, Het hof zal voornoemde stukken toevoegen aan het dossier en de inhoud daarvan geldt als hier ingevoegd. (...)

Op een vraag van de oudste raadsheer, betreffende het risico van het verspreiden van het materiaal onder onbevoegden indien dit aan IHLIA wordt gegeven, antwoordt de advocaat van klager, zakelijk weergegeven:

IHLIA is een instituut dat reeds lang bestaat en serieus is. Het IISG is een wereldberoemd instituut. Het gaat hier om een serieuze mogelijkheid om het materiaal op dusdanige wijze te bewaren dat er geen risico is voor verspreiding en kennisgeving aan onbevoegden van het materiaal.

Ik stel mij op het standpunt dat al het materiaal waarvan klager zegt dat het seksuele gedragingen bevat en van wetenschappelijk belang is, aan IHLIA in bewaring moet worden gegeven. Indien het hof zich op het standpunt zou stellen dat het IISG zelf als bewaarder optreedt, zou IHLIA het materiaal kunnen schenken aan het IISG. In ieder geval zijn IHLIA en het IISG bereid garanties te geven.

De jongste raadsheer vraagt de advocaat of IHLIA een overeenkomst heeft met IISG met betrekking tot het bewaren van het materiaal. De advocaat deelt mede, zakelijk weergegeven:

Ik heb begrepen dat het materiaal fysiek zou worden ondergebracht bij het IISG. Ik heb contact gehad met de directeur van IHLIA en hij is bereid hetzij schriftelijk, hetzij mondeling hieromtrent meer informatie te verschaffen. Klager vertelt mij dat IHLIA haar materiaal heeft ondergebracht bij de openbare bibliotheek van Amsterdam en dat het materiaal dat niet publiekelijk toegankelijk is, is ondergebracht bij het IISG, omdat dit instituut daarvoor de faciliteiten heeft.

De voorzitter merkt ten aanzien van enveloppen 5 en 7 op dat het hier dezelfde beelden betreft, te weten een vijftal films waarvan twee films beelden bevatten van masturberende jongens.

Op de vraag van de voorzitter of het standpunt van de verdediging is dat dit materiaal in zijn geheel

naar IHLIA gaat. antwoordt klager bevestigend. (...)

De oudste raadsheer vraagt aan de advocaat of het standpunt van klager is dat over het materiaal, als het wordt geschonken aan IHLIA/IISCI. inhoudelijk niet meer gesproken hoeft te worden.

De advocaat antwoordt, zakelijk weergegeven:

Ja, inderdaad. Dat geldt voor al het materiaal waarvan mijn cliënt zegt dat hij het niet terug hoeft en dat het naar IHLIA mag. Van dat materiaal is het dan niet meer relevant de inhoud te bekijken. (...)

De voorzitter houdt voor de inhoud van envelop 8.7 (...)

Klager verklaart, zakelijk weergegeven: (...)

Al het onder 8.7 genoemde materiaal mag in zijn geheel naar IHLIA. (...)

De voorzitter houdt voor de inhoud van envelop 13.1(...)

Klager verklaart, zakelijk weergegeven: (...)

Ik hoef dit materiaal niet terug te hebben; het mag naar IHLIA. (...)

De voorzitter houdt voor de inhoud van envelop 13.8 (...)

Klager verklaart, zakelijk weergegeven: (...)

Als het hof dit materiaal aanmerkt als kinderporno, wil ik dat het aan IHLIA gegeven wordt. (...)

De voorzitter houdt voor de inhoud van envelop 13.10 (...)

Klager verklaart, zakelijk weergegeven:

De negatieven genoemd onder 13.10.a en 13.10.b betreffen kinderporno; dit materiaal mag naar IHLIA. Het negatief genoemd onder 13.10.c is geen kinderporno, maar dit mag ook naar IHLIA. (...)

De oudste raadsheer merkt op, zakelijk weergegeven:

Het standpunt van de verdediging is dat het voor wetenschappelijke instituten interessant is de collectie van klager te hebben. Klager zegt dat de afbeeldingen met kinderporno naar het IHLIA mogen, maar dat hij de rest terug wil hebben. Ik vraag me af of, als u zegt dat het interessant is voor die instituten om de héle collectie te hebben, het dan nog wel interessant is als het maar om een deel van de collectie zou gaan.

Klager verklaart, zakelijk weergegeven:

Uiteindelijk zou alles in het bezit van de wetenschappelijke instituten komen, namelijk na mijn overlijden.

De advocaat verklaart voorts, zakelijk weergegeven:

Klager staat zelf midden in de wetenschappelijke wereld. Een deel van de collectie zou dan bij hem te raadplegen zijn en een deel bij IHLIA. Ik zou het betreuren als een deel van het materiaal verloren zou gaan en niet meer toegankelijk zou zijn. Voorheen was de collectie gewoon bij hem en was toegankelijk voor wetenschappers. In dat opzicht zou datgene wat bij IHLIA/IISG komt, wel degelijk zinvol zijn.

Een praktisch probleem kan zijn hoe groot de garantie is dat het materiaal dat aan IHLIA/IISG wordt gegeven, daar altijd achter slot en grendel blijft. Ik wil me ervoor inspannen daaromtrent nadere garanties van IHLIA te krijgen.

Klager verklaart, zakelijk weergegeven: (...)

De jongste raadsheer vraagt mij wat de verhouding is tussen IHLIA en het IISG en of het zo is dat

IHLIA het materiaal voor het instituut bewaart.

Omdat IHLIA zijn hoofdkwartier heeft in de openbare bibliotheek Amsterdam, hebben ze het meeste van hun materiaal daar. Maar hun archiefmateriaal is opgeslagen bij het IISG. Van andere banden tussen beide weet ik niets. Ik ben met IHLIA overeengekomen dat mijn collectie daarheen gaat. Ik heb verder geen zakelijke contacten met IHLIA, zoals een bestuursfunctie of iets dergelijks. (...)

De advocaat-generaal verklaart, zakelijk weergegeven: (...)

Wat betreft de vraag of dit materiaal naar IHLIA zou dienen te gaan, ben ik van mening dat het hof die keuze niet heeft, Het hof dient het materiaal ofwel te onttrekken aan het verkeer, ofwel terug te geven aan klager. De exceptie inhoudende dat niet strafbaar is degene die een dergelijke afbeelding in voorraad heeft waarvan vaststaat dat hij deze voor een wetenschappelijk, educatief of therapeutisch doel gebruikt, is maar heel korte tijd in de wet opgenomen geweest en gold niet ten tijde van de inbeslagname van het materiaal. Derhalve kan klager zich niet op deze exceptie beroepen.

Bovendien moeten mogelijke uitzonderingsbepalingen heel beperkt worden opgevat. Bovengenoemde exceptie gold voor bestaande collecties, die moesten zijn aangemeld bij en beoordeeld door de officier van justitie. Dan werd al dan niet toestemming gegeven om ze te bewaren. Dit geeft aan dat mogelijke uitzonderingsbepalingen beperkt dienen te worden opgevat. Er is geen controle op het uitoefenen van een dergelijke exceptie. Als een collectie dan bewaard werd, werd vastgesteld voor welke periode de collectie werd gebruikt en wie binnen de Organisatie onder zeer strenge regels de bevoegdheid had daarvan gebruik te maken. Hier wordt door de verdediging verzocht zonder verdere voorwaarden de collectie van klager in handen te stellen van een stichting, maar door de overheid kan hierop geen enkele controle worden uitgeoefend. IHLIA zou niet voor het beheer van een dergelijke collectie in aanmerking moeten komen. Mensen met een homoseksuele geaardheid zijn hele andere mensen dan mensen met een pedoseksuele geaardheid. [Betrokkene 1] zei in zijn verklaring op de raadkamerzitting van 21 mei 2007 dat pedoseksueel materiaal vaak vernietigd wordt. (...)

De advocaat van klager verklaart, zakelijk weergegeven:

Wij beroepen ons met op een exceptie, maar op de brief van de Minister van Justitie die ook geciteerd wordt op p. 5 van de tussenbeschikkingen van 2 juli 2007, waarin staat dat kinderporno niet strafbaar is indien het een wetenschappelijk belang dient. Er is dus enige ruimte voor het gebruik van wetenschappelijke, educatieve en therapeutische doeleinden. Er is dus ook nog ruimte voor deze collectie, ook om te voorkomen dat het materiaal verder verspreid wordt."

137. Voor zover voor de beoordeling van het middel relevant, houdt de bestreden beschikking in: "Beslagene heeft verzocht het fotomateriaal dat door het hof als kinderporno wordt aangemerkt onder te brengen in het archief van een wetenschappelijke instelling, zodat het materiaal beschikbaar blijft voor wetenschappelijk onderzoek.

Het hof is voorbij moeten gaan aan de vraag of enig historisch, wetenschappelijk of cultureel belang is gediend met het behoud van het inbeslaggenomen beeldmateriaal. Zoals overwogen bij beschikking van 2 juli 2007 is in het vigerende en door het hof toegepaste artikel 240b Sr dienaangaande geen uitzonderingsbepaling opgenomen. Gelet op het ter zitting door de advocaat-generaal ingenomen standpunt, te weten een verzet tegen iedere beslissing waarbij als kinderpornografisch aangemerkt materiaal in bewaring wordt gesteld van wetenschappelijke instellingen als Stichting Internationaal Homo/Lesbisch Informatiecentrum en Archief (IHLIA) en het Internationaal Instituut voor Sociale Geschiedenis (IISG), vindt het hof in de toepasselijke wettelijke regeling geen aanknopingspunten om het verzoek van beslagene te honoreren. Zonder de instemming van het openbaar ministerie laat een dergelijke oplossing zich in praktische zin niet goed denken."

138. Zoals onder punt 56 reeds bleek vond de schrapping van de in het tweede lid van art. 240b Sr vervatte exceptie haar grond in het misbruik dat daarvan zou kunnen worden gemaakt. Om dat misbruik tegen te gaan werd aanvankelijk een systeem van verlofverlening voorgesteld.(65) Uiteindelijk werd vanwege de vele praktische bezwaren die aan dit voorstel kleefden, gekozen voor de schrapping van de exceptie. Daarbij was de gedachte uitdrukkelijk dat aan een bijzondere exceptie geen behoefte bestond omdat de "algemene strafuitsluitingsgrond" dan wel het "ongeschreven recht" in voorkomende gevallen in straffeloosheid zouden voorzien.(66)

139. Gelet op deze wetsgeschiedenis komt de afwijzing van het Hof van de namens de klager aangedragen mogelijkheid om de collectie van betrokkene bij een gerenommeerd instituut onder te brengen mij niet zonder meer begrijpelijk voor. Naar mijn mening had het Hof niet voorbij mogen gaan aan de vraag of met de instandhouding van de collectie een voldoende zwaarwegend historisch, wetenschappelijk of cultureel belang is gediend. Ingeval van een bevestigend antwoord had het op de weg van het Hof gelegen om te onderzoeken of er ingeval van onderbrenging bij één van de bedoelde instituten voldoende garanties bestonden tegen misbruik van het materiaal.

140. Onbegrijpelijk vind ik voorts dat het Hof het antwoord op de vraag of in dit geval het gecontroleerde bezit van de inbeslaggenomen collectie in overeenstemming is met het recht, afhankelijk heeft gemaakt van de opstelling van het OM. Het komt mij voor dat het OM zich heeft te voegen naar het oordeel dat de rechter daarover geeft.

141. Het middel slaagt.

#### 18. Afsluiting

142. Het eerste, derde en vierde middel slagen gedeeltelijk. Het tweede middel slaagt in zijn geheel. Hoewel de Hoge Raad, als hij mijn oordeel ten aanzien van het tweede middel volgt, zich op grond van doelmatigheidsoverwegingen tot de bespreking van dat middel zou kunnen beperken, komt een bespreking van de andere middelen mij desalniettemin gewenst voor. Dit zowel met het oog op de verdere afhandeling van de zaak als met het oog op het belang van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling.

143. Gronden waarop de Hoge Raad gebruik zou moeten maken van zijn bevoegdheid de bestreden uitspraak ambtshalve te vernietigen, heb ik niet aangetroffen.

144. De gegrondheid van de middelen zal moeten leiden tot vernietiging van de bestreden beschikking. Hoewel het cassatieberoep onbeperkt is ingesteld, meen ik dat de vernietiging zich zou kunnen beperken tot de beslissing die het Hof heeft gegeven met betrekking tot het in de matrix genoemde materiaal (dat is het A-materiaal waarover de partijen het niet eens waren) en dan alleen voor zover het Hof dat materiaal heeft onttrokken aan het verkeer.

145. Ik merk daarbij nog het volgende op. Ik heb in de matrix tevergeefs gespeurd naar de filmrol en de videocassette waarvan in de hiervoor onder punt 114 weergegeven overweging sprake is. Raadpleging van het proces-verbaal van de behandeling in raadkamer van 21 november 2007 (p. 3/4) leert dat met de filmrol en de videocassette waarschijnlijk bedoeld wordt op de inhoud van de enveloppen 5 en 7 (de matrix begint met 8.1). Het proces-verbaal noch de bestreden beschikking maken duidelijk of de inhoud van die enveloppen behoren tot het materiaal (hoofdzakelijk "dia's") ten aanzien waarvan het Hof de beslissing heeft aangehouden.(67) Onder die omstandigheden moet denk ik worden vastgehouden aan de tekst van de beschikking en dus worden aangenomen dat ten aanzien van de filmrol en de videocassette door het Hof geen beslissing is gegeven. Ik merk daarbij op dat mogelijk ook de klager daarvan is uitgegaan (vergelijk noot 62).

146. Deze conclusie strekt tot vernietiging van de bestreden beschikking, doch alleen voor zover het daarbij gaat om de beslissing tot onttrekking aan het verkeer van het A-materiaal dat is vermeld in de door het Hof opgestelde matrix en voorts tot zodanige beslissing met betrekking tot terugwijzing of verwijzing als de Hoge Raad gepast zal voorkomen.

De Procureur-Generaal  
bij de Hoge Raad der Nederlanden

AG

1 Ik merk daarbij op dat de akte van cassatie niet inhoudt dat het cassatieberoep zich mede keert

- tegen de gegeven tussenbeschikking. Doorslaggevend zou ik dat overigens niet willen achten, nu de eindbeschikking op de tussenbeschikking voortbouwt.
- 2 De wijzigingen van art. 240b Sr die het gevolg waren van de Wet van 5 februari 2004, Stb. 50 en de Wet van 12 juni 2009, Stb. 245, zijn hier niet relevant. De eerstgenoemde wet bracht een vernummering van het toenmalige derde lid tot tweede lid en de laatstgenoemde wet verhoogde de in het tweede lid opgenomen strafbedreiging.
- 3 Volledigheidshalve zij nog vermeld dat het Hof aan een deel van het materiaal nog niet is toegekomen. De beslissing over dat afgesplitste deel werd door het Hof aangehouden.
- 4 Kamerstukken II, 1994-1995, 23 682, nr. 5, p. 6 ev.
- 5 Handelingen II, 6 april 1995, nr. 67 p. 4005-4006.
- 6 Handelingen I, 7 november 1995, nr. 5 p. 143 ev.
- 7 Zie hierna, paragraaf 12.
- 8 In de annotatie van 't Hart onder de desbetreffende beschikking werd de toon reeds gezet.
- 9 Overigens ligt in het woord "kennelijk" een zekere objectivering besloten. Het gaat erom wat de ingenomen houding uitdrukt, niet wat het afgebeelde kind beoogt uit te drukken. Die abstrahering van de persoonlijke motieven van het kind is van belang omdat het in de porno-industrie doorgaans om geënceneerde poses gaat (en dus niet om houdingen die uitdrukking geven aan wat het kind zelf bezielt).
- 10 Voor alle duidelijkheid merk ik op dat ook met deze omschrijving niet wordt beoogd een allesomvattende definitie te geven. Het gaat om de beschrijving van een gedraging die (uitgaande van het door de Hoge Raad in de bedoelde beschikking gegeven oordeel) in elk geval als een seksuele gedraging moet worden aangemerkt. Of bijvoorbeeld het door een meisje exposeren van (alleen) haar ontblote borsten óók als een seksuele gedraging moet worden aangemerkt, laat de omschrijving dus in het midden. De omschrijving laat ook in het midden of zeer jonge kinderen zich seksueel kunnen gedragen. Vergelijk hierna, punt 59 en 60.
- 11 Kamerstukken II 1984-1985, 15836, nr 17.
- 12 Het amendement werd na de Derde nota van wijziging aangepast. Zie Kamerstukken II 1984-1985, 15836, nrs 13 en 19.
- 13 Handelingen II, 18 oktober 1984, pp. 710, 713 en 714; Handelingen II, 25 oktober 1984, p. 922.
- 14 Handelingen II, 25 oktober 1985, pp. 922, 924 en 930. Handelingen I, 2 juli 1985, p. 1445.
- 15 Handelingen II, 25 oktober 1985, p. 924.
- 16 Handelingen I, 2 juli 1985, p. 1445.
- 17 Handelingen II, 25 oktober 1985, p. 930. Kamerstukken I 1984-1985, 15836, nr. 61b (MvA), p. 5. Handelingen I, 2 juli 1985, p. 1451.
- 18 Handelingen I, 2 juli 1985, pp. 1446 en 1451.
- 19 Aanvankelijk wees de Minister strafbaarstelling af omdat de bestaande helingsbepalingen voldoende soelaas zouden bieden. Zie hierover J.L. van der Neut, 'Kinderpornografie. De situatie in Nederland', DD 2000, p. 119 e.v.
- 20 Zie naast HR 6 maart 1990, NJ 1990, 667 ook HR 4 december 1990, NJ 1991, 312.
- 21 Als dergelijke gedragingen onder dwang worden verricht, is sprake van het misdrijf van art. 284 Sr. Als sprake is van manipulatie is - maar dat geldt pas sinds 2002 - onder omstandigheden mogelijk sprake van het zedenmisdrijf van art. 248a Sr. In 2002 vervielen in dit artikel de woorden "met hem". Of de bedoeling daarvan ook was om ontuchtige handeling die de minderjarige met zich zelf pleegt onder het bereik van het artikel te brengen, is de vraag. Vgl. NLR, aant. 7 op art. 248a.
- 22 Kamerstukken I 1994-1995, 23682, nr. 250b (Nota naar aanleiding van het Verslag), p. 3.
- 23 Handelingen II, 6 april 1995, p. 4006. Handelingen I, 2 juli 1985, p. 151.
- 24 Handelingen II, 6 april 1995, p. 4007.
- 25 Zie voor de redenen hiervoor de MvT, Kamerstukken II 2008-2009, 31808 (R1872), nr 3, p. 12/13.
- 26 Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr 3 (MvT), p. 5.
- 27 Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr 3 (MvT), p. 4.
- 28 Idem. In een later stadium werd ook een beroep gedaan op het ontwerp-kaderbesluit. Zie de Nota naar aanleiding van het Verslag (Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr 6), p. 8.
- 29 Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr 6, p. 8. Vergelijkbare passages zijn te vinden op p. 9, p. 15 en p. 16. Zie ook o.m. de MvA (EK), Kamerstukken I 2001-2002, 27745, nr 299b, p. 7 e.v.
- 30 Zie in dit verband Wouter Stol, Rik Kaspersen, Joyce Kerstens, Rutger Leukfeldt en Arno Lodder, 'Internetcriminaliteit: kinderpornografie in meervoudig perspectief', AA 2008, p. 531 e.v. De auteurs

schetsen een (bewegend) beeld van de kinderpornomarkt op internet en concluderen op p. 537 dat er in hoofdlijnen twee verschillende circuits zijn te onderscheiden: commerciële circuits met (betalende) klanten en "liefhebbers" die onderling materiaal uitwisselen. In dat laatste geval wordt onder meer gebruik gemaakt van moeilijk op te sporen P2P (peer to peer) netwerken. Bij de bestrijding van deze niet-commerciële markt zal het accent liggen op het tegengaan van een subcultuur die misbruik van kinderen in de hand werkt.

31 Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 6, p. 9.

32 Zie in het bijzonder het Voorlopig Verslag (EK), Kamerstukken I, 2001-2002, 27745, nr. 299a, p. 2 en de MvA (EK) Kamerstukken I, 2001-2002, 27745, nr. 299b, p. 3 e.v.

33 Zie het Stenografisch verslag van een wetgevingsoverleg, Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 14, p. 4 en p. 8.

34 Idem, p. 15 e.v.

35 MvA (EK) Kamerstukken I, 2001-2002, 27745, nr. 299b, p. 2/3; Handelingen I, 2 juli 2002, p. 1700.

36 Zie de Nota naar aanleiding van het Verslag (Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 6), p. 9 en p. 14.

37 Kritisch daarover P.C. Bogert, 'De juiste beslissing of een gemiste kans?', DD 2003, p. 9 e.v.

38 Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 12.

39 Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 14, pp. 4, 14 en 20.

40 Vgl. J. Schuijjer, 'Schietsen op een bewegend doel: de nieuwe kinderpornowet, DD 1997, p. 443 e.v. Schuijjer signaleert op p. 450 e.v. dat al vanaf eind 1996 de stemming in de Tweede Kamer begon om te slaan.

41 Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 6, p. 11.

42 Idem.

43 Wouter Stol, Rik Kaspersen, Joyce Kerstens, Rutger Leukfeldt en Arno Lodder, t.a.p., p. 537, spreken van self victimization en signaleren dat dit een in 2007 manifest geworden nieuwe ontwikkeling is.

44 Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 6, p. 17. Vgl. de MvT (Kamerstukken II 2000-2001, 27745, nr. 3), p. 6.

45 Kamerstukken II 2008-2009, 31808 (R1872), nr. 3, p. 12.

46 Exhibitionisme is hier een etiket dat niet goed past. Kenmerkend voor dergelijk gedrag is zoals betoogd immers dat de persoon in kwestie zijn geslachtsdelen exposeert aan een (denkbeeldige) toeschouwer en wel zodanig dat daardoor een seksuele boodschap wordt afgegeven. Die (kennelijke) seksuele gerichtheid op een toeschouwer zal doorgaans ontbreken, zeker als het om een baby gaat.

47 Kamerstukken II 2001-2002, 27745, nr. 6, p. 17.

48 Bij de behandeling van de wetsvoorstellen 31808 en 31810 (goedkeuring van resp. aanpassing van de wetgeving aan het Verdrag van de Raad van Europa inzake onder meer kinderpornografie) lijkt dit eveneens het stilzwijgende uitgangspunt te zijn geweest. Een reden tot aanpassing van de delictomschrijving van art. 240b Sr zag de wetgever in de definitie uit het Verdrag kennelijk niet.

Over die definitie worden slechts spaarzaam enkele weinigzeggende opmerkingen gemaakt. De meest expliciete daarvan kwam onder punt 59 al ter sprake (Kamerstukken II 2008-2009, 31808 (R1872), nr. 3, p. 12). Zie voorts Kamerstukken II 2008-2009, 31810, nr. 3 (MvT), p. 2 - 5, alsmede nr. 7, p. 6 en Kamerstukken I 2009-2010, nr. C p. 8-9.

49 Van een exceptie is dan strikt genomen geen sprake meer. Het gaat om een factor die kan maken dat de delictomschrijving niet is vervuld.

50 De wetsgeschiedenis werd beknopt aangehaald in het reeds ter sprake gekomen HR 10 juni 2003, LJN AF6437, NJ 2003, 609 (inzoomen op strandfoto's). In het nog te bestreken HR 11 april 2006, LJN AV4193 werd uitvoerig geciteerd uit de wetsgeschiedenis. Zie voorts HR 26 september 2000, LJN AA7230, NJ 2001, 61 m.nt JdH en HR 22 maart 2005, LJN AS5874.

51 Zie in dit verband de conclusie van mijn ambtgenoot Jörg voorafgaande aan het arrest.

52 Vermeldenswaard in dit verband is dat bij de behandeling van het wetsvoorstel dat leidde tot de invoering in 1986 van art. 240b Sr aan minister Korthals-Altes de vraag werd gesteld of een foto van kinderen in bad onder de strafbepaling zou vallen. Het antwoord van de Minister was dat "een seksuele gedraging in bad misschien mogelijk is", maar dat bloot zijn naar normaal Nederlands spraakgebruik (waarvan wij moeten uitgaan) geen seksuele gedraging is (Handelingen II, 18 oktober 1984, p. 715). De laconieke reactie van de Minister vindt haar verklaring mogelijk mede in de omstandigheid dat hij

bij het begrip "seksuele gedraging" hoofdzakelijk zo niet alleen lijkt te hebben gedacht aan gevallen van seksueel misbruik, aan gedragingen dus waarbij ook een ander dan het kind was betrokken (zie hiervoor, punt 43). Dat neemt niet weg dat er goede argumenten moeten zijn om een foto van kinderen in bad als een afbeelding van een seksuele gedraging aan te merken. Dat de foto niet geschikt is voor het familiealbum is mijns inziens niet zo'n argument. Enigszins anders R.S.B. Kool, 'Knelpunten rondom kinderpornografie', DD 2005, p. 820, die in de genoemde omstandigheid een "indicatie" zag.

53 Die laatste omstandigheid werd wel door de Rechtbank meegewogen, maar niet door de Hoge Raad in aanmerking genomen. Misschien betekent dit dat de Hoge Raad de uiterlijke kenmerken van de afbeelding in beginsel bepalend acht. Dat de man de vader van het kind was zal ook niet op de afbeelding te zien zijn geweest, maar misschien suggereerde de afbeelding dat wel.

54 Zie o.m. HR 8 mei 2001, NJ 2001, 479.

55 Met ingang van 1 januari 2010 is ook strafbaar het zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een telecommunicatiedienst toegang verschaffen tot kinderporno (Wet van 26 november 2009, Stb 2009, 544, iwtr. Stb. 2009, 578).

56 Zie p. 3 e.v. van het proces-verbaal van de raadkamerbehandeling van 21 mei 2007 alsmede p. 19 van de bij die gelegenheid overgelegde pleitnota.

57 De opmerking op p. 11 van de schriftuur dat de wetenschappelijke en artistieke pretenties van verzoeker een relevante factor vormen, zou ik niet als zodanig willen beschouwen.

58 Het standaardarrest is hier EHRM 26 april 1970, NJ 1980, 146 m.nt. E.A. Alkema (Sunday Times tegen Groot-Brittanië).

59 Dat sprake is van een grote hoeveelheid materiaal ontslaat de rechter niet van zijn motiveringsplicht. Hij zal ten minste aan moeten geven welke criteria hij bij de beoordeling van het materiaal heeft gehanteerd. Vgl. HR 1 juli 2008, LJN BC8645, NJ 2008, 454.

60 Ik noem nr. 8.10 niet omdat hier wellicht gezegd kan worden dat het proces-verbaal van de behandeling in raadkamer de nodige duidelijkheid verschaft. Zie punt 91.

61 Deze benadering is ook ingegeven door enige pragmatiek. Het is in de eerste plaats lastig om in cassatie uit te maken wat het materiaal is waarvan de motivering wel of niet door de beugel kan. Van de elf foto's bijvoorbeeld die onder nummer 8.2 door het Hof als kinderporno zijn aangemerkt, laat "een aantal" volgens het Hof een seksueel uitdagende pose zien. Welke van de elf foto's zijn dat? En welke van de vele series waarvan onder de nummers 13.9 en 14 A sprake is, bevatten afbeeldingen van seksueel uitdagende poses? Zie in dit verband overigens ook de bespreking van het derde middel. In de tweede plaats heeft meegewogen dat het tweede, derde en het vierde middel naar mijn oordeel (gedeeltelijk) gegrond zijn, zodat - als de Hoge Raad mij daarin volgt - aan vernietiging van de beschikking niet valt te ontkomen.

62 In (de toelichting op) het middel wordt niet geklaagd over de mutatis mutandis-overweging die het Hof wijdt aan de filmrol en de videocassette. De verklaring daarvoor kan zijn dat de steller van het middel van oordeel is dat het Hof over dat materiaal (nog) geen beslissing heeft gegeven. Vergelijk hierna, punt 145. Ik meen mij daarom niet te hoeven uitlaten over de begrijpelijkheid van 's Hof's overweging met betrekking tot de filmrol en de videocassette.

63 Dat lijkt niet te gelden voor nummer 13.4f, maar wellicht bedoelt de steller van het middel nummer 13.4 g en f.

64 Ten aanzien van nummer 8.7.h wordt de samenhang (met een andere foto) eveneens van betekenis geacht. Daarover klaagt het middel echter niet.

65 Zie het amendement van de leden Barth en Pater-Van der Meer van 14 maart 2002. Kamerstukken II, 2001-2002, 27745, nr. 8.

66 Zie naast de in de schriftuur genoemde brief van de minister van Justitie van 21 maart 2002 (Kamerstukken II, 2001-2002, 27745, nr. 15, p.1) ook onder meer de motivering van het nieuwe amendement Barth-Van der Meer (Kamerstukken II, 2001-2002, 27745, nr. 12) en het oordeel van de Minister tijdens het wetgevingsoverleg (Kamerstukken II, 2001-2002, 27745, nr. 14, p. 24) dat "voor die situatie de algemene strafuitsluitingsgrond bestaat".

67 De inhoud van de (omstreden A-materiaal bevattende) enveloppen 23-29 is als ik het goed zie niet op 21 november 2007 behandeld, dit in tegenstelling tot de inhoud van de enveloppen 5 en 7.