



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Virtuele Kinderpornografie als behandelinstrument in de forensische psychiatrie: een Catch-22: verkenning van de gedragskundige en juridische mogelijkheden

Faassen, J.N.; Reef, J.; Wolf, M.J.F. van der; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; ... ; Voorde, J. ten

Citation

Faassen, J. N., Reef, J., & Wolf, M. J. F. van der. (2021). Virtuele Kinderpornografie als behandelinstrument in de forensische psychiatrie: een Catch-22: verkenning van de gedragskundige en juridische mogelijkheden. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 319-335). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464097>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464097>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

VIRTUELE KINDERPORNOGRAFIE ALS BEHANDELINSTRUMENT IN DE FORENSISCHE PSYCHIATRIE: EEN CATCH-22

Verkenning van de gedragskundige en juridische mogelijkheden

Zef Faassen, Joni Reef & Michiel van der Wolf

1 INLEIDING

De betekenis van ‘zeden’ is volgens Van Dale: ‘heersende opvatting over wat je wel en niet hoort te doen, met name op seksueel gebied’. En omdat wat heerst – hebben we recent ook op andere wijze aan den lijve ondervonden – nogal grillig is, is de titel ‘Misdriften tegen de zeden’ één van de meest gewijzigde uit het Wetboek van Strafrecht. Geregeld wordt de strafbaarheid van seksuele gedragingen aangepast, aangescherpt en recentelijk vooral aangevuld. Dat heeft uiteraard ten dele met technologische ontwikkelingen te maken, die allerlei nieuwe vormen van (zowel zedelijk als onzedelijk) seksueel gedrag in het leven hebben geroepen, en die ons vocabulaire recentelijk hebben verrijkt met benamingen als sexting, grooming, sextortion en wraakporno.¹ Juist omdat de overheid liever niet als zedenmeester wil worden beschouwd, zoekt de wetgever bij de bepaling welk ‘onzedelijk’ gedrag ook daadwerkelijk strafbaar te stellen niet alleen naar de juiste woorden, maar ook naar overtuigende argumenten.

Rechtswetenschappelijk gezien wordt hier het terrein betreden van de criteria voor strafbaarstelling. Dat is een terrein dat in machtskritischer tijden, vanaf de jaren 70 van de vorige eeuw in het wetenschappelijk discours veelvuldig werd betreden, ook om decriminalisering te bepleiten.² Maar sinds de wind vanaf de jaren 80 uit andere richting waait,

1 Zie bijvoorbeeld S.F.J. Smeets, ‘Zorgen om zeden’, *NTS* 2020(2), p. 95-104; J.M. ten Voorde, ‘Strafbaarstelling van nieuwe vormen van ongewenste seksuele gedragingen in Nederlandse zedenwetgeving’, in: G. van Haegenborgh e.a., *Noodtoestand in het publiekrecht. Strafbaarstelling van nieuwe vormen van ongewenste seksuele gedragingen. Schadebegroting en tijdsverloop* (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland – Preadviezen no. 2016), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 191-256.

2 Zie onder meer L.H.C. Hulsman, ‘Criteria voor strafbaarstelling’, in: E. André de la Porte, C.I. Dessaur & D. Chapman (red.), *Strafrecht te-recht? Over dekriminalisering en depenalisering*, Baarn: In den Toren 1972, p. 80-92; T.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987.

wordt het terrein op de kaart gehouden door enkelingen, waarvan Tineke Cleiren wel de aanvoester is. Ze heeft in haar werk meermalen de waarde van deze criteria onderstreept, die het wetgevingsproces zowel kunnen faciliteren als legitimeren.³ Zeker ook ten aanzien van de zedenwetgeving is de door haar geconstateerde verwaarlozing van die functies te betreuren, omdat in de geschetste onbestendigheid juist behoefte aan houvast bestaat, bijvoorbeeld via de verbinding van de criteria met sociaalwetenschappelijk onderzoek. Vaak wordt reflexmatig gegrepen – zij het met goede bedoelingen – naar ‘de bekendste’ onder de criteria: het schadebeginsel. Dit beginsel stelt kort gezegd dat gedrag enkel strafbaar mag worden gesteld indien het gedrag een ander (soms ook: de gemeenschap) schade toebrengt of kan toebrengen. Echter is het begrip ‘schade’ lang niet zo eenduidig als het lijkt.⁴ Bovendien wordt in de reflex soms de wetenschappelijke onderbouwing van de schade – die uiteraard meer tijd vraagt – achterwege gelaten, en wordt de schade simpelweg ‘geclaimd’.

Dat is bijvoorbeeld zo ten aanzien van de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie – een ‘verworvenheid’ van de technologische vooruitgang, en strafbaar sinds 2002. Het kenmerk van deze kinderpornografie is dat geen echte, maar virtueel geanimeerde kinderen in beeld komen, waardoor geen directe schade voor kinderen bestaat. Vandaar dat de *mogelijke* schade voor kinderen is onderbouwd.⁵ En dat terwijl vanuit gedragswetenschappelijke hoek juist een compleet tegengestelde claim klinkt: het kijken naar virtuele kinderpornografie zou kinderen juist beschermen, omdat het voorkomt dat bepaalde personen met een pedofiele geaardheid overgaan tot het consumeren van echte kinderporno of daadwerkelijk seksueel misbruik.⁶ Als die claim waar is, dan stellen we nu een therapie strafbaar die de veiligheid van ‘onze’ kinderen eerder ten goede komt.

Vanwege dit belang – en omdat wij ons alle drie met gedragswetenschappen bezighouden binnen de context van het strafrecht – werpen wij ons in deze bijdrage graag op als verkenner van de mogelijkheden. De nadruk zal niet liggen op het theoretische aspect van de strafbaarstelling (het schadebeginsel en de argumenten van de wetgever), maar op de vraag: het gedragswetenschappelijk bewijs in overweging nemende, wat zijn juridisch de mogelijkheden om virtuele kinderpornografie in te zetten als behandelinstrument? Eerst zullen we bespreken op welke wijze virtuele kinderpornografie strafbaar is gesteld in Nederland en wat de onderbouwing van de wetgever is. Daarna onderzoeken we in

3 C.P.M. Cleiren, ‘Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidige tijdsgewricht’, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012, p. 7-24.

4 Zie ook J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 17.

5 Zie paragraaf 2.

6 Zie paragraaf 3.

hoeverre de claims vanuit gedragskundige kant steun vinden in de wetenschap en welke mogelijkheden het gebruik van virtuele kinderpornografie biedt in de (forensische) psychiatrie. Vervolgens schetsen we hoe een behandeling juridisch mogelijk kan worden gemaakt, nu thans nog sprake is van strafbaarheid. En we eindigen deze beschouwing met een uitdaging.

2 DE STRAFBAARSTELLING VAN VIRTUELE KINDERPORNO

In 1986 wordt met het oog op de bescherming van jeugdigen kinderpornografie in beperkte vorm strafbaar gesteld, in artikel 240b Sr.⁷ In 1995 doet parlementslid Rouvoet tijdens de behandeling van het betreffende artikel een voorstel: hij wenst dat nadrukkelijk rekening wordt gehouden met ‘trucage, naar aanleiding van een rage uit Japan’.⁸ Minister Sorgdrager antwoordt dat beeldmateriaal van een niet-bestaand kind, zijnde een tekening of animatie die een seksuele gedraging levensecht nabootst, niet onder de vernieuwde bepaling valt. Gefingeerde personen behoeven volgens de minister geen bescherming.⁹ In 2002 wijkt de wetgever van dit standpunt af: de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie is na toevoeging van de zinsnede ‘of schijnbaar is betrokken’ een feit.¹⁰

Tijdens de behandeling in het parlement blijkt dat de wetgever met deze toevoeging doelt op *realistische* afbeeldingen. Tekeningen, schilderijen en computeranimaties vallen aldus de toenmalige minister niet onder het verbod, tenzij deze op het eerste gezicht niet zijn te onderscheiden van afbeeldingen van een echt kind: ‘wezenskenmerk van virtuele kinderporno is dat het niet van echt is te onderscheiden’.¹¹ In de Eerste Kamer benadrukt de minister – na kritische opmerkingen van enkele senatoren – dat een afbeelding *levensechtheid* dient uit te stralen. Cartoons en strips zouden zodoende buiten de reikwijdte van het verbod vallen.¹² Over het antwoord op de vraag of in een specifieke casus een bepaalde afbeelding valt onder het verbod, kan volgens de minister naar tijd en plaats verschillend worden gedacht: ‘het laatste woord is uiteindelijk aan de rechter’.¹³

7 Wet van 3 juli 1985 (*Stb.* 1985, 385). Het verspreiden en tentoonstellen of met het oog daarop invoeren, doorvoeren, uitvoeren of in voorraad hebben werd strafbaar. Het enkele ‘bezit’ was nog niet strafbaar.

8 *Handelingen II* 1994/95, nr. 67, p. 3991.

9 *Kamerstukken II* 1994/95, 23682, nr. 5, p. 10 (NV II).

10 Wet partiële wijziging zedelijkheidswetgeving (*Stb.* 2002, 388). In het voorstel voor de nieuwe zedenwetgeving zal virtuele kinderpornografie strafbaar worden gesteld in artikel 249 Sr, zie: Voorontwerp wetsvoorstel seksuele misdrijven (*Kamerstukken II* 2019/20, 29279, nr. 592).

11 *Kamerstukken II* 2000/01, 27745, nr. 6, p. 14 (NV II); *Kamerstukken I* 2000/01, 27745, nr. 299b, p. 2-3 en 7-9.

12 *Kamerstukken I* 2001/02, 27745, nr. 299b, p. 2 (MvA).

13 *Kamerstukken II* 2000/01, 27745, nr. 6, p. 14 (NV II). Deze rechtspraak wordt in §4 besproken.

De strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie is ingegeven door het Cybercrimeverdrag uit 2001.¹⁴ In dit verdrag komt een groot aantal staten overeen dat de wetgeving en aanpak van computercriminaliteit wordt geharmoniseerd. In dit verdrag en het daarop volgende verdrag van Lanzarote uit 2007 betreft het een optionele strafbaarstelling, maar op basis van een Europese richtlijn uit 2011 is dit optionele karakter verdwenen.¹⁵ Het Cybercrimeverdrag onderscheidde, naast de werkelijke betrokkenheid van een kind, twee categorieën ‘schijnbare’ betrokkenheid: enerzijds seksueel getinte echte beelden van een persoon die minderjarig lijkt te zijn, anderzijds realistische niet-echte beelden die een minderjarige voorstellen die betrokken is in seksueel gedrag.¹⁶ De eerste categorie bevat bijvoorbeeld een volwassen vrouw die zich voordoet als een minderjarige. Bij de tweede categorie wordt met name gedacht aan geavanceerd ‘digitaal geknutsel’: van het plakken van foto’s met hoofden van kinderen op lichamen, tot compleet geanimeerde filmpjes die realistisch lijken. Al deze categorieën vallen volgens de wetgever binnen het bereik van de Nederlandse strafbaarstelling.¹⁷

Wanneer de argumenten van de wetgever voor de strafbaarstelling worden gedestilleerd uit de wetsgeschiedenis, is duidelijk dat de grondslag voor de strafbaarstelling wordt gevonden in de *schadelijkheid* van de gedraging: ‘de verspreiding van kinderporno is schadelijk, of deze nu reëel is of virtueel. Voor een effectieve bestrijding van kinderporno is ook de strafbaarstelling van virtuele kinderporno nodig.’¹⁸ Het rechtsbelang is de bescherming van de lichamelijke integriteit van een minderjarige (tegen seksueel misbruik). Die grondslag blijkt ook uit de argumenten van de wetgever. De beschrijving daarvan in de memorie van toelichting blinkt echter niet uit in helderheid. Grofweg is een tweetal argumenten te onderscheiden: een procedureel argument en een materieel argument. Het procedurele argument luidt dat het verbod op virtuele kinderpornografie de bewijspositie van het Openbaar Ministerie versterkt: echte en virtuele kinderpornografie zouden nauwelijks van elkaar zijn te onderscheiden, waardoor het echte materiaal (danwel de betrokkenheid van een echt kind) moeilijk is op te sporen.¹⁹ Het materiële argument stelt dat het verbod dient te voorkomen dat schade ontstaat als gevolg van het in omloop brengen van beeldmateriaal dat seksueel misbruik suggereert: minderjarigen kunnen door het materiaal

14 Artikel 9 lid 2 Cybercrimeverdrag 2001. Inmiddels wordt de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie tevens geregeld in het recentere artikel 20 van het Verdrag van Lanzarote (Verdrag van 25 oktober 2007 (*Trb.* 2010, 156)) en in artikel 5 jo. artikel 2 van Richtlijn 2011/93/EU.

15 Artikel 9 lid 4 Cybercrimeverdrag 2001; artikel 20 lid 4 Verdrag van Lanzarote 2007. In de Richtlijn is de optionaliteit beperkt tot gevallen waarin ‘de persoon die op een kind lijkt, in werkelijkheid 18 jaar of ouder was’ (artikel 5 lid 7) danwel het materiaal uitsluitend voor eigen gebruik is vervaardigd (artikel 5 lid 8).

16 Artikel 9 lid 2 sub b en sub c Cybercrimeverdrag 2001.

17 Kamerstukken II 2000/01, 27745, nr. 6, p. 8 (NV II).

18 Kamerstukken II 2000/01, 27745, nr. 6, p. 15 (NV II).

19 Kamerstukken II 2000/01, 27745, nr. 3, p. 4 (MvT).

worden aangemoedigd deel te nemen aan seksueel gedrag, alsook zou het materiaal een subcultuur in stand houden die seksueel misbruik bevordert.²⁰

3 GEDRAGSKUNDIGE INZICHTEN EN MOGELIJKHEDEN

Met name het materiële argument is in het licht van deze bijdrage relevant. De wetgever stelt dat schade dient te worden voorkomen als gevolg van het *in standhouden van een subcultuur die misbruik bevordert*; de toenmalig minister vult aan dat ‘virtuele kinderporno immers het misbruik van echte kinderen realistisch beoogt weer te geven, wat *de markt voor daadwerkelijke kinderporno in stand houdt*’.²¹ De vraag is wat deze redenering precies behelst, en of zij klopt. Een mogelijke invulling is dat virtuele kinderpornografie het gebruik van echte kinderpornografie zou ‘normaliseren’ danwel legitimeren, en zo het gebruik ervan doet toenemen. Een andere, veelgehoorde redenering is dat de virtuele variant lustopwekkend zou werken en om die reden pedofielen aanzet tot daadwerkelijk seksueel misbruik.²² Deze laatste redenering is interessant. Zij is namelijk tegenstrijdig aan uitlatingen van bepaalde gedragskundigen: virtuele kinderpornografie zou juist leiden tot *minder* daadwerkelijk misbruik, omdat het een ‘alternatieve manier kan zijn voor opwindingsregulatie’.²³ Met name seksuologen Erik van Beek en Rik van Lunsen kregen voor deze stelling behoorlijk wat media-aandacht.²⁴ Zo werd Van Beek bij De Wereld Draait Door ondersteund door Peter R. de Vries, die toevoegde dat als we in Nederland geen prostitutie zouden hebben er meer zedendelicten gepleegd zouden worden.²⁵ De relevante vraag is: hoe verhouden deze claims zich tot de wetenschappelijke literatuur?²⁶

Onderzoek naar de effecten van virtuele kinderpornografie is schaars. We sluiten daarom aan bij onderzoek naar online en offline zedendelinquentie met ‘echte’ kinderen en onderzoek naar volwassen pornografie: hier is de laatste jaren wel veel onderzoek naar

20 Kamerstukken II 2000/01, 27745, nr. 3, p. 4 (MvT); Kamerstukken II 2000/01, 27745, nr. 6, p. 8-9 (NV II); *Kamerstukken I 2000/01, 27745, nr. 299b, p. 2-3 (MvA)*.

21 Kamerstukken II 2000/01, 27745, nr. 6, p. 8-9 (NV II); *Kamerstukken I 2000/01, 27745, nr. 299b, p. 2-3 (MvA)*.

22 Strikt genomen is deze redenering, in tegenstelling tot wat vaak wordt gedacht, dus niet een argument van de wetgever. Maar nogmaals: de argumentatie van de wetgever is abstract en blinkt niet uit in helderheid.

23 E. van Beek, ‘Achilleshiel van Nederland: de pedofiel uitgedaagd’, *Tijdschrift voor Seksuologie* 2012(3), p. 193-194.

24 Zie bijvoorbeeld E. Kreulen, ‘Virtuele kinderporno als remedie’, *Trouw* 29 oktober 2012; W. van de Poll, ‘Virtuele kinderporno erkent pedo als mens, mét zijn seksuele fantasieën’, *Trouw* 1 november 2012.

25 In aflevering 1 van seizoen 8 (*DWDD*), te bekijken via: npostart.nl/de-wereld-draait-door/31-10-2012/VARA_101294173.

26 De hierna weergegeven wetenschappelijke review is een samenvatting van de meer uitputtende review in het nog te verschijnen proefschrift van Zef Faassen (2021).

gedaan.²⁷ Om te beginnen: pedofilie – een terugkerende, intense seksuele aantrekkingskracht tot kinderen²⁸ – komt met name voor bij mannen.²⁹ Het is een aangeboren of tijdens het leven verworven³⁰ stoornis. Anders dan vaak wordt gedacht zijn deze mannen niet één homogene groep overtreders, die zowel online als offline actief is:³¹ de verschillen in psychologische en criminologische kenmerken zijn groot, zeker wat betreft online en offline offenders.³² Lang niet alle mannen met pedofilie plegen een seksueel misdrijf; een groot deel van de seksuele misdrijven tegen kinderen wordt zelfs begaan door niet-pedofielen.³³ Ook bestaat een grote groep online offenders die zelden overgaat tot daadwerkelijk seksueel contact met kinderen.³⁴ Bovendien is het hebben van enkel een parafilie (zoals pedofilie) niet voldoende om offline zedendelinquentie te verklaren; het tevens hebben van *antisociale gedragskenmerken* verklaart een groter deel van de offline zedendelinquentie.³⁵ Dit alles schetst dus een gevarieerd beeld, en laat zien dat *online* kinderpornografiegebruik zeker niet hoeft te betekenen dat kinderen ook *offline* worden misbruikt door degenen die het bekijken.³⁶

Wij vonden slechts één studie naar de effecten van *virtuele kinderpornografie*.³⁷ Deelnemers bleken na het bekijken van *barely legal pornography*³⁸ tijdens een *word-recognition task* sneller in het herkennen van woorden met een seksuele connotatie (deze woorden werden getoond direct na een neutrale afbeelding van een minderjarige) dan deelnemers die naar ‘normale’ volwassen pornografie keken. Gesuggereerd wordt dat virtuele kinder-

27 M.C. Seto, ‘Research on online sexual offending: what have we learned and where are we going?’, *Journal of Sexual Aggression* 2017(1), p. 104.

28 De DSM-5 spreekt van pedofilie bij kinderen tot 13 jaar oud.

29 Schattingen duiden op een bovengrens van 1% van de totale populatie; M.C. Seto, *Pedophilia and sexual offending against children. Theory, assessment, and intervention*, Washington DC: American Psychological Association 2018, p. 22-25 en 72-73.

30 Als gevolg van schade aan het brein; men spreekt dan van *acquired pedophilia*.

31 Seto 2017, p. 104.

32 Zie bijvoorbeeld E.D. Gottfried, E.K. Shier & A.L. Mulay, ‘Child Pornography and Online Sexual Solicitation’, *Current Psychiatry Reports* 2020(10), p. 1-8; K.M. Babchishin, R.K. Hanson & H. VanZuylen, ‘Online child pornography offenders are different: A meta-analysis of the characteristics of online and offline sex offenders against children’, *Archives of Sexual Behavior* 2015(1), p. 45-66.

33 Geschat wordt dat 50-65% van de seksuele misdrijven tegen kinderen wordt gepleegd door pedofielen; Seto 2018, p. 5, 13 en 68-69; M.C. Seto, ‘Is Pedophilia a Sexual Orientation?’, *Archives of Sexual Behavior* 2012(1), p. 231-236.

34 Zie bijvoorbeeld M.C. Seto, R.K. Hanson & K.M. Babchishin, ‘Contact Sexual Offending by Men With Online Sexual Offenses’, *Sexual Abuse* 2011(1), p. 124-145.

35 Seto 2018, p. 85-111 en 171-172; Gottfried, Shier & Mulay 2020; Babchishin, Hanson & VanZuylen 2015.

36 De persoon die echte kinderpornografie maakt misbruikt een kind uiteraard wel; maar we focussen hier op de vraag of online gebruik leidt tot (meer) offlinemisbruik.

37 P. Bryant & D.G. Linz, ‘The effects of exposure to virtual child pornography on viewer cognitions and attitudes toward deviant sexual behavior’, *Communication Research* 2008(1), p. 3-38.

38 De onderzoekers kozen voor *barely legal pornography* (pornografie waarin volwassen vrouwen zich voordoen als zijnde nét 18 jaar oud) vanwege de juridische en ethische belemmeringen rondom het gebruik van virtuele kinderpornografie.

pornografie – weliswaar anders gedefinieerd dan wij doen in deze bijdrage – een cognitieve associatie tussen seksualiteit en kinderen kan versterken; echter mogen aan één studie (zeker op basis van dit soort *priming*-effecten) zeker nog geen conclusies worden verbonden.

De effecten van het kijken naar pornografie op offline seksueel gedrag zijn, vanwege de juridische beperkingen, vooral onderzocht ten aanzien van *volwassen pornografie*. Bij dit onderzoek moeten echter niet alleen kanttekeningen worden geplaatst vanwege methodologische beperkingen, maar ook vanwege de agenda – progressief dan wel (religieus) conservatief – die geregeld achter dergelijk onderzoek schuilgaat. Grofweg bestaan drie typen studies naar deze relatie: 1) grote sociologische secundaire data-studies, 2) experimentele studies en 3) correlatieve studies.

De *sociologische studies* tonen vanaf de jaren '70 steevast een verband tussen de toegenomen beschikbaarheid van (kinder)pornografie – door onder andere decriminalisatie – en de afname of stabilisatie van zedendelicten, in vele landen.³⁹ Ook tonen de studies een forse toename van het aantal *online* seksuele overtredingen, die gepaard gaat met een afname van het aantal *offline* kindermisbruikzaken en gewelddadige criminaliteit.⁴⁰ Op basis van de beschikbare gegevens concludeert onderzoeker Diamond dat het aannemelijk is dat het seksueel expliciete materiaal geldt als 'vervangend materiaal': masturbatie en seksueel expliciet materiaal zouden de seksuele opwindning doen afnemen, waardoor de motivatie wordt verlaagd om seksuele delicten te begaan.⁴¹ Hoewel hoopvol voor onze verkenning, mogen de beperkingen van deze studies duidelijk zijn: ze leunen vaak op gerapporteerde criminaliteitscijfers en goed denkbaar is dat interfererende variabelen (zoals groeiende economische welvaart en/of emancipatorische ontwikkelingen zoals *women's rights movements*) een rol spelen.⁴² De *experimentele studies* kenmerken zich door een

39 Het onderzoek is uitgevoerd in onder andere Denemarken, Duitsland, Zweden, Kroatië, Tsjechië, de V.S., Japan en China; B. Kutchinsky, 'Pornography and Rape: Theory and Practice? Evidence from Crime Data in Four Countries Where Pornography is Easily Available', *International Journal of Law and Psychiatry* 1991(1-2), p. 47-64; M. Diamond, 'Pornography, Public Acceptance and Sex Related Crime: A Review', *International Journal of Law and Psychiatry* 2009(5), p. 304-314; M. Diamond, 'Corrigendum to 'Pornography, public acceptance and sex related crime: A review'', *International Journal of Law and Psychiatry* 2010(3), p. 197-199; M. Diamond, E. Jozifkova & P. Weiss, 'Pornography and sex crimes in the Czech Republic', *Archives of Sexual Behavior* 2011(5), p. 1037-1043; W.A. Fisher & A. Barak, 'Internet Pornography: A social psychological perspective on Internet sexuality', *The Journal of Sex Research* 2001(4), p. 312-323.

40 M.C. Seto, 'Chapter 4: Internet-facilitated sexual offending', in: National Criminal Justice Association, *Sex Offender Management Assessment and Planning Initiative* (online bijgewerkt: maart 2017, smart.gov/SOMAPI), p. 92; J. Wolak, D. Finkelhor & K. Mitchell, 'Child Pornography Possessors: Trends in Offender and Case Characteristics', *Sexual Abuse* 2011(1), p. 22-42; S. Mishra & M.L. Lalumière, 'Is the crime drop of the 1990s in Canada and the USA associated with a general decline in risky and health-related behaviors?', *Social Science & Medicine* 2009(1), p. 39-48. De afname blijkt zowel uit aangiften van verkrachting bij de politie als uit slachtofferssurveys.

41 Diamond 2009, p. 305-306.

42 Zie ook A.J. Bridges, 'Pornography and Sexual Assault', in: W.T. O'Donohue & P.A. Schewe (red.), *Handbook of Sexual Assault and Sexual Assault Prevention*, Cham: Springer 2019, p. 129-149.

laboratoriumsetting waarin proefpersonen (bijna altijd: Amerikaanse studenten) pornografie kijken en vervolgens hun ‘agressieve gedrag’ laten meten.⁴³ De resultaten tonen vaak een causaal verband tussen pornografie en een toename van agressie,⁴⁴ al wijzen ook studies op het tegenovergestelde effect.⁴⁵ Er wordt echter sterk betwijfeld of dergelijk onderzoek voldoende ecologische validiteit (een relatie met de ‘echte’ wereld) heeft.⁴⁶ De **correlationele studies** koppelen het vaker kijken van pornografie aan het hebben van meer *casual seks* en een groter aantal sekspartners⁴⁷ alsook aan lossere opvattingen ten aanzien van seks.⁴⁸ Ook wordt de (zelfgerapporteerde) blootstelling aan pornografie gekoppeld aan (zelfgerapporteerde) seksuele agressie en geweld.⁴⁹ Er is echter evident geen consensus tussen de onderzoekers. Sommige onderzoekers wijzen op basis van vele meta-analyses⁵⁰ op een duidelijk verband:⁵¹ met name het frequenter kijken van *gewelddadige* pornografie zou worden geassocieerd met seksuele agressie en geweld.⁵² Anderen vinden het beschikbare

43 Het gaat altijd om een proxy van agressief gedrag (zoals *willingness to add hot sauce to someones food*) op basis van zelfrapportage en vragenlijsten; Bridges 2019, p. 135-136.

44 Zie bijvoorbeeld E. Donnerstein & L. Berkowitz, ‘Victim reaction in aggressive erotic films as a factor in violence against women’, *Journal of Personality and Social Psychology* 1981(4), p. 710-724; Bridges 2019, p. 134-137.

45 C.J. Ferguson & R.D. Hartley, ‘The pleasure is momentary... the expense damnable? The influence of pornography on rape and sexual assault’, *Aggression and Violent Behavior* 2009(5), p. 323-329.

46 W.A. Fisher & T. Kohut, ‘Reading Pornography: Methodological Considerations in Evaluating Pornography Research’, *The Journal of Sexual Medicine* 2020(2), p. 195-209; M.S.C. Lim, E.R. Carrotte & M.E. Hellard, ‘The impact of pornography on gender-based violence, sexual health and well-being: what do we know?’, *Journal Epidemiology and Community Health* 2015(1), p. 3-5.

47 L.M. Ward e.a., ‘Sexual Media Content and Effects’, *Oxford Research Encyclopedia of Communication* 2016; Lim, Carrotte & Hellard 2016, p. 3. Onder adolescenten: J. Peter & P.M. Valkenburg, ‘Adolescents and Pornography: A Review of 20 Years of Research’, *The Journal of Sex Research* 2016(4-5), p. 509-531.

48 Ward e.a. 2016; P.J. Wright, ‘U.S. males and pornography, 1973–2010: Consumption, predictors, correlates’, *Journal of Sex Research* 2013(1), p. 60-67; Peter & Valkenburg 2016, p. 519-520. Ook bestaan metareviews die beweren dat dit verband helemaal niet zo duidelijk is: E.W. Owens e.a., ‘The impact of internet pornography on adolescents: a review of the research’, *Sexual Addiction & Compulsivity* 2012(1), p. 99-122.

49 Zie ook Bridges 2019, p. 137-139.

50 K.A.E. Rodenhizer & K.M. Edwards, ‘The Impacts of Sexual Media Exposure on Adolescent and Emerging Adults’ Dating and Sexual Violence Attitudes and Behaviors: A Critical Review of the Literature’, *Trauma, Violence & Abuse* 2017(4), p. 439-452; P.J. Wright, R.S. Tokunaga & A. Kraus, ‘A Meta-Analysis of Pornography Consumption and Actual Acts of Sexual Aggression in General Population Studies’, *Journal of Communication* 2015(1), p. 183-205; N.M. Malamuth, G.M. Hald & M. Koss, ‘Pornography, individual differences in risk, and men’s acceptance of violence against women in a representative sample’, *Sex Roles* 2012(7-8), p. 427-439; Peter & Valkenburg 2016, p. 522-523.

51 J.D. Foubert e.a., ‘Pornography and sexual violence’, in: W.T. O’Donohue & P.A. Schewe (red.), *Handbook of Sexual Assault and Sexual Assault Prevention*, Cham: Springer 2019, p. 109-127; Bridges 2019, p. 137-139. Alsook tussen pornografie en slachtofferschap van seksueel geweld; Peter & Valkenburg 2016.

52 M.L. Ybarra e.a., ‘X - rated material and perpetration of sexually aggressive behavior among children and adolescents: Is there a link?’, *Aggressive Behavior* 2011(1), p. 1-18. Zie ook: W.L. Rostad e.a., ‘The Association Between Exposure to Violent Pornography and Teen Dating Violence in Grade 10 High School Students’, *Archives of Sexual Behavior* 2019(7), p. 2137-2147.

bewijs onvoldoende, zijn kritisch op de studies⁵³ of ontkennen het verband door te stellen dat pornografie juist een uitlaatklep kan zijn.⁵⁴

Voor bovenstaand onderzoek geldt bovendien het probleem van de causaliteit: tonen de studies dat pornografie leidt tot seksuele agressie, of kijken seksueel agressieve mannen (voor mannen is het verband sterker) meer naar pornografie?⁵⁵ Tevens lijken ook hier andere variabelen – zoals wederom antisociale persoonlijkheidskenmerken en de mannelijke *sex drive* – een interfererende rol te spelen.⁵⁶ Ook is kritiek op het definiëren en operationaliseren van het concept ‘pornografie’ en de grote variabiliteit in het onderzoeksprogramma: gesproken wordt zelfs van *shaky science*.⁵⁷ Bovendien: hoogfrequent gebruik van pornografie lijkt lang niet voor iedereen problematisch⁵⁸ en wetenschappers wijzen meer en meer op de positieve gevolgen van pornografiegebruik.⁵⁹ Voor onze verkenning is van belang dat de tegengestelde claims rond de strafbaarstelling danwel het therapeutisch gebruik van virtuele kinderpornografie beiden kunnen bogen op onderzoeksresultaten, die echter geen van beiden overtuigend zijn – ook alleen al omdat we het in het onderzoek moeten doen met een proxy als volwassen pornografie.

Stel dat het kijken van virtuele kinderpornografie een positief effect heeft, dan nog is het de vraag wat de toegevoegde waarde is ten aanzien van bestaande behandelingen en preventiestrategieën voor het voorkomen van seksueel misbruik. Huidige preventieve interventies zijn verschillend van aard: van educatie voor ouders op scholen en het bevorderen van openheid ten aanzien van familie/naasten tot omvangrijke *Stop it now*-campagnes. Het stigma rondom de parafilie ‘pedofilie’ blijft een obstakel⁶⁰ – het belemmert dat mensen zich uitspreken over hun geaardheid alsook dat mensen zich überhaupt met pedofilie willen bezighouden. Echter is het besef groeiende dat het overkomen van dit stigma kan bijdragen aan het voorkomen van toekomstig seksueel misbruik van kinderen.⁶¹ Wat betreft behandelmogelijkheden lijkt het onderzoek – voorzichtig – te concluderen dat behandeling de recidive van seksueel (contact)delinquenten kan vermin-

53 Zie bijvoorbeeld Fisher & Kohut 2020.

54 Ferguson & Hartley 2009.

55 Fisher & Kohut 2020.

56 J.L. Baer, T. Kohut & W.A. Fisher, ‘Is pornography use associated with anti-woman sexual aggression? Re-examining the Confluence Model with third variable considerations’, *The Canadian Journal of Human Sexuality* 2015(2), p. 160-173; Fisher e.a. 2013; Malamuth, Hald & Koss 2012.

57 T. Kohut e.a., ‘Surveying pornography use: A Shaky Science Resting on Poor Measurement Foundations’, *The Journal of Sex Research* 2020(6), p. 1-21.

58 B. Böhle e.a., ‘High-Frequency Pornography Use May Not Always Be Problematic’, *The Journal of Sexual Medicine* 2020(4), p. 793-811.

59 Zoals het verminderen van seksuele angst en het bevorderen van seksuele expressie, zie bijvoorbeeld: M.A. Watson & R.D. Smith, ‘Positive Porn: educational, medical and clinical uses’, *American Journal of Sexuality Education* 2012(2), p. 122-145; Lim, Carotte & Hellard 2016, p. 4.

60 S. Jahnke, R. Imhoff & J. Hoyer, ‘Stigmatization of people with pedophilia: Two comparative surveys’, *Archives of Sexual Behavior* 2015(1), p. 21-34.

61 Seto 2018, p. 239-250.

deren. Dit zou gezien de overeenkomsten tussen seksuele en algemene delinquentie met name het geval zijn als wordt aangesloten bij bestaande behandelingen voor criminaliteit.⁶² Dit zijn interventies gericht op emotieregulatie (op basis van cognitieve gedragstherapie) en *problem solving*.⁶³ Andere interventies baseren zich op *positive psychology* en focussen op het versterken van beschermende factoren zoals geluk in werk, intieme (familie)relaties en authenticiteit, door mensen op te vangen in *circles* van vrijwilligers en professionals.⁶⁴ Wat betreft medicatie bestaan richtlijnen voor de farmacologische behandeling van parafiliën (met libido-remmende medicatie als anti-androgenen, SSRI's of een GnRH agonist): wetenschappelijke studies naar de werking van deze middelen zijn nog beperkt aanwezig.⁶⁵ Omdat specifiek voor *online offenders* de uitkomsten van behandel- en recidivestudies nog ontbreken, weten we helaas nog weinig over effectieve behandelstrategieën voor deze categorie delinquenten.⁶⁶ Met betrekking tot de vraag of virtuele kinderpornografie bijdraagt aan preventie of behandeling is uiteraard nog geen onderzoek verricht, omdat dit stuit op juridische onmogelijkheden.⁶⁷

4 JURIDISCHE MOGELIJKHEDEN

Bij de vraag naar de juridische mogelijkheden om de strafbaarheid van virtuele kinderporno voor therapie of onderzoek te doorbreken, is meer te exploreren dan enkel wetwijziging. Juist omdat de volksvertegenwoordiging onderdeel van de wetgevende macht is, lijkt gezien de huidige volkswil ten aanzien van kinderpornografie, nuancering via die route niet het meest kansrijk. Tineke Cleiren heeft echter terecht de rol van de wetgevende macht ten aanzien van strafbaarheid van gedragingen genuanceerd: 'De wetgever is in de huidige maatschappelijke constellatie 'slechts' één van de spelers op het strafrechtelijk speelveld.'⁶⁸

62 R.K. Hanson e.a., 'The principles of effective correctional treatment also apply to sexual offenders. A meta-analysis', *Criminal Justice and Behavior* 2009(9), p. 865-891; Seto 2018, p. 7 en 203-237; C.M. Borduin, C.M. Schaeffer & N. Heiblum, 'A randomized clinical trial of multisystemic therapy with juvenile sexual offenders: effects on youth social ecology and criminal activity', *Journal of Consulting and Clinical Psychology* 2009(1), p. 26-37.

63 Borduin, Schaeffer & Heiblum 2009; E.J. Letourneau e.a., 'Multisystemic therapy for juvenile sexual offenders: 1-year results from a randomized effectiveness trial', *Journal of Family Psychology* 2009(1), p. 89-102.

64 Gebaseerd op het *Circles of Support and Accountability-model* (COSA) en het *Good Lives Model* (GLM); Seto 2018, p. 206-209 en 221-223. Zie voor de uitwerking in Nederland: M. Höing & A. Alards, 'Veilige resocialisatie van zedendaders met inzet van vrijwilligers', *PROCES* 2017(6), p. 422-432.

65 F. Thibaut e.a., 'The World federation of societies of Biological Psychiatry (WFSBP) guidelines for the treatment of adolescent sexual offenders with paraphilic disorders', *The World Journal of Biological Psychiatry* 2016(1), p. 2-38; Seto 2018, p. 236.

66 Seto 2017, p. 104-105.

67 De bijzondere strafuitsluitingsgrond uit artikel 240b lid 2 (oud) Sr die onderzoek mogelijk maakte, werd geschrapt toen 'schijnbaar betrokken' aan lid 1 werd toegevoegd.

68 Cleiren 2012, p. 19.

Zij wijst ten eerste op de toegenomen invloed van de rechtsprekende macht, die via de weg van de interpretatie van de delictsomschrijving een eigen invloed heeft op de doorwerking van de beoogde doelen van de wetgever. Daarnaast wijst ze op de doorwerking van het opportuniteitsbeginsel en het complement daarvan in strafrechtelijk beleid en richtlijnen van het Openbaar Ministerie. Op basis daarvan kan de uitvoerende macht om doelmatigheidsredenen en prioritering in de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde bepalen om overtredingen van specifieke strafbaar gestelde gedragingen niet te handhaven via strafrechtelijke vervolging. Ten slotte verliest de nationale wetgever ook terrein en invloed aan internationale en Europese regelgevers, zoals ook blijkt uit de achtergrond van de strafbaarstelling waarover het in deze bijdrage gaat – zoals beschreven in §2.

De rechter kan op verschillende manieren tornen aan de strafbaarheid van gedragingen die onder een delictsomschrijving ‘schijnen’ te vallen. Deze hangen samen met de materiële vragen die de rechter moet beantwoorden in een zaak (artikel 350 Sv), die op hun beurt weer samenhangen met de voorwaarden voor een strafbaar feit. Ten eerste kan de rechter een bestanddeel van de delictsomschrijving zo interpreteren dat de gedragingen in de tenlastelegging daar (toch) niet onder vallen en dus niet bewezen kan worden dat het feit is begaan. Zeker als een bestanddeel, zoals in dit geval de zinsnede ‘schijnbaar is betrokken’, voor interpretatie vatbaar is, is de rechter ook nodig om af te bakenen wat hier precies onder moet worden verstaan. In deze afbakening sluit de rechter aan bij de parlementaire documentatie.⁶⁹ Het moet aldus de Hoge Raad gaan om ‘een afbeelding met een zodanig realiteitsgehalte dat zij niet van echt is te onderscheiden’.⁷⁰ Zonder te streven naar een uitputtend overzicht van de rechtspraak, geven de volgende voorbeelden een idee van waar de grens in de praktijk ligt.⁷¹ Een *schilderij* dat zodanig realistisch is dat het niet van echt is te onderscheiden, viel onder het verbod; het bijschilderen van engelvleugeltjes maakte het schilderij nog niet onrealistisch.⁷² Via photoshop uitgeknipte kindergezigtjes geplakt op volwassen pornolijven vielen niet onder het verbod,⁷³ wat te begrijpen is omdat het nu gaat om de seksuele gedraging (ten aanzien) van het kinderlichaam.⁷⁴ In een zaak waar het photoshoppen van gezichtjes beter werd uitgevoerd, alsook op kinderlichamen werd gemonteerd, was het wel realistisch – waarbij de rechter ook leek mee te wegen dat het gezichtjes waren van meisjes die bekenden waren van de verdachte.⁷⁵ Evidente animaties

69 *Kamerstukken II* 2000/01, 27745, nr. 6, p. 14 (NV II); *Kamerstukken I* 2000/01, 27745, nr. 299b, p. 2 en 7-9.

70 HR 8 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3483, r.o. 4.3.4.

71 Het blijft uiteraard een oordeel van de feitenrechter *per geval*, dat naar tijd en plaats kan verschillen.

72 HR 8 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3483, NJ 2016/95, m.nt. N. Keijzer.

73 Rb. 's-Gravenhage 11 januari 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AU9492.

74 Zie recent anders: HR 1 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1347, waarin een man zichzelf naakt en met stijf lid fotografeerde met op de achtergrond zijn minderjarige kind, enkel gekleed in een romper.

75 Rb. Utrecht 9 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO3818.

zijn niet realistisch,⁷⁶ maar ten aanzien van een animatiefilmpje genaamd ‘Sex lessons for young girls’ vond de rechter dat het er niet om ging of volwassenen het kunnen onderscheiden van echt, maar of een gemiddeld kind dat kan – zeker nu het filmpje erop was gericht was om kinderen aan te moedigen dan wel te verleiden om deel te nemen aan seksuele handelingen met volwassenen.⁷⁷ Dan wordt dus geraakt aan een door de wetgever geformuleerd rechtsbelang. Hentai filmpjes – de erotische versie van Japanse Manga – zijn door het Hof Arnhem als niet realistisch, en dus niet strafbaar aangemerkt.⁷⁸ Voor wie hier voldoende door geprikkeld raakt, bestaat dus een legale mogelijkheid. Maar wie houdt van realistisch, stuit op strafbaarheid. Dat de techniek in staat is om levensechte afbeeldingen te maken staat buiten kijf: van Sweetie⁷⁹ tot *deep fakes*, de mogelijkheden zijn gigantisch.

Het tweede dat een rechter kan doen is oordelen dat het tenlastegelegde gedrag wel bewezen kan worden maar dat het niet als een strafbaar feit kan worden gekwalificeerd. Als dit voor bepaald gedrag in het algemeen geldt dat niet beoogd was om strafbaar te stellen, maar niet door interpretatie kan worden uitgezonderd, kan dit via een kwalificatieuitsluitingsgrond. Ten aanzien van artikel 240b Sr heeft de Hoge Raad al eens een zo’n grond geformuleerd voor het geval er afbeeldingen gemaakt zijn en/of verstuurd worden van seksuele gedragingen van jongeren onderling (zoals bijvoorbeeld het onder jongeren niet ongewone ‘sexting’). Bij die beoordeling zijn dan volgens de Hoge Raad de volgende factoren van belang: ‘de concrete gedraging van de verdachte, de leeftijd van de betrokkenen, de instemming van de betrokkenen en het ontbreken van enige aanwijzing voor een risico van verspreiding van de afbeelding(en) onder anderen dan betrokkenen.’ Er is wel betoogd dat deze factoren nog te weinig duidelijk op de door de strafbaarstelling te beschermen rechtsbelangen of goederen zijn afgestemd.⁸⁰ Dit is wellicht ook voor onze verkenning relevant, als ten minste kan worden aangetoond dat bij therapeutisch gebruik van virtuele kinderporno het rechtsbelang niet wordt geschaad.

Een derde manier voor de rechter om de strafbaarheid van gedrag te corrigeren is om te oordelen dat het weliswaar bewezen kan worden en valt te kwalificeren onder een delictomschrijving, maar dat het desondanks niet strafbaar is. Dit kan op basis van (al dan niet) wettelijke strafuitsluitingsgronden. Zo is ten aanzien van de algemene wettelijke

76 Hof ’s-Hertogenbosch 14 april 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ1179; HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9719, NJ 2013/403, m.nt. M.J. Borgers; *Kamerstukken II* 2000/01, 27745, nr. 6, p. 14 (NV II); *Kamerstukken I* 2000/01, 27745, nr. 299b, p. 2-3 en 7-9.

77 Rb. ’s-Hertogenbosch 4 februari 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BC3225, NJFS 2008/74.

78 Hof Arnhem 12 april 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW3415.

79 Sweetie is het door Terre Des Hommes vervaardigde virtuele Filipijnse meisje van 10 jaar oud, dat in 2013 in twintig gevallen als lokaas werd gebruikt voor kindermisbruikers; Rapport Terre des Hommes, *Webcam Child Sex Tourism*, 4 november 2013.

80 HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:213, *SR-Updates* 2016/0078, m.nt. J.M. ten Voorde. In het Voorontwerp wet seksuele misdrijven wordt in artikel 249 Sr (de vervanger van artikel 240b Sr) een strafuitsluitingsgrond voorgesteld voor gevallen waarin sprake is van bezit van uitsluitend voor privégebruik vervaardigde kinderporno in een gelijkwaardige relatie tussen leeftijdsgenoten.

strafuitsluitingsgrond overmacht in de zin van noodtoestand een interessante vergelijking te maken met medicinale cannabis. De grond wordt in het algemeen aanvaard als in een conflict van plichten het opheffen van een noodtoestand zwaarder weegt dan het eerbiedigen van de wet. De Hoge Raad oordeelde dat dit het geval was voor het uitzonderlijke geval van een MS-patiënt die allerlei voorgeschreven cannabisproducten had geprobeerd en uiteindelijk toch buiten de legale paden trad om iets te vinden wat hem wel hielp.⁸¹ Zouden we ons voor virtuele kinderporno ook zo'n situatie kunnen voorstellen, bijvoorbeeld als dat het misbruik van een kind zou voorkomen? Uiteraard is de rechter responsief voor maatschappelijke opvattingen en is het maatschappelijk draagvlak voor cannabis steviger dan voor virtuele kinderporno. Wellicht is ook de ongeschreven algemene strafuitsluitingsgrond van het ontbreken van de materiele wederrechtelijkheid voor onze verkenning van waarde. Van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid kan sprake zijn als met de gedraging – denk: het kijken van virtuele kinderpornografie – de belangen die de overtreden bepaling geacht wordt te beschermen – denk: bescherming van kinderen –, beter zijn gediend dan bij gehoorzaamheid aan de tekst van de wet. Dat is precies de claim die wij onderzoeken. Daarvan zou kunnen worden gesproken – kort gezegd – als zich een situatie voordoet waarvan kan worden gezegd dat de maatschappelijke en wetenschappelijke inzichten en ontwikkelingen over de strafwaardigheid van een strafbaar gesteld feit zodanig zijn veranderd dat het bewezen verklaarde feit weliswaar strafbaar is gesteld maar niet meer als wederrechtelijk wordt beleefd en dientengevolge strafoplegging door de samenleving in brede zin onrechtvaardig wordt bevonden.⁸² Dit wordt zelden tot nooit aangenomen, ook niet bij frequent geprobeerde pleidooien omtrent hennepsteelt,⁸³ mede omdat het gedrag ook kan vallen onder een andere rechtvaardigingsgrond. In ieder geval is de hier onderzochte claim wetenschappelijk gezien nog slechts een hypothese, die vanwege de juridische onmogelijkheid dus (nog) nog niet in onderzoek getoetst kan worden.

Een andere mogelijkheid is invoering van een 'bijzondere strafuitsluitingsgrond'.⁸⁴ Tot 2002 vermeldde de strafbaarstelling van (echte) kinderpornografie in lid 2: 'niet strafbaar is degene die een dergelijke afbeelding in voorraad heeft waarvan vaststaat dat hij deze voor een wetenschappelijk, educatief of therapeutisch doel gebruikt'.⁸⁵ Dit was in de wet gekomen via een amendement mede opgesteld door Kamerlid Brongersma. Die heeft ook

81 HR 16 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7938. Al benadrukt de Hoge Raad (vaker) dat het gaat om een hoogst uitzonderlijk geval.

82 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 29 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8144.

83 Zie bijvoorbeeld HR 13 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1074, NJ 2017/339, m.nt. P.A.M. Mevis.

84 We kiezen er hiervoor om de bijzondere strafuitsluitingsgrond te bespreken na de algemene, hoewel die dogmatisch gezien thuishoort bij vraag 2 van artikel 350 Sv. Het wordt namelijk beschouwd als een daderschapsuitsluitingsgrond. Zie P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulduitsluiting: de bijzondere strafuitsluitingsgrond in strafrechtsdogmatisch en wetgevingstechnisch perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.

85 Artikel 240b lid 2 Sr (oud).

wel eens pleidooien gehouden over decriminalisering van pedoseksualiteit in tijden dat vakgenoten dat gerust toestonden.⁸⁶ Dat het hem niet alleen ging om het algemeen belang is wellicht af te leiden uit het feit dat hij zelf in de jaren 50 van de vorige eeuw was veroordeeld voor seks met minderjarige jongens – weliswaar niet voor ontucht met kinderen – maar voor wat toen nog strafbaar was aan homoseksualiteit.⁸⁷ Maatschappelijke opvattingen kunnen dus veranderen. Als het amendement bedoeld was om zijn eigen voorraad veilig te stellen, dan is dat tot aan zijn zelfgekozen dood in 1998 gelukt, waarna gediscussieerd is over de inbeslagname en vernietiging van zijn collectie.⁸⁸ Die discussie preludeerde al op het schrappen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in 2002, toen de wetgever van mening was dat een dergelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond niet (langer) nodig was, omdat als het niet opportuun is om iets te vervolgen, we daarvoor het opportuniteitsbeginsel hebben. Maar wij hebben geen zaken gevonden waarin het Openbaar Ministerie sindsdien om dergelijke redenen het opportuniteitsbeginsel heeft gehanteerd. Onze vraag is nu in hoeverre dat voor enkel virtuele kinderporno wel zou kunnen.

Gedogen is een volgende wijze om onderzoek naar virtuele kinderpornografie mogelijk te maken. Dit betekent dat gedragingen strafbaar blijven, maar om redenen van opportuniteit – bij de gratie van draagvlak in de samenleving – niet worden vervolgd. Op die manier hoeft de norm niet te worden veranderd. Als we hier weer het voorbeeld van medicinale cannabis aanhouden – al is het principe ook voor bijvoorbeeld coffeeshops of zelfs euthanasie enigszins vergelijkbaar – dan blijft het product (in grotere hoeveelheid⁸⁹) dus volgens de Opiumwet verboden, maar wordt gebruik in bepaalde gevallen, waarin aan materiële criteria voldaan wordt en zorgvuldigheidsregels worden nageleefd, niet vervolgd. De Opiumwet geeft hier in artikel 8 twee inhoudelijke gronden voor: ten eerste voor de gezondheid van mens en dier, ten tweede voor het verrichten van wetenschappelijk of analytisch-chemisch onderzoek dan wel voor instructieve doeleinden (zoals het opleiden van speurhonden), voor zover het belang van de volksgezondheid zich hier niet tegen verzet. Aansluitend bij de eerste grond bepaalt artikel 5 Opiumwet dat sommige instellingen aangewezen bij AMvB (bijvoorbeeld voor verslavingszorg) ook zonder ontheffing deze strafbare producten mogen hanteren – denk aan methadonverstrekking. Maar nu bij virtuele kinderporno een claim op de eerste grond nog niet kan worden ondersteund, is vooral

86 Zie bijvoorbeeld E. Brongersma, 'De rechtspositie van de pedofiel', in: F.E. Frenkel, *De rechtspositie van de deviant mens* (Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap), Amsterdam 1978, p. 86-96.

87 W. Sorgdrager, 'Strafrecht: een klimaatverandering', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012, p. 39-48, p. 40.

88 G. Hekma, 'Kinderen, seks en zelfbepaling. Praten over pedofilie', *Sociologie* 2013(3), p. 277-295. Ook over zijn euthanasie werd gedebateerd nu zijn psychische problemen mogelijk gerelateerd waren aan haatcampagnes vanwege zijn standpunten.

89 Overigens is het in bezit hebben van minder dan 30 gram cannabis überhaupt 'legaal', zie artikel 11 lid 6 Opiumwet.

de analogie met de tweede grond uit de Opiumwet van waarde. Voor wetenschappelijk onderzoek is krachtens artikel 6 Opiumwet een ontheffing nodig. De Beleidsregels opiumwetontheffingen bevatten een uitwerking van deze criteria die bij de beslissing op een aanvraag worden gehanteerd.⁹⁰ Ontheffingen voor het hanteren van cannabis lopen via het Bureau medicinale cannabis (BMC), dat in overheidsgecontroleerde en dus legaal geteelde wiet voorziet. Voor andere middelen is het van belang dat het wetenschappelijk onderzoek noodzakelijk is (er moeten geen alternatieven zijn om hetzelfde doel te bereiken), wetenschappelijk onderbouwd is, medisch ethisch getoetst is en de bereidingswijze van het preparaat verantwoord is. In de analogie van onze verkenning zou de virtuele kinderporno gecontroleerd verstrekt kunnen worden door een *Bureau therapeutische virtuele kinderpornografie* (Bureau VKP), dat tevens toeziet op legale productie van het preparaat: we zouden kunnen spreken van ‘groene kinderpornografie’.⁹¹ Van Beek pleitte langs deze lijn voor een ‘keurmerk’.⁹²

Niet opheffing maar ontheffing van de strafbaarheid, via een gedoogconstructie, lijkt het meest kansrijk als juridische mogelijkheid – in ieder geval om wetenschappelijk te onderzoeken of het therapeutische danwel preventieve effect kan worden aangetoond.

5 BESCHOUWING: HOE DE CATCH-22 TE DOORBREKEN?

Als virtuele kinderporno als behandelinstrument kan worden ingezet om kinderen te beschermen, dan zou het doel de middelen kunnen heiligen en zou de strafbaarheid van virtuele kinderporno voor dat doel ontheven (moeten) worden, net als voor medicinale cannabis. Het probleem is echter dat geen evident wetenschappelijk bewijs is voor deze aanname – en evenzeer niet voor de tegengestelde (strafbaarstelling onderbouwende) claim dat virtuele kinderporno leidt tot meer consumptie van echte kinderporno of zelfs kindermisbruik. Onderzoek naar de effecten van virtuele kinderporno is dus wenselijk, echter de strafbaarheid verhindert dit. Zo bevinden we ons in een klassieke *catch-22*: de meeste juridische mogelijkheden zijn afhankelijk van wetenschappelijke inzichten, maar wetenschappelijke inzichten zijn niet te verkrijgen vanwege juridische onmogelijkheden. Die wederzijdse afhankelijkheid zou doorbroken kunnen worden via een ontheffing voor wetenschappelijke onderzoek – eveneens analoog aan de gegeven mogelijkheid uit de

90 Ingevoerd in 2006. Tevens geven zij aan welke beperkingen en voorschriften aan een ontheffing (kunnen) worden verbonden. Ook worden de tarieven genoemd, die verbonden zijn aan het verkrijgen van een ontheffing.

91 Zie scriptie Zef Faassen, *Strafbaarstelling, moraliteit & de neurowetenschappen* (2013), alsook zijn nog te verschijnen proefschrift.

92 Kreulen 2012.

Opiumwet. Aan gebruik als behandelinstrument zijn we nog niet toe; eerst maar eens aantonen dat die aanname klopt.

Maar als hiervoor de criteria uit de Beleidsregels opiumwetontheffingen analoog zouden worden toegepast, dan lopen we alsnog tegen een aantal uitdagingen aan. Ten eerste dient de noodzaak van het onderzoek te worden aangetoond, waarbij het tekort schieten van huidige behandelmogelijkheden moet worden onderbouwd. Ten tweede moet een verantwoord wetenschappelijk onderzoeksdesign worden gecreëerd dat in staat is om de aanname te toetsen. In paragraaf 3 zagen we dat dit nog niet zo makkelijk is. Ten derde moet men voor dit onderzoek toestemming krijgen van een ethische commissie. Die zal zich onder andere moeten vergewissen van de mogelijkheid dat de tegengestelde claim waar blijkt te zijn en kinderen er op termijn wel schade van kunnen ondervinden. Ten vierde moet de virtuele kinderpornografie benodigd voor het onderzoek op verantwoorde wijze worden gefabriceerd. Daarbij moet uiteraard worden gewaarborgd dat geen daadwerkelijke kinderen model staan voor de realistische afbeeldingen. De volgende vraag is dan: wie gaat dit doen?⁹³ En dan is nog de vraag hoe dit materiaal beschermd kan worden tegen gebruik voor verkeerde doeleinden. Is een digitaal bestand met virtuele kinderpornografie even goed te beschermen tegen kwaadwillenden als een fysieke partij cannabis? Bestaan die technische mogelijkheden?⁹⁴ In de onderzoeksfase kan het wellicht worden gecontroleerd, maar wat als het na positieve resultaten op doktersrecept verkrijgbaar zou zijn? Mag iemand het dan mee naar huis nemen? Moet dan steeds nieuw materiaal beschikbaar komen, indien men op het materiaal raakt uitgekeken? Enzovoort, er zijn nog veel vragen. Bijvoorbeeld ook of het überhaupt zou kunnen werken voor zedendelinquenten die evident al over een grens zijn gegaan, of dat het vooral zou kunnen werken ter preventie van het over de strafbare schreef gaan bij personen met pedofiele gevoelens. Het pleidooi van Van Beek is ook vooral voor die groep bedoeld, en dus niet als behandeling binnen de forensische psychiatrie. Vanuit de reguliere GGZ klinkt ook het verwijt dat de meeste behandelmogelijkheden te ‘forensisch’ zijn.⁹⁵ Kortom: wie durft deze uitdaging aan?

Een dergelijke gedoogconstructie kan tenslotte alleen bestaan bij gratie van draagvlak in de samenleving. De vraag is of het evident nobele doel de middelen heiligt. Of bestaan, los van de mogelijk positieve effecten voor kinderen, ook morele bezwaren tegen het feit dat pedofielen op deze manier – *excusez le mot* – aan hun trekken komen? Nu aldus Furedi een morele kruistocht gaande is tegen pedofielen, die thans *the stand-alone status of the*

93 Dat probleem geldt evenzeer voor de politie die op zoek is naar zedenrechercheurs – is dat niet juist een aantrekkelijke baan voor de doelgroep zelf?

94 Te denken valt aan een beveiligde digitale omgeving waarin de patient/gebruiker het materiaal kan streamen. Een Netflix voor groene kinderpornografie, *so to speak*.

95 En de stap naar een forensische kliniek is voor pedofielen die niets strafbaars gedaan hebben te hoog. Zie bijvoorbeeld K. Bos, ‘Pedojacht. Angst groeit bij pedofielen’, *NRC* 14 november 2020.

embodiment of malevolence bezitten,⁹⁶ zou daar wel eens de grootste uitdaging kunnen liggen – zeker nu de kruistocht via ‘pedojagen’ meer en meer wordt gepraktiseerd.⁹⁷ Want uiteindelijk zou, zelfs indien blijkt dat virtuele kinderpornografie niet schadelijk is, nog steeds het moreel verwerpelijke karakter kunnen worden aangevoerd als grondslag voor strafbaarstelling⁹⁸ – dat zal ook Tineke Cleiren beamen.⁹⁹

96 F. Furedi, ‘The Moral Crusade against Paedophilia’, in: V.E. Cree, G. Clapton & M. Smith, *Revisiting Moral Panics*, Bristol: Bristol University Press 2016.

97 Zelfs onder invloed van de coronabeperkingen, zie Bos 2020.

98 De strafbaarstelling van seks met dieren of dierenporno is expliciet hierop gebaseerd; *Kamerstukken II* 2006/07, 31009, nr. 3 (MvT); *Kamerstukken II* 2007/08, 31009, nr. 8 (NV II). Over de zelfstandigheid van deze grondslag wordt door rechtsfilosofen (zoals Devlin, Hart en Feinberg) verschillend gedacht. In Nederland verdedigt Strikwerda de stelling dat strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie op grond van ‘legal moralism’ is gerechtvaardigd; L. Strikwerda, *Virtual Acts, Real Crimes?* (diss. Twente), Enschede: Universiteit Twente 2014.

99 Cleiren 2012, p. 11.