

Deepfake pornografie: neppe foto's, echte afbeeldingen

Analyse en aanbevelingen over de strafbaarstelling van seksueel misbruik met beeldmateriaal in artikel 139h Sr

Marthe Goudsmit Samaritter*

- * Mr.dr. M.L.R. Goudsmit Samaritter (DPhil Oxon) is *postdoctoral research fellow* bij het Max Planck Institute for the Study of Crime, Security, and Law.
- Zie bijvoorbeeld M. Spring, 'Sadiq Khan says fake AI audio of him nearly led to serious disorder', *BBC* 13 februari 2024.
 - M.L.R. Goudsmit, *The Wrongness of Image-based Sexual Abuse* (diss. Oxford), Oxford 2022, p. 1; C. McGlynn e.a., 'It's Torture for the Soul': The Harms of Image-Based Sexual Abuse', *Social & Legal Studies* (30) 2020, afl. 4, p. 541-562.
 - Vragen gesteld door de leden der Kamer, met de daarop door de regering gegeven antwoorden, *Handelingen II 2022/23*, nr. 719.
 - De beoordeling van vragen zoals 'wat maakt inbreuk op een persoon?' is met name bij misbruik met beeldmateriaal relevant, omdat afbeeldingen buiten een traditioneel begrip van de reikwijdte van 'personen' valt. Uit cognitieve en psychologische onderzoeken blijkt echter dat een traditioneel begrip van personen als primair autonome wezens, niet aansluit op menselijke ont-

Deepfake pornografie is een vorm van seksueel misbruik met beeldmateriaal en valt terecht onder artikel 139h Sr. Pornografische deepfakes zijn conceptueel gelijk aan andere 'wraakporno'. Artikel 139h Sr kan verbeterd worden door het een seksueel misdrijf te maken en de *mens rea* te wijzigen in 'intentie tot maken/verspreiden van seksueel beeldmateriaal, en nalatigheid met vaststellen van de toestemming van afgebeelde personen daarvoor'.

1 Inleiding

Deepfake-technologie is nog maar pas op grote schaal toegankelijk, en toch al niet meer weg te denken. Het internet staat vol met afbeeldingen die middels deepfake-technologie tot stand zijn gekomen, nagebootse stemmen in audiobestanden, en teksten die door computers gegenereerd werden.¹ Met gebruik op grotere schaal ontstaat ook misbruik op grotere schaal: volgens de meest recente cijfers is 98% van de visuele deepfakes pornografisch en is 99% daarvan pornografische afbeeldingen van vrouwen. Omdat dit alles zonder toestemming van de afgebeelde personen gebeurt, gaat het om een grootschalige vorm van seksueel misbruik met beeldmateriaal, gedefinieerd als het maken en/of verspreiden van seksueel beeldmateriaal (of dreigen daarmee) zonder toestemming van afgebeelde personen.² De strafbaarstelling van pornografische deepfakes wordt dan ook steeds vaker onderwerp van gesprek.³

Dit artikel bespreekt de toepasselijkheid en verbeterpunten van de Nederlandse strafbaarstelling van deepfake pornografie

Dit artikel bespreekt de toepasselijkheid en verbeterpunten van de Nederlandse strafbaarstelling van deepfake pornografie.⁴ In § 2 licht ik toe wat een 'deepfake' is. Deepfake-technologie kan namelijk op verschillende manieren worden ingezet, en sommige van die toepassingen kunnen onschuldig zijn in die zin dat ze niet de aandacht van de strafwetgever behoeven. Andere toepassingen zijn dat niet. Omdat het in dit artikel specifiek gaat over de strafbaarstelling van deepfake pornografie als een vorm van seksueel misbruik met beeldmateriaal behandel ik in § 3 de strafbaarstelling van seksueel misbruik

met beeldmateriaal onder artikel 139h Sr. Hoewel ik deepfake pornografie beschouw als een vorm van seksueel misbruik met beeldmateriaal, is het ook vervolgd als ‘smaad’ en ‘laster’ in plaats van ‘wraakpornografie’. In § 4 behandel ik de moeilijkheden die ontstaan wanneer deepfake pornografie geschaard wordt onder dergelijke beledigingsmisdrijven. In § 5 bespreek ik vervolgens de toepasselijkheid van inpassing van deepfake pornografie in de strafbaarstelling van seksueel misbruik met beeldmateriaal van artikel 139h Sr. In § 6 geef ik aanbevelingen ter verbetering van de strafbaarstelling in artikel 139h Sr. Ik doe dit vanuit theorieën rondom gerechtvaardigde en eerlijke strafbaarstelling van Antony Duff e.a. en Andrew Ashworth.⁵ Ik concludeer in § 7 dat deepfake pornografie als vorm van seksueel misbruik met beeldmateriaal ook als zodanig door het strafrecht kan worden benaderd.

2 Terminologie en techniek omtrent deepfake pornografie

2.1 ‘Deepfakes’

In dit deel bespreek ik de termen ‘deepfake’, ‘deepfake pornografie’, en ‘seksueel misbruik met beeldmateriaal’ ten behoeve van de hieropvolgende discussie. De term ‘deepfakes’ werd in december 2017 voor het eerst gebruikt als gebruikersnaam op het platform Reddit.⁶ De gebruiker die zichzelf ‘deepfakes’ noemde, deelde middels kunstmatige intelligentie bewerkte beelden van beroemdheden die er daardoor uitzagen alsof ze seksuele handelingen verrichtten.

Hoewel de term ‘deepfakes’ in pornografische context is ontstaan, wordt dat woord niet meer exclusief ter indicatie van pornografisch materiaal gebruikt: ‘deepfakes’ is inmiddels de verzamelterm voor afbeeldingen, videos, audiofragmenten en teksten die middels kunstmatige intelligentie tot stand zijn gekomen. Simpel gezegd is een deepfake-algoritme een programma dat getraind is op een database van foto’s, video’s, audiobestanden, of teksten.⁷ De training is gericht op nabootsing. Hoe meer en hoe beter de informatie in de database, hoe realistischer het nagebootste eindresultaat. Deepfakes kunnen voor van alles gebruikt worden, en niet elke toepassing van deepfaketechnologie is interessant voor het strafrecht. Zo verscheen vlak voor 1 april 2023 een nieuwsbericht dat de Nederlandse Douane speciaal getrainde speurkatten ging inzetten op Schiphol.⁸ Bij het bericht stond een afbeelding van een nors kijkende kat in

een geel douanejasje. Het was een deepfake, niet van echt te onderscheiden. Een dergelijke 1 april-grap lijkt geen legitiem onderwerp voor het strafrecht.⁹ Andere deepfake-toepassingen kunnen dat wel zijn. Zo wordt de dreiging van politieke deepfakes bijvoorbeeld terecht zeer serieus genomen, en zou daar een rol voor het strafrecht kunnen zijn weggelegd.¹⁰

Verreweg de meest voorkomende toepassing van deepfake-technologie is pornografie: 98% van deepfakes is pornografisch materiaal. Dat zijn geen luchtige statistieken. Deepfake pornografie is namelijk een vorm van seksueel misbruik met beeldmateriaal

2.2 ‘Deepfake pornografie’

Hoewel de dreiging van politieke deepfakes serieus genomen moet worden, zijn politieke deepfakes niet op grote schaal in omloop. Verreweg de meest voorkomende toepassing van deepfake-technologie is pornografie: 98% van deepfakes is pornografisch materiaal.¹¹ Dat zijn geen luchtige statistieken. Deepfake pornografie is namelijk een vorm van seksueel misbruik met beeldmateriaal.¹² Bij die toepassing wordt bijvoorbeeld het hoofd van de ene persoon op het zich in seksuele houding bevindende lichaam van een andere persoon geplakt. Vanaf het moment dat deepfake-technologie toegankelijk werd, wordt het gebruikt om zonder toestemming van de afgebeelde personen seksuele beelden te fabriceren.¹³ Die beelden kunnen levensecht zijn.¹⁴ Een andere vorm van deepfake pornografie komt tot stand middels een app die op basis van een grote database aan naakte lichamen kan berekenen hoe een willekeurige, geklede persoon er naakt uit zou zien.¹⁵ Deze software werkt doorgaans alleen op vrouwen, omdat de onderliggende algoritmes getraind zijn met beelden van naakte vrouwen, en niet mannen. Dit blijkt ook uit cijfers over deepfake pornografie: 99% daarvan geeft vrouwen weer.¹⁶

Kort gezegd is deepfake pornografie bewerkt of volledig gefingeerd seksueel beeldmateriaal dat middels kunstmatige intelligentie tot stand komt. In theorie is het mogelijk dat dergelijke bewerkingen met instemming van het slachtoffer plaatsvinden. Ik ben daar in mijn onderzoek echter geen voorbeelden van tegengekomen.

wikkeling. Zie bijvoorbeeld F.J. Varela, *Principles of Biological Autonomy*, New York: North Holland 1979; C.J. Guardo & J.B. Bohan, ‘Development of a Sense of Self-Identity in Children’, *Child Development* (42) 1971, afl. 6; M. Kyselo, ‘The Body Social: An Enactive Approach to the Self’, *Frontiers in Psychology* (5) 2014. Voor een toepassing van een relationele benadering van personen (in plaats van een atomistische), zie bijvoorbeeld J. Gergen, *Relational Being: Beyond Self and Community*, New York: Oxford University Press 2015; J. Herring, *Law and the Relational Self*, Cambridge: Cambridge University Press 2019.

- 5 Zie § 5.2 en § 6.1, en R.A. Duff e.a., *The Boundaries of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2010; en A. Ashworth, ‘The Elasticity of Mens Rea’, in: C.F.H. Tapper (red.), *Crime, Proof & Punishment: Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, London: Butterworths 1981.
- 6 S. Cole, ‘AI-Assisted Fake Porn Is Here and We’re All Fucked’, *Vice* 11 december 2017.
- 7 Zie voor de technische kant van deepfakes Europol, *Facing reality? Law enforcement and the challenge of deepfakes*, Luxemburg: Europol Innovation Lab, Publications Office of the European Union 2022, p. 9.
- 8 ‘Vanaf aanstaande zaterdag beleeft de Douane een wereldwijde primeur. In aanvulling op ons huidige team van speurhonden starten we een pilot met de inzet van speurkatten’, *Douane Nederland, LinkedIn.com* 30 maart 2023.
- 9 Bij het maken van de databases op basis waarvan deepfake-algoritmes getraind worden, zijn vaak copyright-inbreuken aan de orde. Die kunnen voor juristen relevant zijn, maar vallen (vooralsnog) buiten de kaders van het strafrecht.
- 10 R. Chesney & D.K. Citron, ‘Deepfakes and the New Disinformation War: The Coming Age of Post-Truth Geopolitics’, *Foreign Affairs* 11 december 2019, p. 8; M. Spring, ‘Trump supporters target black voters with faked AI images’, *BBC* 4 maart 2024.
- 11 Home Security Heroes, 2023 *State of Deepfakes: Realities*,



Afbeelding: Elias Chatzoudis/Shutterstock.com
Bewerking: Manon Heinsman | © Ars Aequi

Threats, and Impact, www.homesecurityheroes.com/state-of-deepfakes/ (laatst geraadpleegd 22 mei 2024); H. Ajder e.a., *The State of Deepfakes 2019 Landscape, Threats, and Impact*, Amsterdam: Deeptrace 2019.

¹² Goudsmit 2022, p. 13-14.

¹³ Omdat deepfake-technologie niet de enige manier is waarop dergelijk beeldmateriaal gefingeerd kan worden, is niet primair relevant dat het om een met deepfake-technologie tot stand gebracht resultaat zou gaan.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld de documentaire van W. Sijtsma, *Welmoed en de Sexfakes*, WNL 2022 (hierna *Welmoed en de Sexfakes* 2022).

¹⁵ S. Cole, 'This Horrifying App Undresses a Photo of Any Woman With a Single Click', *Vice* 26 juni 2019.

¹⁶ Home Security Heroes, *2023 State of Deepfakes: Realities, Threats, and Impact*, § 3.

¹⁷ Goudsmit 2022, p. 1.

¹⁸ J. Hayden, "Revenge porn": why some victims don't want you to use the term

2.3 'Seksueel misbruik met beeldmateriaal'

Ik definieer seksueel misbruik met beeldmateriaal als het zonder toestemming van de afgebeelde persoon maken en/of verspreiden van seksueel beeldmateriaal.¹⁷ Seksueel misbruik met beeldmateriaal staat soms ook bekend als 'wraakpornografie'. Waar de term 'wraakpornografie' precies vandaan komt, is niet helemaal duidelijk: het woord zou bedacht kunnen zijn door Britse roddelpers, een andere suggestie is dat Hunter Moore, die een 'wraakporno-website' runde, hem bedacht heeft.¹⁸ Die term is echter misleidend doordat die suggereert dat het motief van de dader relevant is, en over 'wraak' gaat, terwijl dat in veel gevallen van seksueel misbruik met beeldmateriaal niet aan de orde is.¹⁹ Ook wekt de term de indruk dat het slachtoffer iets gedaan heeft dat het misbruik heeft uitgelokt. Dat is een soort argument als: 'als je niet zo'n kort rokje had aangetrokken, zou je ook niet zijn aangerand'. Een dergelijke houding wordt ook wel 'victim-blaming' genoemd. Tot slot verhult de term 'pornografie' dat het om een vorm van misbruik gaat, doordat 'pornografie' in het algemeen taalgebruik geen misbruikconnotatie heeft.²⁰

2.4 Afbakening

Omdat deepfake pornografie zonder toestemming tot stand komt en/of wordt verspreid, is het normaal gesproken een vorm van seksueel misbruik met beeldmateriaal. In die context wordt deepfake pornografie in dit artikel behandeld. (Hypothetische) gevallen van deepfake pornografie die de instemming van alle afgebeelde personen heeft, vallen dus buiten de kaders van dit artikel.

3 De strafbaarstelling van seksueel misbruik met beeldmateriaal

3.1 Inleiding

Seksueel misbruik met beeldmateriaal is in steeds meer landen strafbaar.²¹ Hoewel deepfake pornografie een vorm van seksueel misbruik met beeldmateriaal is, wordt die niet altijd op dezelfde wijze, of überhaupt, strafbaar gesteld. Nederland is een van de weinige landen die deepfake pornografie wel op dezelfde wijze als andere vormen van seksueel misbruik met beeldmateriaal aanpakken.²² Toch was tot voor kort onduidelijk of pornografische deepfakes onder artikel 139h Sr

vallen. In november 2023 werd artikel 139h Sr echter opgehelderd toen de rechtbank Amsterdam uitspraak deed in de zaak van Welmoed Sijtsma, en bepaalde dat deepfake pornografie binnen de kaders van de strafbepaling valt.²³

3.2 Artikel 139h Sr

Sinds 2020 wordt seksueel misbruik met beeldmateriaal strafbaar gesteld in artikel 139h Sr. De term 'wraak' komt in de letter van de wet niet voor: wraak is geen bestanddeel of te bewijzen element in artikel 139h Sr. Dat betekent dat de in § 2.3 benoemde kritiek over het gebruik van de term 'wraak-pornografie' niet van toepassing is op de wettekst zelf. Toch wordt deze bepaling door de overheid aangeduid als de strafbaarstelling van wraakpornografie.²⁴ Dat houdt wellicht een vertrokken beeld in stand over wat de wet nu wel en niet aanpakt. Artikel 139h Sr doet het volgende: in lid 1 staat dat het strafbaar is om wederrechtelijk een seksuele afbeelding van een persoon te vervaardigen, in lid 2 wordt bepaald dat het strafbaar is om een seksuele afbeelding van een ander openbaar te maken als de verdachte weet dat een dergelijke openbaarmaking nadelig kan zijn voor de afgebeelde persoon. Het is zowel strafbaar om zonder toestemming seksueel beeldmateriaal van een ander te maken, als om zonder toestemming van de afgebeelde persoon seksueel beeldmateriaal te verspreiden. Seksueel misbruik met beeldmateriaal is daarmee, over het algemeen, strafbaar. Mijns inziens is er echter ruimte voor verbetering van artikel 139h Sr.²⁵ In § 6 doe ik daarom een aantal aanbevelingen ter verbetering van de strafbaarstelling van seksueel misbruik met beeldmateriaal.

Hoewel het niet past binnen de (juridische) historische Nederlandse normen, was vervolging van seksueel misbruik met beeldmateriaal onder smaad, laster, of belediging de norm tot artikel 139h Sr in 2020 in werking trad

3.3 Smaad, laster, en belediging: pre-2020-middelen ter vervolging van seksueel misbruik met beeldmateriaal

Voordat artikel 139h Sr bestond, werd seksueel misbruik met beeldmateriaal met name vervolgd onder smaad (art. 261 Sr),

laster (art. 262 Sr); ook belediging (art. 266 Sr) is wel genoemd als mogelijk middel voor vervolging.²⁶ Het vervolgen van seksueel misbruik met beeldmateriaal als vorm van smaad of laster is echter niet passend, en wel omdat het een bestanddeel is van de delictsomschrijving van smaad en laster dat er een aanranding van de eer en goede naam van het slachtoffer plaatsvindt.

Wetshistorisch gezien is er sprake is van een aanranding van de eer en goede naam van het slachtoffer als het slachtoffer iets immoreels of iets illegaals verweten wordt.²⁷ Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan uitspraken als 'hij is vreemdgegaan' (immoreel) of 'hij heeft fraude gepleegd' (illegaal). Wat echter niet binnen de heersende normen over immoreel gedrag valt, is de uitspraak 'hij heeft naaktfoto's van zichzelf'. Daar zoiets ook niet illegaal is, zou het buiten de strafbaarstelling van smaad(schrift) en laster moeten vallen om iemand's naaktfoto's te laten zien: de verdachte legt het slachtoffer immers niets immoreels of illegaals ten laste.²⁸ Wanneer seksueel misbruik met beeldmateriaal desondanks vervolgd wordt als smaad of laster houdt dat een impliciete morele veroordeling van het hebben van naaktfoto's in die niet past binnen de Nederlandse cultuur of rechtsgeschiedenis.²⁹ Het zou betekenen dat we de positie innemen dat het immoreel is om op seksuele manier weergegeven te (willen) worden, en dat dat iets is dat een slachtoffer verweten (ten laste gelegd) kan worden. Met andere woorden, als het 'hebben van naaktfoto's van jezelf' onder smaad of laster geschaard wordt, wordt het in de wet als iets kwalijks behandeld, als iets waarvan je smadelijk beschuldigd kan worden. Hoewel het niet past binnen de (juridische) historische Nederlandse normen, was vervolging van seksueel misbruik met beeldmateriaal onder smaad, laster, of belediging de norm tot artikel 139h Sr in 2020 in werking trad.³⁰

Het strafrecht is daar inmiddels van afgeweken voor zover seksueel misbruik met beeldmateriaal vervolgd wordt onder artikel 139h Sr. Wanneer seksueel misbruik met beeldmateriaal echter via deepfakes tot stand komt, krijgen slachtoffers nog regelmatig het advies (bijvoorbeeld van politie) om in aangifte te doen van smaad en laster, in plaats van artikel 139h Sr.³¹ In die gevallen wordt daardoor nog altijd geïmpliceerd dat het slachtoffer middels gefingeerde seksuele afbeeldingen een immorele handeling ten laste gelegd wordt.

to describe image based sexual abuse', *Her* 19 november 2020.

- 19 C. Mortreux e.a., *Understanding the attitudes and motivations of adults who engage in image-based abuse*, Melbourne: Australian Government/eSafety Commissioner 2019. Zie voor een uitgebreidere bespreking van de redenen waarom de term 'wraak-pornografie' niet passend is voor het misdrijf dat ermee beschreven wordt M.L.R. Goudsmit, 'Criminalising Image-Based Sexual Abuse: An Analysis of the Dutch Bill against "Revenge Pornography"', AA 2019, afl. 6 (AA20190442).
- 20 Zie verder C. McGlynn & E. Rackley, 'More than "Revenge Porn": Image-Based Sexual Abuse and the Reform of Irish Law', *Irish Probation Journal* (14) 2017, over de terminologie van seksueel misbruik met beeldmateriaal.
- 21 Vóór 2014 was 'wraak-pornografie' slechts in drie landen expliciet strafbaar: Japan, de Filipijnen, en Israël hadden toen al wetgeving op dit gebied. Inmiddels loopt het aantal landen dat seksueel misbruik met beeldmateriaal expliciet strafbaar stelt tegen de dertig.
- 22 Exacte cijfers over het aantal landen dat deepfake pornografie als vorm van seksueel misbruik met beeldmateriaal strafbaar stelt, zijn niet beschikbaar. Er bestaat onduidelijkheid over of, en in hoeverre, deepfake pornografie in veel landen is strafbaar gesteld, zie bijvoorbeeld K. Mania, 'Legal Protection of Revenge and Deepfake Porn Victims in the European Union: Findings From a Comparative Legal Study', *Trauma, Violence, & Abuse* (25) 2022, afl. 1.
- 23 Rb. Amsterdam 2 november 2023, ECLI: NL:RBAMS:2023:6923, r.o. 3.3.13.
- 24 Zie 'Wraakpornografie' op de website van Rijksoverheid, www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/seksueel-misdrijven/wraakporno.
- 25 Ashworth 1981.
- 26 Vragen van het lid Rebel over het strafbaar stellen van 'wraakporno' (ingezonden 24 november 2014) en antwoord van Minister Openstellen (Veiligheid en Justitie) (ontvangen 23 de-

- ember 2014). *Handelingen II* 2014/15, nr. 933.
- 27 Zie A.J. Nieuwenhuis & A.L.J. Janssens, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2008.
- 28 Goudsmit 2019, p. 444-445.
- 29 Pornografie is niet in zichzelf strafbaar. De wetten die sinds 1811 in Nederland hebben gegolden ten aanzien van de regulering van pornografisch materiaal zien allemaal op de bescherming van de onverhoedse toeschouwer, niet op de bescherming (in morele zin) van iemand die wenst pornografisch materiaal tot zich te nemen. Zie bijvoorbeeld 'Voor zedemeester is de Staat minder geschikt, en als strafwetgever behoort de overheid slechts dan op te treden, wanneer rechtsgoederen van anderen of van de gemeenschap door de onzedelijke handeling kunnen worden aangetast', uit: *Kamerstukken II* 1908/09, 293, nr. 3 (MvT), p. 3.
- 30 Zie bijvoorbeeld voor veroordeling wegens smaad Rb. Noord-Nederland, 18 juni 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:2621; en Rb. Oost-Brabant 19 januari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:222; Voor veroordeling wegens belediging zie Rb. Rotterdam 27 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10835. Zie ook Rb. Zeeland-West-Brabant, 16 mei 2017 ECLI:NL:RBZWB:2017:2873, waarin dreigen met openbaar maken van naaktfoto's wordt behandeld als dreigen met smaadschrift.
- 31 Zie bijvoorbeeld 'Manipulatie met naaktbeelden: "Ineens kan iedereen slachtoffer zijn"', *RTL Nieuws* 25 november 2020; *Welmoed en de Sexfakes* 2022, afl. 4, op 01:43.
- 32 Zie de Tweede Kamerdocumentatie in dossier 35080, in het bijzonder de memorie van toelichting: *Handelingen II* 2018/19, 35080, nr. 3.
- 33 Rb. Amsterdam 2 november 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6923, r.o. 3.3.13.
- 34 Rb. Amsterdam 2 november 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6923, r.o. 3.3.13.
- 35 Ook voor gefotoshopte foto's zal overigens gelden dat wanneer zij wél op het eerste gezicht overtuigend, zijn ze onder art. 139h Sr vallen.

3.4 Deepfake pornografie en artikel 139h Sr
Tot november 2023 bestond er onduidelijkheid over de vraag of deepfake pornografie überhaupt onder de strafbaarstelling van artikel 139h Sr valt. Dat valt te wijten aan het feit dat noch de wettekst, noch de memorie van toelichting, noch enige totstandkomingsdocumentatie over deepfakes spreekt of opheldert of deepfakes onder 'afbeeldingen' in de zin van artikel 139h Sr vallen.³² Dat heeft wellicht versterkt dat slachtoffers van deepfake pornografie het advies kregen en krijgen om aangifte te doen van smaad of laster, in plaats van op basis van artikel 139h Sr.

In november 2023 besliste de rechter dat deepfakes onder artikel 139h Sr vallen als de deepfake voor een weldenkend mens op het eerste gezicht niet van echt te onderscheiden is

In november 2023 besliste de rechter echter dat deepfakes onder artikel 139h Sr vallen als de deepfake voor een weldenkend mens op het eerste gezicht niet van echt te onderscheiden is.³³ Daarmee neemt de rechter de positie in dat wat relevant is aan een afbeelding is dat die een persoon *lijkt* weer te geven. Dat lijkt mij juist: wanneer we een afbeelding van een persoon zien, verhouden we ons tot diegene alsof we diegene echt gezien hebben. Wanneer ik bijvoorbeeld een kennis op tv zie, zal ik eerder zeggen 'ik heb je op tv gezien!' dan 'ik heb een weergave van jou op tv gezien'. Het verschil zit hem in de mate waarin de afbeelding van de persoon gescheiden wordt. Een levensechte afbeelding, of die nu echt of nep is, zal niet zo snel van de persoon gescheiden worden. Zie hierover verder § 4.2.

Het alternatief van de uitspraak van de rechtbank zou zijn geweest dat een afbeelding gedefinieerd wordt als een momentopname van de werkelijkheid. In dat geval zouden deepfakes minder makkelijk binnen de kaders van artikel 139h Sr te passen zijn.

3.5 Conclusie

Door de opheldering van artikel 139h Sr kan gesteld worden dat Nederland een van de weinige landen ter wereld is die deepfake pornografie op papier op dezelfde manier strafbaar stelt als andere vormen van seksueel misbruik met beeldmateriaal. In de praktijk blijkt er echter verschil te zijn tussen hoe 'echt' en 'nep' seksueel beeldmateriaal

behandeld wordt: 'neppe' beelden worden nog steeds behandeld als smaad of laster, terwijl 'echte' beelden doorgaans zijn verhuisd naar artikel 139h Sr. De toepasselijkheid van het al dat niet maken van een onderscheid behandel ik hieronder.

4 Deepfake pornografie als echt beeldmateriaal

4.1 Inleiding

Deepfake beeldmateriaal is gemanipuleerd, en is geen momentopname van de afgebeelde zoals een foto of film dat wel is. Daardoor zou gesuggereerd kunnen worden dat het beeldmateriaal niet 'echt' de afgebeelde persoon is. Ik vermoed dat dit een van de belangrijkste redenen is waarom deepfake pornografie wereldwijd niet overal standaard als vorm van seksueel misbruik met beeldmateriaal wordt behandeld. Ik meen echter dat de rechtbank Amsterdam het bij het juiste eind had toen die oordeelde dat deepfakes niet van andere afbeeldingen onderscheiden hoeven te worden *als ze dat niet zijn*: wanneer een beeld eruitziet alsof het een echte foto is, dan mag dat voor het misdrijf in artikel 139h Sr ook als zodanig behandeld worden.

Wat bij seksueel misbruik met beeldmateriaal namelijk relevant is, is dat de afbeelding er echt uitziet alsof de afgebeelde persoon zich in de afgebeelde houding of het scenario heeft bevonden. Dat bespreek ik hieronder. Als dat zo is, is voor het plegen van seksueel misbruik met beeldmateriaal verder niet relevant hoe die afbeelding tot stand kwam, wat wordt besproken in § 5.

4.2 Waarom deepfakes echt echte afbeeldingen zijn

Uit het criterium dat deepfakes voor een weldenkend mens op het eerste gezicht niet van echt te onderscheiden moeten zijn om als afbeelding van seksuele aard als bedoeld in artikel 139h Sr te vallen, blijkt dat er voor de rechter echter een verschil zit tussen een beeld dat *duidelijk* gemanipuleerd is, en een beeld dat niet duidelijk gemanipuleerd is.³⁴ Als bijvoorbeeld met foto's een collage wordt gemaakt, of in photoshop een hoofd op het lichaam van een ander wordt geplakt, maar de kleuren, schaduwen, en knipranden laten duidelijk zien waar de manipulatie heeft plaatsgevonden, dan kan het uiteindelijke beeld er wel een beetje uitzien alsof een bepaald persoon is afgebeeld, en is toch tegelijkertijd duidelijk dat het een 'nep' beeld is.³⁵ De

overduidelijke nep-afbeelding lijkt in die zin een beetje op een schilderij: als toeschouwer zie je als het ware ‘de hand van de maker’ in het eindresultaat (de inmenging van de maker in datgene dat zichtbaar is, is *ook* zichtbaar). Dat betekent dat wanneer je als toeschouwer een dergelijk beeld te zien krijgt, je niet automatisch de indruk krijgt *echt* de afgebeelde persoon te zien zoals je dat wel hebt wanneer je iemand bijvoorbeeld op tv ziet. In een schilderij wordt de afgebeelde persoon als het ware beschermd door de zichtbaarheid van het maakproces. De toeschouwer kan namelijk direct zien dat er een *maker* tussen de werkelijkheid en het afgebeelde resultaat heeft gezeten.

Voor de afgebeelde persoon (en de gevolgen die die van seksueel misbruik met beeldmateriaal ervaart) is niet het verschil tussen een daadwerkelijk ‘nep’ of ‘echt’ beeld relevant, maar juist of het beeld er ‘echt’ of ‘nep’ *uitziet*

Bij foto’s en video’s is de zichtbaarheid van de maker veel minder aan de orde: niet degene die *maakt*, maar degene die afgebeeld is, wordt (primair) gezien.³⁶ De kijker wordt in dat soort gevallen namelijk veel sterker uitgenodigd om te vergeten dat er een ‘beeldmaker’ is. Bij foto’s, video’s, en gemanipuleerd beeldmateriaal dat op het eerste gezicht niet van echt te onderscheiden is, wordt veel sneller aangenomen dat de afgebeelde persoon te zien is zoals die daadwerkelijk was ten tijde van de opname. Met andere woorden: het zichtbare beeld wordt niet gezien als een interpretatie van bijvoorbeeld de kunstenaar, maar als een momentopname van de werkelijkheid. De relevantie daarvan in de context van deepfakes is dat een nepafbeelding als weergave van de werkelijkheid gezien wordt wanneer die overtuigend genoeg op een echte foto of video lijkt. Dat betekent ook dat de in een deepfake afgebeelde persoon behandeld wordt alsof die daar echt staat afgebeeld.

Het verschil tussen ‘echt’ en ‘nep’ afgebeeld staan kan daarmee zodanig vervagen dat niet zinvol is om er in strafrechtelijke zin onderscheid in te willen maken (zie verder § 5): voor de afgebeelde persoon (en de gevolgen die die van seksueel misbruik met beeldmateriaal ervaart) is niet het verschil tussen een daadwerkelijk ‘nep’ of ‘echt’ beeld relevant,

maar juist of het beeld er ‘echt’ of ‘nep’ *uitziet* (ongeacht de daadwerkelijke oorsprong). De reden daarvoor is dat het voor een afgebeelde persoon veel eenvoudiger is om zich te distantiëren van een beeld waarbij de toeschouwer *aan het beeld kan zien dat het gemanipuleerd is*. Daardoor kan de afgebeelde persoon overtuigend zeggen ‘dat ben ik niet’, terwijl diegene dat niet zo overtuigend kan stellen bij een niet van echt te onderscheiden deepfake.

4.3 Conclusie

Afbeeldingen zijn een uitnodiging aan de toeschouwer om te kijken. Wanneer de afbeelding ogenschijnlijk een momentopname van de werkelijkheid is die niet van echt te onderscheiden is, maakt het voor de indruk die de kijker krijgt niet uit of het nu over echt of nep beeldmateriaal gaat. Daarom is ook de behandeling van de afgebeelde persoon gelijk: die wordt *echt* gezien, ook als het beeldmateriaal gemanipuleerd is. Hieronder ga ik nader in op de redenen waarom het strafrecht daardoor geen onderscheid hoeft te maken tussen ‘echt’ en ‘nep’ beeldmateriaal bij de strafbaarstelling van seksueel misbruik met beeldmateriaal.

5 De wenselijkheid van inpassing van deepfake pornografie binnen strafbaarstellingen van seksueel misbruik met beeldmateriaal

5.1 Inleiding

Zoals gezegd, is deepfake pornografie strafbaar als vorm van seksueel misbruik met beeldmateriaal onder artikel 139h Sr. Nederland is daarmee een van de weinige landen ter wereld waar deepfake pornografie (op die manier) wordt strafbaar gesteld. Ik meen dat de Nederlandse positie de juiste is: er is geen wetstheoretische of praktische reden om deepfake pornografie te willen onderscheiden van andere vormen van seksueel misbruik met beeldmateriaal. In het kader van onnodige wetten voorkomen is het dus zelfs erg zinvol dat deepfake pornografie ook onder artikel 139h Sr valt.

Hoewel deepfakes niet op dezelfde manier tot stand komen als andere soorten beeldmateriaal, hoeft dat niet uit te maken voor de wijze waarop verschillende vormen van seksueel misbruik met beeldmateriaal strafbaar gesteld worden. Uit onderzoek blijkt dat de schadelijkheid en onrechtmatigheid van deepfake pornografie gelijk kan zijn aan de schadelijkheid en onrechtmatigheid van seksueel misbruik met beeldmateriaal dat

³⁶ Ik betoog niet dat dit terecht of altijd het geval is. Zo kan de stijl van bijvoorbeeld een beroemd fotograaf goed herkenbaar zijn, resulterend in een opvallende zichtbaarheid van de maker in het eindresultaat.

middels foto's of video's gepleegd wordt.³⁷ Schadelijkheid van misdrijven kan van geval tot geval verschillen, en er is meer onderzoek nodig om vast te stellen of deepfake pornografie normaliter even schadelijk is als andere vormen van seksueel misbruik met beeldmateriaal.³⁸ Voor de rechtvaardiging van strafbaarstelling is het bestaande onderzoek in elk geval nuttig, omdat het aantoont dat het om hetzelfde *soort* schade gaat. Wat minder duidelijk vast te stellen valt, is of die schade zich ook in dezelfde gradatie manifesteert. In dit deel behandel ik (erg kort) dat het wetstheoretisch juist is dat deepfake pornografie als vorm van seksueel misbruik met beeldmateriaal wordt strafbaar gesteld omdat de soort schade en schending van dergelijke handelingen aan elkaar gelijk zijn.

5.2 De reden voor strafbaarstelling

Het strafrecht, als *ultimum remedium*, heeft een goede rechtvaardiging nodig.³⁹ Die wordt in democratische rechtsstaten doorgaans ongeveer als volgt gevonden: handelingen die schadelijk en onrechtmatig zijn, kunnen eventueel gerechtvaardigd strafbaar gesteld worden.⁴⁰ Wanneer twee handelingen op exact dezelfde manier schadelijk en onrechtmatig zijn, heeft de wetgever dezelfde rechtvaardigingsgronden voor strafbaarstelling, en eigenlijk geen reden om de handelingen in verschillende strafbepalingen te onderscheiden. In het onderstaande wijs ik samenvattend de voornaamste bevindingen aan die laten zien dat er geen verschil zit tussen de schadelijkheid en onrechtmatigheid van deepfake pornografie en die van andere vormen van seksueel misbruik met beeldmateriaal.

5.3 De schadelijkheid van seksueel misbruik met beeldmateriaal

Uit onderzoek van McGlynn e.a. blijkt dat de schadelijkheid van seksueel misbruik met beeldmateriaal niet afhankelijk is van het *soort* seksueel misbruik met beeldmateriaal.⁴¹ Dat wil zeggen: het verspreiden van pornografische deepfakes levert hetzelfde soort schade op als bijvoorbeeld het zonder toestemming verspreiden van foto's die met toestemming zijn gemaakt of het stiekem maken van seksuele filmopnames. Let wel: het gaat hier niet over de *ernst* van de schade, maar alleen over het soort schade. De schade van seksueel misbruik met beeldmateriaal zoals die door McGlynn e.a. ontleed is, is dat slachtoffers worden uitgesloten van hun sociale groepen en geïsoleerd raken, dat ze in voortdurende angst voor herhaling (en daardoor terughou-

dend naar anderen) leven en het misbruik (inclusief die kans op herhaling) als existentiële dreiging ervaren, en dat dit alles resulteert in een inperking van vrijheid.

Het verspreiden van pornografische deepfakes levert hetzelfde soort schade op als bijvoorbeeld het zonder toestemming verspreiden van foto's die met toestemming zijn gemaakt of het stiekem maken van seksuele filmopnames. Let wel: het gaat hier niet over de *ernst* van de schade, maar alleen over het soort schade

5.4 Onrechtmatigheid van seksueel misbruik met beeldmateriaal

Uit mijn eigen onderzoek blijkt dat seksueel misbruik met beeldmateriaal onrechtmatig is als zijnde een schending van de autonomie, seksuele integriteit, privacy, vrijheid van meningsuiting, gelijkheid, en in de ernstige gevallen een totaal gebrek aan erkenning van de morele status van de afgebeelde persoon kan zijn.⁴²

De autonomie van afgebeelde personen wordt geschonden wanneer zij geen zeggenschap hebben over hun eigen zichtbaarheid. Wanneer het gaat over seksuele afbeeldingen wordt bovendien de seksuele integriteit geschonden doordat de afgebeelde persoon geen autoriteit meer heeft over wie toegang mag hebben tot diens seksualiteit of naaktheid.⁴³ De schending van de privacy die door seksueel misbruik met beeldmateriaal teweeg wordt gebracht, wordt doorgaans het best herkend. Ook bij deepfake pornografie is een schending van de privacy aan de orde, omdat de afgebeelde persoon minder ruimte heeft om diens (seksuele) relaties vorm te geven zoals diegene zelf wenst.⁴⁴ Van een schending van uitingsvrijheid kan sprake zijn doordat iemand wordt waargenomen alsof die bepaalde (pornografische) uitingen doet, terwijl die persoon die uitingen ofwel in het geheel nooit heeft gedaan, ofwel niet publiekelijk heeft gedaan. De afgedwongen uiting die door ongewenst maken en/of verspreiden van (deepfake) seksueel beeldmateriaal tot stand komt, is een inbreuk op de negatieve uitingsvrijheid.⁴⁵ De gelijkheid wordt geschonden wanneer de rechten van groepen die kwetsbaarder zijn voor

37 McGlynn e.a. 2020; Goudsmit 2022, p. 152 e.v.

38 Dit is omdat het onderzoek van McGlynn e.a. 2020 maar een kleine hoeveelheid slachtoffers van deepfake pornografie heeft bevraagd.

39 A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 22.

40 Voor democratische rechtsstaten in het algemeen geldt het werk van Duff e.a. 2010, p. 7-8. Zie voor Nederlandse afbakening van gerechtvaardigd strafrecht Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten: een crimineel-politieke studie* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987.

41 McGlynn e.a. 2020, p. 2.

42 Goudsmit 2022, 152 e.v.; Goudsmit Samaritter e.a. 2023, p. 241-242.

43 Naaktheid en seksualiteit worden hier niet vereenzelvigd. Wel ga ik ervan uit dat naaktheid snel geseksualiseerd wordt wanneer die uit de (oorspronkelijk) niet-seksuele context wordt getrokken. Zo zou een naaktfoto in een biologieboek niet seksueel hoeven zijn, terwijl diezelfde foto op een pornosite wel seksueel geworden is.

44 Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights: Right to Respect for Private Life, Home and Correspondence*, 31 augustus 2020, p. 8.

45 Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights: Freedom of expression*, 31 december 2020, § 25.

seksueel misbruik met beeldmateriaal minder goed beschermd zijn dan voor anderen. Als vorm van gender-specifiek geweld zijn met name vrouwen, maar ook andere personen met een *minoritized* identiteit kwetsbaar.⁴⁶ Tot slot is het mogelijk dat seksueel misbruik met beeldmateriaal zodanig overheersend wordt voor de afgebeelde persoon dat diegene alleen nog maar als object wordt gezien. Dit hangt dus nauw samen met de schadelijke gevolgen van seksueel misbruik met beeldmateriaal, denk aan volledige sociale uitsluiting, voortdurend opnieuw opduiken en ‘revictimisering’, etc., waardoor iemand praktisch geen invulling meer kan geven aan zijn eigen leven of van zijn grondrechten gebruik kan maken. In dat geval heeft de afgebeelde persoon geen baat meer bij diens rechten, omdat die niet meer vrij gebruikt kunnen worden.

De aard van de schendingen van seksueel misbruik met beeldmateriaal is volledig onafhankelijk van het middel dat gebruikt wordt om die schending teweeg te brengen. Ook wat betreft de onrechtmatigheid van seksueel misbruik met beeldmateriaal is er daarom geen reden om een juridisch onderscheid te maken tussen seksueel beeldmateriaal dat uit deepfakes bestaat en materiaal dat uit foto’s of video’s bestaat.

De rechtvaardiging van strafbaarstelling van seksueel misbruik met beeldmateriaal is niet afhankelijk van het sub-type seksueel misbruik met beeldmateriaal. Daarom is er wetstheoretisch niets op tegen om seksueel misbruik met beeldmateriaal strafbaar te stellen met één bepaling

5.5 Conclusie

De schade en onrechtmatigheid van seksueel misbruik met beeldmateriaal zijn niet afhankelijk van het middel waarmee het misbruik tot stand komt. Dat betekent dat de ‘normale’ schadelijkheid en onrechtmatigheid van stiekem filmen in een kleedkamer gelijk is aan die van pornografische deepfakes en van het zonder toestemming doorsturen van met toestemming gemaakte foto’s. Kortom: de rechtvaardiging van strafbaarstelling van seksueel misbruik met beeldmateriaal is niet afhankelijk van het sub-type seksueel misbruik met beeldmateriaal. Daarom is er

wetstheoretisch niets op tegen om seksueel misbruik met beeldmateriaal strafbaar te stellen met één bepaling. Omdat dat ook de onwenselijke onnodige uitbreiding van het Wetboek van Strafrecht helpt tegengaan, is het mijns inziens juist en wenselijk dat pornografische deepfakes onder de reikwijdte van artikel 139h Sr vallen.

6 Suggesties voor verbetering van artikel 139h Sr

6.1 Inleiding

In het bovenstaande heb ik toegelicht dat de strafbaarstelling in artikel 139h Sr seksueel misbruik met beeldmateriaal, inclusief deepfake pornografie, in het algemeen strafbaar stelt. Er is echter ruimte voor verbetering van de strafbepaling, in de zin dat die duidelijker zou kunnen zijn over hoe het strafbare feit binnen de kaders van gerechtvaardigde strafbaarstelling valt.⁴⁷ De hier bedoelde ‘verbetering’ is afgeleid van de principes van rechtstheoreticus Andrew Ashworth, die beargumenteert dat het belangrijk is dat het strafrecht specifiek de ‘kwalijkheid’ van strafbaar te stellen handelingen identificeert en aanpakt.⁴⁸ Volgens Ashworth wordt het strafrecht eerlijker en rechtvaardiger als het de ‘moral wrongdoing of the defendant’ identificeert.⁴⁹ De door mij voorgestelde verbeteringen zouden ervoor zorgen dat de wet beter aansluit op dat criterium van Ashworth. De wettekst zou de strafbaar te stellen handeling dan namelijk nauwkeuriger als ‘seksueel misbruik met beeldmateriaal’ identificeren. Mijns inziens is de huidige wet door de formulering breder dan beoogd, en dekt die daardoor meer dan alleen de ‘wrongdoing of the defendant’. In dit deel zal ik een aantal punten aanwijzen waarop artikel 139h Sr mijns inziens verbeterd kan worden.

6.2 Seksueel misbruik met beeldmateriaal als seksueel misdrijf

Een van mijn voornaamste bezwaren op de huidige wet is dat het gaat om een openbare-orde-delict, in plaats van een seksueel misdrijf.⁵⁰ In juli 2023 stemde de Tweede Kamer echter in met een voorstel om artikel 139h Sr te verplaatsen naar een nieuwe titel voor seksuele misdrijven.⁵¹ Op 19 maart 2024 stemde ook de Eerste Kamer in met dit voorstel, en de nieuwe Wet seksuele misdrijven, inclusief verplaatsing van artikel 139h Sr, treedt op 1 juli 2024 in werking. Op dat moment vervalt dit bezwaar.

46 N. Henry e.a., ‘Image-Based Sexual Abuse as a Means of Coercive Control: Victim-Survivor Experiences’, *Violence Against Women* (29) 2022, afl. 6-7.

47 Zie § 5.2, met name Duff e.a. 2010.

48 Ashworth 1981.

49 Zie ook J. Chalmers & F. Leverick, ‘Fair Labelling in Criminal Law’, *Modern Law Review* (71) 2008, afl. 2.

50 Zie voor mijn beredenering waarom seksueel misbruik met beeldmateriaal een seksueel misdrijf is M.L.R. Goudsmit, ‘What Makes a Sex Crime? A Fair Label for Image-based Sexual Abuse’, *Strafblad* 2021, afl. 2.

51 *Kamerstukken II 2022/23*, 36222, nr. 20.

6.3 De mens rea van artikel 139h Sr

Een tweede verbeterpunt is gelegen in de formulering van artikel 139h lid 2 sub b Sr, namelijk ‘terwijl hij weet dat die openbaarmaking nadelig voor die persoon kan zijn’. Dit is een mens-rea-element waarvan ik de toegevoegde waarde in twijfel trek. Het is namelijk zo dat, omdat seksualiteit in onze samenleving als bijzonder privé wordt gezien, elke publiekelijke seksuele uiting negatieve gevolgen heeft voor degene die die uiting doet (of als die uiting doende wordt waargenomen).⁵² Door die culturele norm is het algemene kennis dat seksualiteit en naaktheid (die makkelijk geseksualiseerd wordt wanneer die openbaar is of wordt), privé zijn. Het gaat tegen een sterke sociale norm in om in het openbaar seksuele handelingen te verrichten en/of naakt te zijn.⁵³ Omdat naaktheid en seksuele handelingen in de Nederlandse maatschappij alleen in de privésfeer thuishoren, zou iedereen moeten weten dat het tonen van een ander terwijl die naakt is of zich in een seksuele houding bevindt, voor die persoon nadelig is of kan zijn. De mate waarin het ongebruikelijk is dat mensen naakt over straat lopen lijkt te bevestigen dat het gros van de bevolking zich ervan bewust is dat naaktheid privé is. Het is, in elk geval in de Nederlandse cultuur maar ook in een grote hoeveelheid andere culturen, een standaardonderdeel van de opvoeding en socialisatie dat seksualiteit en naaktheid niet in het openbaar thuishoren. Het vereiste ‘weten dat de openbaarmaking van een afbeelding van seksuele aard nadelig kan zijn voor de afgebeelde persoon’ in artikel 139h lid 2 sub b Sr kan dan nauwelijks een beperking van de reikwijdte van het artikel genoemd worden: iedereen weet dat openbaarmaking van een seksuele afbeelding nadelig kan zijn. Ik vraag mij daarom af of het dan wel een zinvolle *mens rea* is. Nota bene is zelfs mogelijk dat iemand onder het huidige artikel 139h lid 2 sub b Sr veroordeeld wordt als er *wel* toestemming was voor de openbaarmaking.⁵⁴ Daarmee wordt dus eigenlijk iets anders strafbaar gesteld dan seksueel misbruik met beeldmateriaal gedefinieerd als het *zonder toestemming* van de afgebeelde persoon maken en/of verspreiden van seksueel beeldmateriaal.

Het lijkt mij dat formulering in het huidige artikel 139h lid 2 sub b Sr het gevolg is van het willen vermijden van een andere valkuil. In het wetsvoorstel dat in november 2018 naar de Tweede Kamer werd gestuurd, stond namelijk in lid 2: ‘Met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de

vierde categorie wordt gestraft hij die van een persoon een afbeelding van seksuele aard openbaar maakt *met het oogmerk van benadeling van die persoon.*’ [mijn cursivering]. Dit is een vrijwel letterlijke kopie van de Engelse wet, die bepaalt dat ongewenst verspreiden van seksueel beeldmateriaal alleen strafbaar is als die verspreiding plaats vindt ‘with the intention of causing that individual distress’.⁵⁵ De Engelse wetsgeschiedenis toont dat de wet, door deze inperking, de meeste gevallen van seksueel misbruik met beeldmateriaal helemaal niet strafbaar stelt.⁵⁶ Het blijkt namelijk vrijwel onmogelijk om dit motief te bewijzen – vaak ontbreekt het zelfs volledig. Ondanks het feit dat de Nederlandse wet in de uiteindelijke tekst van artikel 139h Sr niet in de valkuil van die motief-gedefinieerde *mens rea* valt, bevat de huidige wettekst wel een echo daarvan, namelijk in de vorm van ‘weet dat die openbaarmaking nadelig [...] kan zijn’. De Nederlandse oplossing beperkt de reikwijdte van de strafbepaling helemaal niet, en is bovendien zo ruim dat die meer strafbaar stelt dan alleen seksueel misbruik met beeldmateriaal.

Ik zou voorstellen om een tweeledig mens-rea-vereiste te introduceren, waarbij de verdachte 1) de intentie heeft tot maken en/of verspreiden van seksueel beeldmateriaal, en 2) nalatig is met betrekking tot de vraag of de afgebeelde persoon toestemming geeft voor het maken en/of verspreiden van dat beeldmateriaal

In plaats daarvan zou ik voorstellen om een tweeledig mens-rea-vereiste te introduceren, waarbij de verdachte 1) de intentie heeft tot maken en/of verspreiden van seksueel beeldmateriaal, en 2) nalatig is met betrekking tot de vraag of de afgebeelde persoon toestemming geeft voor het maken en/of verspreiden van dat beeldmateriaal. Daarmee wordt de focus gelegd op de handeling van de dader (intentie tot het uitvoeren daarvan, en nalatigheid met betrekking tot het zichzelf ervan verzekeren dat hij de nodige toestemming had om de handeling uit te voeren), in plaats van op de mogelijke gevolgen voor het slachtoffer (de nadeligheid van de versprei-

⁵² Zie bijvoorbeeld P. Caplan, *The Cultural Construction of Sexuality*, Londen: Psychology Press 1987.

⁵³ Sauna’s en naaktstranden zijn wel publiek toegankelijk, maar niet in die zin ‘publiek’ dat ze de norm dat naaktheid in het openbaar onacceptabel en zelfs strafbaar is, aantasten. Ze kunnen gezien worden als een specifieke plek die van de openbaarheid in de zin van de hier bedoelde norm is uitgesloten. Hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld seksshops, waar seksuele zaken doorgaans juist erg zichtbaar zijn.

⁵⁴ Openbaarmaken van seksueel beeldmateriaal is ook nadelig voor personen die toestemming gaven voor publicatie, zie bijvoorbeeld Boyle 2011; B. Wagoner, *After Porn Ends*, Oxymoron Entertainment 2012; J. Bauer & R. Gradus, *Hot Girls Wanted*, Netflix 2015.

⁵⁵ Criminal Justice and Courts Act 2015 s.33 (1)(b).

⁵⁶ Law Commission, *Intimate Image Abuse: A Final Report* (Law Com No 407), 6 juli 2022.

ding). Bovendien vermijdt mijn voorstel ook de situatie waarin het mogelijk ernstiger is om afbeeldingen van een privépersoon te verspreiden dan om afbeeldingen te verspreiden van iemand die eerder al slachtoffer is geweest (wanneer er misverstanden bestaan over of reeds opgedane schade herhaald wordt bij hernieuwde verspreiding), of van iemand die ooit met toestemming (andere) seksuele afbeeldingen van zichzelf verspreid heeft gehad, maar geen toestemming geeft voor de door een verdachte verspreide afbeelding.⁵⁷

6.4 Conclusie

Ik heb twee bezwaren ten aanzien van artikel 139h Sr in zijn huidige vorm: het is een openbare-orde-delict in plaats van een seksueel misdrijf, en de *mens rea* is zodanig ruim geformuleerd dat het delict in artikel 139h(2) Sr te wijd is geworden. Mijn voorgestelde oplossing is om te vereisen dat de verdachte de intentie had tot het maken en/of verspreiden van seksueel beeldmateriaal, en nalatig is geweest met betrekking tot vaststellen of die voor dergelijk maken en/of verspreiden de toestemming van de afgebeelde persoon had. Daarmee zou een stevig mens-rea-vereiste worden geïntroduceerd dat de strafbaarstelling in artikel 139h Sr beter aan laat sluiten op de definitie van seksueel misbruik met beeldmateriaal.

7 Conclusie

Deepfake pornografie is een vorm van seksueel misbruik met beeldmateriaal. Sinds november 2023 is duidelijk dat pornografische deepfakes onder de strafbaarstelling in artikel 139h Sr vallen. Nederland is daarmee een van de eerste landen ter wereld die deepfake pornografie in theorie hetzelfde behandelen

als andere vormen van seksueel misbruik met beeldmateriaal. In dit artikel heb ik aangewezen waarom het juist is om deepfake pornografie strafrechtelijk op dezelfde manier aan te pakken als seksueel misbruik met beeldmateriaal dat middels ‘echte’ foto’s of films tot stand komt. Ook heb ik behandeld waarom het misplaatst is om uitingsdelicten als smaad of laster in te zetten voor de vervolging van seksueel misbruik met beeldmateriaal.

Nederland is een van de eerste landen ter wereld die deepfake pornografie in theorie hetzelfde behandelen als andere vormen van seksueel misbruik met beeldmateriaal

In grote lijnen is de ontwikkeling van het Nederlandse strafrecht ten aanzien van seksueel misbruik met beeldmateriaal mijns inziens toepasselijk. Desondanks heb ik betoogd dat er ruimte is voor verbetering van de wet. Het huidige mens-rea-vereiste van artikel 139h lid 2 sub b Sr is te ruim geformuleerd. Mijn voorstel is om artikel 139h Sr zodanig te wijzigen dat daarin een tweeledig mens-rea-vereiste wordt opgenomen: de intentie tot het uitvoeren van de strafbaar gestelde handeling (het maken en/of verspreiden van seksueel beeldmateriaal), en nalatigheid met betrekking tot de vraag of de afgebeelde persoon toestemming gaf voor het maken en/of verspreiden van seksueel beeldmateriaal. Daarmee zou een niet-laagdrempelige *mens rea* worden geïmplementeerd die bovendien uitstekend aansluit op de definitie van seksueel misbruik met beeldmateriaal.

⁵⁷ Zie bijvoorbeeld E. Holten, ‘Someone Stole Naked Pictures of Me. This is What I Did About It – Video’, *The Guardian* 21 januari 2015.