

Vergaderjaar 2021–2022

35 991

Wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het zelfstandig strafbaar stellen van voorbereidingshandelingen met het oog op het plegen van seksueel misbruik met kinderen

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 15 september 2021 en het nader rapport d.d. 7 december 2021, aangeboden aan de Koning door de Minister van Justitie en Veiligheid. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 8 juni 2021, nr. 2021001100, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 15 september 2021, nr. W16.21.0150/II, bied ik U hierbij aan.

De tekst van het advies treft u hieronder aan, voorzien van mijn reactie.

Bij Kabinetsmissive van 8 juni 2021, no. 2021001100, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie en Veiligheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het zelfstandig strafbaar stellen van voorbereidingshandelingen met het oog op het plegen van seksueel misbruik met kinderen, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel beoogt een krachtig signaal af te geven over de strafwaardigheid van het verwerven, in bezit hebben en anderen bijbrengen van instructies gericht op seksueel misbruik van kinderen, alsmede het daarbij voorkomen dat sporen van misbruik achterblijven. Niet onder alle omstandigheden vallen deze gedragingen onder het bereik van de huidige strafbepalingen. Daarom wordt voorgesteld een expliciete strafbaarstelling in te voeren.

Het tegengaan van seksueel misbruik van kinderen is van groot belang. De Afdeling advisering van de Raad van State waardeert het dan ook

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

positief dat het voorstel aan die bestrijding beoogt bij te dragen. Wel plaatst de Afdeling vraagtekens bij de keuze om het voorstel vorm te geven als voorbereidingshandeling. In verband daarmee adviseert de Afdeling de toelichting en zo nodig het voorstel aan te passen.

1. Aanleiding en inhoud voorstel

De achtergrond van het voorstel is gelegen in het feit dat op het «dark web» handleidingen circuleren met instructies voor het seksueel misbruiken van kinderen. Het betreft instructies waarin onder meer staat beschreven op welke wijze kinderen seksueel kunnen worden misbruikt en hoe het achterlaten van sporen daarbij is te voorkomen. Het zou gaan om mogelijk twaalf handleidingen die al 100.000 keer zijn uitgewisseld.² Afhankelijk van de omstandigheden kan het verwerven of bezitten van een dergelijke handleiding nu al strafbaar zijn. In de bestaande wetgeving doen zich echter lacunes voor. Volgens de toelichting bij het voorstel is één van die lacunes dat het louter in bezit hebben of verwerven van instructief materiaal over seksueel kindermisbruik niet onder de bestaande strafbepalingen valt. Het gaat dan bijvoorbeeld om situaties waarbij de handleiding alleen bestaat uit tekst (zonder kinderpornografisch materiaal),³ of waarbij geen opzet bestaat op het daadwerkelijk plegen van een seksueel misdrijf. Daarnaast wordt in verschillende bepalingen het bezitten of verwerven van dit soort materiaal gekoppeld aan een specifiek doel, waardoor het louter in bezit hebben van instructief materiaal over kindermisbruik ook niet onder deze bepalingen valt.⁴ Het wetsvoorstel beoogt die tekortkoming(en) op te lossen. Daarnaast beoogt het voorstel een krachtig signaal af te geven over de strafwaardigheid van het onder andere in bezit hebben van instructief materiaal over kindermisbruik.⁵ Daartoe voegt het voorstel een nieuw artikel toe aan het Wetboek van Strafrecht (Sr) waarin expliciet wordt strafbaar gesteld om – samengevat weergegeven – instructief materiaal voor seksueel misbruik van kinderen tot zestien jaar te verwerven, te bezitten dan wel anderen bij te brengen. Daarbij merkt het voorstel deze gedragingen aan als voorbereidingshandelingen van een aantal specifieke seksuele misdrijven.⁶ Met deze brede benadering wordt volgens de toelichting ook het louter in bezit hebben van instructies voor kindermisbruik strafbaar gesteld.

2. De vormgeving van het voorstel

De Afdeling onderkent de ernst van (het circuleren van) instructies om kinderen seksueel te misbruiken. Zij heeft dan ook begrip voor de doelstelling van het voorstel om de bedoelde lacunes op te vullen. Wel is het de vraag of de in het voorstel gekozen benadering het meest geschikt is om die doelstelling te bereiken. Dat houdt verband met de keuze om het

² Memorie van toelichting, paragraaf 2.

³ Artikel 240b Sr stelt het verspreiden, aanbieden, openlijk tentoonstellen, vervaardigen, invoeren, doorvoeren, uitvoeren, verwerven en in bezit hebben van kinderpornografisch materiaal (een afbeelding – of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding – van een seksuele gedraging) strafbaar. Blijkens paragraaf 3 van de memorie van toelichting kan deze bepaling van toepassing zijn als instructiemateriaal ook kinderpornografisch beeldmateriaal bevat. Materiaal dat uitsluitend bestaat uit tekst valt niet onder het bereik van artikel 240b Sr, aldus de toelichting. Vergelijk ook de motie-Van Wijngaarden c.s. die aan dit wetsvoorstel ten grondslag ligt (Kamerstukken II 2019/20, 31 015, nr. 182).

⁴ Bijvoorbeeld het openbaar verspreiden of tentoonstellen van dergelijk materiaal (artikelen 132 en 134 Sr). Zie daarover paragraaf 3 van de memorie van toelichting.

⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 2.

⁶ Het gaat om verkrachting (artikel 242 Sr), ontucht (artikelen 244 en 245 Sr), seksuele handelingen met een bewusteloze, onmachtige of bij verminderd bewustzijn verkerende persoon (artikel 243 Sr), aanranding (artikel 246 Sr) en seksuele handelingen met een afhankelijk persoon (artikel 249 Sr).

voorstel vorm te geven als voorbereidingshandeling. De Afdeling licht dat als volgt toe.

a. Het opzet-criterium

Strafbaarheid van het bezit van instructies voor kindermisbruik via de systematiek van voorbereidingshandelingen impliceert opzet gericht op het plegen van een bepaald grondmisdrijf. In het voorstel bestaan die grondmisdrijven uit de seksuele misdrijven waarnaar de voorgestelde wettekst verwijst (voor zover het kinderen betreft onder de zestien jaar). Volgens de toelichting wordt op deze wijze gerealiseerd dat het loutere bezit van dergelijke handleidingen strafbaar is.⁷ Het opzet waarover de strafbepaling spreekt, is volgens bepaalde onderdelen van de toelichting namelijk gericht op het in bezit hebben van bepaald instructiemateriaal, en niet op het daadwerkelijk plegen van een grondmisdrijf: «Niet wordt vereist dat de verdachte daarbij een concreet te plegen seksueel misdrijf tegen een kind voor ogen heeft.»⁸

De toelichting vermeldt daarentegen ook dat het gaat om «gedragingen van de verdachte [die], mede gelet op de feiten en omstandigheden waaronder zij worden begaan, willens en wetens zijn gericht op het instrueren van zichzelf of een ander in de uitvoering en of verwezenlijking van een seksueel misdrijf tegen een kind.»⁹ Door te spreken over «uitvoering en of verwezenlijking» lijkt het opzet toch weer gericht te moeten zijn op het daadwerkelijk (doen) plegen van een seksueel misdrijf. Dat de toelichting vermeldt dat voor strafbaarheid «niet vereist [is] dat daadwerkelijk een concreet seksueel misdrijf wordt voorbereid»¹⁰ doet aan het voorgaande niet af maar compliceert het juist. Die zinsnede staat immers haaks op het opschrift, de considerans en de vormgeving van het voorstel.

De toelichting is aldus voor meerderlei uitleg vatbaar. Dat roept vragen op over het bereik van het voorstel. Indien het voorstel opzet op het plegen van een seksueel misdrijf vereist, is het loutere bezit van instructief materiaal immers niet strafbaar op grond van de voorgestelde bepaling. Dat doet afbreuk aan de toegevoegde waarde van het voorstel.

Gelet hierop rijst de vraag waarom niet is gekozen voor een zelfstandige strafbaarstelling van onder meer het in bezit hebben van instructief materiaal over kindermisbruik. Gedacht kan worden aan een bepaling vergelijkbaar met artikel 240b Sr, de bepaling op grond waarvan het bezit van handboeken die tevens kinderpornografisch materiaal bevatten reeds strafbaar kan zijn.¹¹ Een dergelijke benadering neemt de hiervoor beschreven onduidelijkheid over het opzet weg en verzekert dat het loutere bezit van instructief materiaal onder de reikwijdte van het voorstel valt.¹²

⁷ Zie bijvoorbeeld paragraaf 2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting: «Onder het bereik van deze strafbaarstelling valt het in bezit hebben van teksten met advies en/of richtlijnen over het seksueel misbruiken van kinderen.» Zie ook de toelichting op artikel I van het voorstel: «Het mag duidelijk zijn dat het aanbieden van dergelijk materiaal voor kennisneming, maar ook het in bezit hebben hiervan steeds valt onder de voorgestelde strafbaarstelling.»

⁸ Toelichting op artikel I (artikel 240c Sr).

⁹ Eveneens toelichting op artikel I (artikel 240c Sr).

¹⁰ Paragraaf 7 van de memorie van toelichting, daar waar wordt ingegaan op de reactie van de Nederlandse Orde van Advocaten.

¹¹ Zie ook paragraaf 3 van de memorie van toelichting, en hiervoor voetnoot 2.

¹² Zonder specifieke relatie met een concreet seksueel misdrijf en de daarbij behorende bewijsrechtelijke complexiteit.

b. Verhouding tot het algemene kader van voorbereidingshandelingen

De huidige vormgeving roept ook vragen op in relatie tot het algemene kader van de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen, zoals vervat in artikel 46 Sr.¹³

*Het voorstel heeft volgens de toelichting een ruimer bereik dan artikel 46 Sr. Zo kunnen de gedragingen die het voorstel strafbaar stelt, in een «verder verwijderd verband» staan tot de uitvoering van een concreet misdrijf dan artikel 46 Sr vereist.¹⁴ Ook is het voorstel van toepassing op een aantal misdrijven waarop maximaal zes jaar gevangenisstraf staat. Artikel 46 Sr is daarentegen alleen van toepassing op misdrijven waarop minstens acht jaar gevangenisstraf staat.¹⁵ Het voorstel bevat daarmee voor voorbereidingshandelingen met betrekking tot kindermisbruik een verruiming ten opzichte van het algemene kader van artikel 46 Sr. Daarmee is het voorstel aan te merken als een *lex specialis* ten opzichte van de algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen. Hoewel ook in eerdere wetgeving is afgeweken van het algemene kader van artikel 46 Sr,¹⁶ heeft de Afdeling er eerder op gewezen dat voor zo'n afwijking een bijzondere rechtvaardiging nodig is. Ook dient zo'n uitzondering zoveel mogelijk te worden toegespitst op het vraagstuk waarop zij een antwoord wil zijn.¹⁷ Meer in algemene zin merkt de Afdeling daarbij op dat het te betwijfelen is in hoeverre specialis-regelingen met betrekking tot voorbereidingshandelingen wenselijk zijn. Hoe meer specifieke bepalingen, hoe meer de betekenis van artikel 46 Sr als algemeen kader wordt gerelativeerd.*

Ook in het licht van het voorgaande rijst de vraag waarom niet is gekozen voor een zelfstandige strafbaarstelling van het in bezit hebben van instructief materiaal over kindermisbruik. Met een dergelijke benadering kan een relativering van de grenzen van artikel 46 Sr immers worden voorkomen, zonder dat aan de toegevoegde waarde van het voorstel wordt afgedaan.

c. Conclusie

Gelet op het voorgaande is het onduidelijk waarom ervoor is gekozen om het voorstel vorm te geven als voorbereidingshandeling, in plaats van als zelfstandige strafbaarstelling. Daarbij merkt de Afdeling op dat zo'n zelfstandige strafbaarstelling niet in de weg hoeft te staan aan het blijkens de toelichting beoogde ruime bereik van het voorstel. De Afdeling adviseert daarom in de toelichting deze keuze nader toe te lichten en aan te geven hoe die keuze zich verhoudt tot het algemene kader van artikel 46 Sr.

In het geval het voorstel toch wordt vormgegeven als voorbereidingshandeling, adviseert de Afdeling om expliciet te motiveren of het voorstel (een vorm van) opzet vereist op het daadwerkelijk (doen) plegen van een seksueel misdrijf. Is dat het geval, dan is het advies om te motiveren welke lacune het voorstel precies opvult. Is dat niet het geval, dan

¹³ Volgens artikel 46 Sr is sprake van voorbereiding als de dader opzettelijk voorwerpen, stoffen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen bestemd tot het begaan van het misdrijf verwerft, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert of voorhanden heeft. Daarbij moet het gaan om de voorbereiding van een misdrijf waarop acht jaren of meer gevangenisstraf is gesteld.

¹⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 7.

¹⁵ Het betreft artikel 247 Sr en artikel 249 Sr.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld artikel 134a Sr, waar het voorstel blijkens de toelichting ook op geënt is.

¹⁷ Voorlichting van de Afdeling van 28 april 2010 over de door de Tweede Kamer aangenomen amendementen op het voorstel van wet tot wijziging van de Gemeentewet, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht ter regeling van de bevoegdheid van de burgemeester en de bevoegdheid van de officier van justitie tot het treffen van maatregelen ter bestrijding van voetbalvandalisme, ernstige overlast of ernstig belastend gedrag jegens personen of goederen (maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast), (W04.10.0088/I), Kamerstukken I 2009/10, 31 467, nr. G, onder 4b en 4c.

adviseert de Afdeling om de tekst van het voorstel en de toelichting op dit punt met elkaar in overeenstemming te brengen.

Het voorstel heeft de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) aanleiding gegeven tot het maken van opmerkingen over de vormgeving van het voorstel en over de gevolgen daarvan voor de reikwijdte van de strafbepaling. Daarnaast adviseert de Afdeling bij de keuze voor een bijzondere voorbereidingshandeling nader in te gaan op de verhouding tussen het voorstel en het algemeen kader van voorbereidingshandelingen. De Afdeling is van oordeel dat aanpassing van de toelichting wenselijk is. Graag ga ik op deze opmerkingen in het navolgende in.

Het doet mij genoeg dat de Afdeling met de regering de ernst van (het circuleren van) instructies om kinderen seksueel te misbruiken onderkent en dat zij begrip heeft voor de doelstelling van het voorstel om de in de memorie van toelichting beschreven lacunes op te vullen.

Wat betreft de redenen waarom ervoor is gekozen het voorstel vorm te geven als voorbereidingshandeling, in plaats van als zelfstandige strafbaarstelling vergelijkbaar met artikel 240b Sr, merk ik graag het volgende op. Zoals ook uiteengezet in de memorie van toelichting is voor de vormgeving van het voorstel aansluiting gezocht bij de tekst van artikel 134a Sr. Strafbbaar is het, op grond van artikel 240c Sr, om zich of een ander opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen te verschaffen of trachten te verschaffen tot het plegen van – kort gezegd – seksueel kindermisbruik, dan wel om zich kennis of vaardigheden daartoe te verwerven of een ander bij te brengen. Deze opzet, die als gezegd vergelijkbaar is met artikel 134a Sr, biedt meer armslag om gedragingen die tot seksueel kindermisbruik instrueren, maar die niet zonder meer vallen onder de gedragingen waartoe artikel 240b Sr zich beperkt¹⁸ onder het bereik van de strafbepaling te brengen. Om een fictief, maar niet louter theoretisch voorbeeld te noemen: een persoon of organisatie onderhoudt een «bellijn» waar anoniem naartoe kan worden gebeld voor een gesprek over tips voor het seksueel misbruiken van kinderen. Deze gedraging is niet zonder meer aan te merken als verspreiden of aanbieden, dan wel vervaardigen of verwerven van instructief materiaal. Die gedraging valt ongetwijfeld wel onder opzettelijk inlichtingen (trachten te) verschaffen, dan wel een ander kennis of vaardigheden brengen als bedoeld in artikel 240c Sr. Bij artikel 240c Sr staat voorts de «gerichtheid op instrueren» voorop. Deze intentie komt beter tot uitdrukking in de gedragingen die het voorstel omschrijft (opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen (trachten te) verschaffen dan wel kennis of vaardigheden verwerven of bijbrengen) dan in de gedragingen waarop artikel 240b Sr ziet.

De Afdeling adviseert voorts om expliciet te motiveren of het voorstel (een vorm van) opzet vereist op het daadwerkelijk (doen) plegen van een seksueel misdrijf. Benadrukt wordt dat voor strafbaarheid op grond van artikel 240c Sr niet is vereist dat de verdachte opzet heeft op het – zelf of door een ander – feitelijk overgaan tot seksueel misbruiken van een kind (daadwerkelijk plegen dus).

De toelichting op het voorstel vermeldt daarom dat met «opzet hebben op (trachten te) verschaffen van middelen, etc. voor het plegen (...)» wordt bedoeld dat de gedragingen van de verdachte, mede gelet op de feiten en omstandigheden waaronder zij worden begaan, willens en wetens zijn

¹⁸ Te weten: verspreiden, aanbieden, vervaardigen, invoeren, doorvoeren, uitvoeren, verwerven, openlijk tentoonstellen, in bezit hebben of zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang verschaffen.

gericht op het instrueren van zichzelf of een ander in de uitvoering en of verwezenlijking van een seksueel misdrijf tegen een kind. De woorden «willens en wetens zijn gericht op het instrueren (...) in de uitvoering en of verwezenlijking» brengen niet tot uitdrukking dat er opzet moet zijn op het daadwerkelijk in uitvoering brengen van een geconcretiseerd seksueel misdrijf jegens een kind. Bedoeld wordt dat de verdachte opzet moet hebben op het zichzelf of een ander instrueren over hoe zo een misdrijf ter uitvoering is te brengen. Dit betekent dat ook gevallen van louter bezit van het instructieve materiaal onder de reikwijdte van de voorgestelde strafbaarstelling valt. Dat het inlichtingen verschaffende materiaal tot het plegen van seksueel misbruik van kinderen instrueert valt uit dat materiaal immers af te leiden en daarmee is de strafbare voorbereiding op grond van het nieuwe delict gegeven.

Met de Afdeling ben ik van mening dat terughoudendheid dient te worden betracht bij de introductie van bijzondere voorbereidingsdelicten en dat daarvoor een bijzondere rechtvaardiging moet zijn. Die rechtvaardiging kan mijns inziens worden gevonden in de specifieke uitingsvormen van de strafbaar te stellen gedragingen waarvoor andere reeds bestaande strafbaarstellingen, waaronder artikel 46 Sr, geen soelaas kunnen bieden. En dat terwijl de ernst van de gedragingen die ook door de Afdeling wordt onderkend, vraagt om een passend en sluitend antwoord van de strafwetgever. Anders dan de Afdeling meent, is verder niet beoogd de voorgestelde strafbaarstelling in een dwingende specialis-verhouding te positioneren ten opzichte van artikel 46 Sr. Ruimte moet worden gelaten om gedragingen ter voorbereiding of vergemakkelijking van het plegen van seksueel misbruik onder beide en eventuele andere strafbaarstellingen te kunnen kwalificeren.

Overeenkomstig het advies van de Afdeling is de memorie van toelichting, in het bijzonder paragraaf 2, naar aanleiding van bovenstaande punten aangevuld en verduidelijkt.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

*De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf*

Ik moge u hierbij verzoeken het voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Justitie en Veiligheid,
F.B.J. Grapperhaus