

ANNOTATIE

# **Afbeeldingen van seksuele gedraging waarbij iemand is betrokken die kennelijk leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt.**

*mr. J.H.J. Verbaan*

*Annotatie bij Hoge Raad, 01-09-2020, ECLI:NL:HR:2020:1347 (SR-2020-0274)*

***Commentaar bij Hoge Raad 1 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1347.***

De verdediging klaagt namens de verdachte, ten aanzien van wie het vervaardigen, verwerven, in bezit hebben van 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, en zich daartoe door middel van een geautomatiseerd werk de toegang verschaffen, meermalen gepleegd en ontuchtige handelingen plegen met zijn kind beneden de leeftijd van zestien jaren buiten echt, is bewezenverklaard, onder meer dat de bewezenverklaring niet toereikend is gemotiveerd, voor zover is bewezen verklaard dat bij de foto's '1', '3' en '4' sprake is van afbeeldingen van een seksuele gedraging waarbij iemand is betrokken die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt.

Het hof heeft in het verkorte arrest als bedoeld in artikel 365a Sv ten aanzien van de bewezenverklaring verder overwogen dat de raadsman van de verdachte ter terechtzitting in hoger beroep zich met betrekking tot het ten laste gelegde op het standpunt gesteld heeft dat de in de tenlastelegging vermelde foto's '1', '3' en '4' niet als kinderpornografisch kunnen worden gekwalificeerd en daarom niet onder het bereik van artikel 240b Sr vallen. Het hof overweegt in dit verband dat het heeft waargenomen, dat op de bedoelde afbeeldingen (telkens) te zien is dat de verdachte, die de betreffende foto's als 'selfie' heeft genomen, zijn

penis in zijn hand heeft dan wel dat zijn penis stijf is terwijl zich in zijn directe nabijheid één ('1' en '4') dan wel twee ('3') van zijn jonge kinderen bevindt of bevinden. Gelet op de aard van de afbeeldingen is de aanwezigheid van de kinderen niet min of meer toevallig, maar vormen zij (deels) het onderwerp van de betreffende foto's. De foto's hebben voorts telkens onmiskenbaar een seksuele lading, zij zijn bedoeld ter seksuele prikkeling.

De vraag die moet worden beantwoord is of bedoelde afbeeldingen kunnen worden aangemerkt als afbeeldingen van een seksuele gedraging waarbij iemand die de leeftijd van achttien jaren is betrokken of schijnbaar is betrokken. Het hof beantwoordt die vraag in de omstandigheden van het geval bevestigend en overweegt in dit verband het volgende.

Blijkens de wetsgeschiedenis van de Wet van 13 november 1995 (*Stb.* 1995, 575) waarbij artikel 24ob in het Wetboek van Strafrecht is opgenomen, strekt die bepaling ertoe om kinderen te beschermen tegen seksuele exploitatie. Aandacht is onder meer besteed aan het begrip 'seksuele gedraging'. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat uitgangspunt daarbij, dient te zijn of het gaat om een gedraging die – als ze wordt vastgelegd – schadelijk is voor de jeugdige, of omdat het tot die gedraging brengen al schadelijk is, of vanwege publicatie daarvan en dat het schadelijke karakter van een afbeelding ook kan worden afgeleid uit bijkomende factoren, zoals het feit dat een kind onder dwang tot een bepaalde houding is gebracht (vgl. *Kamerstukken II* 1994/95, 23682, nr. 5, p. 7-11 en nr. 25ob, p. 1-2).

Duidelijk is dat er op de afbeeldingen sprake is van een seksuele gedraging van de verdachte. Hij houdt immers op de foto's telkens zijn blote, al dan niet stijve, penis vast. In de omstandigheden van het geval is het hof voorts van oordeel dat de eveneens op de foto's aanwezige kinderen telkens bij de seksuele gedraging zijn betrokken. Dat oordeel baseert het hof op de plaats die het kind of de kinderen telkens op de foto inneemt of innemen en voorts de seksuele ambiance die uit de foto's spreekt. Juist door de wijze en plaats waarop de kinderen zijn afgebeeld, alsmede de uit die foto's sprekende seksuele ambiance, hebben de afbeeldingen een seksuele strekking waarvan de betrokken kinderen deel uitmaken. In deze zin is naar het oordeel van het hof voorts sprake van seksuele exploitatie van die kinderen. Bij zijn oordeel betreft het hof voorts dat uit de afbeeldingen blijkt dat de verdachte zijn kinderen heeft betrokken bij zijn seksuele behoeften, mede bestaande in het maken van de foto's. Een dergelijk handelen is in strijd met de gangbare maatschappelijke opvattingen en de schadelijke effecten daarvan op de kinderen, nu of in de toekomst, kunnen niet worden uitgesloten. Daarnaast moet het bestaan van de bedoelde afbeeldingen en de mogelijke publicatie daarvan schadelijk worden geacht voor de kinderen die daarop te zien zijn. Dat die schadelijkheid (nog) niet vaststaat, kan aan de strafbaarheid niet afdoen.

Anders dan de raadsman is het hof voorts van oordeel dat het in dit geval voor de

strafbaarheid geen verschil maakt of er op de betreffende foto's al dan niet sprake is van interactie – opgevat als een bewuste uitwisseling van wederzijdse handelingen – tussen de verdachte en de betrokken kinderen. In dit verband overweegt het hof nog dat blijkens de wettekst ook schijnbare betrokkenheid van kinderen leidt tot strafbaarheid onder genoemde bepaling.

Gelet op het voorgaande wordt het verweer verworpen. Volgens het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep heeft de raadsman van de verdachte daar het woord gevoerd overeenkomstig de pleitnota die aan het proces-verbaal is gehecht. Deze pleitnota houdt onder meer in dat de rechtbank ten onrechte tot een bewezenverklaring van alle wél ten laste gelegde foto's komt.

'De rechtbank oordeelt weliswaar dat de kinderen gekleed zijn en neemt met de verdediging waar dat er geen enkele interactie is tussen cliënt en die kinderen maar oordeelt dat dit geen afbreuk doet aan de strafwaardigheid. De rechtbank overweegt dat het enige relevante criterium is de vraag of de afbeeldingen onmiskenbaar strekken tot het opwekken van seksuele prikkeling. Dat is een veel te beperkte opvatting van de wet: er kan wellicht wel sprake zijn van een seksuele gedraging maar die dient wel een onmiskenbare seksuele relatie te hebben met een minderjarige. Op de eerste twee tenlastegelegde foto's is cliënt deels naakt zichtbaar met op de achtergrond resp. één kind en twee kinderen (op "2"). De kinderen zijn geheel gekleed en er geen enkele interactie tussen cliënt en de kinderen. Op "2" is er zelfs een afstand van ongeveer drie meter tussen cliënt en de kinderen. Waar ligt de grens volgens de rechtbank: op 5 meter? Op 100 meter? Ook op "3" is ook geen interactie met het geklede kind zichtbaar. Is iedere foto waarop een ontbloot geslachtsdeel te zien is en op de achtergrond een gekleed kind kinderpornografisch? Stel dat op de foto een blote penis te zien is en op de achtergrond, op 3 meter afstand een hond, of een paard. Is dat dan opeens dierenporno? De wet is door de Hoge Raad al ver opgerekt door niet alleen foto's van blote kinderen waarbij duidelijk sprake is van seksuele handelingen onder bijzondere, specifieke omstandigheden als kinderpornografisch te kwalificeren maar de voorwaarde is dan wel dat er sprake is van interactie met het kind. Als de strafbaarheid volledig afhangt van de intentie van de verdachte, dan hebben we een gedachtenstrafrecht. (...) Ik concludeer dat er evident geen sprake is van een seksuele gedraging met een minderjarige en daarmee kunnen de foto's niet als kinderpornografisch worden gekwalificeerd.'

De Hoge Raad overweegt dat de tenlastelegging is toegesneden op artikel 240b lid 1 Sr en dat daarom aangenomen moet worden dat het in de tenlastelegging en de bewezenverklaring voorkomende begrip 'seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken' is gebruikt in de betekenis die dat begrip heeft in die bepaling. De Hoge Raad haalt artikel 240b lid 1 Sr aan en overweegt dat het hof onder meer

vastgesteld heeft dat op de in de bewezenverklaring vermelde, door de verdachte als ‘selfie’ vervaardigde afbeeldingen ‘1’, ‘3’ en ‘4’ de penis van de verdachte zichtbaar is en dat deze stijf is dan wel door de verdachte in zijn hand wordt gehouden. Verder zijn op deze foto’s telkens een of twee van de jonge kinderen van de verdachte, die zich in zijn directe nabijheid bevinden, herkenbaar in beeld gebracht. In dat verband heeft het hof vastgesteld dat uit de aard van de afbeeldingen blijkt dat de aanwezigheid van de kinderen niet min of meer toevallig is, maar dat zij (deels) het onderwerp vormen van de foto’s. Daarnaast heeft het hof vastgesteld dat de foto’s telkens onmiskenbaar een seksuele lading hebben. Op basis van onder meer deze vaststellingen heeft het hof geoordeeld dat op de afbeeldingen sprake is van een seksuele gedraging van de verdachte en dat de afbeeldingen, door de wijze en plaats waarop de kinderen zijn afgebeeld, alsmede de uit de foto’s sprekende seksuele ambiance, een seksuele strekking hebben waarvan deze kinderen deel uitmaken. De Hoge Raad oordeelt dat de op deze – niet onbegrijpelijke – vaststellingen en oordelen gebaseerde conclusie van het hof dat bij ‘1’, ‘3’ en ‘4’ telkens sprake is van een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij iemand is betrokken die de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk gemotiveerd. De enkele omstandigheid dat de kinderen op deze foto’s niet naakt zijn afgebeeld en daarop zelf geen seksuele handelingen verrichten, maakt dit niet anders.